

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS

- La Revisión 2007 de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios: Las nuevas RUU 600. *Alberto Díaz Moreno y María Jesús Guerrero Lebrón* 9
- Las funciones del Banco de España en materia de comisiones y publicidad. La nueva regulación de las comisiones en el sector hipotecario. *José Luis García-Pita y Lastres* 45

CRÓNICA

- A vueltas con la independencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. *Mercedes Fuertes* 163
- El voto acumulativo (“cumulative voting”) en el régimen societario argentino. *Carlos A. Molina Sandoval* 183

JURISPRUDENCIA

- A propósito de la legalidad de la Circular interna 10/2002, de 18 de octubre, sobre el Código de Conducta para el personal del Banco de España: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, sección 1.^a), de 7 de marzo de 2007. *Fernando González Botija* 231

NOTICIAS

1. Nueva reforma de la Ley del Mercado de Valores. <i>Fernando Sánchez Calero</i>	269
2. Algunas referencias informativas en materia de retribución de administradores. <i>Juan Sánchez-Calero Guilarte</i>	273
3. Consulta al ICAC sobre el deber de secreto del auditor. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i>	275
4. Novedades en materia de blanqueo de capitales. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	276
5. Modificaciones de reglamentos y estatutos de Instituciones de Inversión Colectiva que se considerarán de escasa relevancia. <i>Fernando Barco</i>	279
6. Consulta al ICAC sobre la nueva indicación en la Memoria de la distribución por sexos de puestos directivos. <i>Christi Amesti Mendizábal</i>	280
7. La Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	281
8. Aprobación de la Directiva sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. <i>Fernando Sánchez Calero</i>	288
9. Malta y Chipre se incorporan al euro. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	290
10. El fraude comercial en la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i>	291
11. Seminario Internacional sobre Insolvencia de Sociedades. <i>Mónica Fuentes Naharro</i>	291
12. Simposio de la CNUDMI sobre Derecho mercantil uniforme. <i>Juan Sánchez-Calero Guilarte</i>	292
13. Publicado el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. <i>Christi Amesti Mendizábal</i>	293
14. Avances de la CNUDMI en relación con la insolvencia de los grupos de sociedades. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i>	293
15. Transposición de la Directiva de OPAs en el ordenamiento alemán. <i>Alberto Ayala</i>	294

	Página
16. Iniciativas parlamentarias en los EE.UU. sobre el papel de las agencias de calificación crediticia en la reciente crisis hipotecaria. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	295
17. Informe del “Takeover Panel” sobre el ejercicio 2006-2007. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	296
18. Evaluación por la Comisión Europea de la aplicación por los Estados Miembros de las Recomendaciones sobre retribución de los administradores y sobre consejeros independientes. <i>Juan Sánchez-Calero Guilarte</i>	298

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía	303
--------------------	-----

ARTÍCULOS

LA REVISIÓN 2007 DE LAS REGLAS Y USOS UNIFORMES RELATIVOS A LOS CRÉDITOS DOCUMENTARIOS: LAS NUEVAS RUU 600 (*)

ALBERTO DÍAZ MORENO

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla*

MARÍA JESÚS GUERRERO LEBRÓN

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

- 1. La revisión de las Reglas y de otros instrumentos vinculados.**
- 2. Aspectos generales de la revisión de las RUU 600.**

II. PRINCIPALES MODIFICACIONES EN CUANTO A LA ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS CRÉDITOS DOCUMENTARIOS.

- 1. Plazo para determinar si una presentación es conforme.**
- 2. Conducta a seguir por el banco en caso de rechazo de los documentos presentados.**

(*) El presente trabajo se inserta en el Proyecto I+D “El comercio electrónico, con especial referencia al sistema financiero”, SEJ 2007-65485/JURI, financiado con fondos FEDER.

Sin perjuicio de que ambos autores compartan la totalidad de las ideas expuestas en el presente estudio, cabe señalar que ha correspondido a la Profesora Guerrero Lebrón la redacción de los apartados I.1 (“*La revisión de las Reglas y de otros instrumentos vinculados*”) y III (“*Principales modificaciones en materia de documentos*”) del trabajo. Por su parte, el Profesor Díaz Moreno se ha encargado de la elaboración de los apartados I.2 (“*Aspectos generales de la elaboración de las RUU 600*”) y II (“*Principales modificaciones en cuanto a la estructura y funcionamiento de los créditos documentarios*”).

3. El problema de las “incoherencias” o “discordancias” de los documentos.
4. La posición de los bancos designados.

III. PRINCIPALES MODIFICACIONES EN MATERIA DE DOCUMENTOS.

1. Cuestiones generales.
2. Requisitos de aceptabilidad de los documentos de transporte.
 - A) Documento de transporte cubriendo al menos dos modos distintos de transporte.
 - B) Conocimiento de embarque.
 - C) Conocimiento de embarque sujeto a contrato de fletamento.
 - D) Documentos de transporte por carretera, ferrocarril o vías de navegación interior.
 - E) Documentos de seguro.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. La revisión de las Reglas y de otros instrumentos vinculados

En noviembre de 2006, después de más de tres años de trabajo, el Comité Director de la Cámara de Comercio Internacional aprobó la revisión (la sexta desde 1933) de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios⁽¹⁾. Esta nueva versión de la Reglas y Usos (a la que nos referiremos en adelante como RUU 600, no sin advertir que internacionalmente resultará más conocida como UCP 600 —siglas que responden a su denominación en lengua inglesa: *Uniform Customs and Practice*, Publicación CCI, núm. 600—) se ha publicado por primera vez en diciembre de 2006 y entró en vigor el 1 de julio de 2007 sustituyendo a la versión de 1993 (RUU 500).

⁽¹⁾ Previamente, en octubre de 2006, el texto se había aprobado por unanimidad en el seno de la *Banking Commission*. Los noventa y cuatro comités nacionales que participaron en la reunión votaron a favor de la adopción de un texto que habían venido discutiendo largamente (los últimos en sumarse fueron Egipto y Malasia). El consenso alcanzado fue el resultado de un importante esfuerzo negociador y exigió del Grupo de Redacción constituido en su momento la renuncia a tratar determinadas cuestiones que, si se cumple lo previsto, serán abordadas únicamente en los comentarios a las RUU 600 o en las propias *Internacional Standard Banking Practice* (ISBP) (“Reflections prior to the UCP vote”, *Documentary Credits Insight*, vol. 13, núm. 1, enero-marzo 2007, p. 2).

La implantación de las RUU 600 en la fecha indicada ha resultado posible gracias a los trabajos que, en paralelo, se han estado llevando a cabo en el entorno bancario para adecuarlo a la reciente revisión. Y es que, en el marco de una operación en la que, muy frecuentemente, intervienen junto al banco emisor otros bancos “secundarios”, los mensajes SWIFT, que agilizan la comunicación interbancaria, tienen que adaptarse para responder a las exigencias de las RUU 600, por lo que resulta imprescindible acomodar los mensajes-tipo al nuevo escenario. La sociedad encargada de dicha infraestructura de comunicaciones ha hecho ya públicas las *Swift UCP 600 Guidelines*, que comenzaron a utilizarse el 1 de julio de 2007, de manera simultánea a las RUU 600 (con independencia de que la completa conciliación con el nuevo instrumento exija posteriores retoques de los mensajes estándar, para lo cual habrá que esperar a la actualización que tradicionalmente se realiza cada año, y que, en este 2007, está prevista para el 27 de octubre).

Por otra parte, el voto favorable de los Comités nacionales a las RUU 600 ha servido también para la aprobación de la versión 1.1 de las RUUe. Como se sabe, la versión 1.0 de las RUUe, anterior a la que acabamos de mencionar, no constituyó otra cosa que el *Suplemento para la presentación electrónica de las RUU de 1993*. Dicho suplemento fue aprobado por la CCI en noviembre de 2001 como complemento de las RUU 500 y entró en vigor en abril del año siguiente. Su finalidad era dotar a las partes que conciertan y ejecutan las operaciones de crédito documentario en un entorno electrónico de reglas y principios en los que poder confiar. Pues bien, a pesar de lo que se indica en la propia introducción de las RUUe⁽²⁾, la versión 1.1 no registra ningún cambio digno de ser destacado, ni en la terminología, ni en la presentación. Las únicas novedades que podemos reseñar son que el suplemento se incorpora a la misma publicación de la CCI que contiene las RUU 600 (a continuación de los treinta nueve artículos que ahora las integran) y que se ofrece en versión bilingüe inglés-español (la versión 1.^a, originalmente redactada en inglés, tan sólo se tradujo al francés).

Además, desde que, en octubre de 2002, la Comisión Bancaria de la CCI aprobara la *Práctica Bancaria Internacional Estándar (ISBP) relativa al examen de documentos al amparo de créditos documentarios* (en adelante, ISBP

(2) Se afirma en la Introducción a las RUUe, versión 1.1, que “... los comités nacionales de la CCI indicaron que, debido al uso limitado de la versión 1.0 de la eUCP, las eUCP deberían seguir como suplemento a las UCP. Por tanto, la versión 1.1 ha sido actualizada exclusivamente para reflejar los cambios introducidos en las UCP en relación a la terminología y al estilo de presentación”. Sin embargo, comparando ambos textos, tan sólo hemos detectado un cambio: la expresión *by satisfying itself as to the apparent authenticity of an electronic record* ha sido sustituida por *by checking the apparent authenticity of an electronic record* en el art. 12.

2003)⁽³⁾, este texto, que en ningún caso modifica las RUU (pero que ilustra de forma detallada cómo tienen que aplicarse las Reglas en el día a día), se ha convertido en complemento indispensable de éstas. Por esa razón, el mismo Grupo de Redacción que se ha ocupado de las RUU 600 ha preparado una versión actualizada de las ISBP 2003, a la que nos referiremos como ISBP 2007, y que se editará próximamente como Publicación núm. 681 de la CCI⁽⁴⁾. A diferencia de lo que sucede con la versión 1.1 de las RUUe, de la que ya hemos destacado la ausencia de novedades dignas de mención, las ISBP 2007 no sólo incorporan modificaciones formales (mejoras en la redacción y empleo de expresiones más depuradas y acordes con las utilizadas en las RUU 600), sino que ven alterada su propia sistemática con objeto de acomodarla a la estructura de las RUU 600 (por ejemplo, ciertos párrafos se eliminan porque integran el contenido de las RUU 600 y se cambia el orden de la regulación de los documentos de transporte) e, incluso, ofrecen cambios sustantivos a algunos de los cuales tendremos ocasión de hacer referencia más adelante.

Finalmente, queremos señalar en este apartado que, por contraste con lo sucedido con las RUUe y con las ISBP, la CCI no tiene en este momento en marcha (ni siquiera lo ha anunciado) ningún proyecto de actualizar de inmediato las *Reglas Uniformes para los reembolsos interbancarios relacionados con créditos documentarios* (en adelante, RUR)⁽⁵⁾, que fueron publicadas en 1995 por esta institución (declarándose efectivas desde el 1 de julio de 1996) con el propósito de completar (no de reemplazar, ni de invadir) lo dispuesto en el art. 19 de las RUU 500 en relación con las operaciones de reembolso interbancario. Lo que sí resulta novedoso es la alusión expresa a este texto en las propias RUU 600, cuyo art. 13.a) establece que “(s)i el crédito establece que un banco designado (‘banco peticionario’) debe obtener el reembolso mediante reclamación a un tercero (‘banco reembolsador’), el crédito deberá indicar si el reembolso está sujeto a las Reglas para reembolsos interbancarios de la CCI en vigor en la fecha de emisión del crédito”. En caso contrario, resultarán de aplicación las reglas previstas para tal hipótesis en el apartado b) de dicho art. 13.

⁽³⁾ Así pues, nos referiremos al citado texto por las siglas correspondientes a la parte inicial (y relevante) de su denominación en lengua inglesa (*Internacional Standard Banking Practice*). En todo caso, cabe recordar que se trata de la Publicación núm. 645 CCI.

⁽⁴⁾ La votación, en la que también se aprobó por unanimidad el texto aportado, tuvo lugar en una reunión que se celebró en Singapur el 26 de abril de 2007.

⁽⁵⁾ No se ha publicado la versión española de estas Reglas. El texto original es *ICC Uniform Rules for Bank-to-Bank Reimbursements Under Documentary Credits (URR 525)*.

2. Aspectos generales de la revisión de las RUU 600

Desde el punto de vista formal los redactores de las RUU 600 han tratado de simplificar la formulación de las reglas, y han intentado utilizar un lenguaje más directo y sencillo. A tal efecto se ha modificado la dicción de un buen número de artículos, si bien en muchos casos ello no parece haber supuesto cambios en el sentido y alcance de la regla enunciada⁽⁶⁾. Lo cierto, sin embargo, es que, al menos en su versión española, el texto sigue adoleciendo de cierta farragosidad. Se echa de menos una mayor claridad y un más depurado “estilo” en la redacción.

En este contexto de búsqueda de mayor sencillez se ha reducido ostensiblemente el número de artículos (se ha pasado de cuarenta y nueve a treinta y nueve) y se ha tratado de seguir una sistemática más clara (por ejemplo, se han ubicado en dos artículos distintos —el 8 y el 9— las obligaciones de los bancos emisor y confirmador, que antes se incluían en el mismo precepto)⁽⁷⁾. Con

⁽⁶⁾ Por ejemplo, se ha eliminado en un buen número de preceptos la referencia expresa a la posibilidad de que el crédito estableciera lo contrario [cfr., en cambio, los arts. 10.b), 20, 22, 23.a), 24.a), 25.a), 33.a), 34.b), 37, 39.c), 40.a), 46...RUU 500]. A estos efectos se ha estimado suficiente la mención de tal principio en el art. 1 RUU 600 (las Reglas obligan a todas las partes, *unless expressly modified or excluded by the credit*). En rigor la explicitación de esta regla resulta innecesaria, dado que, a la vista del carácter de derecho contractual de las RUU, no hay duda de que las partes pueden apartarse de ellas. Otra cosa es que el resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad sea satisfactorio y coherente o, incluso, que llegue a desvirtuar la figura hasta el punto de hacer dudar de la calificación procedente. Obsérvese, por lo demás, que la fórmula utilizada por las RUU 500 (las Reglas *are binding on all parties thereto unless otherwise expressly stipulated in the credit*) parecía referirse, literalmente, sólo a la posibilidad de excluir el carácter vinculante del texto en relación con alguno de los intervinientes en la operación. No obstante, es indudable que las conclusiones anteriores acerca del carácter disponible de las RUU 600 —basadas en el dato de que la fuerza de obligar de las Reglas deriva de su incorporación al contenido negocial en virtud de una remisión expresa— eran predicables igualmente respecto a las RUU 500.

⁽⁷⁾ Otros cambios responden a la misma idea. Así, por ejemplo, se dedica un artículo propio (art. 17 RUU 600) a regular el problema de los “originales” y las “copias”, materia que antes estaba regulada en el art. 20 junto con otras cuestiones. Igualmente, se incorporan a un artículo específico (art. 10) las reglas sobre modificaciones, que antes estaban situadas en los arts. 9.d) y 11.b) RUU 500. Por cierto que, en relación con este asunto se ha establecido expresamente [art. 10.f) RUU 600] que no tendrán valor las cláusulas o estipulaciones contenidas en la propia modificación que indiquen que ésta entrará en vigor salvo que sea rechazada por el beneficiario antes de determinada fecha. Desde luego, la norma comentada deriva de los principios generales [un crédito irrevocable no puede ser modificado sin el consentimiento del beneficiario —art. 9.d) RUU 500, art. 10.a) RUU 600—, manifestado de forma expresa o por hechos concluyentes como la presentación de los documentos] y, en este sentido, resultaría también aplicable —aun en ausencia de plasmación expresa— a los créditos sujetos a las RUU 500.

idéntico propósito de mejorar la comprensibilidad y de facilitar el manejo del texto de las RUU se han introducido dos nuevos artículos, el art. 2, que contiene ciertas definiciones [algunas nuevas⁽⁸⁾; otras ya ofrecidas de manera dispersa en la versión anterior y que, en determinados casos, se han visto modificadas —por ejemplo, la definición de “negociación”: cfr. art. 10.b).ii) RUU 500 y art. 2 RUU 600—⁽⁹⁾], y un nuevo art. 3, que establece un conjunto de reglas inter-

Ahora bien, el hecho de que, a pesar de lo dicho, se trate de una práctica seguida con cierta frecuencia ha aconsejado incluir la mencionada previsión (en línea con lo manifestado por la *Commission on Banking Technique and Practice* de la CCI en su *Position Paper n.º 1* de septiembre de 1994). También simplifica ciertamente el régimen de los créditos documentarios —y, además, acerca su regulación a la realidad del mercado— el hecho de que el compromiso del banco emisor se configure siempre como irrevocable (arts. 2 —definición de “crédito”— y 3 —“un crédito es irrevocable incluso aunque no haya indicación al respecto”—). De ahí que no exista en las RUU 600 norma similar a la contenida en el art. 8 de las RUU 500, relativa, precisamente, a la “revocación del crédito”. De esta forma, si se pretende emitir un crédito como “revocable” el emisor podrá optar entre remitirse a las RUU 500 (con los inconvenientes de someterse a un texto en desuso) o sujetar el crédito a las RUU 600 pero introduciendo en la carta de crédito las condiciones y estipulaciones requeridas por la “revocabilidad” del crédito (lo que puede ser difícil de realizar sin afectar a la coherencia interna de la disciplina de la operación).

⁽⁸⁾ Entre ésta quizás destaque especialmente la definición de “honrar” (*honour*), que evita después muchas y tediosas repeticiones. Según las RUU 600, “honrar” significa: “a) pagar a la vista si el crédito es disponible para pago a la vista; b) contraer un compromiso de pago diferido y pagar al vencimiento si el crédito es disponible para pago diferido; c) aceptar una letra de cambio (“giro”) librada por el beneficiario y pagar al vencimiento si el crédito es disponible para aceptación”. Recuérdese que las Reglas todavía contemplan cuatro formas de disponibilidad del crédito [art. 6.b) RUU 600: mediante pago a la vista, mediante pago diferido, mediante aceptación y mediante negociación] pero las agrupan en torno a dos únicos conceptos: el de “honrar” y el de “negociación”. También resulta de interés la definición de “presentación conforme” (*complying presentation*): con arreglo al art. 2 RUU 600, la presentación es conforme cuando se realiza de acuerdo (*in accordance*) con los términos y condiciones del crédito, con las disposiciones aplicables de las propias Reglas y con la práctica bancaria internacional estándar. La traducción ofrecida por el Comité Español de la CCI resulta en este punto mejorable, ya que define la “presentación conforme” como aquella, precisamente, que “es conforme”, introduciendo así el concepto definido en la definición.

⁽⁹⁾ En el art. 10.b).ii) RRU 500 se usa la fórmula *giving value* (“hacer entrega del valor”), mientras que en las RUU 600 el término empleado es *purchase* (traducido por “compra”). La definición contenida en la última versión de las Reglas es la siguiente: “Negotiation means the purchase by the nominated bank of drafts (drawn on a bank other than the nominated bank) and/or documents under a complying presentation, by advancing or agreeing to advance funds to the beneficiary on or before the banking day on which reimbursement is due to the nominated bank”. Como se ve, existen dos elementos básicos en esta definición: la adquisición de documentos o letras (no giradas sobre el propio banco designado) y el anticipo de fondos (a pesar de lo que se entiende en ciertas jurisdicciones, no “negocia” quien se compromete a adquirirlos documentos una vez que reciba los fondos del banco emisor). Desde luego, tal y como señalan las RUU 600, la mera recepción y el examen y envío de los documentos por parte del banco

pretativas (algunas de las cuales ya estaban presentes —en ocasiones con alcance distinto— en la versión anterior [compárense, por ejemplo, los arts. 20.a) y d), 46.b) y c) y 47 RUU 500 con el art. 3 RUU 600].

En el plano del régimen sustancial de la figura se han producido numerosas modificaciones. Como veremos seguidamente algunas de ellas pueden tener gran relevancia en la práctica futura; sin embargo, en ningún caso estamos ante cambios que afecten al funcionamiento básico de la institución. De hecho, las nuevas RUU 600 siguen afirmando el carácter autónomo de la obligación del banco al disponer en su art. 4.a) lo siguiente: “El crédito, por su naturaleza, es una operación independiente de la venta o de cualquier otro contrato en el que pueda estar basado. Los bancos no están afectados ni vinculados por tal contrato, aun cuando en el crédito se incluya alguna referencia a éste. Por lo tanto, el compromiso de un banco de honrar, negociar o cumplir cualquier otra obligación en virtud del crédito no está sujeta a reclamaciones o excepciones por parte del ordenante, resultantes de sus relaciones con el banco emisor o con el beneficiario”. En suma, de acuerdo con uno de los principios básicos de la disciplina de los créditos documentarios, la obligación asumida por el banco se configura como independiente y autónoma con respecto tanto a la relación de valor como a la de provisión de fondos. Las vicisitudes de la relación subyacente no van a afectar a la validez y eficacia de la obligación del banco, que no queda en ningún momento condicionada o sometida a elementos extraños a la propia carta de crédito. Resulta así que ni el banco emisor ni el confirmador podrán oponer, frente a la reclamación del beneficiario basada en la carta de crédito, excepciones fundadas en sus relaciones con el ordenante (por ejemplo, su declaración de quiebra o la falta de provisión de fondos) o basadas en la relación entre éste y el beneficiario (por ejemplo, el incumplimiento de las obligaciones del vendedor o falta de correspondencia de los documentos con lo pactado en la compraventa). Sólo podrán hacer valer las excepciones que deriven de la propia relación establecida entre él y el beneficiario con la emisión de la carta de crédito y aquellas otras que deriven de relaciones entabladas entre ellos y extra-

designado (siempre que no sea al mismo tiempo confirmador) tampoco constituye negociación [art. 12.c) RUU 600]. Análogamente, el descuento por un banco tercero (no designado) de letras aceptadas por el banco designado (o por el emisor) o de los compromisos de pago diferido asumidos por éstos tampoco puede calificarse de negociación a los efectos de las RUU. Finalmente, debe observarse que las RUU 600 no contemplan que un crédito pueda emitirse como disponible mediante negociación en el banco emisor, lo que se deduce no sólo de la propia definición de “negociación”, sino del contenido del art. 7 [apartados a) y b)] RUU 600, que claramente establece que la obligación del banco emisor consistirá siempre en “honrar” y no en “negociar” (compárense estas reglas con las establecidas en relación con el banco confirmador en los apartados correspondientes del art. 8 RUU 600).

ñas a la operación de crédito documentario (queda a salvo, naturalmente, la posibilidad de hacer valer la *exceptio doli*, esto es, la “excepción de fraude” —*fraud exception*—). Del mismo modo, el ordenante no podrá tratar de impedir el pago por el banco del crédito emitido según sus instrucciones aduciendo circunstancias referentes a la relación de valor, puesto que se trata un compromiso contraído por el banco en su propio nombre y responsabilidad (también con la salvedad ya conocida de que concurra fraude, en cuyo caso el ordenante puede llegar a obtener una decisión judicial que ordene al banco retener el pago). Tampoco podrá negarse posteriormente a reembolsar al banco que, actuando diligentemente y de acuerdo con las reglas aplicables, haya hecho honor al compromiso adquirido en su momento mediante la emisión de una carta de crédito a solicitud suya.

Como se apuntó previamente, las diferencias entre las RUU 600 y las RUU 500, aun sin llegar a alterar los principios básicos que rigen la institución de los créditos documentarios, son numerosas. Y algunas de ellas de cierta relevancia. Desde luego, en este momento no pretendemos analizar con profundidad todos y cada uno de los cambios operados; ello no resulta posible en un espacio razonable, atendidos los objetivos de este trabajo. Por eso nos ocuparemos sólo de algunas de las más significativas novedades y, al hilo de las mismas, de determinadas cuestiones que consideramos de particular interés. A estos efectos, agruparemos las materias a tratar en dos grandes apartados: el primero (*vid., infra*, el epígrafe II.—*Principales modificaciones en cuanto a la estructura y funcionamiento de los créditos documentarios*) referido a las reglas relacionadas con la estructura y funcionamiento de la institución (los conocidos como *hard core banker articles*). El segundo (*vid., infra*, el epígrafe III.—*Principales modificaciones en materia de documentos*) dedicado a los preceptos concernientes a las características y requisitos de los documentos.

II. PRINCIPALES MODIFICACIONES EN CUANTO A LA ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS CRÉDITOS DOCUMENTARIOS

Tal y como hemos señalado, abordaremos en este apartado la tarea de exponer en sus líneas generales algunas de las más llamativas novedades aportadas por las RUU 600 (*vid., infra*, subapartados II.1, II.2, II.3 y II.4). Advertiremos, no obstante, que durante el proceso de redacción se planteó la posibilidad de modificar el régimen de otras cuestiones que, finalmente, ante la falta de acuerdo suficiente, se decidió dejar inalteradas. Entre todas ellas merecen mencionarse las dos siguientes. En primer lugar, se discutió si convenía tomar razón en las RUU de que, en la práctica, son cada vez más frecuentes créditos documentarios en los cuales el emisor no es una entidad

bancaria, sino una entidad comercial o industrial (actuando los bancos como avisadores, confirmadores, designados o negociadores de efectos)⁽¹⁰⁾. La decisión fue finalmente negativa, de manera que las RUU 600 sólo contemplan expresamente su aplicabilidad a créditos documentarios emitidos por bancos⁽¹¹⁾. En segundo término, se deliberó también largamente acerca del tratamiento que debía reservarse para las condiciones no documentarias (*non-documentary conditions*). Finalmente, no pudo alcanzarse un texto satisfactorio y generalmente aceptable, así que se incluyó en el art. 14.h) RUU 600 una norma de alcance sustancialmente equivalente a la ya contenida en el art. 13.c) RUU 500: si un crédito contiene una condición sin precisar el

⁽¹⁰⁾ En alguno de los borradores de las RUU se propuso incluir una definición de “banco” que, precisamente, diera cuenta de esta realidad de los mercados. Era la siguiente: “The term ‘bank’ includes, but is not limited to, entities traditionally known as a bank or other financial institution”. Otra opción que en algún momento estuvo sobre la mesa pasaba por no hacer referencia a los “bancos” (y, sustituir la expresión “banco emisor” por “emisor”, la fórmula “banco confirmador” por “confirmador” y así sucesivamente) sino a las partes. Sin embargo, esta posibilidad fue mayoritariamente descartada por los comités nacionales de la CCI.

⁽¹¹⁾ Naturalmente, ello no impide en absoluto que entidades no bancarias puedan emitir créditos documentarios y someterlos a las RUU. Lo que sucede es que las Reglas están pensadas para créditos emitidos por bancos, porque éstos son los sujetos que han llevado a cabo tradicionalmente estas operaciones. Con independencia de lo anterior se suele llamar la atención sobre el hecho de que la emisión de cartas de crédito por bancos comporta, en términos comparativos, diversas ventajas. Una de ellas derivaría de la existencia de específicas regulaciones del sector financiero que tienden a asegurar la solidez económica de las entidades que operan en él. Otra presunta ventaja radicaría en que el riesgo de que un banco no se comporte de manera neutral es más reducido al que se corre con un *non-bank issuer* (porque el banco que actuase de este modo pondría en peligro su reputación de entidad digna de confianza). Un planteamiento del problema desde la óptica del sector bancario puede leerse en la opinión de la *ICC Banking Commission* de 30 de octubre de 2002 que lleva por título *Articles 1 and 2 of UCP 500. When a non-bank issues a letter of credit*. En todo caso, lo que sí resulta recomendable es que el banco avisador ponga de manifiesto al beneficiario el carácter no bancario del emisor (a cuyo efecto existen incluso reglas de uso de mensajes de SWIFT que tratan de garantizar el efectivo conocimiento de esta circunstancia por los receptores de las comunicaciones).

Más delicado es el problema, desde el punto de vista conceptual, cuando son los propios compradores quienes emiten las cartas de crédito (*private label letters of credit*), práctica que no resulta extraña entre los grandes importadores norteamericanos (ni en el mundo de las *stand-by letters of credit*). En este caso no estaríamos ante una verdadera operación de crédito documentario tal y como ésta se entiende tradicionalmente (sería una *two-party letter of credit*), aunque debe reconocerse que la práctica de emitir cartas de crédito por cuenta del propio emisor encuentra amparo en las RUU 600 (recuérdese que el art. 2 define al “banco emisor” como “el banco que emite un crédito a petición de un ordenante o por cuenta propia”).

documento o documentos que deben evidenciar el cumplimiento de tal condición, ésta se tendrá por no puesta⁽¹²⁾.

1. Plazo para determinar si una presentación es conforme

Con arreglo al art. 13.b) RUU 500, el banco emisor, el confirmador o el designado disponían “de un plazo razonable, no superior a siete días bancarios hábiles” (*a reasonable time, not to exceed seven banking days*), contados a partir de la fecha de recepción de los documentos, para examinarlos, para decidir sobre su aceptación o rechazo y para notificar su decisión al presentador. Las RUU 600 se apartan de este tradicional criterio⁽¹³⁾ para establecer que los referidos bancos contarán “con un máximo de cinco días hábiles bancarios contados a partir del día siguiente al de la presentación para determinar si dicha presentación es conforme”⁽¹⁴⁾. Además, el mismo plazo máximo de cinco días hábiles posteriores a la presentación se concede para realizar la notificación pertinente al presentador (*vid., infra*, el epígrafe 2.2.—*Conducta a seguir por el banco en caso de rechazo de los documentos presentados*) cuando el banco

(12) El problema del tratamiento de las condiciones no documentarias se ha venido suscitando desde hace largo tiempo. Sin perjuicio de recordar que se trata de un texto que no será aplicable bajo las RUU 600 (*vid.* la “Introducción” a las Reglas), resulta todavía de interés consultar lo dicho sobre esta cuestión en el *Position Paper n.º 3* de la *Commission on Banking Technique and Practice* de la CCI de septiembre de 1994.

(13) Merece la pena comentar que durante los trabajos preparatorios se barajaron otras fórmulas “intermedias”. Por ejemplo, en algún momento se pensó en mantener la regla del plazo razonable pero especificando que las decisiones tomadas durante un determinado período de tiempo (por ejemplo, en los primeros tres días) se considerarían siempre adoptadas en tiempo razonable (*safe harbour approach*), mientras que las adoptadas entre el cuarto y el séptimo día lo serían o no según las circunstancias.

(14) Si la presentación se realiza ante un banco designado y éste procede a su examen tendrá cinco días para decidir si “honrar” o “negociar” y para notificarlo al presentador. El banco designado, si decide que la presentación es conforme, deberá luego remitir los documentos al banco emisor (o al confirmador, si hubiera alguno). Este último, a su vez, dispondrá de cinco días hábiles para examinar los documentos y notificar las discrepancias, si existieran (aunque ello no será relevante de cara al beneficiario, sino únicamente a los efectos de determinar si el banco designado tiene o no derecho a ser reembolsado). De ahí que el art. 14.b) RUU 600 precise [como también lo hacía el 13.b) RUU 500] que el plazo de que disponen se concede a “cada uno” de los bancos mencionados (banco emisor, confirmador y designado). Por lo demás, el art. 14.d) RUU 500 establecía expresamente que la notificación de las discrepancias había de hacerse al banco que hubiera remitido los documentos, o al beneficiario si los documentos se recibieron directamente de él. El art. 16.c) RUU 600, por su parte, únicamente indica que la notificación se hará al “presentador”. No obstante, este cambio no parece llamado a tener demasiada relevancia, puesto que el art. 2 RUU 600 señala que por “presentador” ha de entenderse, tanto un beneficiario, como un banco u otra parte que efectúa una presentación. A su vez, “presentación” significa, tanto la entrega al banco emisor o al banco designado de documentos al amparo de un crédito, como los propios documentos entregados.

rechaza honrar o negociar [art. 16.d) RUU 600]. Y, al igual que sucedía bajo la vigencia de las RUU 500 [art. 14.c)], este plazo no se ve ampliado por el hecho de que el banco emisor tome la iniciativa de dirigirse al ordenante “para obtener una renuncia a la discrepancia” (*to seek a waiver from the applicant*) [art. 16.b) RUU 600]⁽¹⁵⁾.

Este cambio, de escasa trascendencia conceptual, ha sido saludado como uno de los más relevantes por los prácticos. En teoría, no debería suponer por sí mismo ni una reducción ni un alargamiento de los tiempos que efectivamente se empleen en el examen de los documentos y en la notificación de la decisión. Dependiendo de las circunstancias (por ejemplo, de la complejidad del texto del crédito o del número y la naturaleza de los documentos a examinar), el “plazo razonable” de las RUU 500 podría ser mayor o menor de los cinco días “máximos” de las RUU 600. Sin embargo, la opinión más común es que la nueva regla llevará de hecho a un acortamiento de los plazos y, desde luego, a una disminución de la incertidumbre. En efecto, estaba fuertemente anclada entre ciertos bancos la convicción de que cualquier decisión adoptada dentro del plazo de siete días había de considerarse como tomada en un tiempo razonable, visión que, naturalmente, no siempre era compartida por los beneficiarios. Y ello, como es lógico, no dejaba de ser fuente de discusiones y conflictos. Ahora se gana en claridad y seguridad, si bien ha de reconocerse que —con la norma actual— los bancos no tienen ningún incentivo para examinar los documentos y notificar su decisión antes de que transcurran cinco días (antes bien, en determinados casos puede serles incluso difícil justificar ante el ordenante no haber agotado el tiempo disponible)⁽¹⁶⁾.

(15) Las RUU 600 especifican (art. 14.b, último inciso) que el plazo de cinco días con que cuentan los bancos no se verá reducido por el hecho de que, durante ese tiempo, expire el plazo previsto para realizar la presentación (*expiry date for presentation*) o, en su caso, venza el plazo concedido para la presentación de los documentos de transporte [los 21 días posteriores a la fecha de embarque —art. 14.c)—, si bien la presentación no puede hacerse en ningún caso “con posterioridad a la fecha de vencimiento del crédito”]. En suma, se aclara que si la presentación se hace, por ejemplo, el último día hábil para ello, el banco gozará siempre de cinco días para examinar los documentos, decidir y notificar, con independencia de que ese plazo de cinco días se extienda más allá de la *expiry date*.

(16) La interpretación más sencilla del art. 14.b) RUU 600 pasa por considerar que los bancos cuentan siempre con ese plazo de cinco días, y es de la que se ha partido en el texto. No obstante, debe advertirse que se han elevado voces cuestionando si los bancos gozan de ese tiempo en todo caso. El problema puede plantearse a través de un ejemplo: si un banco decide rechazar los documentos en el primer día posterior a la presentación, ¿puede lícitamente esperar hasta el quinto día para notificarlo? ¿Y si el tiempo hábil para presentar la documentación expirara durante ese período de cinco días, de tal forma que de haberse realizado una comunicación pronta, el beneficiario habría tenido la oportunidad de subsanar los defectos y realizar una

2. Conducta a seguir por el banco en caso de rechazo de los documentos presentados

De acuerdo con el art. 14.d).i) RUU 500, si el banco decidiera rechazar los documentos presentados por considerarlos no conformes con los términos del crédito había de comunicarlo sin demora al beneficiario (o al banco que le remitió los documentos). Dicha notificación debía, no sólo indicar todas las discrepancias, sino que, además, había de precisar si el banco mantenía los documentos a disposición del remitente o si procedía a devolvérselos.

Por el contrario, según el art. 16.c).iii) RUU 600, cuando el banco decide rechazar el “honrar” o “negociar”, la notificación (que ha de ser única), además de poner de manifiesto este hecho y todas las discrepancias apreciadas, ha de indicar si el banco conserva los documentos en espera de indicaciones del presentador, si procede a devolverlos, si actúa según instrucciones previamente recibidas del presentador o si los documentos quedan en poder del banco emisor⁽¹⁷⁾ hasta que reciba del ordenante la renuncia a hacer valer las discrepancias o reciba instrucciones del presentador con anterioridad a su acuerdo de aceptar la renuncia⁽¹⁸⁾. Si el banco emisor o el confirmador no actuasen de acuerdo con lo prescrito en el propio art. 16 RUU 600 (que establece también el plazo de

segunda presentación, esta vez conforme? A la vista de estas situaciones, y atendiendo a los intereses en juego, hay quien mantiene que el banco debería siempre examinar los documentos y comunicar su decisión en el plazo que sea razonable, ya que otra actitud podría perjudicar injustamente a los beneficiarios (con todo, se asume generalmente que, si se dirige al ordenante para solicitar una renuncia a las discrepancias —*infra* apartado 2.2.—*Conducta a seguir por el banco en caso de rechazo de los documentos presentados*—, siempre será razonable el plazo de cinco días). Esta interpretación, sin embargo, viene a rescatar el sistema de las RUU 500, con toda su dosis de incertidumbre, por lo que, en nuestra opinión, no resulta convincente. Además, también juega en contra de ella el sentido del art. 14.b), último inciso, RUU 600, al que antes hicimos referencia (*vid. supra*, nota 15).

(17) Sólo el banco emisor está autorizado a dirigirse al ordenante para obtener una renuncia a hacer valer las discrepancias, lo que puede hacer por iniciativa propia [cfr. art. 16.b) RUU 600].

(18) En las *UCP 600 Usage Guidelines* (elaboradas por SWIFT para su empleo por las entidades bancarias a partir del 1 de julio de 2007) se aborda específicamente el problema de los avisos de rechazo de los documentos (MT 734: *Notice of refusal*). Y así, para ajustarse a las RUU 600, se añade a las *code words* (*hold* y *return*) utilizadas hasta ahora en el campo 77B (*Disposal of documents*), que se correspondían con las posibilidades de actuación de los bancos bajo las RUU 500, dos nuevos términos que las entidades financieras pueden emplear: *notify* y *previnst* [que se corresponden, respectivamente, con las alternativas contempladas en los subapartados iii.b) y iii.d) del art. 16.c) RUU 600].

cinco días al que nos referimos *supra*, en el epígrafe 2.1.—*Plazo para determinar si una presentación es conforme*) perderán “el derecho a alegar que los documentos no constituyen una presentación conforme” [art. 16.f) RUU 600]⁽¹⁹⁾.

Obsérvese que los cambios operados en esta materia son de gran importancia práctica. Tratemos de reconstruir algunas de las posibles actuaciones del banco una vez que ha determinado que la presentación no es conforme. Adviértase, a este propósito, que el banco emisor puede, según su propio y libre criterio, decidir dirigirse al ordenante para que éste renuncie a hacer valer las discrepancias apreciadas en los documentos presentados [art. 16.b) RUU 600; la situación era la misma bajo las RUU 500: art. 14.c)]⁽²⁰⁾. En el caso de que el

⁽¹⁹⁾ Así pues, las RUU 600 han conservado la llamada *preclusion rule* [ya presente en las RUU 500 —art. 14.e)—], si bien la dicción de la regla se ha modificado para adaptarla al contenido del nuevo texto.

⁽²⁰⁾ No es raro que los bancos emisores realicen esta consulta. En muchos casos se verifica efectivamente la renuncia del ordenante a hacer valer las discrepancias, dado que, frecuentemente, éstas no comprometen la satisfacción de los intereses sustanciales presentes en la operación subyacente. En todo caso, debe recordarse que el banco emisor no se encuentra vinculado por la decisión del ordenante de prestar su conformidad con los documentos presentados, de tal manera que, aun habiéndose prestado tal conformidad, el beneficiario no tiene derecho a exigirle que “honre” el crédito [cfr. art. 16.c).iii).b) RUU 600, que expresamente menciona la aceptación de la renuncia; *vid.*, también en este sentido, la Recomendación de la *Banking Commission* de la CCI titulada *Discrepant documents, waiver and notice* de abril de 2002, elaborada sobre la base de las RUU 500]. Cuestión distinta es que, en determinadas circunstancias, el banco emisor pueda quedar responsable frente al ordenante si, después de haber obtenido de éste una renuncia, no actúa de conformidad con ella. Inversamente, es también obvio que, bajo su propia responsabilidad, el banco puede no hacer valer las discrepancias y “honrar” el crédito a pesar de no haber obtenido *the applicant's waiver*. Con respecto a esto último debe recordarse que en las RUU 600 ha desaparecido cualquier referencia al pago “bajo reserva” (*under reserve*) o “contra una garantía” (*against an indemnity*) que, sin embargo, se encontraba contemplado en el art. 14.f) RUU 500 (nos referimos al pago realizado a sabiendas de que los documentos presentados no se ajustan plenamente a las condiciones del crédito y confiando en el compromiso del beneficiario —a veces reforzado con alguna garantía— de devolver lo recibido en caso de que, finalmente, el ordenante o el banco emisor rechazaran los documentos por falta de conformidad). En rigor, ello no impide que la práctica mencionada pueda seguir llevándose a cabo, ni parece que deba suponer alteraciones sustanciales en su tratamiento jurídico. En efecto, desde el punto de vista de la disciplina de los créditos documentarios, un pago hecho “bajo reserva” o “contra una garantía” en nada afecta a las relaciones del banco que paga con el ordenante o con los bancos emisor o confirmador (ya que no tendrá derecho a exigirles el reembolso, puesto que el pago no se hizo contra una presentación conforme: arts. 7.c) y 8.c) RUU 600); ni a las obligaciones que a éstos incumben de acuerdo con el art. 16 RUU 600: el banco emisor o el confirmador cuentan con el conocido plazo de cinco días hábiles bancarios para decidir si rechazan los documentos y para notificar tal decisión al banco designado, con la consecuencia, en caso de incumplimiento de estos deberes, de ver extinguido su derecho a alegar la falta de conformidad de la presentación y, por tanto, a denegar el reembolso.

examen de los documentos haya sido llevado a cabo por el banco confirmador o por un banco designado sólo será posible dirigirse al banco emisor para averiguar si estará dispuesto a dirigirse al ordenante. Pero, obsérvese, todo ello no prorrogará el plazo de cinco días hábiles concedido para notificar el rechazo.

Ahora bien, como ya hemos apuntado, ante una presentación no conforme el banco debe notificar su rechazo a “honrar” o “negociar”, señalar las discrepancias e indicar en qué situación quedan los documentos presentados. Y aquí se aprecia una importante diferencia con el régimen de las RUU 500. En efecto, según esta versión de las Reglas, una vez comunicado el rechazo de los documentos el banco sólo puede, o bien mantener los documentos a disposición del presentador, o bien devolvérselos (con lo cual será posible subsanar los errores producidos y realizar una segunda presentación —si queda tiempo para ello—). El problema de este sistema radicaba en que si, en ese tiempo, se producía una renuncia a hacer valer las discrepancias el banco había de obtener el consentimiento del presentador para poder entregar los documentos al ordenante, lo cual demoraba todo el proceso. Por el contrario, las RUU 600 permiten al banco emisor mantener los documentos en tanto reciba una renuncia y decida aceptarla o bien reciba instrucciones del presentador (éstas deben ser anteriores a la aceptación por el banco emisor de la renuncia, porque de ser posterior el banco podrá ya remitir los documentos al ordenante sin asumir responsabilidad), con lo cual no resultará preciso obtener el consentimiento del beneficiario para remitir la documentación al ordenante⁽²¹⁾.

3. El problema de las “incoherencias” o “discordancias” de los documentos

Según disponen las RUU 500, los bancos deben considerar que no están de acuerdo con los términos y condiciones del crédito aquellos documentos que “en apariencia, no concuerden entre sí” [art. 13.a) *in fine*]. Esta regla (*the consistency principle*) ha sido la causante de que en un elevado número de supues-

(21) En todo caso, el banco designado, el confirmador o el emisor pueden devolver los documentos al presentador en cualquier momento aun cuando hayan indicado en su notificación de rechazo que procedían a conservar los documentos a su disposición. El banco emisor, en particular, está igualmente autorizado a devolver los documentos en cualquier momento aunque hubiera señalado que mantenía los documentos en su poder hasta que recibiera del ordenante una renuncia a las discrepancias o instrucciones del presentador [art. 16.e) RUU 600].

tos⁽²²⁾ se haya rechazado la presentación de los documentos por la existencia de discrepancias que, en realidad, no resultaban determinantes para los intereses de las partes⁽²³⁾.

Tratando de reaccionar contra esta situación, el art. 14.d) RUU 600 establece que los datos de un documento no han de ser necesariamente idénticos con los restantes datos del mismo documento, con los contenidos en otros o con las menciones del crédito⁽²⁴⁾. Pero precisa, igualmente, que no deben ser contradictorios (*must not be in conflict with*) con ellos. Ocurre, sin embargo, que no es seguro que la modificación operada vaya a ser suficiente para alcanzar el objetivo propuesto. De un lado, no está claro qué debe entenderse por “datos” bajo la nueva regla; por otra parte, y aunque ésta es la intención de la norma, nada asegura que los bancos ante los que se presenten los documentos vayan a asumir que la “contradicción” del art. 14.d) RUU 600 es algo diferente a la falta de “concordancia” del art. 13.a) RUU 500, en el sentido de que el primer precepto obligaría a seguir un criterio “menos estricto” que el segundo en la valoración de las posibles diferencias apreciadas. Además, convendrá recordar que, en el curso de los trabajos preparatorios, se discutió sobre la posibilidad de eliminar del art. 14.d) RUU 600 la referencia a “cualquier otro documento

(22) Ya de por sí demasiado alto, tal y como se pone de manifiesto en el siguiente pasaje de la Introducción a las RUU 600: “Cuando empezó el trabajo de revisión, algunos informes indicaban que, como consecuencia de discrepancias, aproximadamente un 70% de los documentos presentados al amparo de cartas de crédito eran rechazados en una primera presentación. Este hecho tenía, y sigue teniendo, un efecto negativo en la consideración de la carta de crédito como medio de pago y, si no se revisaba, podría acabar teniendo serias consecuencias en el mantenimiento o incremento de su cuota de mercado como medio de pago reconocido en el comercio internacional”. En suma, tal y como se ha dicho en alguna ocasión, hay que hacer de las cartas de crédito *instruments of payment rather than non-payment* aunque ello reduzca las *discrepancy fees* cobradas por muchos bancos (y que habitualmente se devengan con independencia de que, finalmente —por recibirse, por ejemplo, una renuncia del ordenante— los documentos sean finalmente aceptados).

(23) Por ejemplo, las debidas simplemente a la conversión de las unidades de medida o las que afectan a datos no requeridos en el crédito. También en esta clave ha de ser visto —y valorado favorablemente— el art. 14.j) RUU 600, que trata de evitar que se rechacen las presentaciones por diferencias en las direcciones que pueden no tener importancia alguna (en ocasiones se deben, simplemente, al empleo de lenguas diferentes o al hecho de que alguna de las partes ha modificado su domicilio).

(24) En la versión actualizada de las ISBP adaptada a las RUU 600 ha desaparecido la referencia (párrafo 24) a la “Incoherencia de documentos” (“[l]os documentos presentados al amparo de un crédito no deben ser en apariencia incoherentes entre sí. Lo que se requiere no es que los datos contenidos sean idénticos, sino meramente que los documentos no sean inconsistentes”). Ello se ajusta a la intención de los redactores de esta actualización (que no “revisión”) de eliminar del texto de las ISBP 2007 los párrafos cuyo contenido ha sido incorporado a las RUU 600.

requerido” (*any other stipulated document*), para que la confrontación hubiera de hacerse únicamente con respecto al propio documento y a lo establecido en el texto del crédito. Los defensores de esta solución argumentaban que de esta manera se reducirían grandemente las llamadas “discrepancias técnicas”, es decir, las que carecen de relevancia en cuanto al valor o a la calidad de la presentación pero dan lugar al rechazo de los documentos⁽²⁵⁾.

4. La posición de los bancos designados

Uno de los rasgos destacados de las RUU 600 es su más detallada y precisa regulación de la posición de los bancos designados⁽²⁶⁾ (*nominated banks*) y,

(25) En cuanto a las condiciones de aceptabilidad de los documentos no contemplados en las RUU, el art. 21.f) RUU 600 dispone que, si el crédito estipula su presentación sin precisar quién debe emitirlos o los datos que deben contener, el banco los aceptará tal y como le sean presentados, “siempre que su contenido parezca cumplir la función del documento exigido” y en lo demás sean conformes con el art. 14.d). Así resulta que no sólo se modifica en su sentido y en su alcance el único requisito exigido en el art. 21 RUU 500 (en lugar de que los documentos no sean incongruentes —*inconsistent*— con los demás que se presenten, ahora es preciso que se cumpla con el art. 14.d), sino que se añade una segunda exigencia: que el documento parezca cumplir la *función* del documento exigido.

Merece también la pena señalar que, mientras la descripción de las mercancías, servicios o prestaciones en la factura debe corresponder (*must correspond*) con la que aparece en el crédito [art. 18.c) RUU 600], la contenida en otros documentos podrá hacerse en términos generales no contradictorios (*not conflicting*) con la descripción contenida en el propio crédito [art. 14.e) RUU 600]. Tal como veremos *infra* (vid. el apartado III.1.—*Cuestiones generales*, dentro del epígrafe 3.—*Principales modificaciones en materia de documentos*), este diferente tratamiento se justifica por una doble consideración: la diferente función atribuida en la práctica a estos documentos y el hecho de que la redacción de la factura compete al beneficiario (quien puede reproducir con toda precisión las especificaciones del crédito), mientras que los demás documentos son elaborados por terceros que pueden utilizar expresiones o fórmulas diferentes. En este contexto, por tanto, las diferencias con el art. 37.c) RUU 500 se manifiestan en cuanto a los documentos distintos a la factura comercial (se ha pasado de exigir una descripción en términos *not inconsistent* a una descripción en términos *not conflicting*), mientras se reproduce en las RUU 600 la regla referida a ésta. No obstante, ha de recordarse que ello no significa que, con respecto a la descripción contenida en la factura, sea necesaria la “identidad” (como dicen las ISBP en su versión actualizada —que en este punto coinciden con la versión de 2003—, *there is no requirement for a mirror image* —parágrafo 58—). Cuestión distinta es que en la práctica, y para evitar problemas, la factura suela reproducir literalmente la descripción de las mercancías que aparece en la carta de crédito.

(26) También en relación con los bancos avisadores (*advising banks*) las RUU 600 introducen ciertos cambios, si bien éstos se reducen básicamente a precisar en algún extremo el régimen anterior y a retocar la redacción para cubrir expresamente en las normas también la notificación de las modificaciones del crédito. Y así, el art. 9.a) RUU 600 mantiene el principio de que el banco avisador (siempre que, naturalmente, no sea simultáneamente confirmador) no asume, por el hecho de notificar el crédito (o una modificación de éste) ningún compromiso de

especialmente, de sus derechos de reembolso frente a los bancos emisores o confirmadores.

Partamos de la base de que el concepto y los principios básicos de actuación de los bancos designados no se ven alterados por las RUU 600. En efecto, análogamente a lo que sucedía bajo la anterior revisión de las Reglas, y salvo que en la propia carta de crédito se diga que sólo es disponible en el banco emisor (*straight credit*), el crédito debe indicar un banco (banco designado) en el que es disponible, o bien señalar que es disponible en cualquier banco [art. 6.a) RUU 600]⁽²⁷⁾. Ello significa, en esencia, que se designa un banco al que se autoriza para que “honre” o “negocie”, según la forma de disponibilidad del crédito. Naturalmente, y excepción hecha del caso en que el banco designado sea también confirmador, la autorización para “honrar” o “negociar” no genera para el banco designado ningún compromiso frente al beneficiario, salvo que aquél expresamente lo acepte y se lo comunique a éste [art. 12.a) RUU 600]. Ni siquiera la recepción, examen y envío al banco emisor de los documentos supondrá la asunción de una tal obligación [art. 12.c) RUU 600]. En este sentido, debe recordarse que la presentación de los documentos puede hacerse tanto al banco emisor como a un banco designado⁽²⁸⁾, y que este último se somete en cuanto al examen de los documentos (criterios, plazos, notificaciones,...) a las mismas reglas que el banco emisor y que el banco confirmador. La diferencia,

“honrar” o “negociar”. Además, el art. 9.b) RUU 600 ya no se limita a señalar que el banco avisador pondrá un cuidado razonable en verificar la aparente autenticidad del crédito [como señalaba el art. 7.a) RUU 500], sino que dispone específicamente que, al notificar el crédito o su modificación, el banco avisador está manifestando que ha determinado “a su satisfacción” la aparente autenticidad de aquéllos y, además, que la notificación que emite refleja fielmente los términos del crédito o modificación recibidos. Por lo demás, merece la pena destacar la inclusión de una definición de banco avisador (el que notifica el crédito a petición del emisor: art. 2), la previsión expresa de que el banco avisador puede ayudarse de los servicios de un “segundo banco avisador” [art. 9.c)], y, en relación precisamente con la notificación de modificaciones, la imposición al banco que notifica una modificación de poner en conocimiento del banco emisor (o del confirmador) cualquier comunicación de aceptación o rechazo. Lo que las RUU 600 no contemplan de manera expresa, aunque tampoco se oponen a esta práctica, es la posibilidad de que el banco avisador lleve a cabo actuaciones que van más allá de la mera notificación del crédito y de sus modificaciones (como, por ejemplo, la recepción y remisión de documentos por cuenta del beneficiario).

(27) De acuerdo con la definición contenida en el art. 2 RUU 600, por “banco designado” ha de entenderse el banco en el que el crédito es disponible, o cualquier banco en el caso de un crédito disponible en cualquier banco. En todo caso, un crédito disponible en un banco designado es siempre también disponible en el banco emisor [art. 6.a) RUU 600].

(28) Obsérvese que, en las RUU 600, el banco confirmador es también un banco designado, ya que el crédito es disponible en él. De ahí, por ejemplo, que en el art. 8 RUU 600 se hable del banco confirmador o de cualquier otro banco designado.

como ya hemos señalado, es que el banco designado, aun cuando la presentación sea conforme, no tiene la obligación de pagar a la vista, ni la de contraer un compromiso de pago diferido, ni la de aceptar letras de cambio giradas por el beneficiario, ni la de “negociarlas”⁽²⁹⁾.

Naturalmente, si el banco designado decide no “honrar” ni “negociar” el beneficiario puede siempre reclamar de los bancos emisor y confirmador el cumplimiento de sus compromisos⁽³⁰⁾. Por el contrario, si efectivamente lo hace (esto es, si cumple con lo previsto en el crédito), entonces deberá remitir los documentos al banco ordenante o al confirmador y gozará del derecho a ser reembolsado [arts. 7.c) y 8.c) RUU 600], siempre, lógicamente, que hubiera cumplido contra una presentación conforme. Desde luego, este derecho de reembolso también estaba reconocido en las RUU 500 [arts. 10.d) y 14.a)]. La diferencia estriba en el reforzamiento de la posición del banco designado que se produce en la versión revisada de las Reglas debido, fundamentalmente, a la incorporación de dos importantes normas⁽³¹⁾.

(29) Nótese, a este propósito, la diferente dicción de los apartados a) y b) del art. 15 RUU 600, por un lado, y del apartado c), por otro. En los dos primeros (referidos respectivamente a los bancos emisor y confirmador) se dice que si la presentación es conforme se *debe (must)* “honrar” u “honrar o negociar” según sea el caso. Por el contrario, en el art. 15.c), concerniente a los bancos designados, se especifica que si la presentación es conforme y el banco decide “honrar” o “negociar” (lo cual no tiene por qué suceder) su obligación consiste en remitir los documentos al banco confirmador o al banco emisor. Precisamente esta ausencia de obligación de cumplir con lo estipulado en el crédito es lo que justifica también que la *preclusion rule* no tenga sentido en relación con el banco designado que no sea confirmador [cfr. art. 16.f) RUU 600].

(30) De acuerdo con el art. 7.a) RUU 600 (y siempre que la presentación sea conforme y se haya realizado ante un banco designado que no haya “honrado” ni “negociado” —o, naturalmente, ante el propio emisor—) el banco emisor deberá “honrar” el crédito. Del mismo modo, con arreglo al art. 8.a), en esas mismas condiciones el banco confirmador deberá “honrar” o, incluso, “negociar sin recurso” (*without recourse*) si el crédito había sido emitido como disponible mediante negociación en el banco confirmador. En las RUU 500 —aunque la solución había de ser la misma que en las RUU 600— la norma de que los bancos emisor y confirmador debían de hacer efectivo el crédito en caso de que un banco designado no lo hiciera sólo estaba expresamente establecida en relación con los créditos disponibles mediante aceptación [arts. 9.a).iii).b) y 9.b).iii).b) RUU 500].

(31) En rigor, existe una tercera regla que también mejora la situación de los bancos designados. Nos referimos a la establecida en el segundo párrafo del art. 35 RUU 600, cuyo tenor es el siguiente: “Si el banco designado determina que la presentación es conforme y remite los documentos al banco emisor o al banco confirmador —con independencia de si el banco designado ha honrado o negociado— el banco emisor o el banco confirmador deberán honrar o negociar, o deberán reembolsar al banco designado, incluso cuando los documentos se hayan extraviado en el trayecto entre el banco designado y el banco emisor o el banco confirmador, o entre el banco confirmador y el banco emisor”.

La primera de ellas, de alcance general, se enuncia en el art. 7.c) RUU 600: el compromiso del banco emisor de rembolsar al banco designado es *independiente* de su compromiso frente al beneficiario (regla análoga contiene para el banco confirmador el art. 8.c) RUU 600. El establecimiento expreso de este principio aclara algo que, seguramente, estaba ya implícito en las RUU 500⁽³²⁾: que la excepción de fraude del beneficiario⁽³³⁾ no podrá ser opuesta por el banco emisor al banco designado que, sin conocer tal circunstancia y actuando con la diligencia debida, haya “honrado” o “negociado” de acuerdo con lo previsto en el crédito al haberse realizado una presentación conforme⁽³⁴⁾. En suma, el banco designado *que ha “honrado” o “negociado” una presentación conforme* no ejercita contra el emisor (o contra el confirmador) el mismo derecho que ostentaba el beneficiario, sino uno propio, no sujeto a las excepciones que eventualmente pudieran hacerse valer contra aquél⁽³⁵⁾.

La segunda norma que favorece los intereses de los bancos designados [art. 12.b) RUU 600] dispone lo siguiente: “Al designar a un banco para que acepte un giro o adquiera un compromiso de pago diferido, el banco emisor autoriza a dicho banco designado a pagar anticipadamente o a comprar el giro aceptado o el compromiso de pago diferido adquirido por dicho banco designado”.

(32) Y que se encontraba reconocido de manera expresa en el art. 3 RUR, según el cual: “Una autorización de reembolso es independiente del crédito al que se refiere, y no afectan ni vinculan al banco reembolsador los términos y condiciones del crédito, aunque se incluya cualquier referencia a los términos y condiciones del crédito en la autorización de reembolso”. Recuértese que cuando la autorización de reembolso, o el propio crédito documentario, se comunica por teletransmisión utilizando, como es lo habitual, el sistema SWIFT, la tramitación del reembolso queda automáticamente sujeta a las RUR.

(33) Naturalmente, no es éste el lugar para entrar a discutir los perfiles precisos de la excepción de fraude, su naturaleza y las condiciones que deben concurrir para que pueda ser alegada con éxito. Tampoco es el momento de discutir sobre los recursos procesales de que goza el ordenante para tratar de bloquear el pago al beneficiario. En el desarrollo argumental seguido en el texto partimos de la hipótesis de la procedencia de la alegación de fraude sin hacer cuestión de sus presupuestos o límites.

(34) La cuestión que se plantea es si, en tal caso, el ordenante podrá hacer valer frente al banco emisor el fraude del beneficiario para negarse a reembolsarle. La respuesta, en mi opinión, debe ser negativa, ya que al banco emisor le habrá resultado imposible hacer valer dicha excepción frente al banco designado (que, en la hipótesis planteada, ya habría “honrado” o “negociado” antes de hacerse evidente el fraude), por lo que no hay razón para que el primero vea comprometido su derecho de reintegro. Esto significa, en suma, que es el ordenante quien soporta el riesgo del fraude y no los bancos, lo que resulta perfectamente lógico ya que se trata de un riesgo relativo a la relación subyacente, a la que los bancos son ajenos.

(35) Sin embargo, sí quedará sujeto a tal excepción el banco designado que no haya “honrado” o “negociado” sino que se limite a remitir los documentos actuando por cuenta del beneficiario como mero encargado del cobro.

Para comprender el alcance de esta regla resulta imprescindible dedicar algunas líneas a recordar el significado y el funcionamiento práctico de los créditos disponibles mediante pago aplazado (*deferred payment*). En efecto, como es notorio, en este tipo de créditos el banco emisor (y el confirmador, si lo hay) se obliga a “contraer un compromiso de pago diferido y pagar al vencimiento” (*vid.* definición de “honrar” en el art. 2 RUU 600). Normalmente, su emisión satisface a un doble interés: de un lado, el de conceder crédito al comprador⁽³⁶⁾ ya que, al aplazarse el pago del banco al beneficiario, aquél (el ordenante) no se verá obligado a reembolsar al banco emisor al recibir los documentos, sino que contará con tiempo para obtener los recursos líquidos necesarios (quizás revendiendo la mercancía recibida)⁽³⁷⁾. De otra parte, como, en coherencia con lo dicho, los plazos se fijarán por lo general de manera que el comprador recibirá los documentos (e incluso la mercancía) antes del momento del vencimiento de la obligación del banco, se hace posible el descubrimiento de un eventual fraude (por ejemplo, la inexistencia de la mercancía o la falsificación de los documentos) antes de que tenga lugar el pago. Consecuentemente se abre la oportunidad de esgrimir la *exceptio doli* para impedir tal pago al beneficiario, bien sea porque el banco emisor o el designado denieguen el pago al conocer las circunstancias, bien sea porque el ordenante obtenga una orden judicial bloqueándolo o prohibiéndolo.

Lógicamente, si el banco emisor cumple su “compromiso de pago diferido” actuando diligentemente por no haberse descubierto un fraude que pueda fundamentar la correspondiente excepción, mantendrá su derecho a reembolsarse del ordenante. Y la situación no cambiará con la intervención de un banco designado: en las circunstancias señaladas, si éste paga al vencimiento podrá después reclamar el correspondiente reembolso del banco emisor (el cual no podría oponerle el fraude descubierto con posterioridad al pago realizado al vencimiento pero antes del ejercicio del derecho de reembolso).

⁽³⁶⁾ Esta finalidad se puede apreciar también en los créditos disponibles mediante aceptación, en los cuales el banco emisor (y el confirmador, en su caso) se obliga a aceptar una letra de cambio librada por el beneficiario y a pagarla a su vencimiento (definición de “honrar” en el art. 2 RUU 600).

⁽³⁷⁾ Lógicamente, lo peculiar es que el crédito lo concede el vendedor (beneficiario), que es quien ve aplazado el cobro efectivo del precio de la compraventa subyacente. La situación es bien distinta —y no tiene por qué instrumentarse mediante este tipo de créditos— si el crédito lo concede el banco emisor al ordenante concediendo plazo para el reembolso.

Ahora bien, no es raro que los bancos designados que han asumido un compromiso de pago aplazado de acuerdo con un crédito “descuenten”⁽³⁸⁾ luego dicho crédito, esto es, anticipen su importe al beneficiario⁽³⁹⁾. Bajo las RUU 500 se planteó la duda de si, en estos casos, se puede oponer al banco designado que reclama el reembolso el fraude cometido por el beneficiario y descubierto después de asumida la obligación de pago aplazado pero antes de la fecha de vencimiento de dicha obligación. Pues bien, la solución que en algún caso ofrecieron los Tribunales produjo gran inquietud en la comunidad bancaria internacional puesto que situaba en una débil posición a los bancos designados y porque, como consecuencia de ello, dificultaba la financiación de los exportadores. En efecto, en el conocido caso *Banco Santander v. Banque Paribas*, la *Court of Appeal (Civil Division)*⁽⁴⁰⁾, rechazando la apelación del Banco de Santander (demandante), vino a declarar, en su Sentencia de 25 de febrero de 2000, que *Banco Santander* actuó como un cesionario de los derechos de *Bay-*

⁽³⁸⁾ Estrictamente hablando, la operación no puede calificarse de descuento, puesto que éste debe tener por objeto un crédito contra un tercero. Más bien se trataría simplemente del cumplimiento anticipado de una obligación (naturalmente, mediante la entrega de una cantidad inferior al nominal de la misma con plenos efectos liberatorios por haberlo convenido las partes).

⁽³⁹⁾ Naturalmente el beneficiario tiene otras posibilidades de obtener financiación. Puede, por ejemplo, descontar su crédito contra el banco designado en otra entidad de crédito (art. 39 RUU 600).

⁽⁴⁰⁾ *Banco Santander v. Banque Paribas* (2000) EWCA Civ 57 (25 de febrero de 2000). Los hechos, resumidamente expuestos, fueron los siguientes: (i) El 5 de junio de 1998 *Banque Paribas* (luego demandado) emitió un crédito documentario disponible mediante pago diferido (*deferred payment letter of credit*) a favor de *Bayfern Limited*; (ii) El crédito se encontraba sujeto a las RUU 500 y especificaba que la presentación debía hacerse como más tarde el día 15 de septiembre de 1998 en las oficinas del *Banco Santander* en Londres y que el plazo para realizar el pago sería de 180 días a contar desde la fecha del conocimiento de embarque; (iii) El 8 de junio de 1998 el crédito fue notificado al beneficiario por el *Banco de Santander* quien, a solicitud del emisor, añadió su confirmación. En la propia notificación el banco confirmador ofreció a *Bayfern* la posibilidad de anticipar los fondos; (iv) Los documentos fueron presentados en tiempo hábil y resultaron aparentemente conformes con los términos del crédito, de tal forma que cristalizó la obligación del *Banco Santander* de pagar la suma de 20.315.796,30 dólares USA el 27 de noviembre de 1998; (v) El 16 de junio de 1998 el banco confirmador transfirió a una cuenta del beneficiario, y a requerimiento de éste, la cantidad de 19.667.238,84 dólares USA; previamente, *Banco Santander* había solicitado a *Bayfern* la remisión de una carta para cubrir formalmente la operación; el mismo 16 de junio *Bayfern* envió la carta requerida, en la que se solicitaba el “descuento” de *your deferred payment/acceptance undertaking to us...* y afirmaba que *in consideration we hereby irrevocable and unconditionally assign to you our rights under this letter of credit*; (vi) El 24 de junio de 1998 *Banque Paribas* informó al banco confirmador que algunos de los documentos presentados habían sido falsificados, de tal manera que existía fraude; (vii) *Banco Santander* reclamó el reembolso de *Banque Paribas* quien se negó a realizarlo aduciendo, en sustancia, que el demandante no podía ostentar mejor derecho que *Bayfern*.

fern y no como un banco confirmador que reclamaba el reembolso de acuerdo con las RUU 500⁽⁴¹⁾. Consecuentemente entendió que la excepción de fraude que hubiera podido ser esgrimida frente al beneficiario lo podía ser efectivamente ante quien no era más que un sucesor en la titularidad del crédito. Pero, además, y aun para el caso de que ésta no fuera la solución correcta, la *Court of Appeal* manifestó que, con arreglo a las RUU 500, el banco emisor se obligó a reembolsar al confirmador una vez cumplido a su vencimiento el compromiso de pago asumido, pero no le autorizó para anticipar fondos en la manera en que lo hizo. Al “descontar” su propio compromiso de pago, el *Banco Santander* actuó por su cuenta y riesgo; si hubiera esperado a la fecha de vencimiento de su compromiso de pago diferido hubiera podido (en rigor, hubiera debido) hacer valer la excepción de fraude que, sin embargo, no se pudo esgrimir frente al beneficiario por haberse hecho el pago con antelación. En suma, en opinión del tribunal la actuación del banco confirmador —no autorizada ni solicitada por el banco emisor— perjudicó sus posibilidades de alegar la *exceptio doli*. Por ello se concluyó negándole el derecho a reclamar el reembolso del emisor⁽⁴²⁾.

Como reacción a esta doctrina se incluyó en las RUU 600 el art. 12.b). La combinación del contenido de este precepto con lo dispuesto en los arts. 7.c) y 8.c) deben llevar, en efecto, a mantener la solución contraria a la propuesta en el asunto *Banco Santander v Banque Paribas*. De un lado porque queda claro que —a menos que en el crédito se disponga otra cosa— un banco designado está autorizado a pagar anticipadamente su propio compromiso de pago diferido, con lo cual no cabrá luego argumentar que actuó *on its own account*. De esta forma, y al constituir la obligación de reembolso un compromiso independiente

(41) La cuestión era más que discutible. La defensa del *Banco Santander* alegó que el dinero entregado lo fue en concepto de cumplimiento de su obligación, de manera que no hubo una cesión del crédito, sino una extinción de su obligación y de la del emisor. Además, y en todo caso, una eventual adquisición del crédito por parte del banco confirmador hubiera supuesto su extinción por confusión. Sin embargo, Lord Justice Waller consideró que esto último no tenía que ser necesariamente así cuando, como era el caso, *there is a joint and several liability, and it is the intention of the parties to the assignment to keep alive the obligation which is joint and several, that that cannot be achieved by an assignment by the obligee (in this case Bayfern) to one of the joint and several contractors, of his rights against both joint and several contractors*. Además, señaló que *it seems to me that Santander did intend to keep the rights available to the beneficiary under the letter of credit alive. The most obvious reason why they so intended is that whereas they had paid out a figure of \$19.667.238,84 on 17th June 1998, they wished to be reimbursed not for that figure at that time or at all, but for \$20.315.796,30 on 27th November so that they could earn their charge for the discounting*.

(42) Lord Justice Waller contestaba así afirmativamente a la cuestión que el mismo proponía en relación con la demanda: *If it is a claim under the UCP, is Paribas entitled to say you had no obligation to pay Bayfern until 27th November 1998, by the date you would have had a defence to making any payment, and you thus have no right to reimbursement?*

con respecto al asumido por el banco emisor frente al beneficiario, queda claro que el fraude descubierto una vez anticipado el pago del compromiso asumido pero antes de la fecha de vencimiento de éste no podrá fundamentar una excepción oponible frente al banco designado que realizó ese pago anticipado⁽⁴³⁾. En todo caso, de acuerdo con los arts. 7.c) y 8.c) RUU 600, el reembolso será siempre realizado al vencimiento del compromiso de pago contraído por el banco designado con independencia de que éste haya pagado anticipadamente.

III. PRINCIPALES MODIFICACIONES EN MATERIA DE DOCUMENTOS

1. Cuestiones generales

En materia de documentos se ha producido una reordenación de la sistemática empleada por las RUU 500 que, en general, ha supuesto la introducción

(43) El art. 12.b) RUU 600 no se refiere sólo a los supuestos de créditos disponibles mediante pago diferido, sino que contempla también la hipótesis de créditos disponibles mediante aceptación. Ha de tenerse en cuenta, en efecto, que, en ocasiones, los bancos designados que, con arreglo a lo dispuesto en el crédito, aceptan letras giradas sobre ellos mismos, las adquieren posteriormente antes de su vencimiento. Desde el punto de vista de las RUU 600, el tratamiento de estas operaciones en lo referente a los derechos de reembolso no es diferente del que hemos venido comentando en el texto en relación con los *deferred payment credits*. Ahora bien, cabe recordar que bajo las RUU 500 la situación resultaba ciertamente confusa. En efecto, parece ser que en ciertas jurisdicciones es posible considerar al banco que adquiere antes del vencimiento las letras aceptadas por él mismo como un tercero adquirente de buena fe (*holder in due course*) y que, como tal, queda al margen de las excepciones (entre ellas la de fraude) que pudieran ser hechas valer frente al beneficiario. En el ya citado caso *Banco Santander*, la *Court of Appeal* señaló: *Thus holders in due course can sue on the drafts even if fraud is discovered prior to the maturity date of the draft. Furthermore, if a confirming bank who has accepted a bill becomes the holder and holds the bill at maturity, the bill is discharged by virtue of section 61 of the Bills of Exchange Act (...) I understood (...) that since the discharge is by law automatic, the fraud would not provide an answer, and that thus the confirming bank is in as good position as a holder in due course, even if it purchases drafts accepted by it*. Pero ello no era admitido con carácter general. Así, por ejemplo, en el *Arrêt* de la Corte de Casación francesa de 11 de octubre de 2005, caso *Crédit Lyonnais v. Canara Bank International Division*, se vino a señalar que si un banco confirmador es, al tiempo de vencimiento de la letra, tenedor y aceptante, no se considerará merecedor de la especial protección que la disciplina cambiaria reserva a los terceros tenedores de buena fe. El problema, como se ha explicado en el texto, ha recibido solución en las RUU 600.

Nada tiene que ver con lo que acabamos de apuntar el hecho de que el banco (emisor, confirmador o designado) que “honra” el crédito aceptando letras de cambio libradas por el beneficiario carezca luego de la posibilidad de oponer la excepción de fraude al tercer tenedor de buena fe en aplicación de la normativa cambiaria. En este caso, e independientemente de que las RUU lo establezcan o no expresamente, es evidente que el fraude descubierto después de la aceptación y antes del vencimiento de la letra no sólo no podrá ser opuesto al tenedor, sino que tampoco podrá hacerse valer frente al banco designado para negarle el reembolso.

de mejoras técnicas y que facilita la localización de las distintas materias. Por ejemplo, el artículo dedicado a la factura se sitúa ahora por delante de los documentos de transporte, lo que resulta perfectamente lógico si se tiene en cuenta el papel capital que este documento desempeña dentro de los que hay que aportar en un crédito documentario⁽⁴⁴⁾. De hecho, mientras que el examen de cualquier documento ha de considerarse conforme si se presenta *en términos generales no contradictorios* con los que aparezcan en el crédito [art. 14.d) y e) RUU 600; y, sólo en relación con la descripción de la mercancía, art. 37.3 *in fine* RUU 500]⁽⁴⁵⁾, dado que la factura debe haber sido emitida por el beneficiario, conocedor por su vínculo directo con el ordenante de los términos en que se ha solicitado la apertura del crédito y de las instrucciones que en este sentido se han impartido al banco examinador, la descripción que en ella aparezca *tiene que corresponderse* con la del crédito documentario⁽⁴⁶⁾. A continuación aparecen los documentos de transporte, encabezados por el que antes se denominaba *Documento de Transporte Multimodal* (art. 28 RUU 500) y cuya regulación se sitúa ahora bajo la rúbrica *Documento de transporte cubriendo al menos dos modos distintos de transporte* (art. 19 RUU 600). Al adelantar su ubicación se quiere poner de manifiesto la trascendencia que este tipo de documentos ha adquirido en la práctica, su mayor protagonismo, en la medida en que hoy en día la expedición de las mercancías suele requerir la utilización de más de un medio de transporte entre el origen y el destino previstos y en que, en respuesta a la demanda de los operadores, dichas operaciones quedan reflejadas en un solo instrumento.

A pesar de las mejoras introducidas en el plano formal, desde algunos sectores se critica que se haya perdido la oportunidad de practicar una reforma de mayor calado, la cual, en opinión de muchos, podría haber contribuido a simplificar sobremanera la comprensión de los requisitos de aceptabilidad de los documentos y a adaptarlos a las cuestiones que realmente se plantean en el tráfico. Para ello, según las indicadas opiniones, hubiera sido necesario abordar la regulación de los documentos de transporte sobre la base de la única distinción entre los documentos que tienen valor negociable, esto es, los que tienen carácter de título-valor, y los que no presentan esta condición⁽⁴⁷⁾. En sentido

(44) Tal como ya tuvimos ocasión de ver *supra* en la nota 25.

(45) La regla se contempla en el art. 14.d) RUU 600 en relación, no sólo a la descripción de la mercancía, servicio o prestación, sino respecto a todos los datos de los documentos.

(46) Aunque tal regla no es una novedad, sí que lo es su ubicación sistemática actual, y en cuanto tal, el ámbito en el que resultará aplicable, puesto que se ha trasladado al artículo que recopila las “Normas para el examen de los documentos” (art. 14 RUU 600).

(47) *Vid.* BACON, Laurence A.J., “Who speaks for the exporter?”, *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, p. 7.

inverso, sin embargo, también se ha planteado en los debates surgidos alrededor del proceso de revisión la conveniencia o no de mantener el artículo dedicado a los requisitos de aceptabilidad del documento de transporte por carretera, ferrocarril o navegación fluvial como artículo único, o dividirlo en tres, atendiendo a las peculiaridades que presentan los tres medios de transporte que engloba.

Junto a las alteraciones sistemáticas comentadas en materia de documentos, hay otras modificaciones relevantes, entre las que podemos destacar:

— En el artículo dedicado a la factura se hace referencia a la descripción de las mercancías, servicios o prestaciones [art. 18.c) RUU 600], frente a la mera descripción de las mercancías a las que se aludía en el 37.c) RUU 500, y es que, como se sabe, aunque en su origen el crédito documentario nace vinculado a las operaciones de compraventa (y en particular a las internacionales), su evolución posterior ha permitido que, al tratarse de un instrumento de pago bancario independiente de la operación de base, funcione vinculado a otro tipo de transacciones⁽⁴⁸⁾.

— Por lo que respecta al concepto de original, se ha considerado de tal trascendencia que ha pasado de ocupar un mero subapartado en un artículo dedicado a los documentos [art. 20.b) RUU 500], a contemplarse como uno de los principios generales de los créditos documentarios (arts. 31 a 35 RUU 600). En realidad no se ha hecho más que recoger lo que la Comisión Bancaria de la CCI ya pusiera de manifiesto en la Comunicación que, con fecha de 12 de julio de 1999, difundiera entre los Bancos, y que posteriormente se formalizó como Documento 470/871 (Rev), Dictamen de la Comisión Bancaria de la CCI bajo el título *La determinación del documento "original" en el contexto del art. 20 (b) de las UCP*. La cuestión además tiene cierto desarrollo en los párrafos 28 a 33 ISBP 2007, donde el documento citado se publica como apéndice. Precisamente en el párrafo 32 ISBP 2007 se aclara que las copias, cuya definición no se ha incluido en el texto de las RUU 600, no necesitan estar firmadas, e igualmente se añade como novedad en el párrafo 31 *in fine* ISBP 2007, que si en un crédito se solicita la presentación de la copia de un documento de transporte y se dan instrucciones de disposición del original de dicho documento de transporte, no debe considerarse conforme la presentación de un original. Dado que tal regla supone una excepción a lo dispuesto en el art. 17.d) RUU 600, donde se afirma que, con carácter general si el crédito requiere la presentación de copias de documentos, se permite la presentación de originales o de copias,

(48) Aunque ya el art. 4 RUU 500 se refería a que las partes que intervienen en un crédito documentario negocian con documentos y no con mercancías, servicios y/u otras prestaciones, sin embargo el artículo dedicado a la factura sólo aludía a la descripción de las mercancías.

resulta criticable que se haya emplazado en las ISBP 2007 y no en el propio texto de las RUU 600⁽⁴⁹⁾.

— Se ha dispuesto que las direcciones y los datos de contacto de ordenante y beneficiario que aparecen en los documentos requeridos, salvo en un caso particular que se señala en el propio precepto (que el ordenante sea el consignatario o la parte a la que se le notifica la llegada de las mercancías⁽⁵⁰⁾), no tienen por qué ser los mismos que figuren en el crédito documentario [art. 14.j) RUU 600], aunque sí deben estar en el mismo país que se indique en dicho crédito. En parecidos términos, esta regla operativa ya se había recogido en las ISBP 2003 (parágrafos 60 y 61)⁽⁵¹⁾, y ahora se ha considerado oportuno incorporarla al texto de las RUU 600 y eliminarla, para evitar reiteraciones, de las ISBP 2007 (la ausencia se aprecia entre los parágrafos 57 y 58)⁽⁵²⁾. Por el contrario, en lo que sí debe haber coincidencia es en la moneda en la que se emitan el crédito y

(49) Ya REYNOLDS, Frank, “A trader’s view”, *Documentary Credits Insight*, 12-4-2006, p. 5, señalaba que la regla del art. 17.d) RUU 600 no resultaría apropiada si las partes quisieran darle otro destino a los documentos originales de transporte.

(50) Los datos de contacto del ordenante que aparezcan en los documentos presentados tienen especial trascendencia para el banco emisor, que es quien mantiene con él una relación de comisión mercantil, pero no para el banco examinador ni para ningún otro banco que participe en la operación. Tan sólo puede resultar útil contactar con dicho sujeto en los supuestos en que sea el consignatario o la llamada “parte a notificar”, porque en ese caso, será quien deba efectuar la recepción de las mercancías. Particularmente en el último de los supuestos, el banco aparecerá como persona legitimada para reclamar la recepción de las mercancías, y en la cláusula *notify* se indicará el nombre de quien realmente es el destinatario, de ahí que deban extremarse las precauciones para que no existan problemas en localizar al ordenante.

(51) Los términos en que se contempla la regla en el art. 14.j) RUU 600 no son, sin embargo, idénticos a los de los parágrafos 60 y 61 ISBP 2003. Para empezar aquí se precisa que aunque no tengan que coincidir, al menos han de ser direcciones del mismo país que se hubiese mencionado en el crédito. Por otro lado, en relación con los datos de contacto, ahora se perfila que puede tratarse no sólo de número de télex o de fax (como se indicaba sin cerrar la enumeración en el párrafo 60 ISBP 2003), sino que, con el objeto de mencionar expresamente los que realmente hoy se utilizan con más frecuencia, se incluyen entre paréntesis el telefax, el teléfono, el correo electrónico y otros similares. Además se establece que tanto la dirección como los datos de contacto deben ser los indicados en el crédito cuando formen parte de los datos de contacto del consignatario de la parte a notificar en un documento de transporte sujeto a los arts. 19, 20, 21, 22, 23, 24 o 25.

(52) Aunque hay quien considera que esta aclaración puede servir para ahorrar muchas discrepancias (TANEJA, Pradeep, “A document restoring the credibility of L/Cs”, *Documentary Credits Insight*, 12-4, 2006, p. 4), no faltan sectores que han reaccionado en contra indicando que puede ser una fuente de problemas (MEYNELL, David, “All products need to be reinvigorated”, *Documentary Credits Insight*, 12-4, 2006, p. 8) e incluso que los bancos sólo buscan simplificar la labor examinadora de los documentos sin dejar de cobrar por ello sus comisiones (BACON, Laurence A.J., “Who speaks for the exporter?”, *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, p. 8).

la factura [art. 18.a).iii) RUU 600], requisito que, como tal, representa una novedad, ya que no venía impuesto en el art. 37 de las RUU 500.

— Se ha suprimido del texto de las RUU 600 la expresión “aparentemente” en la medida y en los casos en los que dicha expresión había sido elegida para traducir la fórmula inglesa *on its/their face*, que de manera reiterada aparecía en las RUU 500 [vid., por ejemplo, arts. 13.a), 23.a).i), 24.a).i), 25.a).ii), 26.a).i), 27.a).i), 28.a).i) y 29.a).i) y b).i)]. Tan sólo se ha conservado la fórmula equivalente “en apariencia” en el art. 14.a) RUU 600. La eliminación de tal expresión (que igualmente ha desaparecido de numerosos párrafos de las ISBP) ha sido muy aplaudida, en particular por parte de quienes representan a la industria del transporte⁽⁵³⁾, pues si bien no añadía nada a la consabida y no discutida independencia de la operación de crédito documentario, podía ser utilizada en determinadas situaciones para diluir o rebajar la diligencia que los bancos examinadores debían emplear al analizar los documentos presentados, animando a éstos a realizar un mero examen superficial que no permitía descubrir fraudes que, en caso de haber efectuado una comprobación más meticulosa, podrían haber sido fácilmente detectados. Lo cierto es que, cuando menos, su inclusión resultaba redundante; de modo que, si además podía producir el efecto perturbador que hemos comentado, cabe comprender la general aceptación que ha recibido la medida⁽⁵⁴⁾.

— Se ha eliminado también el artículo dedicado a la regulación expresa de los documentos emitidos por transitarios, previsión contenida en el art. 30 RUU 500. La historia de este precepto, que se introdujo en el último momento en las RUU 500, pone de manifiesto lo controvertido que ha sido el tratamiento de esta cuestión durante los últimos años. En una primera etapa se rechazaban de manera categórica, pues existía una prohibición expresa de su admisibilidad en los arts. 20 RUU 1951, 17 RUU 1962 y 19.a).i) RUU 1974; en la versión de 1983, su art. 25.d) tan sólo permitía la presentación del FBL (*Fiata Combined Transport Bill of Lading*), que se venía considerando el prototipo de documento

⁽⁵³⁾ Vid., al respecto, HOLST, Peter, “A shipping association’s view”, *Documentary Credits Insight*, 12-4, 2006, p. 9; y CHALMER, Kim, “A representative of a carrier looks at the draft UCP”, *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, p. 11. Otros en cambio se muestran escépticos de que esta medida pueda mejorar la manipulación de los documentos en los créditos documentarios (vid. MEYNELL, David, “All products need to be reinvigorated”, *Documentary Credits Insight*, 12-4, 2006, p. 7, y MÜLLER, René, “Confronting the key issues in the UCP revision”, *Documentary Credits Insight*, 11-4, 2005, p. 3).

⁽⁵⁴⁾ Aun alabando a los redactores por la medida adoptada, todavía se critica el hecho de haber mantenido la expresión en el art. 14 RUU 600 y se reclama para posteriores revisiones su completa eliminación (vid. CHALMER, Kim, “A representative of a carrier looks at the draft UCP”, *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, p. 11).

emitido por transitario, y, finalmente, ante las críticas que recibió la CCI por la ventaja competitiva que concedía a los miembros de FIATA, se decidió suprimir la indicación de un documento concreto (como era el caso del emitido por FIATA) y sustituirla por el establecimiento de unos requisitos objetivos que debían cumplir los documentos emitidos por transitarios para ser considerados admisibles en un crédito documentario. Sin embargo, estos requisitos no aportaban ninguna especialidad a lo que ya se reclamaba en relación con cualquiera de los documentos de transporte regulados en las Reglas, puesto que vienen a condicionar su aceptabilidad al hecho de que el transitario firme el documento como transportista u operador de transporte multimodal o como agente de alguno de ellos (art. 30 RUU 500). Al parecer, lo único que llevó a los redactores en aquel momento a incluir el artículo comentado fue la necesidad de aclarar un malentendido entre los examinadores de los bancos, que seguían negándose a admitir su presentación, por lo que, dado que dicha mala práctica puede entenderse hoy en día completamente superada, se ha considerado que la publicación de las RUU 600 era una buena ocasión para eliminar el precepto⁽⁵⁵⁾.

— Se ha añadido, igualmente para intentar erradicar de manera definitiva una práctica inapropiada, la indicación de que “no es necesario que el término ‘limpio’ aparezca en el documento de transporte, aun cuando el crédito contenga un requisito de que el documento de transporte deba ser limpio a bordo” [vid. art. 27 RUU 600 en relación con el art. 32.c) RUU 500]. Aunque realmente el criterio adoptado no supone una novedad, pues ya en 1993 se afirmaba en relación con la limpieza de los documentos que “los bancos considerarán cumplido este requisito si el documento cumple con los requerimientos del presente artículo”, sí que puede observarse una mayor contundencia en la forma en que las Reglas abordan la cuestión.

2. Requisitos de aceptabilidad de los documentos de transporte

A) Documento de transporte cubriendo al menos dos modos distintos de transporte

Bajo este título se regulan las condiciones de admisibilidad del anteriormente denominado *Documento de Transporte Multimodal*. La modificación de la rúbrica parece explicarse por la pretensión de que se sometan a las reglas del art. 19 RUU 600 todos los documentos de transporte que instrumenten operaciones en las que efectivamente se hayan empleado varios medios de transpor-

⁽⁵⁵⁾ Vid. MALMQVIST, Ole, “UCP 600 ‘key issues’ reconsidered”, *Documentary Credits Insight*, 12-2, 2006, p. 4.

te⁽⁵⁶⁾. La rúbrica utilizada refuerza la idea de que el nombre o título que reciba el documento no es lo importante, sino que lo realmente trascendente es el tipo de operación de transporte al que éste presta cobertura. De esta manera, dado que las “Reglas Uniformes del Comité Marítimo Internacional sobre documentos de embarque marítimo no negociable” se declaran aplicables “a un transporte completo o parcial por mar, cuando no se ha emitido un conocimiento de embarque o documento similar”, este tipo de documento también permitiría dar cobertura a una operación de transporte que se desarrollara por diversos medios de transporte⁽⁵⁷⁾. Tales documentos no pueden subsumirse en la regulación del art. 21 RUU 600, dado que dicho precepto (al igual que hacía el correspondiente de las RUU 500), dedicado al documento de embarque marítimo no negociable, exige que se indique el embarque desde el puerto de carga hasta el puerto de descarga estipulados en el crédito [arts. 21.a).iii) RUU 600 y 24.a).iii) RUU 500]⁽⁵⁸⁾, pero, en cambio, sí tendrían cabida en el art. 19 RUU 600.

Ahora bien, siendo el propósito de fondo de esta reforma dejar claro que este artículo es el que proporciona cobertura a tales documentos que reflejan un transporte efectivamente multimodal, no hay inconvenientes en que se sigan sometiendo al art. 19 RUU 600 aquellos documentos que formalizan expediciones en las que, aun utilizando un documento de transporte multimodal, y admitiéndose por ello diversos medios, finalmente sólo se ha utilizado un medio de transporte, siempre que ello no se deduzca de la propia redacción del documento. Se trata con ello de subsumir ciertas situaciones relativamente frecuentes en la práctica, como la que se produce en expediciones en las que, a pesar de utilizar un solo medio de transporte, se emiten documentos calificados como de transporte multimodal (las propias *Reglas de la UNCTAD y la CCI relativas a*

(56) Vid. MARIMÓN DURÁ, Rafael, “La nueva edición de las Reglas de la CCI para los Créditos documentarios (UCP 600)”, *Revista de Derecho Mercantil*, 263, 2007, p. 56.

(57) Vid. CHRISTENSEM, Kim, “UCP revision- the last six miles”, *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, p. 3.

(58) Es frecuente en la práctica la emisión de documentos de transporte aéreo que cubren el transporte de mercancías del origen al destino incluso aunque incluya algún tramo de transporte por carretera. Estos supuestos también quedarían amparados por el nuevo precepto dedicado al documento cubriendo al menos dos modos distintos de transporte. En cualquier caso, la doctrina insiste en la idea de que la mejor solución vendría de la reordenación de los artículos dedicados a los requisitos de aceptabilidad de los documentos de transporte, de manera que sólo se distinguiera entre los que tienen carácter de título-valor y los que no reúnen esa condición (vid. BACON, Laurence A.J., “Who speaks for the exporter?”, *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, p. 7).

los documentos de transporte multimodal⁽⁵⁹⁾ se declaran aplicables incluso cuando se ha utilizado un solo medio de transporte⁽⁶⁰⁾, y lo mismo sucede con el *Multimodal Transport Bill of Lading* que se somete a las Condiciones Generales aprobadas por la FIATA⁽⁶¹⁾. Por ello, las ISBP 2007, en su párrafo 68, han mantenido la norma que ya aparecía en el párrafo 120 ISBP 2003, donde se dispone que, “salvo que el propio documento deje constancia de que sólo se ha utilizado un medio de transporte, las UCP 600 se aplicarán incluso si se silencian los modos de transporte utilizados”.

Otra de las novedades significativas en este apartado se encuentra en la indicación de la forma en que los agentes deben reflejar en los documentos de transporte su representación, o lo que es lo mismo, los datos del principal que necesariamente tienen que constar en dicho documento. Así, cuando quien firma el documento es un agente, las RUU 500 exigían que dicho agente indicase el *nombre y representación* de la persona por cuenta de quien actuara [art. 26.a.I), *in fine*, RUU 500], mientras que en las RUU 600 basta con que se constate si la firma del agente es *por cuenta del transportista o del capitán*, pero no el nombre de éstos [art. 19.a).i), *in fine*, RUU 600]. La razón de la modificación es reflejar una práctica frecuente cual es la de confiar la contratación de toda la tripulación de un buque a una agencia, que es la que proporciona, a través de la subcontratación, el capitán, los oficiales, los ingenieros y el resto de los miembros de la plantilla que integrarán el buque. En esos casos es posible que se desconozca el nombre de muchos de ellos hasta momentos muy próximos a aquel en el que el buque está dispuesto para navegar⁽⁶²⁾. La nueva regla comentada, que flexibiliza los requisitos para admitir la firma de un agente respecto a lo que establecían las RUU 500, se ha incluido también en los preceptos dedicados a regular las condiciones de admisibilidad del conocimiento de embarque [art. 20.a).i), *in fine*, RUU 600], del documento de transporte marítimo no negociable [art. 21.a.i), *in fine*, RUU 600], del documento de

(59) Fueron aprobadas el 11 de julio de 1991 y entraron en vigor el 1 de enero de 1992. Cfr. Publicación núm. 298 de la CCI. Tales Reglas establecen su aplicabilidad por su incorporación al contrato, pero una vez hayan sido incorporadas no admiten pactos en contrario, salvo que agraven la posición del Operador de Transporte Multimodal. No obstante se impone la aplicabilidad prioritaria de las leyes nacionales y de los Convenios internacionales que sean de carácter imperativo.

(60) Vid. CHRISTENSEM, Kim, “UCP revision- the last six miles”, *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, p. 3.

(61) Vid. CHRISTENSEM, Kim, “MMTD under the magnifying glass”, *Documentary Credits Insight*, 12-1, 2006, p. 18.

(62) Ésa es la explicación de esta modificación según LEE, T.O., “A call for consistency with transport conventions”, *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, p. 5.

transporte aéreo [art. 23.a).i), *in fine*, RUU 600] y de los documentos de transporte por carretera, ferrocarril o vías de navegación interior [art. 24.a).i), *in fine*, RUU 600]. Sin embargo, tal como veremos, en el caso del conocimiento de embarque sujeto a contrato de fletamento, cuando quien firma es un agente, sólo está eximido de indicar el nombre del principal cuando su intervención es en nombre del capitán, pero no en el caso de que lo haga por cuenta y en nombre del propietario o fletador, ya que en esos supuestos se exige expresamente que “si un agente firma por cuenta o en nombre del propietario o del fletador, debe indicar el nombre del propietario o fletador” [art. 19.a).i), *in fine*, RUU 600] ⁽⁶³⁾.

La tercera modificación destacable en el artículo dedicado al “documento de transporte cubriendo al menos dos modos distintos de transporte” es que se ha introducido *ex novo* una definición de transbordo. El concepto, como se sabe, no es nuevo, las propias RUU 500 ofrecían una definición de transbordo en cada uno de los documentos de transporte, salvo en el caso del transporte multimodal. Las nuevas Reglas indican que “se entiende por transbordo, a efectos del documento que cubra al menos dos modos distintos de transporte, la descarga de un medio de transporte y carga en otro medio de transporte (se trate o no de distintos modos de transporte) durante el transporte desde el lugar de despacho, toma para carga o embarque hasta el lugar de destino final estipulados en el crédito” [art. 19.b) RUU 600]. Eso significa que en estos documentos, por definición, habrá al menos un transbordo, que será el que permita utilizar más de un medio de transporte (salvo en el caso excepcional de que el documento no refleje un “efectivo” transporte multimodal, tal como acabamos de señalar), con independencia de que pueda haber también traslados de la mercancía de un medio de transporte a otro sin que se produzca el cambio de modo.

B) Conocimiento de embarque

El artículo dedicado al conocimiento de embarque ha mejorado su redacción para destacar, si cabe, aún más, la irrelevancia que a efectos de la presentación de un crédito documentario tienen algunas cuestiones terminológicas. Dicho énfasis se pone de manifiesto de manera más plausible en los párrafos 91 y 92 de las ISBP 2007, que en este punto no han alterado lo que ya disponían los párrafos 73 y 74 de las ISBP 2003. En efecto, lo importante para que un documento sea examinado a la luz de las previsiones del actual art. 20 RUU 600 es que cubra un transporte de puerto a puerto, con independencia de cual sea su denominación, y de que se empleen los calificativos “marítimo” u “oceánico”.

⁽⁶³⁾ También recoge esta observación MARIMÓN DURÁ, Rafael, “La nueva edición de las Reglas de la CCI para los Créditos documentarios (UCP 600)”, *Revista de Derecho Mercantil*, 263, 2007, p. 62.

C) Conocimiento de embarque sujeto a contrato de fletamento

La principal novedad que puede destacarse en relación con los requisitos de aceptabilidad del conocimiento de embarque sujeto a contrato de fletamento es que se incorporan el fletador y su agente a la lista de sujetos que están legitimados para firmar el documento.

Tal medida, que ha tenido una aceptación desigual⁽⁶⁴⁾, parece explicarse como reacción al principal problema que plantea en la práctica este documento, y es que, debido a la multitud de intervinientes, no siempre es fácil identificar al porteador o transportista. Las RUU 500 establecían, con el objeto de salvar este obstáculo, que el documento podría ser aceptado con independencia de que indicase o no el nombre del transportista [art. 25.a).III RUU 500]⁽⁶⁵⁾. Este inciso se ha suprimido y, en cambio, se ha optado por admitir que la firma que aparezca en el conocimiento de embarque sujeto a contrato de fletamento pueda ser del capitán, del propietario (en las RUU 500 se hablaba del armador, pero también podría ser designado como fletante) o del fletador, o bien de un agente que actúe por cuenta o en nombre de cualquiera de ellos, siempre que éste último indique con claridad por cuenta de quién lo hace y, tal como ya hemos mencionado, deje constancia de su nombre si se trata del propietario o del fletador [art. 19.a).i), *in fine*, RUU 600]. Tal como ya hemos comentado, en sentido inverso a lo que se ha hecho en el resto de los documentos de transporte, en los que se han rebajado los requisitos que el agente tiene que hacer constar en la antifirma, en el caso del conocimiento de embarque sujeto a contrato de fletamento se exige expresamente que el agente mencione no sólo que firma en nombre del propietario o del fletador, sino también el nombre de éstos [art. 22.a).i), *in fine*, RUU 600].

La cuestión que subyace en definitiva sigue siendo la de la legitimación pasiva para las reclamaciones por daños en la carga, responsabilidad que, evidentemente, tiene que asumir el transportista o porteador. En este sentido, las RUU 600 amplían la posibilidad de que los conocimientos de embarque sujetos a contratos de fletamento sean admitidos en los créditos documentarios al abrir el abanico de los sujetos que pueden aparecer como firmantes de dichos documentos (y, en definitiva, como porteadores efectivos). Por otra parte, al mismo

⁽⁶⁴⁾ A favor de la misma se manifiesta DEBATTISTA, Charles, "Some criticism of current wording", *Documentary Credits Insight*, 12-2, 2006, p. 10; y en contra LEE, T.O., "A call for consistency with transport conventions", *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, pp. 5 y 6.

⁽⁶⁵⁾ Sobre los avatares que la admisión de este documento ha sufrido a lo largo de la historia de las RUU, *vid.* GUERRERO LEBRÓN, M.J., *Los documentos de transporte en las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios*, Madrid, 2001, pp. 121 y ss.

tiempo, parecen reforzarse las garantías de las partes implicadas en la operación de transporte, en la medida en que se exige la constancia expresa del nombre del propietario o del fletador.

D) Documentos de transporte por carretera, ferrocarril o vías de navegación interior

Se aprecia un ligero cambio en la definición de transbordo, acorde con la intención de los redactores de las Reglas de que siempre que se empleen varios modos de transporte, con independencia de cual sea el nombre del documento, su examen se realice sobre la base de los requisitos establecidos en el art. 19 RUU 600⁽⁶⁶⁾. De esta manera, y puesto que en este precepto se agrupan en realidad documentos que pueden expedirse en tres “modos” de transporte, es decir, por carretera, por ferrocarril o por vías de navegación fluvial, se realiza la aclaración de que “se entenderá por transbordo la descarga de un ‘medio’ de transporte y carga en otro ‘medio’ de transporte, dentro del mismo ‘modo’ de transporte (...)”. Por el contrario, el transbordo que implica un cambio de “modo”, se ha dejado fuera del art. 24 RUU 600 por considerarse que es propia del “*documento de transporte cubriendo al menos dos modos distintos de transporte*” que se regula en el art. 19 RUU 600.

Otra mejora introducida en este precepto la encontramos en relación con la exigencia de que los documentos que se presenten sean originales o copias. Y es que, mientras que en las RUU 500 se establecía una regla especial aplicable a todos los modos regulados en este precepto, las RUU 600 han pretendido ser un reflejo más fiel de las diferencias que existen entre uno y otro. Así, el art. 28.2 RUU 500, titulado *Documentos de transporte por Carretera, Ferrocarril o Navegación Fluvial*, disponía que “los bancos aceptarían los documentos de transporte como originales, estuviesen o no marcados como tales”, lo que suponía una excepción (para los tres “modos” contemplados: ferrocarril, carretera y navegación fluvial) a la regla general contenida en el art. 20 RUU 500, en virtud de la cual se exigía la presentación de originales, cuya fundamentación sólo podía encontrarse en la regulación de la carta de porte que se expide en los transportes internacionales por ferrocarril, pero no en los demás modos contemplados por

⁽⁶⁶⁾ Vid. el comentario de MARIMÓN DURÁ, Rafael, “La nueva edición de las Reglas de la CCI para los Créditos documentarios (UCP 600)”, *Revista de Derecho Mercantil*, 263, 2007, p. 65, quien citando a REYNOLDS, Frank, “A trader’s view”, *Documentary Credits Insight*, 12-4, 2006, p. 5, considera que la razón de la modificación estriba en que ese tipo de transbordo es el que más se realiza en la práctica, argumento que para él resulta insuficiente.

el art. 28 RUU 500. En efecto, según el COTIF⁽⁶⁷⁾, al emitir la carta de porte directa, se expedirá un original para el transportista y un duplicado para el expedidor, por lo que será este último el que habrá de presentarse en un crédito documentario. Por ello, con mejor técnica, las RUU 600 en su art. 24.b).i) aclaran que “el documento de transporte por carretera debe ser, en apariencia, el original para el consignador o embarcador, o no contener indicación alguna de para quién va destinado el documento”, mientras que en los siguientes apartados se añade que “el documento de transporte por ferrocarril que indique ‘duplicado’ será aceptado como original” y que “el documento de transporte por ferrocarril o por vías de navegación interior será aceptado como original, contenga o no una indicación de original”.

E) Documentos de seguro

En materia de documentos de seguro lo realmente reseñable es que se han acumulado todos los requisitos de aceptabilidad exigibles en el crédito documentario bajo una misma rúbrica, lo cual contribuye a facilitar la comprensión de todos los ítems que deben examinarse en un documento de este tipo. Además, en un plano sustantivo, pueden destacarse también un par de cambios:

— Se exige que cuando el documento de seguro venga firmado por un agente o apoderado éstos indiquen que han firmado por cuenta o en nombre de la compañía aseguradora o del asegurador. Nuevamente aquí se revisan los requisitos referentes a los datos que han de constar del principal, intensificando las exigencias, a diferencia de lo que ha sucedido en otros preceptos de la RUU 600, en los que, con carácter general, se reducen.

— Se ha incorporado un nuevo requisito en el apartado 28.f).iii) RUU 600, que antes no contemplaban las RUU 500: “el documento de seguro debe indicar que los riesgos están cubiertos al menos entre el lugar de toma para carga o embarque, y el lugar de descarga o de destino final estipulados en el crédito”. Con esta novedad, y a salvo siempre de que las partes acuerden otra cosa, la cobertura asegurativa de las mercancías que parece razonable a los redactores de las Reglas queda delimitada no sólo desde un punto de vista temporal (no debe iniciarse con posterioridad a la fecha de embarque —art. 28.e) RUU 600—), tal como ya se establecía en las RUU 500 [art. 34.e) RUU 500], sino también espacial.

⁽⁶⁷⁾ Convenio Internacional relativo a los transportes internacionales por ferrocarril, firmado en Berna el 9 de mayo de 1980.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ANDRLE, Pavel, “Problems, disputes and irregularities”, *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, pp. 14 y 15.

BACON, Laurence A.J., “Who speaks for the exporter?”, *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, pp. 6-8.

BARNES, Jim, “Reimbursement rights of a ‘discounting’ nominated bank”, *Documentary Credits Insight*, 12-2, 2006, pp. 4-6.

CAMERON, William, “Balancing the pluses and minuses of the revision”, *Documentary Credits Insight*, 12-4, 2006, pp. 10 y 11.

CHALMER, Kim, “A representative of a carrier looks at the draft UCP”, *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, pp. 11 y 12.

CHRISTENSEM, Kim, “MMTD under the magnifying glass”, *Documentary Credits Insight*, 12-1, 2006, pp. 17 y 18.

— “UCP revision- the last six miles”, *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, pp. 3 y 4.

COLLYER, Gary, “A look back at the UCP revision”, *Documentary Credits Insight*, 12-4, 2006, pp. 1 y 22.

DEBATTISTA, Charles, “Some criticism of current wording”, *Documentary Credits Insight*, 12-2, 2006, pp. 8-10.

DÍAZ MORENO, A., “Comentario a la STS de 16 de mayo de 1996”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 42, septiembre-diciembre 1996, pp. 1049-1065.

DI NINI, Carlo, “Some real problems with the definition of ‘bank’”, *Documentary Credits Insight*, 12-2, 2006, pp. 6-8.

GEORGE, N.D., “UCP 500 article 41: Can UCP 600 eliminate the trap?”, *Annual Survey of Setter of Credit Law & Practice 2007* (ed. James E. Byrne y Christopher S. Byrnes), Institute of International Banking Law & Practice, Inc, Montgomery Village, 2007.

GUERRERO LEBRÓN, M.J., *Los créditos documentarios. Los bancos intermediarios*, Madrid, 2001.

— *Los documentos de transporte en las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios*, Madrid, 2001.

HOLST, Peter, “A shipping association’s view”, *Documentary Credits Insight*, 12-4, 2006, pp. 9 y 10.

LEE, T.O., “A call for consistency with transport conventions”, *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, pp. 5 y 6.

MALMQVIST, Ole, “UCP 600 ‘key issues’ reconsidered”, *Documentary Credits Insight*, 12-2, 2006, pp. 3 y 4.

MARIMÓN DURÁ, Rafael, *El crédito documentario irrevocable: configuración jurídica y funcionamiento*, Valencia, 2001.

— “La nueva edición de las Reglas de la CCI para los Créditos documentarios (UCP 600)”, *Revista de Derecho Mercantil*, 263, 2007, pp. 7-68.

MEYNELL, David, “All products need to be reinvigorated”, *Documentary Credits Insight*, 12-4, 2006, pp. 7-9.

MÜLLER, René, “Confronting the key issues in the UCP revision”, *Documentary Credits Insight*, 11-4, 2005, p. 3.

REYNOLDS, Frank, “A trader’s view”, *Documentary Credits Insight*, 12-4, 2006, pp. 4-6.

SMITH, Jeremy, “A major opportunity missed”, *Documentary Credits Insight*, 12-4, 2006, pp. 6 y 7.

SMITH, Donald, “Negotiation is not always what bankers think it is”, *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, pp. 9-11.

TANEJA, Pradeep, “A document restoring the credibility of L/Cs”, *Documentary Credits Insight*, 12-4, 2006, pp. 3 y 4.

UNCITRAL secretariat, “The New draft convention on maritime transport”, *Documentary Credits Insight*, 12-3, 2006, pp. 15 y 16.

LAS FUNCIONES DEL BANCO DE ESPAÑA EN MATERIA DE COMISIONES Y PUBLICIDAD. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS COMISIONES EN EL SECTOR HIPOTECARIO

JOSÉ LUIS GARCÍA-PITA Y LASTRES

Catedrático de Derecho Mercantil

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

- 1. El artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito: reflejo de libertades económicas.**
- 2. Derecho Bancario, Derecho Administrativo económico y protección de la clientela: consideraciones generales y principios rectores de la intervención pública sobre la “contratación” bancaria.**
 - A) Consideraciones generales: relaciones administrativas, potestades interventoras y administrados cualificados: las entidades de crédito, como administrados cualificados.
 - B) Protección del Cliente bancario y protección del Consumidor: una relación de ósmosis.
 - C) Cliente bancario y tipología de las operaciones bancarias: incidencia o influencia en materia de control de las condiciones financieras de la contratación bancaria.

II. FUNCIONES DEL BANCO DE ESPAÑA EN MATERIA DE COMISIONES.

- 1. Consideraciones preliminares: Libertad contractual, en materia de comisiones y gastos bancarios repercutibles.**

RDBB núm. 107 / Julio-Septiembre 2007

2. Las “comisiones” bancarias: concepto y ámbito de aplicación.
3. Comisiones bancarias “impropias”: los gastos repercutibles sobre el Cliente.
4. Comisiones y gastos bancarios, en el Derecho administrativo económico (i): aplicación del Derecho *Antitrust*, en materia de comisiones bancarias.
5. Comisiones y gastos bancarios en el Derecho administrativo económico (ii): actividad administrativa de Policía sobre el sector bancario y transparencia de las condiciones económicas de las operaciones.
 - A) Ordenamiento sectorial bancario y control de las condiciones económicas de la contratación.
 - B) Elementos del Ordenamiento sectorial bancario: el Banco de España y el control en materia de comisiones y gastos bancarios.
 - C) El control administrativo sobre las comisiones y gastos repercutibles bancarios: contenido material de las potestades y forma de su ejercicio.
 - a) *Ejercicio de potestades, en forma de emanación de disposiciones administrativas: imposición de deberes de obligado cumplimiento.*
 - b) *Deberes de obligado cumplimiento, impuestos a las entidades de crédito en materia de transparencia.*
 - c) *Control por el BE de la observancia de los deberes impuestos a las entidades de crédito en materia de transparencia. Otras medidas interventoras.*
 - c.1) Control por el BE, mediante el ejercicio de funciones de comprobación. Sus consecuencias.
 - c.2) Control por el BE, mediante el ejercicio de funciones de publicidad.
6. Comisiones y gastos bancarios entre el Derecho administrativo económico y el Contrato: influencia de la LGDCU.

III. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS COMISIONES EN EL SECTOR HIPOTECARIO.

1. La OM de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones financieras de los Préstamos hipotecarios (OM TrPh/1994): ámbito de aplicación.
2. La información en el régimen del Crédito hipotecario.
3. La autonomía negocial formal y la necesidad de Documento contractual en el Crédito Hipotecario.
4. La autonomía negocial sustantiva y su limitación en el Crédito Hipotecario: La oferta vinculante de contrato.

5. **La autonomía negocial sustantiva y su limitación en el Crédito Hipotecario: prohibiciones a las entidades financiadoras.**
6. **Otras obligaciones derivadas de la imposición del Poder público en el ámbito del Préstamo Hipotecario.**

- IV. FUNCIONES DEL BANCO DE ESPAÑA EN MATERIA DE PUBLICIDAD COMERCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.
 - V. POTESTAD SANCIONADORA-DISCIPLINARIA EN MATERIA DE COMISIONES BANCARIAS Y PUBLICIDAD DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.
-

I. INTRODUCCIÓN

1. **El artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito: reflejo de libertades económicas**

El largo y prolijo **art. 48.2** de la **Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito** (LDIEC) establece que “(s)e faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda:

a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operaciones. A tal efecto, podrá determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, para exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer algunas modalidades de control administrativo sobre dichos modelos.

b) Imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato, debidamente suscrito por la entidad de crédito.

c) Establecer que las entidades de crédito comuniquen a las autoridades administrativas encargadas de su control y den a conocer a su clientela cualesquiera condiciones relativas a sus operaciones activas y pasivas, con obligación de aplicar las mismas en tanto no se comuniquen o dé a conocer su modificación.

d) Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización.

e) Efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de los préstamos hipotecarios.

Sin perjuicio de la libertad de contratación, el Ministro de Economía y Hacienda podrá establecer requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés, y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada período, para aquellos contratos de préstamo a interés variable en los que se pacte la utilización de índices o tipos de interés de referencia distintos de los oficiales señalados en el párrafo precedente.

f) Extender el ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de los apartados precedentes a cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito.

g) Regular las especialidades de la contratación de servicios bancarios de forma electrónica con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación por vía electrónica.”

Si la actividad bancaria es una actividad de empresa privada ⁽¹⁾ —y ésta es la conclusión que cabe deducir de una interpretación conjunta del **art. 38** de nuestra **Constitución de 27 de diciembre de 1978**, el **art. 37** de la **Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946** (que habla de las personas, físicas o jurídicas, que “ejercen el comercio de banca”) y, por fin, el **art. 1.º** del **Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio** (que califica a las entidades de crédito como “empresas”)—, es lógico que quienes la llevan a

(1) FEDELI: “Profili costituzionali dell’attività bancaria”, en VV.AA.: *I controlli bancari*, Nápoles, 1978, pp. 236 y ss.

cabo vean reconocidas, a su favor, las distintas facultades que integran semejante derecho subjetivo; entre ellas, las dos siguientes: en primer lugar, la **libertad de contratación**; subespecie o modalidad, si no aspecto concreto, de la llamada Autonomía negocial Privada, a la que reiteradamente alude el art. 48, n.º 2, LDIEC, pero que —a decir verdad— ni siquiera se puede decir que tenga en este precepto especial su fuente originaria; ni siquiera su fuente originaria, en el nivel infraconstitucional, porque dicha fuente se halla en otros preceptos como los **arts. 1255 del CC o 51 del CCo**.

Y la facultad que, en segundo término, aparece reconocida implícitamente en el citado art. 48, n.º 2, LDIEC, es la libertad de *acceso al mercado*, pero entendido ese acceso en un sentido *funcional*, y no meramente subjetivo o personal; es decir: no en forma de lo que —parafraseando al Derecho Comunitario— se podría describir como las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, sino en forma de libertad de *promoción* de los propios productos o servicios, a través de la *actividad publicitaria*.

A su vez, la Libertad de Contratación engloba varias sublibertades, entre las cuales se encuentran la libertad de *fijación del contenido* contractual y la *libertad de forma*. De todas estas facultades y derechos puede hacer uso una entidad de crédito, en el ámbito de su actividad característica: la actividad bancaria, ya que —además— todas ellas vienen reconocidas, de modo más o menos explícito, en el **art. 48, n.º 2, LDIEC**. Pero la actividad bancaria es objeto del Derecho bancario; un agregado normativo heterogéneo; “un conglomerado de normas de organización jurídico-públicas y preceptos jurídico-privados”, que conecta con otros ámbitos del Ordenamiento, como el Derecho civil, el Derecho mercantil (incluido el Derecho cambiario y de títulos-valores), el Derecho Administrativo (incluido el denominado *Staatsrecht*), el Derecho procesal, etc., aunque en la práctica se manifieste como un todo unitario⁽²⁾.

Existe una cierta propensión a considerar que las dos vertientes del Derecho bancario —la “subjetiva” u organizativa, por un lado, y la “funcional” o de actividad, por otro— se corresponden, de forma plena, con el tipo de normas públicas o privadas, que las regulan, asimilándose las normas sobre organización de las entidades bancarias con las normas de Derecho administrativo, y las

(2) SCHÖNLE, H.: *Bank-, und Börsenrecht*, edit. C.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 2.ª ed., Munich, 1976, p. 2. SCHWINTOWSKI, H-P. y SCHÄFER, F.A.: *Bankrecht. Commercial Banking, Investment Banking*, edit. CARL HEYMANNS VERLAG, KG., Colonia/Berlín/Bonn/Munich, 1997, p. 7, quienes aluden a la estrecha relación entre el Derecho constitucional y el Derecho privado, lo que incluye, también, la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho bancario.

normas sobre contratación, con las de Derecho civil o mercantil⁽³⁾. Pero éste es un criterio equivocado. Sería falso considerar que todas las normas referentes al aspecto organizativo pertenecen a la órbita del Derecho público, pero tampoco cabe admitir la identificación entre normas sobre la contratación bancaria y normas jurídico-privadas de Derecho mercantil. Por consiguiente, **en la actividad bancaria** —y no sólo en materia de organización de las entidades de crédito—, cabe detectar la presencia de normas **de Derecho administrativo**, constitucional, tributario, penal, de tal manera que los preceptos que regulan las operaciones bancarias que están formadas por contratos y negocios jurídicos de naturaleza privada, y que se someten al Derecho privado, no por eso quedan al abrigo de la normativa *pública*⁽⁴⁾. En este sentido, ya desde la promulgación de la Ley de 27 de agosto de 1938, se vienen promulgando normas que autorizan —con mayor o menor alcance— al Ministerio de Hacienda, para que intervenga en la misma contratación bancaria; siempre, como es natural, con apoyo en una disposición con rango de ley⁽⁵⁾. El estado actual de esta normativa permite al Ministerio de Economía y Hacienda establecer una serie de obligaciones a cargo de las entidades de crédito, con ocasión de la celebración de sus contratos con la clientela (por ejemplo, redacción y entrega de ejemplares escritos del contrato...). Este tipo de normas y su concreción efectiva se encuentran en preceptos como el **art. 48, n.º 2, LDIEC**, y en las OOMM sobre liberalización de tipos de interés y comisiones y normas de actuación, o sobre información que las Entidades de depósito deben incluir en sus contratos con los clientes. Estas medidas normativas tienden a lograr la **transparencia bancaria**, como factor vinculado a la Libre Competencia, en la medida en que esta última hace

(3) Así, en apariencia, como hemos visto: SCHÖNLE, H.: cit., 2.ª ed., p. 2, y, de forma explícita, SCORDINO, F.: *I contratti bancari*, edit. CASA EDITRICE DOTT. EUGENIO JOVENE, Nápoles, 1965, pp. 8 y ss. o FERRANDO VILLALBA, M.ª de L.: “Los contratos bancarios: aspectos generales. Su estipulación, modificación y extinción. Especial referencia a la subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, en VV.AA.: *Contratación y Servicio financiero*, dir. por F.J. Orduña Moreno, edic. a cargo de A.B. Campuzano Laguillo, edit. TIRANT LO BLANCH/CAJA CANTABRIA, Valencia, 2000, pp. 51 y ss.

(4) SANTOS MARTÍNEZ, V.: *El contrato bancario. Concepto funcional*, Bilbao, 1972, pp. 221 y ss. CUÑAT EDO, V.: “Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. I, cit., pp. 606 y ss.

(5) MARTÍN RETORTILLO, S.: *Crédito, Banca y cajas de ahorro*, edit. TECNOS, Madrid, 1975, pp. 297 y ss. o GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “La cuenta corriente bancaria en descubierto y los contratos de crédito: criterios para una interpretación legal y contractual”, en *RDBB*, 1985, n.º 18, abril/junio, pp. 437 y ss.

necesario ofrecer a los usuarios servicios más claros, posibilitando —así— la libertad de elección del banco que preste los mejores servicios⁽⁶⁾.

Lo que revela el art. 48, n.º 2, LDIEC es que el legislador bancario ha querido extender las técnicas interventoras de la Administración, al ámbito de la mismísima *contratación* bancaria; un ámbito que pertenece a lo más granado de las materias propias del Derecho *privado* patrimonial, ya que los contratos bancarios, como los de seguro y los demás relativos a servicios financieros o de inversión, *nunca pueden ser considerados como contratos administrativos*: en este sentido, el art. 5.º, n.º 2, del **Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas**, aprobado por **Real Decreto legislativo n.º 2/2000**, establece que “(l)os restantes contratos celebrados por la Administración (se refiere a los que no reúnan las condiciones previstas en el n.º 1 del mismo artículo) tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre (...) **valores negociables**, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del art. 206 referente a contratos de seguros y **bancarios y de inversiones**”. Ciertamente que los contratos de **préstamo y crédito**, a través de los cuales las Administraciones Públicas obtienen los recursos financieros suficientes para poder sufragar las necesidades públicas, siempre han suscitado una problemática especial, porque las diversas leyes sobre contratos de las Administraciones Públicas, y sus sucesivas reformas, los han tratado, alternativa y sucesivamente, ora como contratos *privados*, luego como contratos *administrativos* y —más tarde— como contratos *excluidos de la aplicación del TRLCAP*, en virtud de lo dispuesto en su **art. 3, n.º 1, apdo. k)** cuando alude a “los contratos relacionados con la instrumentación de operaciones financieras de cualquier modalidad, realizadas para financiar las necesidades previstas en las normas presupuestarias aplicables, tales como préstamos, créditos u otras de naturaleza análoga, (...)”⁽⁷⁾, a las que hay que añadir, igualmente, los “contratos relacionados con instrumentos financieros derivados concertados para cubrir los riesgos de tipos de interés y de cambio, derivados de los anteriores”.

Inicialmente, se consideró que estos contratos eran *privados*, al igual que —en su día— lo fueron los contratos bancarios de préstamo y crédito otorgado por los desaparecidos Bancos oficiales o “Entidades Oficiales de Crédito”, de la derogada Ley 13/1971, de 19 de junio, de Organización y Régimen del Crédito

⁽⁶⁾ RAGUSA-MAGGIORE, G.: “La trasparenza e il mercato del credito”, en *Il Dir.fall.*, 1989, fasc. 2.º, marzo/abril, pp. 145 y ss.

⁽⁷⁾ PLEITE GUADAMILLAS, F.: *Los Contratos de Préstamo y Crédito de las Administraciones Públicas. Especial referencia a Corporaciones Locales y Comunidades Autónomas*, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, SA, Madrid/Barcelona, 1999, *passim*.

Oficial. Con posterioridad, la primera redacción de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, optó por el sistema de considerarlos como contratos administrativos, para —finalmente, y tal y como refleja el TRLCAP— caracterizarlos como **contratos excluidos**⁽⁸⁾. En este sentido, creo de fundamental importancia —a la hora de analizar los contratos privados de las Administraciones públicas— diferenciar o **distinguir entre los “contratos privados” y los “contratos excluidos”**. La condición de “excluido” o “sometido” de un contrato, no coincide plenamente con la condición de “privado”: hay contratos privados “sometidos” a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas y también hay contratos, asimismo “privados”, pero que —además— se declaran “excluidos” de dicha Ley. La cuestión, pues, no tiene que ver con su posible no administratividad —que es una nota común a ambos—, sino con el sistema de fuentes y régimen aplicable, porque los contratos privados excluidos, no solamente se someten al Derecho privado en cuanto a su contenido, efectos y extinción, sino que también se someten al Derecho privado, escapando del TRLCAP, en materia de *preparación y adjudicación*. Mas, dejando aparte estas disquisiciones, lo cierto es que la contratación bancaria es contratación privada, tanto en el sentido de que —por regla general— no se halla sometida a la legislación sobre contratación pública, como —sobre todo— en el sentido de que se trata de un ámbito en el que las relaciones jurídicas se traban entre *particulares sine imperio seu potestate*. Y, sin embargo, la *intervención administrativa* llega hasta allí.

2. Derecho Bancario, Derecho Administrativo económico y protección de la clientela: consideraciones generales y principios rectores de la intervención pública sobre la “contratación” bancaria

- A) Consideraciones generales: relaciones administrativas, potestades interventoras y administrados cualificados: las entidades de crédito, como administrados cualificados

El objeto del Derecho Administrativo, si por tal entendemos la materia social sobre la que versa, está formado por relaciones sociales; relaciones intersubjetivas que quedan institucionalizadas y, por tanto, devienen en relaciones *jurídicas*. Pues bien; lo característico del Derecho Administrativo es que las relaciones sociales que institucionaliza y, por tanto, convierte en relaciones jurídicas, se caracterizan por un doble factor subjetivo/funcional; a saber, que son relaciones en las que, al menos, una de las partes es una *Administración*

(8) PLEITE GUADAMILLAS, F.: cit., pp. 91 y ss.

pública —factor o elemento subjetivo— que, además, interviene o actúa en esa relación revestida de potestades exorbitantes; de *imperium* ⁽⁹⁾. Desde luego, si ninguna de las partes que intervienen en la relación jurídica a considerar es una Administración pública, actuando precisamente con *imperium*, sino dos particulares, la relación jurídica será —o debería ser— de naturaleza jurídico-privada. Pues bien, tal es la índole de las relaciones jurídicas negociales que vertebran, en el plano jurídico, las **operaciones bancarias**, sean activas, pasivas o neutras.

En cambio, la presencia de —al menos— **una administración pública**, siquiera entendida esta expresión *lato sensu*, da pie para sospechar que la relación jurídica será pertinente al **Derecho público**; en principio, al Derecho público *común*, que es el Derecho **administrativo**. Pero, ¿y la *altera pars* de estas relaciones? ¿Qué condiciones o requisitos subjetivo/funcionales ha de poseer? En realidad, podría darse el caso de que también la *altera pars* fuese una Administración pública, y que —igualmente— actuase revestida de *imperium*. En este sentido, es muy frecuente que cuando el Ordenamiento jurídico pretende incrementar los niveles de intervención administrativa sobre una determinada actividad o sector económico, sin provocar su total nacionalización; es decir, manteniendo la titularidad *privada* de la actividad, pero *sometiéndola a supervisión y disciplina*, la primera medida que adopte sea la predisposición de *estructuras orgánicas u organizativas especiales* para la tutela del interés público inherente a la actividad. Porque las técnicas de intervención administrativa no

⁽⁹⁾ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho administrativo*, t. II, edit. CIVITAS EDICIONES, SL, 8.^a ed., Madrid, 2002, p. 17. ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho administrativo*, t. I, vol. 1.^o, *Concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa y Justicia administrativa*, 2.^a reimp. de la 13.^a ed., edit. TECNOS, SA, Madrid, 1999/2002, pp. 63 y ss. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, edit. CIVITAS, SA, Madrid, 1996, pp. 28 y ss. PAREJO ALFONSO, L.: “Capítulo I: Introducción: surgimiento, desarrollo, consolidación y situación actual del Derecho administrativo” en PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, edit. ARIEL, SA, 5.^a ed. Corregida aumentada y puesta al día, Barcelona, 1998, p. 1. COSCULLUELA MUNTANER, L.: *Manual de Derecho administrativo*, t. I, edit. CIVITAS, SA, 11.^a ed., Madrid, 2000, pp. 41 y ss. SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos de Derecho administrativo*, t. I, edit. CEURA, Madrid, 1988, pp. 50 y ss. BOQUERA OLIVER, J.M.³: *Derecho administrativo*, t. I, 7.^a ed. actualizada, edit. CIVITAS, SA, Madrid, 1989, p. 78, quien alude a la presencia de una *potentior persona* en la relación. CAZORLA PRIETO, L.M.³: *Temas de Derecho administrativo*, edit. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA-ESCUELA DE INSPECCIÓN FINANCIERA Y TRIBUTARIA, 3.^a ed. puesta al día, Madrid, 1983, p. 54, quien señala que el régimen administrativo se caracteriza, entre otras cosas, por la existencia de un Derecho especial —el Derecho *administrativo*— para el régimen de la Administración en razón de sus especiales prerrogativas.

poseen solamente una perspectiva dinámica/funcional, sino que poseen —también— una perspectiva estática o estructural que tiene que ver con esa predisposición de estructuras organizativas especiales de la Administración Pública, para el control y supervisión de ciertas entidades, como las *entidades de crédito*.

Por otra parte, desde un punto de vista dinámico/funcional, la intervención administrativa sobre el sector bancario se materializa en la **especificidad del estatuto del empresario** profesional del sector: la *Entidad de crédito*; el *Banco* en sentido material o amplio. Porque, si bien la *altera pars* en la relación jurídico-administrativa puede ser la propia Administración, esto —empero— *no es necesario*, sino que esa posición de contraparte de la Administración pública, en las relaciones sometidas al Derecho administrativo, puede ocuparla un *particular*, al que la Doctrina administrativista se refiere, frecuentemente, como el *Administrado* o el *Particular*, el *Ciudadano* u otra expresión similar⁽¹⁰⁾, mereciendo este calificativo “cualquier persona física o jurídica considerada desde su posición privada respecto a la Administración pública o a sus agentes”⁽¹¹⁾, caracterizándose por dos notas conceptuales: una positiva —se encuentra sometido al Derecho administrativo— y otra negativa: no es titular de ningún órgano administrativo⁽¹²⁾.

Ahora bien; en Derecho administrativo positivo y en la Ciencia que lo estudia, es frecuente distinguir —a su vez— entre el administrado *simple* y el

⁽¹⁰⁾ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., t. II, 8.ª ed., p. 17. COSCULLUELA MUNTANER, L.: *Manual...*, cit., t. I, 11.ª ed., p. 435. MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Administrativo*, edit. THOMSON-ARANZADI, SA, 22.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 276. ORTEGA ÁLVAREZ, L.: “Capítulo VII: Los sujetos de la Relación jurídico-administrativa”, en PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, edit. ARIEL, SA, 5.ª ed. Corregida aumentada y puesta al día, Barcelona, 1998, pp. 431 y ss., quien se decanta por el empleo del término “Ciudadano”. RODRÍGUEZ HERMIDA, J.: “Las relaciones de los administrados con la Administración”, en *Revista de Derecho administrativo y fiscal*, año XII, 1973, n.ºs 35/36, mayo-diciembre, p. 140, quien señala que el Administrado es “aquella persona que aparece al lado de o frente a la Administración pública, ‘ese público para el que existen, directa o indirectamente los servicios públicos, el que los sostiene con su participación en las cargas y se beneficia de sus prestaciones’.” DE LA CUÉTARA VÁZQUEZ, J.M.: *La Actividad de la Administración. Lecciones de Derecho administrativo*, edit. TECNOS, SA, Madrid, 1983, p. 42, con palabras críticas ante la expresión “el Administrado”. Por su parte, SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos...*, cit., t. I, pp. 864 y ss., en relación con el concepto de “el Administrado”, afirma que es ambiguo y discutido.

⁽¹¹⁾ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., t. II, 8.ª ed., p. 17.

⁽¹²⁾ RODRÍGUEZ HERMIDA, J.: “Las relaciones...”, cit., pp. 140 y ss.

administrado cualificado; condición —la segunda— que se predica de aquellos particulares que no se hallan, respecto de la Administración, en una posición puramente genérica sino que “matizan su posición de un *status* especial que les singulariza de la situación genérica por virtud de un tipo de relación concreta que les liga con la Administración de una manera específica”⁽¹³⁾. Esta cualificación puede derivar de títulos diversos, lo cual permite hablar de **status especiales jurídico-administrativos**, que normalmente vendrán definidos por la condición del interesado como destinatario de un “ordenamiento seccional”⁽¹⁴⁾. Las referidas situaciones especiales pueden ser de muy diversa índole y —ciertamente— parece que admiten gradación, desde la mera condición de “parte” en un procedimiento administrativo⁽¹⁵⁾, hasta llegar al supuesto en que el administrado se encuentra *inserto en una organización administrativa*, con la consiguiente relación de dependencia, respecto de dicha organización, que se describe o califica como relación *de sujeción especial*; relación que va acompañada de un sometimiento *más intenso* a la potestad de la Administración y —consiguientemente— de lo que algún autor (MAYER) describió como un “estado de libertad restringida”, que incluso podría producirse con un relajamiento del principio de legalidad administrativa⁽¹⁶⁾. Ciertamente, no cabe admitir un efecto semejante; nuestra Constitución —arts. 1.º, 9.º y 103— no permite que la Administración pública actúe sin habilitación legal suficiente, aunque admita un régimen de poderes implícitos⁽¹⁷⁾, pero existen otras técnicas que permiten una intervención muy intensa, sin menoscabo de los Principios de Legalidad y de Reserva de Ley.

Mas no sólo las personas físicas privadas son la contraparte subjetiva de las relaciones administrativas, sino que también lo son las personas *jurídicas*

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., t. II, 8.ª ed., p. 17. SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos...*, cit., t. I, pp. 867 y ss. RODRÍGUEZ HERMIDA, J.: “Las relaciones...”, cit., p. 141.

(14) GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., t. II, 8.ª ed., p. 18.

(15) GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., t. II, 8.ª ed., p. 18.

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., t. II, 8.ª ed., pp. 18 y ss. DE LA CUÉTARA VÁZQUEZ, J.M.: *La Actividad de la Administración...*, cit., pp. 54 y ss.

(17) GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., t. II, 8.ª ed., p. 19.

privadas⁽¹⁸⁾, y si recordamos que hay ejemplos de esta situación de especial sometimiento y de intervención más acusada de la Administración pública, en la esfera particular de los administrados, convirtiendo a algunos de ellos en administrados “cualificados”, ciertamente un ejemplo podríamos encontrarlo en el ámbito de las **entidades de crédito**⁽¹⁹⁾, que son empresarios y, por tanto, titulares de empresas, que —por consiguiente— hacen uso del derecho subjetivo reconocido en el **art. 38 CE**. Pero es un hecho bien conocido que la intervención pública, entendida en la acepción amplísima de acción de los Poderes públicos en la vida económica y social, puede influir sobre la libre iniciativa privada con diferente intensidad⁽²⁰⁾.

El propio concepto de “intervención” es muy amplio; se trata de una noción *polisémica*⁽²¹⁾ o —lo que, tal vez, fuera más exacto— susceptible de ser interpretada extensivamente, pero también con un sentido más restringido: el concepto de “intervención” podría abarcar incluso la pura acción de producción normativa, que tiende a regular con preceptos especiales un determinado sector de la realidad económica, y posee un cierto carácter de actividad de policía y control, pasando por la actividad de policía administrativa, en su sentido más propio y estricto, tanto si se desarrolla a través de medidas preventivas, como represivas; tanto si se recurre a técnicas de intervención singular (autorizaciones *simples*, tradicionales), como si se constituyen relaciones de supervisión continuada; por la actividad de fomento, y por la asunción —directa o indirecta—

(18) COSCULLUELA MUNTANER, L.: *Manual de Derecho administrativo*, t. I, edit. CIVITAS, SA, 14.^a ed., Madrid, 2003, p. 451, quien se refiere a la capacidad de los administrados o interesados, cuando sean personas jurídicas, diciendo que se regirá por lo dispuesto en el Derecho Civil o Mercantil. MARTÍN MATEO, R.: *Manual ...*, cit., 22.^a ed., pp. 276 y s. SANTA-MARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos...*, cit., t. I, p. 865.

(19) Desde la perspectiva de las necesidades económicas, como desde la óptica de la historia de las instituciones jurídicas, resultan evidentes analogías formales (e incluso, materiales) entre la disciplina y la organización del sistema bancario y el sistema asegurador (BOTARELLI, S.: “Credito e assicurazione private a sostegno della accumulazione del capitale: alcuni dati”, en VV.AA.: *Amministrazione pubblica e istituzioni finanziarie tra Assemblea Costituente e Politica della Ricostruzione*, dir. por. A. Orsi Battaglini, Bolonia, 1980, p. 165).

(20) HERNANDO DELGADO, J.: “La intervención pública de empresas privadas”, en VV.AA.: *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, edit. CUNEF-IEAL, Madrid, 1982, p. 711. RODRÍGUEZ HERMIDA, J.: “Las relaciones...”, cit., p. 139.

(21) El primer problema que se suscita, en torno al fenómeno de la intervención pública sobre actividades empresariales privadas, reside —precisamente— en que el término “intervención” resulta ser una expresión polisémica (GAMERO CASADO, E.: *La Intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, SA, Madrid, 1996, p. 17).

ta— de la titularidad plena y definitiva sobre las organizaciones productivas o —incluso— sobre los mismos sectores económicos, en su conjunto ⁽²²⁾.

Así pues, la tradicional intervención administrativa —o, mejor, pública— sobre el sector bancario **comienza en forma de *intervención normativa***, de la que un buen ejemplo lo constituye el art. 48, n.º 2, LDIEC, que tiende a regular con preceptos especiales un determinado sector de la realidad económica: la *contratación de las entidades de crédito*, y que lo regula con una clara orientación de policía y control. Ahora bien, habida cuenta del hecho de que la Ley en sentido formal, la Ley parlamentaria, no puede abarcar, dentro de sí, todo el pormenor de la ordenación de la actividad bancaria, una medida de técnica y aun de política legislativa adecuada pasa por el reconocimiento de esa insuficiencia, por un cierto aligeramiento de los contenidos de las leyes y un ulterior desarrollo reglamentario. Por este motivo, cuando se promulgó la LDIEC, su art. 48 previó un desarrollo reglamentario, directamente confiado al Ministro de Economía y Hacienda [“(s)e faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, (...), pueda: a) Establecer (...) b) Imponer (...) c) Establecer (...) d) Dictar las normas necesarias (...)”, etc.]. Pues bien, en ejercicio de las citadas previsiones, el Ministerio ejerció su potestad normativa que es —lógicamente— una potestad *reglamentaria*, siendo así que el Reglamento es una fuente formal de primerísima importancia, a la vez, en el Derecho Administrativo y en el Derecho Bancario, aunque esta afirmación tiene algo de falaz, porque es obvio que el Derecho Bancario contiene un importantísimo componente de Derecho Administrativo económico. Y en este sentido hay que aludir a disposiciones como las OOMM que habré de analizar seguidamente. Se trata de normas que ya afectaron, en su día, a dos de los aspectos económicos más importantes de las operaciones bancarias, a saber, el régimen de los **tipos de interés** y el régimen de las **comisiones por servicios bancarios**. Y lo hicieron imponien-

(22) PAREJO ALFONSO, L.: “Capítulo VIII: La actividad de la Administración pública: sus características, clasificaciones, formas y principios”, en PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, edit. ARIEL, SA, 5.ª ed. Corregida aumentada y puesta al día, Barcelona, 1998, pp. 481 y ss. COSCULLUELA MUNTANER, L.: *Manual...*, cit., t. I, 11.ª ed., p. 326. DE LA CUÉTARA VÁZQUEZ, J.M.: *La Actividad de la Administración...*, cit., pp. 91 y ss., en relación con la “trilogía” propuesta por JORDANA DE POZAS, a la que reconoce su amplia difusión, y a la que incluso se adhiere —en cierto sentido— aunque le reproche ser de índole meramente formal, y —por tanto— no dar cuenta suficiente de la enorme variedad de formas de actuación administrativa. RODRÍGUEZ HERMIDA, J.: “Las relaciones...”, cit., pp. 146 y ss. OTERO NOVAS, J.M.: “Problemática fiscal de la acción del servicio público sobre la Banca. Tributación del Banco de España y Entidades Oficiales de Crédito”, en VV.AA.: *Estudios sobre tributación bancaria*, dir. por A. Martínez Lafuente, edit. CIVITAS, SA, Madrid, 1985, pp. 538 y ss.

do un régimen de control, que —en determinados momentos— llegó incluso a la fijación de límites máximos legales de cuantía, ya de los tipos de interés, ya de las comisiones⁽²³⁾.

Porque, en teoría, cabe concebir formas muy diversas de establecer un control sobre las entidades de crédito y sobre las condiciones económico-financieras de sus operaciones; formas de control que, a veces, pueden resultar incluso contradictorias u opuestas. Hay que partir de la base de que las entidades de crédito, que actúan en el mercado bancario, llevando a cabo “operaciones bancarias” activas, pasivas o de servicios, forman parte de lo que se denomina Sistema Financiero. Y que el Sistema Financiero es un “sistema”, en la medida en que permite canalizar eficientemente el ahorro hacia la inversión, por funcionar de modo equilibrado⁽²⁴⁾. Mas si el Sistema financiero se representa como “un delicado equilibrio” de todos sus elementos integrantes, con objeto de lograr la doble finalidad de canalizar el ahorro hacia la inversión, de la forma más eficiente posible, y proporcionar al sistema económico medios de pago, en condiciones de estabilidad⁽²⁵⁾, parece lógico preguntarse por qué y cómo se logra esa situación de equilibrio⁽²⁶⁾, sobre todo, si tal equilibrio es “delicado”. En principio, cabe confiar el logro de ese delicado equilibrio al juego de las fuerzas del mercado; al libre juego de Oferta y Demanda, ya que si el Sistema Financiero tiene por finalidad última —como la Economía, en general— el “cubrir necesidades” del ser humano y de sus grupos (más precisamente, en este

(23) RUIZ LÓPEZ, E.J.: “Las comisiones bancarias”, en VV.AA.: *Contratación y servicio financiero*, dir. por F.J. Orduña Moreno, edición a cargo de A.B.Campuzano Laguillo, edit. CAJA CANTABRIA/TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2000, p. 115, señala que esta fase discurre entre la promulgación de la LOB./46 y la OM de 17 de enero de 1981, aunque con antecedentes ya en la LOB./1921.

(24) Vid. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: “Configuración jurídica de la Bolsa...”, cit., p. 1475. NIETO CAROL, U.: *El Mercado de Valores. Organización y funcionamiento*, edit. BOLSA DE MADRID/CIVITAS, SA, Madrid, 1993, p. 31. CUERVO GARCÍA/PAREJO GAMIR/RODRÍGUEZ SAIZ: cit., pp. 13 y ss. ALIAGA AGULLO, E.: “Competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Cajas de Ahorros: Especial referencia al coeficiente de Fondos Públicos”, en *Palau 14. Revista Valenciana de Hacienda pública*, 1988, n.º 5, mayo/agosto, p. 178. RABADÁN FORNIES, M.: *Sistema financiero y Bolsa. La financiación de la Empresa a través del Mercado de Valores*, Madrid, 1982, p. 5, lo define como el “conjunto de instituciones que generan, recogen, administran y dirigen, tanto el ahorro, como la inversión, en una unidad político-económica”.

(25) Definido como “un delicado equilibrio entre instituciones, mercados e instrumentos financieros y técnicas operatorias” (PÉREZ DE ARMIÑÁN, G.: *Legislación bancaria española*, edit. SERVICIO DE PUBLICACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA, 6.ª ed., Madrid, 1983, p. 3).

(26) BROSETA PONT, M.: “Introducción...”, cit, p. 15.

caso: necesidades *financieras*), semejante tarea, que requiere de instrumentos socioeconómicos y jurídicos para poder ser llevada a cabo, puede servirse fundamentalmente de dos:

- La Planificación económica.
- El Mercado ⁽²⁷⁾.

Desde otro punto de vista, esta opción podría traducirse en una distinción —sugerida por LINDE PANIAGUA, en relación con el estatuto de las entidades aseguradoras, pero que, por el parecido entre su situación y la de las entidades de crédito, me parece susceptible de aplicarse en el ámbito bancario— entre dos posibles sistemas de control de las entidades y de su actividad: Por una parte, un **sistema de publicidad**. Se trataría de un sistema basado en una muy amplia libertad de empresa, de actuación y de organización, con un muy escaso intervencionismo público, pero en el que la protección de los interesados se llevaría a cabo arbitrando **sistemas que permitiesen al público (...) tener conocimiento exacto de la actividad de las entidades controladas, y de sus condiciones**, de modo que sería la libre competencia entre las mismas, basada en la **libertad de elección de los clientes**, la que pondría orden en el sector.

La otra posibilidad consiste en establecer un **sistema normativo**. Este sistema estaría basado en la existencia de un conjunto de normas que, con carácter **imperativo y prohibitivo**, establecieran cómo habría de llevarse a cabo la actividad controlada ⁽²⁸⁾. Por consiguiente, pareciera que lo que LINDE PANIAGUA describe como sistema de publicidad parece adecuarse especialmente al instrumento de la Economía de Mercado, mientras que un sistema normativo vendría a situarse en el plano de la Planificación. Mas, a decir verdad, esto no es así: para empezar, las distintas técnicas de control resultan **combinables**, y no ocupan exclusiva y exhaustivamente el Modelo en cuyo marco se aplican.

La protección del Cliente o usuario de servicios bancarios, en materia contractual y —más precisamente— en el marco de la contratación por adhesión, puede llevarse a cabo por medio de cualquiera de estos sistemas: o el de

(27) HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.: *Precios predatorios y Derecho Antitrust. Estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español*, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, SA, Madrid, 1997, pp. 19 y ss.

(28) LINDE PANIAGUA, E.: *Derecho público del Seguro*, edit. MONTECORVO, SA, Madrid, 1977, pp. 209 y ss.

fijación heterónoma de precios y condiciones (sistema normativo puro, propio de la planificación), o el de publicidad de los mismos, con libertad de elección (sistema de publicidad puro, propio del modelo de mercado). Inicialmente, nuestro Ordenamiento optó por el primero de ambos, ya que se establecieron normas *prohibitivas implícitas*, que hacían imposible que los bancos y entidades de crédito pudieran imponer a su cliente los tipos de interés activos o pasivos, y tarifas de comisiones que no respetasen los mínimos legalmente impuestos. En el caso de las comisiones, “se fijaba por vía reglamentaria el importe que debía satisfacer la clientela por servicios prestados, inicialmente con carácter de tasas mínimas y, más tarde, máximas”⁽²⁹⁾. Si semejante técnica era la más adecuada para la protección del interés de los usuarios de servicios bancarios, es algo sobre lo que mucho se podría haber discutido⁽³⁰⁾. Mas, a partir de principios de los años **1980**, se inició un proceso de **liberalización** que comenzó por establecer el principio de libertad de tipos de interés, implantado por vez primera con la Circ. BE de 17 de enero de 1981⁽³¹⁾, conocida como la *Superpastoral*, y continuado por la OM de 3 de marzo de 1987 o la Circ. BE, n.º 15/1988, para culminar —por fin— en la OM TITC/1989, desarrollada por la Circular del Banco de España, n.º 8/1990, de 7 de septiembre de 1990, a Entidades de crédito, sobre Transparencia de las operaciones y Protección de la Clientela (Circ. TOPC/1990).

Ahora bien, liberalización no significa ausencia total de control: Sin duda, se han producido ciertos e importantes fenómenos de desregulación; de repliegue de la Administración interventora, pero —en realidad— el término “desregulación” resulta engañoso: **el Sistema financiero nunca puede quedar al abrigo de toda norma**, porque es imposible que el funcionamiento del sistema quede huérfano de regulación, y exclusivamente en manos de los operadores económicos que participan en él. A decir verdad, nunca como actualmente han existido tantas disposiciones —en los EE UU, en Francia, en España ...— orien-

(29) GARCÍA CACHAFEIRO, F.: *Derecho de la Competencia y actividad bancaria. Estudio de los acuerdos sobre precios en los sistemas de pago electrónicos*, edit. LA LEY, Madrid, 2003, p. 141. RUIZ LÓPEZ, E.J.: “Las comisiones...”, pp. 116 y ss., quien describe el proceso de consolidación de este sistema rígido, que partiendo del art. 43, LOB./46, se reflejó e intensificó con la Ley 13/1966, de 18 de marzo, desarrollándose en la OM de 10 de octubre de 1964, que confió al BE la función de supervisión de la observancia de dichas normas limitativas, a la par que sucesivamente fueron quedando fijadas las tarifas de intereses y comisiones, distinguiéndose según se tratase de operaciones con clientes o entre entidades de crédito.

(30) GARCÍA CACHAFEIRO, F.: cit., p. 142.

(31) RUIZ LÓPEZ, E.J.: “Las comisiones...”, p. 118.

tadas a la regulación del sistema financiero/bancario. La novedad, como mucho, reside en la **sustitución de técnicas interventoras**: se sustituyen las más agresivas, por otras que lo son menos. Así, en los últimos tiempos, nuestro Derecho parece más proclive a sustituir las tradicionales de prohibiciones, con reserva de autorización o sin ella, y las correlativas sanciones por incumplimiento de prohibición, etc., por otras técnicas basadas —sobre todo— en la *información*, como podrían ser los supuestos de las *verificaciones simples con aprobación por silencio positivo* —frecuentes en materia de inversiones extranjeras—, o como —precisamente— las *exigencias de transparencia que impone el BE a las entidades de crédito*, en lugar de las antiguas imposiciones. Son instrumentos menos aparatosos, pero más sutiles y penetrantes, y vienen a demostrar que *el Estado interventor se repliega, pero no se retira, ni desaparece, ni queda al margen*⁽³²⁾.

El Sistema de Mercado es un sistema económico orientado hacia la satisfacción de los intereses de los **consumidores** que —al propio tiempo— se convierten en verdaderos **árbitros del sistema**, porque son ellos los que, con sus decisiones de consumo —en este caso, con sus decisiones de ahorro, inversión y liquidación de sus inversiones—, sirven de guía a los *productores*, de modo que —por principio— el Mercado es o debería ser un sistema *autodirigido*⁽³³⁾; un sistema en el que hay, o debe haber, una “libre interacción de las fuerzas de la oferta y la demanda (...) (que) determina el nivel de los precios que, a su vez, reorienta las decisiones de consumo y producción”⁽³⁴⁾, con objeto de lograr la satisfacción de ciertos intereses generales que se hallan estrechamente unidos con la noción de “Competencia”. Por decirlo de algún modo, la Competencia hace posible el mejor funcionamiento del Mercado y un Mercado mal podría existir sin Competencia, habida cuenta del papel primordial que juega el Derecho de la Competencia, como instrumento jurí-

(32) JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.: *Derecho público del Mercado de Valores*, edit. CEURA, Madrid, 1989, pp. 26 y ss.

(33) IMMENGA, U.: *El Mercado y el Derecho. Estudios de Derecho de la Competencia*, edición y traducción por J.M. Embid Irujo, C. Estevan de Quesada, M.ª L. Ferrando Villalba y F. González Castilla, edit. TIRANT LO BLANCH/UNIVERSITAT DE VALENCIA, Valencia, 2001, p. 20.

(34) HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.: *Precios predatorios y...*, cit., pp. 19 y ss., quien señala que el Sistema económico “de Mercado”, lejos de agotarse, se fortalece cada vez más, tanto en los países occidentales, como en los de la Europa del Este, que han abandonado sus economías planificadas, para abrazar el juego del mercado, no sólo por las virtudes intrínsecas de éste, sino por el fracaso de quienes pretendieron implantar sistemas de economía dirigida.

dico para lograr el objetivo económico de la *asignación eficiente de recursos*⁽³⁵⁾.

Pero, como la experiencia histórica ha demostrado, el funcionamiento espontáneo del Mercado no es perfecto; de modo que sus objetivos no se logran por el juego espontáneo de las fuerzas de oferta y demanda, y el *equilibrio* del sistema financiero no es un efecto espontáneo, determinado ineludiblemente por un mercado transparente. Muy al contrario: constituye *una tarea* pendiente, a cuyo logro coadyuvan diversos factores. Y uno de estos factores es —y no puede ser si no— el factor jurídico⁽³⁶⁾: **el Derecho contribuye a lograr el equilibrio de un sistema financiero**, facilitando el logro de sus dos objetivos: una vez más, la EM/LFin. lo proclama, cuando habla de “canalizar el ahorro hacia la economía real” y de “proteger a los clientes”.

Evidentemente, **la protección del Cliente bancario constituye uno de los dos objetivos fundamentales del Derecho bancario**, como parte del Derecho del Sistema Financiero; un objetivo que ha ido desarrollándose y ampliándose al compás del desarrollo y expansión de los fines de la intervención pública sobre el sector, que —partiendo, en la etapa primera— de un control sobre el privilegio de emisión, pasó —luego— por poner su acento en la protección del Depositante, para convertirse —ahora— en un instrumento institucional de **protección de todo usuario de servicios bancarios** —no necesariamente depositante—, luego de pasar por una etapa en la que se incorporó a los objetivos del Derecho bancario el tema del control de los excesos en la concesión de crédito.

(35) BAUDENBACHER, C.: *A brief guide to European State Aid Law*, edit. KLUWER INTERNATIONAL, La Haya/Londres/Boston, 1997, p. 1. SULLIVAN, L.A.: *Handbook of the Law of Antitrust*, edit. WEST PUBLISHING CO., St. Paul, Minn., 1977, pp. 2 y ss., en especial p. 5, donde llega a esta conclusión, aunque en una formulación *matizada*. ALONSO SOTO, R.: “Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual”, “Derecho de la Competencia (I). Introducción y Derecho Comunitario”, en URÍA GONZÁLEZ, R. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*, t. I, *Empresario, Establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual. Derecho de Sociedades*, edit. CIVITAS, SA, Madrid, 1999, pp. 243 y ss. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: *Introducción al Derecho mercantil...*, cit., p. 151, quien señala expresamente que “someterse a las reglas del mercado supone tener que ajustar la acción empresarial a las reglas que impone el hecho de la competencia”, a la par que añade —acto seguido— que “Libre Empresa, Mercado y Competencia son conceptos inseparables”.

(36) BROSETA PONT, M.: “Introducción...”, cit., p. 15, quien señala que la Perfección en el funcionamiento de todos los elementos del mercado de valores “será puramente utópica o ‘formal’ si la Administración no tutela y controla adecuadamente el mercado de capitales y a sus protagonistas... El control institucional del mercado de valores es indispensable para evitar abusos y mixtificaciones...”.

B) Protección del Cliente bancario y protección del Consumidor:
una relación de ósmosis

La protección del Cliente bancario entronca con el Principio de Protección del Consumidor, proclamado en el **art. 51 CE**, como revela el hecho de que el art. 48, n.º 2, LDIEC hable de “proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito”, siendo así que la protección de los “legítimos intereses económicos” es uno de los nortes y objetivos del Derecho del Consumo. En efecto, nuestra Constitución, dentro de los denominados Principios rectores de la política social y económica, introduce la **Protección del Consumidor**⁽³⁷⁾: de conformidad con el citado art. 51, se dispone que: “1. Los poderes públicos **garantizarán la defensa de los consumidores**, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la **seguridad**, la **salud** y los **legítimos intereses económicos** de los mismos. 2. Los poderes públicos **promoverán la información y la educación** de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oírán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

Lo primero que este precepto constitucional nos revela es que **el Ordenamiento español**; *todo* el Ordenamiento; no una ley ni un decreto determinados, **protege a los consumidores**. Mas, ¿quiénes son, propiamente, los beneficiarios de esa protección?

La noción de “Consumidor” ha experimentado, a lo largo del tiempo, un proceso de evolución, configurándose o definiéndose a través del mismo, partiendo de una noción muy restringida; de hecho una noción **mínima**, que identificaba —y limitaba— a los consumidores como meros **compradores de productos alimenticios y farmacéuticos**⁽³⁸⁾, o —todo lo más— como mero contra-

(37) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, edit. TECNOS, SA, Madrid, 1987, p. 141, quien señala que, puesto que la protección de los consumidores surge como manifestación de la necesidad de defender a los particulares, que adquieren bienes y servicios en el mercado y que —precisamente en ese mercado— son la parte más débil, resulta obvio que la relación entre protección de los consumidores y Mercado es esencial: no se puede pensar en la protección de los consumidores sin pensar, simultáneamente, en la organización del mercado.

(38) GÓMEZ CALERO, J.: *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*, edit. DYKINSON, SL, Madrid, 1994, p. 41.

tante que adquiere bienes y/o servicios⁽³⁹⁾. Posteriormente, la noción que analizamos fue expandiéndose o ensanchándose, para incorporar a su seno a **todo sujeto del tráfico económico contrapuesto o enfrentado a la empresa organizada**⁽⁴⁰⁾, y —posteriormente— sufrió ciertas adaptaciones o matizaciones. Hoy, al parecer, es claro que consumidores y usuarios, lo son todos los que adquieren —con carácter de destinatarios finales— bienes de consumo, o se sirven o utilizan servicios públicos o privados⁽⁴¹⁾, sin hacer acepción de la naturaleza de los bienes o servicios utilizados o consumidos, lo cual trae como consecuencia —ineludiblemente— que **también los servicios bancarios y financieros**, pueden constituir el objeto de relaciones socioeconómicas y jurídicas de consumo, amparadas por el art. 51 de la CE, y por la LGDCU.

Desde hace tiempo, la Doctrina jurídica española viene defendiendo la tesis de que existen, cuando menos, **dos nociones** o conceptos de “Consumidor”: en primer lugar, un concepto **amplio**; una noción abstracta, que aparentemente **identifica el “Consumidor” con el “Ciudadano”**, sin otra cualificación; ni siquiera la cualidad negativa de no ser empresario. Pero existe, también, un segundo concepto, **restringido**, que identifica al Consumidor con el **destinatario final de los productos o servicios**⁽⁴²⁾. Para ese mismo amplísimo

(39) En su *Casebook sobre Consumer protection laws*, SPANOLGE, J.A. y ROHNER, R.J.: *Consumer Law. Cases and materials*, edit. WEST PUBLISHING Co., St.Paul (Minn.), 1979, p. XV, restringían el ámbito material a tratar a las denominadas “*consumer transactions*”, que definían como “*those in which individuals enter into contractual arrangements for the purchase of property or services, or for the borrowing of money*”, renunciando a tratar otras materias tales como la responsabilidad civil de productos y la regulación de calidad y seguridad de productos, o las transacciones de consumo inmobiliarias, etc., a pesar de que se trata de “*transactions in which consumers engage*”.

(40) GÓMEZ CALERO, J.: *Los derechos de los...*, cit., p. 41.

(41) GÓMEZ CALERO, J.: *Los derechos de los...*, cit., p. 41, la vinculación de los consumidores (de bienes o productos) y los usuarios (de servicios); su unión o reunión, dentro de una misma categoría general, a los efectos del Derecho del Consumo, puede apreciarse, ya, en la “Carta de Protección de los Consumidores”, de 1973 o el “Programa Preliminar de la CEE. para una Política de Protección e Información a los consumidores”, de 1975.

(42) Concepto utilizado, en la Doctrina norteamericana por EPSTEIN, D.G. y NICKLES, S.H.: *Consumer Law*, edit. WEST PUBLISHING Co., 2.^a ed., St.Paul, Minn. 1981, p. 1. Por lo que a nuestro País se refiere, señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, edit. TECNOS, SA, Madrid, 1987, pp. 120 y ss., que —al contrario que el Estatuto del Consumidor del País Vasco— la LGDCU ha utilizado una noción concreta de “Consumidor”, que lo identifica con el destinatario final de los productos o servicios, que los adquiere para su uso o consumo personal o familiar, pero no para integrarlos en un proceso productivo/empresarial.

sector de la Doctrina jurídica española, ambas nociones habrían encontrado acogida en nuestro Ordenamiento positivo: la amplia, la habría encontrado en el **art. 51 CE**, y la restringida, en la LGDCU, cuyo **art. 1.º, n.ºs 2 y 3**, dispone lo siguiente: “(...) 2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios **las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales**, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. 3. **No tendrán la consideración de consumidores o usuarios**, quienes, **sin constituirse en destinatarios finales**, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios **con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros**”.

Si la segunda afirmación —sobre la presencia del concepto restringido en la LGDCU— parece relativamente fácil de aceptar y tener por verdadera (y, aun así, subsistiría alguna duda que es preciso aclarar), la afirmación de que el art. 51 CE haya asumido la noción amplia, me parece —salvo mejor criterio (o, simplemente, salvo *otro* criterio) del Tribunal Constitucional— una *petición de principio*, porque —a decir verdad— el art. 51 CE omite cualquier noción de lo que considere que son los consumidores o usuarios. Y esa omisión es sólo eso: una omisión, y no una toma de partido por una noción u otra.

Por lo demás y descendiendo al **art. 1.º LGDCU**, cabe señalar que nuestro Legislador se vale de un doble criterio delimitador: positivo (quienes “son”) y negativo (quienes “no son” consumidores o usuarios), de cuya conjugación resulta que **el Consumidor no es un empresario en el ejercicio de su actividad**⁽⁴³⁾, pero sin duda **se relaciona con empresarios, de quienes obtiene los productos y servicios, porque son ellos** —precisamente por ser empresarios— **los que ponen los productos y servicios en el mercado**⁽⁴⁴⁾. Este hecho aparece reflejado en **art. 1.º, n.º 2, LGDCU** cuando establece que los consumidores, considerados como “las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o

(43) Para la LGDCU se trata de dos nociones contrapuestas, lo cual supone que la especial tutela deparada por dicha Ley nunca podrá alcanzar o beneficiar a quien sea empresario y adquiera bienes “para uso o consumo empresarial”, aunque su posición económica sea de subordinación y sometimiento, respecto de otro Empresario productor o suministrador, de mayor poder económico.

(44) PARRA LUCÁN, M.ª A.: cit., p. 101, quien —con referencia a lo dispuesto en el art. 3.º LGDCU— señala que este precepto, así como los demás del Capítulo en que se halla contenido, y las normas que en su desarrollo puedan dictarse, hacen referencia a los productos puestos a disposición de los consumidores y usuarios “en el mercado”, lo que indica que —y así debe interpretarse el espíritu de la Ley, por ser más favorable al Usuario— se está pensando en el carácter profesional de quien pone los bienes a disposición del Consumidor, más que en el carácter oneroso de la distribución, que incluso podría llegar a faltar.

disfrutan, como **destinatarios finales**, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones”, son tales “cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. Dicho de otro modo: los consumidores “adquieren, utilizan o disfrutan, (...), bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones”, de “**quienes los producen, facilitan, suministran o expiden**”.

Por consiguiente, las relaciones de consumo no son relaciones jurídico-reales; no son relaciones unisubjetivas, sino **plurisubjetivas**, porque el Consumidor —por definición— **se contrapone al sujeto que “produce, facilita, suministra o expide”** los bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, que adquiere o utiliza: el Empresario. Mas, a pesar de lo expuesto; a pesar de que la traducción jurídica de esa bilateralidad o bipolaridad de las relaciones socioeconómicas de consumo podría sugerir que las relaciones de consumo son —necesariamente— contractuales, lo cierto es que el Consumidor/Usuario **no debe identificarse —tampoco— con el contratante**. En este sentido, que el **art. 1.º LGDCU** se refiera a “**las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan**, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones”, revela que tanto es consumidor el que “adquiere” y —por consiguiente— contrata la adquisición de los productos o servicios, como aquel que —sin adquirirlos; sin participar ni directamente ni por representante, en el negocio jurídico de adquisición— simplemente “utiliza” o “disfruta” los mismos⁽⁴⁵⁾.

Mas, ¿significa esto que hemos llegado a una noción restringida? ¿Y significa, acaso, que es la noción más adecuada? Yo aún tengo mis dudas, debido a que existen tendencias **expansivas** y **contractivas**, en la legislación positiva, que parecen hacer de la noción de “Consumidor”, un concepto **fluido y maleable**. Para empezar, no hay que olvidar que el **art. 1.º LGDCU** incluye dentro de la categoría de los consumidores o usuarios a las “personas físicas o **jurídicas**”⁽⁴⁶⁾, lo cual supone —para algunos— un desvirtuar la figura del Consumidor, que debería quedar reducido a quien fuese persona *física*; criterio —por otra parte— que siguieron la **Dir. CEE, n.º 87/102, de 22 de diciembre de 1986, sobre Crédito al Consumo** y la **Ley n.º 7/1995, de Crédito al Consumo**, al referirse a “(...) *los contratos de crédito mediante los cuales una persona física o jurídica, o cualquier agrupación de tales personas, en el desempeño de*

(45) GÓMEZ CALERO, J.: *Los derechos de los...*, cit., p. 43.

(46) GÓMEZ CALERO, J.: *Los derechos de los...*, cit., p. 43, quien señala que —de acuerdo con la LGDCU— los consumidores o usuarios pueden ser personas físicas o personas **jurídicas**: “no cabe, por tanto, identificar al ‘consumidor’ o al ‘usuario’ con una persona física, un individuo particular o un ciudadano”.

su oficio, actividad o profesión ('prestamista') concede o promete conceder crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo o cualquier otra facilidad de pago **a personas físicas que, en tales operaciones —es decir, en las concesiones o promesas de concesión de crédito, por los prestamistas—, actúan con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión**" (47) y (48), lo cual revela que la noción de "Consumidor" que se ha empleado es, por definición, más restringida que la del art. 1.º LGDCU, por cuanto noción de Consumidor, a efectos de la aplicación de la LCRC 7/1995, se define en términos de una **persona física** (49).

Ahora bien, el llamado "Derecho del Consumo" —desde la perspectiva de sus componentes normativos y de sus fuentes instrumentales— es un agregado jurídico **interdisciplinar** (50), toda vez que engloba normas jurídico-públicas y jurídico-privadas (51). Más aun, podría decirse —mejor que "interdisciplinar"— que es un Derecho "**transversal**"; un Derecho que toma prestadas las normas de la más diversa índole, a todo lo ancho del Ordenamiento jurídico... para aplicarlas en las transacciones de consumo, en las que resulten objetivamente aplicables, de acuerdo con el principio de *favor utentis*. Por este motivo, aun-

(47) DASSESSE, M., ISAACS, S. y PENN, G.: *EC. Banking Law*, edit. LLOYD'S OF LONDON PRESS LTD., 1.ª ed., Londres/N.York/Hamburgo/Hong-Kong, 1994, p. 359. DEJEMEPPE, P.: "Cartographie illustrée des initiatives communautaires dans le domaine des services financiers", en VV.AA.: *Les consommateurs et l'Europe des services financiers*, dir. por P. Dejemeppe, edit. ÉTABLISSEMENTS EMYLE BRUYLANT, SA, Bruselas, 1992, p. 31. DIAZ ALABART, S.: "Comentario al Artículo 10, n.º 1, c)", en VV.AA.: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, dir. por R. Bercovitz y J. Salas, edit. CIVITAS, SA, Madrid, 1992, p. 275. GOODE, R.M.: cit., p. 823, quien alude al "Purpose of use test" (el "criterio" o la "prueba" de la "finalidad del uso"). HARDING, G.: cit., p. 152. SA-RAZÁ JIMENA, R.: "La eficacia de la Directiva sobre Crédito al Consumo", en VV.AA.: *Crédito y Protección del Consumidor*, dir. por U. Nieto Carol, edit. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Madrid, 1996, p. 33. UBERTAZZI, L.C.: cit., pp. 10 y ss.

(48) Éste de la actuación "**con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión**" es un rasgo importantísimo, que se halla presente en las normas **comunitarias** sobre la materia (LETE ACHIRICA, J.: "Capítulo 23...", cit., p. 614), pero que **se echa en falta, en nuestra LGDCU**.

(49) PRATS ALBENTOSA, L.: "Préstamo de Consumo...", cit., p. 36.

(50) GÓMEZ CALERO, J.: *Los derechos de los...*, cit., p. 27, quien califica al Derecho de los Consumidores como "emergente y multidisciplinar".

(51) Implícitamente BOTANA GARCÍA, G.A.: *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, edit. J.M. BOSCH EDITOR, SA, Barcelona, 1994, pp. 18 y ss. o REYES LÓPEZ, M.ª J.: *Derecho del Consumo. La protección del Consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, Legislación y Jurisprudencia*, edit. EDITORA GENERAL DE DE-RECHO, SL, Valencia, 1993, p. 26.

que el Derecho de los consumidores tenga una de sus manifestaciones más importantes en el ámbito contractual⁽⁵²⁾.

Ese carácter transversal del Derecho del Consumo permite —y permite comprender— que mantenga una curiosa relación de ósmosis con el Derecho Bancario y del Sistema Financiero, que —entre otros fines— persigue el de la **protección del “usuario de servicios financieros”**. Ciertamente se podría aducir que esto no es consecuencia de una mayor consumerización del Derecho del Mercado Financiero, sino de la necesidad de reducir a la *unidad* los principios de *Protección del Inversor*, del *depositante* y del *Asegurado*, que caracterizan —por separado— a cada uno de los sectores —Derecho bancario, Derecho del Mercado de Valores y Derecho del Seguro privado— que forman el Derecho del Mercado Financiero. **Pero no es menos cierto que depositante o cliente bancario, inversor o asegurado/tomador/beneficiario, suelen ser calificados como consumidores/usuarios**, y, en consecuencia de lo expuesto, **cuando —por ejemplo— el Derecho Bancario protege a los depositantes y clientes, qua utentes, sus normas —de hecho— están convirtiéndose en normas de Derecho del Consumo, siquiera lato sensu.**

- C) Cliente bancario y tipología de las operaciones bancarias:
incidencia o influencia en materia de control de las condiciones
financieras de la contratación bancaria

Por otra parte —y me centro, ya, exclusivamente, en los usuarios de servicios bancarios—, el hecho de que el Derecho del Consumo no haga acepción de la naturaleza de los bienes o servicios utilizados o consumidos, traería como consecuencia que su ámbito de protección debe extenderse **a cualquier cliente**

(52) Por la quiebra de la confianza en el principio de la autonomía de la voluntad, de modo que —mediante las normas de defensa de los consumidores— se intenta proteger los legítimos intereses económicos de los mismos, a través de ciertas limitaciones a la libertad contractual —y por tanto, a la libre actividad económica— de los propios consumidores, pero —sobre todo— de los empresarios, que, apoyándose en su situación de predominio y de poder económico, podrían imponerles cláusulas contractuales abusivas (*Vid.* POLO SÁNCHEZ, E.: “La protección del consumidor en el Derecho privado”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1981, pp. 824 y ss. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “La protección...”, *cit.*, pp. 22 y ss. BROSETA PONT, M.: “Aspectos generales para una introducción sobre el Derecho de los consumidores”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1981, pp. 82 y ss. OTERO LASTRES, J.M.: “La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación”, en *R.J.C.*, 1977, n.º 4, octubre/diciembre, pp. 760 y ss. DE LA CRUZ LAGUNERO, J.M. y CUENCA ANAYA, F.: “Influencia del derecho público sobre el derecho de la contratación”, en *RDN*, 1988, n.º CXL, abril/junio, pp. 138 y ss., entre otros).

bancario, sin importar el tipo de servicios que utiliza. Sin embargo, nos encontramos con un problema, de grave repercusión, en la materia que se analiza: el **art. 48, n.º 2, LDIEC** no se refiere absolutamente a todos los clientes o usuarios de servicios bancarios, sino **solamente a “la clientela activa y pasiva”**, cuando es sabido que un número importantísimo y creciente de operaciones bancarias no son activas ni pasivas, sino **“neutras” o “de servicios”**.

Esto suscita un grave problema: como el art. 48, n.º 2, LDIEC es una norma legal de finalidad habilitante, que pretende atribuir potestades normativas a la Administración pública sectorial *bancaria*, y como esas potestades normativas serían de naturaleza **reglamentaria**, como la Potestad Reglamentaria es **de carácter subordinado y no autónoma**, dependiendo siempre y hallándose —en todo caso— **subordinada a la Ley** ⁽⁵³⁾, se podría llegar a plantear que **no es posible desplegar un control sobre las condiciones financieras de las operaciones neutras**, sobre la base de la habilitación concedida por el art. 48, n.º 2, LDIEC, porque —hipotéticamente— cualquier disposición administrativa del Ministerio o, por delegación suya, del BE, al respecto, estaría **extralimitándose de la norma legal habilitadora**, que únicamente habla de la protección de los intereses de la clientela activa y pasiva.

Sin embargo, creo que el problema podría eludirse, con —relativa— facilidad: ante todo, es preciso partir de la base de que el **art. 51 CE**, en tanto que incardinado entre los denominados **“Principios Rectores de la Política social y económica”**, contiene un verdadero **principio general del Derecho**, lo cual supone que, cuando menos una parte de su virtualidad y de sus efectos jurídicos consistirá en que **informa obligatoriamente la aplicación e interpretación del resto del Ordenamiento**, incluso aunque no exista una normativa infraconstitucional de desarrollo de los mismos. Por consiguiente, el art. 51 CE determina cómo debe ser *interpretado* el art. 48, n.º 2, LDIEC y semejante interpretación sólo puede ser —para adecuarse al precepto constitucional— **extensiva**, en cuanto se proyecte *pro utenti*.

Partiendo de esta base, cabe hacer las siguientes reflexiones: en primer lugar, muy bien podría suceder que al tratar de la “clientela activa y pasiva”, el art. 48, n.º 2, hubiera pretendido ofrecer una visión totalizadora de la clientela bancaria; que hubiera querido decir toda la clientela, sin excepción, lo cual incluiría —también— a la clientela de servicios. De paso, obsérvese que el art. 48, n.º 2, toma como punto de referencia “la clientela”, y no los servicios o las operaciones: no habla de proteger los intereses de los clientes “en las operaciones activas y pasivas”, lo que hubiera podido ser interpretado como significativo de un criterio más restringente. **En consecuencia**, la interpretación del **art. 48**,

(53) MARTÍN MATEO, R.: *Manual...*, cit., 22.ª ed., p. 105.

n.º 2, LDIEC debe ser tal que se entiendan incluidos los *clientes por operaciones neutras*, con lo que la virtualidad habilitante tendría un mayor alcance.

II. FUNCIONES DEL BANCO DE ESPAÑA EN MATERIA DE COMISIONES

1. Consideraciones preliminares: Libertad contractual, en materia de comisiones y gastos bancarios repercutibles

De acuerdo con la **Norma 5.^a, OM TITC/1989**, “(l)as comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente...”, regla general desarrollada, a su vez, por la **Norma 3.^a, Circ. TOPC/1990**, que reitera que “(t)odas las Entidades de Crédito establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a su clientela por las operaciones o servicios realizados o iniciados en España”, añadiendo que “(l)as tarifas comprenderán todas las operaciones o servicios que la entidad realiza habitualmente”. Hay, pues, un **reconocimiento específico y explícito de la libertad contractual bancaria**, en materia de fijación de **comisiones**; es decir, se reconoce, e incluso se impone la libertad de fijación de las comisiones bancarias. Esta libertad, de todos modos, no encuentra su fuente en estas dos disposiciones administrativas de rango tan bajo; de hecho, ni siquiera la encuentra en el mismísimo art. 48, n.º 2, LDIEC, porque —en realidad— este último no hace sino **reconocer algo que le viene dado**. Así, la Libertad Contractual bancaria debería buscar sus raíces en la combinación de varios preceptos, partiendo del **art. 38 CE**, como fundamento constitucional: me refiero a preceptos como el **art. 1255** y los **arts. 1291 y ss. CC**; como los **arts. 51 y 313 y 344, CCo.**, por citar solamente algunos, y —concretamente— algunos que tienen mucho que ver con la libertad de “precios”.

Ahora bien, liberalización o libertad no significan ausencia absoluta de control: muy por el contrario, a veces la libertad —cuando se establece al servicio de intereses superiores a los de su propio titular— incluso reclama la adopción de medidas interventoras, tendentes a garantizarla; medidas que, por concernir a relaciones en la que interviene la Administración pública, deben considerarse pertinentes al Derecho Administrativo económico. Ciertamente, una proclamación como la de la Norma 5.^a, OM TITC/1989, tiene varias lecturas: por una parte, estamos ante normas de Derecho administrativo económico, contenidas en disposiciones de rango infralegal, que —aun cuando parecen establecer un *deber* de comportamiento, a cargo de las entidades de crédito [“(Las entidades de crédito) establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a su clientela”]— debieran limitar su virtualidad a tutelar su observancia, por medio del ejercicio de la mera potestad *sancionadora* o —más bien— *disciplinaria*. Pero ¿acaso cabe que estas dispo-

siciones tengan una trascendencia diferente? ¿Podría tratarse de normas *anti-trust*? ¿Acaso cuando se dispone que “(l)as comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente...”, se está contemplando la proscripción de la **cartelización en materia de comisiones bancarias**? ¿Y acaso esa norma podría tener otro tipo de eficacia, en el plano **negocial privado**?

Vaya por delante que existe una sutil diferencia de expresión entre la OM y la Circular, porque —en principio— no es lo mismo decir que “(l)as comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente...”, que decir que “(t)odas las Entidades de Crédito establecerán libremente sus tarifas de comisiones,...”: lo segundo parece, más bien, un **mandato normativo dirigido a las entidades de crédito, para que fijen sus tarifas con libertad**, mientras que lo primero parece un corolario de la supresión de la fijación heterónoma de las cuantías, **las tarifas ya no serán las que fije la Administración, sino las que fijen las entidades de crédito**. La diferencia de sentido es muy profunda. Ahora bien, esa diferencia no supone desconexión; no supone ausencia total de relación entre una y otra normas —no podría ser de otro modo—, ya que la segunda es una consecuencia lógica ineludible de la primera, si ambas se sitúan en el marco de un Modelo Económico de **Libre y leal competencia**. Porque, en efecto, nuestro Ordenamiento jurídico protege la Competencia, aunque ésta sea solamente “imperfecta” o “practicable”; es decir, aquella que satisfaga los siguientes presupuestos:

1. Existencia de un mercado en que intervengan **diversos empresarios**.
2. Que dichos empresarios **actúen de forma autónoma**, utilizando sus parámetros de comportamiento para lograr sus objetivos⁽⁵⁴⁾.

(54) Para muchos autores, el aspecto de la libertad de decisión y de actuación de los diversos concurrentes —empresarios y usuarios— es absolutamente esencial y constituiría el objeto principal de las disposiciones sobre proscripción de las prácticas restrictivas de la Competencia, entendiéndose por esta última el “afán o esfuerzo autónomo” (*selbständige Streben*) desarrollado por los empresarios, oferentes o demandantes, recíprocamente capaces de influir en el proceso económico, en la actividad negocial por medio de la manifestación publicitaria de la superioridad para el cliente de sus condiciones económicas. Así: COMMICHAU, G. y SCHWARTZ, H.: *Grundzüge des Kartellrechts*, edit. C.H. BECK’SCHER VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1981, p. 1. IMMENGA, U.: “Comentario al Artículo 1.º GWB.”, en IMMENGA, U., MESTMÄCKER, E.-J. y otros.: *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Kommentar zum Kartellgesetz*, edit. C.H. BECK’SCHER VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1981, p. 104. BAUMBACH, A. y HEFERMEHL, W.: *Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze*, edit. C.H. BECK’SCHER VERLAGSBUCHHANDLUNG, 15.ª ed. actualizada, Munich, 1988, p. 30, quienes aluden a la actividad de “Empresas independientes” (*selbständiger Unternehmen*).

3. Y que actúen sometidos al **riesgo** de que sus clientes o suministradores dejen de contratar con ellos⁽⁵⁵⁾.

Y es que incluso una competencia “imperfecta” es capaz de satisfacer una serie de funciones económicas útiles, entre las que destaca la función **ordenadora y de dirección económica** (*Wirtschaftslenkung*), al hacer posible que la Oferta se oriente según los deseos y exigencias de la Demanda⁽⁵⁶⁾. También satisface la Competencia otra función económica, como es la función de **selección**, en el sentido de que la competencia recompensa con el máximo beneficio a los empresarios que ofrecen las mejores prestaciones en el mercado, a la par que elimina del mercado a los operadores ineficientes, en una suerte de “selección natural”⁽⁵⁷⁾. Por consiguiente, a la vista de lo expuesto, es preciso concluir afirmando que esta competencia practicable constituye **un bien jurídico protegible** por el Ordenamiento que —para compensar sus **deficiencias** congénitas⁽⁵⁸⁾— lo tutela a través de **dos grandes agregados de normas**, que algunos fusionan en una categoría superior a la que se denomina el Derecho de la Competencia, como conjunto de normas diversas, que comparten el común denominador de relacionarse con la actividad económica y con la regulación de la competencia: uno de esos dos grupos de normas es el formado por las disposiciones que reprimen o previenen las prácticas que eliminan, limitan o falsean la competencia en el mercado, y se denomina **“Derecho de la Libre Competencia”**. La otra, reprime las conductas concurrenciales desleales y se denomina **“Derecho de la Competencia Desleal”**, de modo que —en definitiva— la

(55) GALÁN CORONA, E.: *Acuerdos restrictivos de la competencia*, edit. MONTECORVO, SA, Madrid, 1977, pp. 41 y ss. FONT GALÁN, J.I.: *La Libre Competencia en la Comunidad Europea*, Bolonia, 1986, p. 41, quien —tomando palabras de VON DER GROEBEN.: “La politique de la concurrence dans la CEE.”, en *Droit des Communautés européennes*, 1969, n.º 1994— señala que la competencia practicable supone competencia efectiva, eficaz en la práctica, lo cual exige que el acceso al mercado esté siempre libre, que las alteraciones de la oferta y la demanda se traduzcan en el precio, que la producción y la venta no estén limitadas artificialmente y que la libertad de acción y elección de los proveedores, compradores y consumidores no sea puesta en peligro.

(56) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *Fundamentos de Derecho mercantil*, t. I, *Introducción y Empresa. Derecho de Sociedades (Parte General. Sociedades de personas*, edit. TIRANT LO BLANCH, 2.ª ed., Valencia, 2000, p. 261.

(57) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GALLEGO SÁNCHEZ.: cit., t. I, 2.ª ed., p. 261. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.: *Precios predatorios y...*, cit., p. 31.

(58) VICIANO PASTOR, J.: *Libre Competencia e intervención pública en la Economía (acuerdos restrictivos de la Competencia de origen legal)*, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1995, p. 59. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.: *Precios predatorios y...*, cit., p. 25, quien señala que, “aunque se reconozcan las limitaciones de la Teoría de la Competencia Perfecta, se debe buscar la situación más competitiva posible que sea viable en la práctica”.

Competencia es protegida desde la doble perspectiva de que sea “libre” y de que sea “leal”⁽⁵⁹⁾. Por decirlo de otro modo, el Derecho de la Competencia debe, entre otros objetivos, perseguir los siguientes:

- a) Evitar la cartelización, es decir, evitar que las empresas realicen acuerdos que tengan por finalidad limitar la Competencia.
- b) Proscribir y reprimir el abuso de posición de dominio, es decir, controlar los intentos de las empresas dominantes en el mercado, por abusar de su posición de dominio.
- c) Asegurar un nivel de competencia *efectivo* en los mercados oligopolísticos⁽⁶⁰⁾.

¿Está justificado el establecer dos regulaciones separadas, en estos términos, cuando el fenómeno o el bien jurídico que tratan de proteger es coincidente? Tradicionalmente se venía afirmando que entre el “Derecho de la Libre Competencia” y el “Derecho de la Competencia desleal” mediaban algunas importantes diferencias, a saber:

⁽⁵⁹⁾ ALONSO SOTO, R.: “Derecho de la Competencia (I). Introducción y Derecho Comunitario”, cit., en URÍA GONZÁLEZ/MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Curso...”, t. I, p. 245. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GALLEGO SÁNCHEZ: cit., t. I, 2.ª ed., pp. 262 y ss. Implícitamente, BURST, J.J. y KOVAR, R.: *Droit de la Concurrence*, edit. ECONOMICA, París, 1981, *passim*, pero —en especial— p. 5. RIPERT, G., ROBLOT, R., GERMAIN, M. y VOGEL, L.: *Traité de Droit commercial*, t. I, *Actes de commerce, Baux commerciaux, Propriété industrielle, Concurrence, Sociétés commerciales*, edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, 17.ª ed., París, 1998, p. 489. MATSUSHITA, M.: “Recent and future Developments in Japanese Antitrust Law and Enforcement”, en VV.AA.: *International Antitrust Law & Policy. Annual Proceedings of The Fordham Corporate Law Institute*, edit. TRANSNATIONAL JURIS PUBLICATIONS, Inc./KLUWER LAW & TAXATION PUBLISHERS, Irvington-on-Hudson/Deventer, 1993, pp. 51 y ss., quien señala que la Ley japonesa sobre la materia prohíbe tres tipos de comportamientos: la monopolización, la cartelización y la competencia desleal. Algo similar acontece, por ejemplo, en el Derecho canadiense, como hace notar WETSTON, H.I.: “Developments and emerging Changes in Canadian Competition Law”, en VV.AA.: *International Antitrust Law & Policy. Annual Proceedings of The Fordham Corporate Law Institute*, edit. TRANSNATIONAL JURIS PUBLICATIONS, Inc./KLUWER LAW & TAXATION PUBLISHERS, Irvington-on-Hudson/Deventer, 1993, p. 204, quien señala que la *Canada Competition Act* incluye normas penales referentes a las prácticas restrictivas, pero también referentes a la lealtad en la competencia (*fair trade*), como es el caso de las normas sobre publicidad engañosa, o como las normas de prohibición de los *predatory prices*, que mencionan ROWLEY, J.W. y CAMPBELL, A.N.: “Commonality and Divergence in Canadian and Australian Competition Law”, en VV.AA.: *International Antitrust Law & Policy. Annual Proceedings of The Fordham Corporate Law Institute*, edit. TRANSNATIONAL JURIS PUBLICATIONS, Inc./KLUWER LAW & TAXATION PUBLISHERS, Irvington-on-Hudson/Deventer, 1993, pp. 269 y ss.

⁽⁶⁰⁾ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.: *Precios predatorios y...*, cit., p. 25.

- Las normas sobre “prácticas restrictivas de la Competencia” tienen por objeto la **ordenación del mercado**, en cambio las normas sobre “Competencia desleal” tienen por objeto la **ordenación de la profesión**.
- Como consecuencia de lo anterior, mientras las normas sobre prácticas restrictivas de la Competencia tienen como **bien jurídico protegido** el de la **Libertad de Empresa**, en cambio, el **bien jurídico protegido** por las normas sobre Competencia desleal, es la **deontología profesional**.
- Igualmente, por lo que hace al **interés jurídico** protegido, mientras las normas sobre prácticas restrictivas de la Competencia tutelan un **interés público** (el orden económico), en cambio, el **interés jurídico protegido** por las normas sobre “Competencia desleal” es **el interés privado de los empresarios en conflicto**.
- Finalmente, mientras las normas sobre “prácticas restrictivas de la Competencia” atienden, fundamentalmente, a **la finalidad perseguida por la práctica (limitar o falsear la Competencia)**, en cambio, las normas sobre “Competencia desleal” atienden, más bien, al **medio empleado en su realización (la deslealtad)**.

Sin embargo, conforme se produce una **generalización de los principios** del llamado “**Derecho antitrust**”, *se va produciendo —paralelamente— una asimilación*, en torno al criterio de la necesidad de defender el **buen funcionamiento del mercado**, de modo que los criterios valorativos de los comportamientos anticompetitivos, comienzan a ser aplicados —también— en el ámbito de la Competencia Desleal⁽⁶¹⁾. Y todo ello influido por la creciente convicción de que existe un **objetivo común**: la protección de **los consumidores**. Por otra parte, el derogado **art. 7.º LDC de 1989** preveía que el **Tribunal de Defensa de la Competencia**: “... **conocerá**, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, **de los actos de competencia desleal, siempre y cuando** concurren las siguientes **circunstancias**: a) Que ese acto de competencia desleal **distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado**. b) Que esa grave distorsión **afecte al interés público**”.

De todos modos, incluso reconociendo esto es preciso advertir que los límites entre uno y otro ámbito no pueden desaparecer; que cuando menos, hasta ahora no ha sido posible crear ilícitos mixtos de *antitrust* y deslealtad, porque las relaciones jurídicas que se establecen en uno (administrativas) y otro caso (privadas) dan lugar a la entrada en funcionamiento de autoridades (Auto-

(61) ALONSO SOTO, R.: “Derecho de la Competencia (I). Introducción y Derecho Comunitario”, cit., en URÍA GONZÁLEZ/MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *Curso...*, t. I, pp. 245 y ss.

ridades administrativas de Defensa de la Competencia, frente a Tribunales de Justicia) y procedimientos (Jurisdicción Contencioso-administrativa, frente a Jurisdicción civil ordinaria) profundamente diferentes. Así lo refleja la nueva Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, de 3 de julio, aunque la apertura de las infracciones privadas al conocimiento por los Juzgados de lo Mercantil podría facilitar la configuración de esos “ilícitos mixtos” de deslealtad y *anti-trust* a los que se hizo alusión. En cualquier caso, y volviendo al tema de las comisiones bancarias, creo que la OM TITC/1989 y la Circ. TOPC/1990 no pretendían establecer reglas de Derecho de la Competencia, aunque es obvio que pueden establecerse relaciones recíprocas entre ambos sectores normativos. Por consiguiente, creo que no se trata de normas *antitrust* en materia bancaria, porque tales normas no se contienen en la normativa sobre entidades de crédito, sino en la legislación *antitrust*, como ahora la LDC de 2007. Lo que sucede es que **la conducta opuesta al mandato de estas normas bancarias puede tener un claro encuadre dentro del art. 1.º LDC.**

El control administrativo bancario sobre las comisiones se ha de articular por otras vías; vías —como dije— propias del Derecho administrativo “tradicional”. Ahora bien, sucede que existen normas que poseen la virtualidad de proyectar la eficacia de estos deberes jurídico-administrativos en el ámbito del Derecho Contractual privado.

2. Las “comisiones” bancarias: concepto y ámbito de aplicación

Como la actividad bancaria suele ser tendencialmente lucrativa, los contratos en que se sustancia y materializa suelen ser **contratos onerosos**, es decir, caracterizados por el hecho de que cada uno de los contratantes obtiene lícitamente una ventaja del otro —en este caso, la prestación de un servicio—, pero la obtiene precisamente porque ha de experimentar, a su vez, un sacrificio económico *que le obligue a pagar un equivalente* ⁽⁶²⁾. Pues bien, entre los elementos reales de estos contratos se incluyen, precisamente, las prestaciones que

(62) GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: *Tratado de Derecho mercantil*, t. III, vol. 1.º, impr. IMPRENTA AGUIRRE, Madrid, 1964, p. 97. GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “Operaciones bancarias neutras”, en VV.AA.: *Tratado de Derecho Mercantil*, dir. por M. Olivencia Ruiz, C. Fernández-Nóvoa y R. Jiménez de Parga, coord. por G.J. Jiménez Sánchez, t. XXXIX, *Las entidades de crédito y sus operaciones*, vol. 4.º, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, SA, Madrid/Barcelona, 2006, p. 118. CANO RICO, J.R.: *Manual práctico de contratación mercantil*, t. II, *Contratos bancarios, financieros y sobre títulos-valores*, edit., TECNOS, SA 4.ª ed., p. 51. LANGLE: *Manual de Derecho mercantil español*, t. III, edit. BOSCH, Barcelona, 1959, p. 127, quien tras una primera actitud de recelo a la posibilidad de que la categoría de los contratos gratuitos pudiera tener cabida en el Derecho mercantil, termina por reconocer que nuestro Código de comercio “también admite y, a veces, hasta da preferencia a la gratuidad, por extraño que resulte”.

ha de satisfacer el Cliente; las prestaciones —también diversas, según los casos— que el destinatario de los servicios bancarios ha de efectuar, entre las cuales destacan dos grandes grupos; a saber, intereses remuneratorios o retributivos, o bien **comisiones**, que en una amplia variedad perciben las entidades de crédito: por ejemplo, comisiones “de estudio”, “de apertura” (en las cuentas corrientes y en los contratos de apertura de crédito), “de administración”, etc.⁽⁶³⁾. Sobre estas últimas habré de centrar mi interés.

Aun cuando la expresión “comisión” aparece en la terminología del Derecho canónico, para expresar la delegación conferida a *jueces especiales*, nombrados para *juzgar una causa determinada*⁽⁶⁴⁾, y tal acepción —o parecida— subsiste en el ámbito administrativo, cuando se habla de hallarse algún funcionario “en comisión de servicio”, ciertamente no será ésta la acepción que habrá de atribuir al término, cuando trate del régimen jurídico de las denominadas “**comisiones bancarias**”, sino alguna otra u otras acepciones de esta expresión, comenzando por la que alude a la “comisión” como modalidad de colaboración comercial típicamente mercantil. El término “comisión”, derivado del verbo latino *commitere* (encargar, encomendar a otro el desempeño de algún servicio), es una expresión **polisémica**; una palabra que posee diversos sentidos: sin contar con la acepción en que alude a un conjunto de personas delegadas por una autoridad o corporación para entender de algún asunto, unas veces designa la orden y facultad que una persona da a otra, para que haga alguna cosa, es decir, el **encargo** de hacer algo, que una persona confía a otra. Pero en otras ocasiones, sirve para designar la **remuneración** que percibe quien ejecuta el encargo (normalmente, vender o comprar alguna cosa) **por cuenta ajena**⁽⁶⁵⁾. Estas dos, y no la primera, son las acepciones que interesan ahora, porque son las que se corresponden con la figura de la **Comisión mercantil**. Y es que, el término “Comisión”, cuando se le añade el calificativo “mercantil”, deviene en un nuevo y específico **sustantivo**, que designa un determinado negocio jurídico de índole contractual. Por tanto, la Comisión mercantil **es un contrato**, y más precisamente, es un contrato de mandato. En este sentido, opino que —por el momento— podríamos definir el Contrato de Comisión, como **Mandato Mer-**

(63) GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: *Operaciones bancarias neutras*, cit., p. 118. BONET SÁNCHEZ: “El Contrato bancario”, cit., p. 95. FERRANDO: “Los contratos bancarios...”, cit., p. 60. MARTÍNEZ DE SALAZAR y BASCUÑANA, L.: “El Derecho a la Información de la clientela de las entidades de crédito. Orden ministerial de 12 de diciembre de 1989 y Circular 8/1990 del Banco de España”, en *RDBB*, 1993, n.º 51, julio-septiembre, pp. 773 y ss.

(64) GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: *Tratado...*, cit., t. III, vol. 1.º, p. 451.

(65) ROVIRA MOLA, A. de: Voz “Comisión mercantil”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. IV, edit. SEIX, Barcelona, 1954, p. 444. GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “La mercantilidad del Contrato de Comisión...”, cit., p. 2821.

cantil, en los siguientes términos: “Contrato por el cual el Comisionista se obliga frente al Comitente **a realizar actos jurídicos singulares** o un **determinado conjunto de actos u operaciones** —homogéneas o no— **por cuenta de este último**, o a **gestionar intereses del mismo**, y que, de acuerdo con los correspondientes criterios de mercantilidad, constituye **acto de comercio**”.

Esta definición que propongo ya revela, con toda claridad, que la Comisión mercantil es una modalidad o subespecie de otro contrato, también típico y nominado: el Contrato de *Mandato*.

Es importante, sin la menor duda, hacer referencia a la Comisión (arts. 244 y ss. CCo.), entendida como modalidad o subespecie mercantil del Mandato (arts. 1709 y ss. CC), porque semejante contrato tiene una importantísima presencia en el ámbito de la contratación bancaria y de los servicios financieros o de inversión, como lo demuestra el hecho de que ya la propia definición de Banco, contenida en el **art. 37 LOB**, aludía a la Comisión mercantil, como un instrumento fundamental en la actividad bancaria, ya que quienes “ejercen el comercio de Banca”, entre otras cosas, se caracterizan porque prestan, “además, a su clientela **servicios** de giro, transferencia, custodia o mediación y otros, en relación con los anteriores, propios de la **comisión** mercantil”. En este sentido, la Comisión mercantil, tipificada con cierto detenimiento en nuestro CCo. de 1885, ha servido para proporcionar un régimen jurídico subsidiario a muchas operaciones *bancarias* de prestación de servicios:

1. Cuenta corriente bancaria.
2. Actos de disposición sobre la cuenta: domiciliaciones, transferencias,...
3. Cobranzas.
4. Emisión de créditos documentarios y garantías bancarias.
5. Contratos de administración de carteras de valores, y un largo etcétera.

Mas, como ya advertí, el término “comisión” también sirve para designar la **remuneración** que percibe quien ejecuta el encargo por cuenta ajena. En este sentido, cabe señalar que, como consecuencia del contrato de Comisión mercantil, recaen sobre el Comitente varias obligaciones, entre las cuales destacan la de abonar el **premio** de la comisión (el “premio” es otra forma de referirse a la “comisión”, entendida como remuneración debida al Comisionista), y —en segundo término— la de mantener al Comisionista indemne de todos los **gastos** y perjuicios que pudieran derivarle del cumplimiento fiel y exacto del encargo. Así las cosas, las comisiones pueden ser entendidas como las sumas de dinero que han de ser pagadas, como consecuencia de una relación jurídico-obligato-

ria, de naturaleza contractual, en **contraprestación** por los **servicios** que recibe quien las adeuda ⁽⁶⁶⁾.

Ahora bien, he de advertir que ni siquiera el factor terminológico debe hacernos suponer que las “comisiones” solamente puedan devengarse en el seno de contratos de comisión: hay otros contratos, típicos y atípicos, en los que una persona adeuda y otra devenga cantidades de dinero que tienen la condición de comisiones. Así, ejemplo de contrato típico, en el que se perciben y se adeudan comisiones por servicios, es el Contrato de **Agencia** mercantil, como se aprecia en los **arts. 11 al 14**, de la **Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia**. Mas, igualmente, por **analogía**, la figura de las “comisiones” puede darse, asimismo, en un contrato atípico como el **Corretaje**. Y, así la analogía, como el pacto, pueden extender —y de hecho, han extendido— la figura de las comisiones, a la **Cuenta corriente bancaria**, donde la Entidad de crédito percibe comisiones por **mantenimiento** de la cuenta; comisiones de **administración** —como contraprestación por la realización de operaciones sobre la cuenta y práctica de asientos—, y —finalmente— comisiones por **descubierto**. E incluso esa extensión analógica ha llevado la figura de las comisiones a contratos, ya **no de gestión, sino de crédito**, como son las **operaciones bancarias activas**: el Préstamo, la Apertura de Crédito, el Descuento, etc. ⁽⁶⁷⁾.

De todos modos, insisto en que hay que reconocer que —con frecuencia— bajo la denominación de “comisiones bancarias”, se esconden percepciones de cantidades de dinero, cuya causa no reside, propiamente, en la remuneración de unos servicios prestados al pagador de las mismas. En este sentido, puede haber supuestos, como mínimo, dudosos, cual sucede con las comisiones “de estudio”, que se perciben por las entidades de crédito en prácticamente todas las operaciones activas de crédito.

Así, por ejemplo, en el **Préstamo** bancario, la Entidad de crédito prestamista percibe la **comisión de “apertura”** y la **comisión de “amortización o cancelación anticipada”**, y por lo que hace al Contrato de **Apertura de Crédito**, la obligación típica del Acreditado, en la fase de pura disponibilidad, consiste —igualmente— en pagar la **comisión “de apertura”** pactada, como contraprestación por la apertura del crédito, de modo que tiene por finalidad retribuir la **disponibilidad originaria o inicial de los fondos**, otorgada al Cliente, por la

⁽⁶⁶⁾ GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: *Operaciones bancarias neutras*, cit., p. 120. La relación entre “comisión”, en el sentido de premio, y prestación de servicios, se puede encontrar claramente en FERRANDO VILLALBA, L.: *Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, edit. COMARES, Granada, 2002, pp. 98 y 107.

⁽⁶⁷⁾ FERRANDO VILLALBA, L.: *Las comisiones bancarias...*, cit., pp. 115 y ss., en relación con la apertura de crédito.

Entidad de crédito⁽⁶⁸⁾, tanto si la operación celebrada es un contrato de préstamo, como si se trata de una apertura de crédito. Dicha comisión representa el *precio de la disponibilidad creada* y confirma el carácter *bilateral* del negocio (en realidad, de ambos negocios)⁽⁶⁹⁾. En caso de duda, esta comisión debe ser considerada —por lo menos— como **elemento natural del contrato de apertura de crédito**, y debería considerarse debida por el Acreditado —con independencia de la utilización, o no, del crédito—, incluso aunque nada se haya pactado expresamente.

Otra comisión —esta vez **exclusiva** del Contrato de Apertura de Crédito, y ajena, por el contrario, a los contratos de préstamo— es la llamada **comisión “de disponibilidad”**, que de alguna manera representa el **precio de la disponibilidad mantenida en todo momento**, durante la duración del contrato, a favor del acreditado, remunerando o compensando, de este modo, la “inmovilización” de los fondos comprometidos, por parte de la Entidad de crédito acreditante, que estaría manteniendo tales recursos “ociosos”⁽⁷⁰⁾.

La comisión puede ser calculada y devengada de una sola vez en el acto de apertura del crédito, o bien puede serlo periódicamente en cada cierre de la cuenta de crédito. Pero, ¿cuándo debe ser pagada? Para FIORENTINO, debe pagarse **al inicio del contrato**, pues de lo contrario habría tenido lugar un incumplimiento, aunque no de carácter esencial, ni determinante de la revocación⁽⁷¹⁾. Para MOLLE, dicha “Comisión” habría de pagarse mediante adeudo sobre la cuenta, al cierre de la misma, incluso aunque se tratase de un cierre provisional; argumento el de este segundo autor —que justifica su postura sobre la base de lo dispuesto en la *Norme Bancarie Uniformi* de la Banca italia-

(68) ORDÁS ALONSO, M.: *La deuda de Intereses en las Pólizas de Crédito bancario. Adaptada a la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del Euro*, edit. COMARES, Granada, 1999, p. 337.

(69) GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: *Contratos bancarios*, 2.ª ed., Madrid, 1975, p. 207. MOLLE, G.: “I contratti bancari”, en VV.AA.: *Trattato di Diritto civile e commerciale*, dir. por A.Cicu y F.Messineo, t. XXXV, vol. 1.ª, edit. DOTT.A.GIUFFRÉ, 4.ª ed., Milán, 1981, pp. 210 y 231. REZZARA, G.: *Dell’Apertura di credito in conto corrente*, 1926, p.18. DONADIO, G.: “Sulla natura giuridica dell’apertura di credito”, en *BBTC* 1937, I, p. 147. Pero hay que advertir que existe una disputa doctrinal (y, tal vez, una divergencia jurídico-positiva) en cuanto a si este deber es algo esencial al contrato o no (en este segundo sentido: COLAGROSSO, E.: *Diritto bancario*, 1.ª ed., Roma, 1947, pp. 294 y ss.)

(70) ORDÁS ALONSO, M.: *La Deuda de intereses...*, cit., pp. 345 y ss., quien considera que esta comisión, complementaria de la “de Apertura”, tiende a remunerar, no la disponibilidad abstracta, sino la disponibilidad concreta, que permite al acreditado disponer en concreto de los fondos comprometidos.

(71) FIORENTINO, A.: *Le Operazioni...*, cit., p. 56.

na—, que no me parece del todo convincente, porque depende de la sumisión a esas condiciones generales, y no de la propia Apertura de crédito en sí; a no ser que se pacte otra cosa⁽⁷²⁾. En ocasiones, la comisión puede ser pactada para que se pague al Banco acreditante sólo en caso de que el cliente no haya hecho uso del crédito. En tal caso, está sometida a condición suspensiva y su pago sólo es debido al vencimiento del plazo pactado para la utilización, o incluso en los plazos de cierre provisional de la cuenta⁽⁷³⁾. El devengo de las comisiones de apertura y disponibilidad no excluye la percepción de otras comisiones especiales que el Banco obtiene, como compensación por cada una de las operaciones que se desarrollan, en ejecución de la relación. Esto reviste considerable importancia, por ejemplo, en aquellos casos en los que la utilización del crédito se traduce en asunción de obligaciones frente a tercero, o en descuentos.

En estos contratos, la percepción de comisiones coexiste con el devengo de intereses⁽⁷⁴⁾, sin que puedan confundirse éstos con aquéllas, por la fundamentalísima razón de que mientras los intereses constituyen prestaciones accesorias, de carácter pecuniario, *vinculadas al aplazamiento del pago de una obligación de suma, como contraprestación del mismo, calculada precisamente en una relación de proporción directa al transcurso del tiempo*⁽⁷⁵⁾, en cambio, lo característico de las comisiones es que **remuneran servicios o riesgos asumidos, y no una disponibilidad temporal de capital**, lo cual trae consigo el que las comisiones —a diferencia de los intereses— no se hallan vinculadas al elemento tiempo, aunque sí, al servicio que remuneran⁽⁷⁶⁾.

Ahora bien, a pesar de lo expuesto, el hecho de que la percepción de “comisiones” se haya extendido, incluso a contratos no de gestión, sino **de crédito**, como son las **operaciones bancarias activas**, esta circunstancia no puede extrañar, porque no es raro que en estos contratos, a los contenidos propiamente crediticios, se añadan ciertas prestaciones de servicios de gestión, o —siquiera— materiales, cuando no prestaciones de asunción de riesgos fi-

(72) MOLLE, G.: “I contratti...”, cit., 4.ª ed., p. 231.

(73) MOLLE, G.: “I contratti...”, cit., 4.ª ed., pp. 231 y ss. FIORENTINO, A.: *Le Operazioni...*, cit., p. 56. REZZARA, G.: cit., pp. 11 y ss.

(74) FERRANDO VILLALBA, L.: *Las comisiones bancarias...*, cit., pp. 99 y ss.

(75) En la misma línea, FERRANDO VILLALBA, L.: *Las comisiones bancarias...*, cit., pp. 99 y ss. LÓPEZ ANTÓN, F.: *Créditos a interés variable. Su régimen jurídico*, edit. MONTECORVO, SA, Madrid, 1985, p. 223, quien señala que lo dispuesto en el art. 315, CCo. debe ser matizado, por cuanto —sobre todo en los préstamos bancarios— existen otras prestaciones dinerarias que debe realizar el acreditado (por ejemplo, el pago de comisiones) y que, sin embargo, no constituyen intereses propiamente dichos.

(76) FERRANDO VILLALBA, L.: *Las comisiones bancarias...*, cit., pp. 106 y ss.

nancieros (Piénsese en el *Factoring* sin recurso). En este sentido, las comisiones parecen vocacionalmente vinculadas a los contratos cuyo objeto —directo o mediato; principal o accesorio— sea la realización de obligaciones de *facere* o de *pati*, en interés ajeno. Así las cosas, las comisiones tienen una enorme importancia en la actividad de las entidades de crédito, hasta el punto de que constituyen una fuente de ingresos más importante que los intereses que se perciben por operaciones activas de crédito⁽⁷⁷⁾.

Las comisiones constituyen el objeto de obligaciones dinerarias que se devengan como contraprestación de la prestación de servicios bancarios (**Norma. 5.^a de la OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito** (OM TITC/1989) y n.º 3, Circ. TOPC/1990); razón por la cual, en el caso de las operaciones neutras, tales comisiones se devengan por la Entidad de crédito prestadora de los servicios, y a cargo del Cliente, como destinatario de los mismos⁽⁷⁸⁾. Mas no podemos, insisto, establecer una relación biyectiva plena entre las operaciones “neutras” y las comisiones bancarias, ya que —de hecho— las entidades de crédito perciben comisiones, en el marco de múltiples operaciones *crediticias*, sean activas o pasivas. Mas, sea como fuere, lo cierto es que las propias operaciones bancarias activas y pasivas suelen incluir alguna *prestación de servicios* al cliente, depositante o acreditado/prestatario, bien que su papel en el marco de la total operación crediticia, tienda a ser secundario o instrumental. Por otra parte, cabe señalar que si hay un concepto de límites difusos y poco claros, en el ámbito de la contratación mercantil y bancaria, es —precisamente— el concepto de “servicios”. Por este motivo, si lo interpretamos en un sentido restringido o intermedio, como equivalente a todo tipo de obligaciones *de facere* realizadas por cuenta o interés ajeno, ya respondan a relaciones de mandato o comisión mercantil, o bien de arrendamiento de servicios, podremos comprobar que a veces las entidades de crédito perciben supuestas “comisiones” por operaciones que resulta dudoso que sean propiamente por servicios (por ejemplo, operaciones de cambio de moneda; operaciones de *hedging* y otras operaciones OTC).

(77) FERRANDO VILLALBA, L.: *Las comisiones bancarias...*, cit., p. 1.

(78) BONET SÁNCHEZ, J.I.: “El Contrato bancario”, en VV.AA.: *Contratos bancarios y parabancarios*, dir. por U. Nieto Carol, edit. “LEX NOVA”/CONSEJO GENERAL DE LOS COLEGIOS OFICIALES DE CORREDORES DE COMERCIO/INSTITUTO DE ESTUDIOS SUPERIORES DE LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN PABLO-CEU, Valladolid, 1998 p. 95. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “La Cuenta corriente y la Transferencia bancaria (Observaciones a sus aspectos más discutidos)”, en *RDBB*, 2002, n.º 86, abril-junio, p. 107.

Desde el punto de vista estrictamente contractual, el importe o cuantía de estas comisiones se calcula por simple multiplicación de dos factores: la base de cálculo y el porcentaje convenido⁽⁷⁹⁾.

En las distintas disposiciones administrativas, que paulatinamente fueron liberalizando las comisiones bancarias, llaman poderosamente mi atención varios hechos: en primer lugar, que las destinatarias de ellas sean todas las entidades “de crédito”, y no sólo las entidades “de depósito”, al contrario que en otros casos. Y, en segundo lugar, que —después de hablar solamente de “comisiones”—, la Circular aclare que se trata de “comisiones, condiciones y gastos repercutibles”, lo cual viene a demostrar que de lo que se trata es de la **percepción de cantidades de dinero que no siempre se devengan por “servicios” propiamente tales, sino que puede tratarse de imputar al Cliente ciertos costes económicos**; ciertos “gastos”, aunque en términos estrictos no haya una real prestación de un servicio por el que haya de percibir una “comisión”. Y es que muchos autores consideran el deber de pago de la comisión como una obligación fundamental del Comitente, en el marco del Contrato de Comisión mercantil⁽⁸⁰⁾, aunque —a decir verdad— esta obligación constituye un simple *naturale negotii*; una obligación que se impone *ex contractu* al Comitente, sin necesidad de que haya sido pactada, aunque puede ser suprimida, en el marco de los derechos del Comisionista (art. 277 CCo.: “(e)l comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de la Comisión, salvo pacto en contrario”). En este marco —es decir, en el ámbito del mandato mercantil—, las comisiones suelen devengarse de formas muy diversas; a saber: en primer lugar, por arancel, como se retribuía a los ahora desaparecidos agentes de cambio y Bolsa. En segundo término, a porcentajes del valor económico de la operación llevada a cabo, o bien por diferencias a la baja o al alza, respecto de los precios —respectivamente— máximo de compra y de mínimo venta (éste sería el verdadero ejemplo de “comisión”, en sentido propio, ya que constituye una “co-participación” que el Comitente concede al Comisionista, sobre el beneficio obtenido en las operaciones), y —finalmente— en forma de estipendio o cantidad fija por días, meses o años durante los cuales subsista la relación de gestión⁽⁸¹⁾.

(79) BONET SÁNCHEZ, J.I.: “El Contrato bancario”, cit., p. 95.

(80) URÍA GONZÁLEZ, R.: *Derecho Mercantil*, 28.ª ed. revisada y puesta al día con la colaboración de M.ª L. Aparicio, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, SA, Madrid/Barcelona, 2002, p. 727.

(81) GAY DE MONTELLÁ, R.: *Código de comercio español comentado (Legislación, Jurisprudencia y Derecho comparado)*, t. III, vol. 1.º, *Comisión mercantil. Depósito. Préstamo. Compra-venta. Permuta. Transporte terrestre y aéreo. Seguros. Afianzamiento mercantil*, edit. BOSCH, CASA EDITORIAL, Barcelona, 1948, p. 48.

3. Comisiones bancarias “impropias”: los gastos repercutibles sobre el Cliente

Como ya he señalado, no siempre las comisiones que perciben las entidades de crédito por sus servicios, poseen una estructura ni una causa análogas a las de las anteriormente descritas. En este sentido, por ejemplo, ya tuve oportunidad de aludir a la **comisión “de estudio”**. Dicha comisión se halla ligada a los enormes riesgos que tiene para el Banco la conclusión de contratos como el de Apertura de Crédito y el de Descuento, que descansan sobre un previo convenio entre las partes o siquiera de unos tratos preliminares, respecto de los cuales adquiere capital importancia el conocimiento de las condiciones de solvencia y seriedad del Acreditado, siendo así que el Banco tiene un enorme interés en obtener toda la información posible acerca de las condiciones y circunstancias aludidas, toda vez que, en su condición de concedente de crédito, se encuentra expuesto al riesgo de no obtener el reembolso, sea por la insolvencia del Cliente-acreditado, o por la de sus fiadores y garantes. A la vista de estas consideraciones, y durante la etapa que pudiéramos denominar “preliminar” al Contrato de Apertura de Crédito, la Entidad acreditante desarrolla una labor de investigación y estudio, que se refiere tanto a la coyuntura económica en general, como a la que —en particular— se encuentra atravesando la propia entidad de crédito, y —además—, también a las circunstancias del cliente que solicita el crédito. A mayor abundamiento, no cabe olvidar las potenciales responsabilidades frente a tercero, que pueden ir unidas a la apertura negligente de cuentas corrientes, a solicitantes poco serios. Pues bien, en estas circunstancias no puede extrañar, ni mucho menos, que las entidades de crédito quieran resarcirse de los costes en personal y medios que se han visto forzados a asumir, en la tarea de estudiar a los solicitantes. De ahí, la percepción de la llamada comisión de estudio.

En apariencia, esa comisión de estudio remunera una actividad real y efectiva de la Entidad de crédito, pero la interrogante es si tal actividad de estudio del potencial cliente, la lleva a cabo la Entidad, *in rem tuam agendo* o *in rem propriam*, que es lo que parece más ajustado a la realidad. Si fuera éste el caso, difícilmente se podría sostener que estamos ante un servicio prestado, por petición voluntaria del comitente, lo cual nos aleja de las comisiones y, en todo caso, nos aproxima al ámbito de los gastos repercutibles.

Por otra parte, con ocasión de la celebración de contratos de **préstamo** bancario e incluso en los **depósitos a plazo** ⁽⁸²⁾, las entidades de crédito prestamistas suelen percibir la llamada **comisión de “amortización o cancelación anticipada”**, que bien puede decirse que posee una índole **penalizadora**, ya

(82) FERRANDO VILLALBA, L.: *Las comisiones bancarias...*, cit., p. 111.

que no cabe pasar por alto que la fijación de un plazo al depósito o en el préstamo, permiten: bien que el banco disponga de un período de tiempo para destinar los fondos recibidos a la realización de operaciones activas, en plazos progresivamente más dilatados, cuanto mayor sea el plazo del depósito, bien que el banco perciba un mayor volumen de intereses retributivos, en función del período de tiempo de duración/vencimiento del préstamo⁽⁸³⁾. Por consiguiente, la llamada **comisión de “amortización o cancelación anticipada”** parece más próxima a la figura de las arras penitenciales que a la del premio devengado por los servicios de un comisionista, ya que —en realidad— **no remunera ningún servicio**⁽⁸⁴⁾.

Tampoco remuneran ningún servicio, propiamente dicho, las llamadas comisiones de **disponibilidad**, propias de los contratos bancarios de apertura de crédito, ya que constituyen la contraprestación por la disponibilidad del crédito abierto, y —calculadas en función del tiempo— poseen una naturaleza más próxima a la de los **intereses**, que propiamente, a la de las comisiones⁽⁸⁵⁾.

La propia **comisión por descubierto en cuenta**, propia del contrato de cuenta corriente bancaria, **tampoco** puede considerarse como una “comisión”, en sentido estricto, sino que se trata —más bien— de algo que tiene mucho de **interés penalizador**, pues no remunera ningún servicio, sino la mayor disponibilidad de dinero efectivo⁽⁸⁶⁾; disponibilidad que responde más a la tolerancia del Banco que a un compromiso del mismo.

Por otra parte, en el Contrato de Comisión, no solamente existe esta obligación del Comitente, de remunerar los servicios prestados por el Comisionista, sino que en el primero también se encuentra obligado a *reembolsar el Comisionista los gastos* en que haya incurrido (**art. 278 CCo.**). Esto es, quizá, lo que más se aproxima a la índole de algunas —mal llamadas— “comisiones”, que perciben las entidades de crédito. En este sentido, **la entidad de crédito desplaza sobre el cliente ciertos costes económicos que, en principio, hubiera debido soportar ella**⁽⁸⁷⁾. En este sentido, no podemos calificar como “comisión”, propiamente dicha, la **comisión por “reclamación de descubiertos”**, toda vez que —si bien se percibe, en conexión con una actividad externa, jurídicamente

(83) FERRANDO VILLALBA, L.: *Las comisiones bancarias...*, cit., p. 111.

(84) FERRANDO VILLALBA, L.: *Las comisiones bancarias...*, cit., p. 112.

(85) FERRANDO VILLALBA, L.: *Las comisiones bancarias...*, cit., p. 116.

(86) FERRANDO VILLALBA, L.: *Las comisiones bancarias...*, cit., p. 119.

(87) FERRANDO VILLALBA, L.: *Las comisiones bancarias...*, cit., pp. 132 y ss., 145 y 146.

significativa de las entidades de crédito—, lo cierto que **tampoco remunera ningún servicio, pues el cliente no lo ha solicitado**⁽⁸⁸⁾.

Por lo demás, actualmente las cuantías de las comisiones bancarias por servicios son de libre fijación para las entidades de crédito, a la que se corresponde una correlativa y consecuente libertad de elección, cuyo corolario y lógica consecuencia es la prohibición de prácticas anticoncurrenciales, en la de fijación de tarifas de comisiones⁽⁸⁹⁾.

4. Comisiones y gastos bancarios en el Derecho administrativo económico (i): aplicación del Derecho *Antitrust*, en materia de comisiones bancarias

Después de una primera fase de inercia, las entidades de crédito españolas terminaron por lanzarse a una contienda comercial en materia de tipos de interés, que terminó por proyectar su reflejo en el ámbito de las comisiones bancarias, para —finalmente— dar paso a la intromisión de nuestras Autoridades de Defensa de la Competencia, y al reconocimiento de la **Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)**; en realidad, el conjunto del Derecho *Antitrust* resulta de **aplicación a las entidades de crédito** y a la actividad bancaria, en todos sus aspectos⁽⁹⁰⁾, ya que a no dudarlo, si el **art. 1.º, LDC** considera práctica colusoria prohibida “todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”, y —en particular—

(88) FERRANDO VILLALBA, L.: *Las comisiones bancarias...*, cit., p. 137.

(89) SÁNCHEZ MIGUEL: “La nueva regulación bancaria en materia de condiciones del crédito y defensa del Cliente, en el Derecho español”, en *RDBB*, 1987, n.º 27, julio-septiembre, pp. 505 y s. *Eadem*: “Modificación de las Normas sobre Condiciones de crédito y Defensa del Cliente, en Derecho español”, en *RDBB*, 1989, n.º 34, pp. 329 y ss. GARCÍA CACHAFEIRO, F.: cit., pp. 143 y ss. MARTÍNEZ DE SALAZAR y BASCUÑANA, L.: “El Derecho a la Información de la clientela de las entidades de crédito. Orden ministerial de 12 de diciembre de 1989 y Circular 8/1990 del Banco de España”, en *RDBB*, 1993, n.º 51, julio-septiembre, p. 775. BONET SÁNCHEZ, J.I.: “El Contrato bancario”, cit., pp. 96 y ss. RUIZ LÓPEZ, E.J.: “Las comisiones...”, pp. 130 y ss.

(90) BERNINI, G.: “Attività bancaria e Diritto della Concorrenza in Italia”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho bancario y bursátil homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, t. I, edit. “LA LEY”, Madrid, 1994, pp. 240 y ss. BOTANA AGRA, M.: “La aplicación de las reglas comunitarias de la Competencia a las Entidades de crédito, en el marco del artículo 90.2 del Tratado CEE.”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho bancario y bursátil homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, t. I, edit. “LA LEY”, Madrid, 1994, pp. 349 y ss. GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “El Sistema Eurocheque y el Derecho de la Competencia en la Comunidad Económica Europea”, en *ADI*, n.º 10, 1984/1985, pp. 551 y ss. GARCÍA CACHAFEIRO, F.: cit., pp. 139 y 147.

“(l)a fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio”, es evidente que los acuerdos, prácticas concertadas o conscientemente paralelas, entre entidades de crédito, tendentes a fijar, de forma directa o indirecta, sus tarifas de comisiones y gastos repercutibles, debería considerarse prohibida. Y otro tanto —por ejemplo— cuando se trate de decisiones adoptadas por asociaciones empresariales de entidades de crédito, etc.

Pero, claro, esto es algo que resulta de lo dispuesto en el art. 1.º LDC de 2007, más que propiamente de lo previsto en el art. 48, n.º 2, LDIEC, y en sus normas de desarrollo, como la OM TITC/1989, que lo que hacen es establecer un régimen de control administrativo. Ahora bien, no se piense que ello no pueda tener una trascendencia jurídico-concurrencial, porque ya el **art. 3.º, LDC de 2007** se ocupa del problema del **“falseamiento de la libre competencia por actos desleales”**, no con ánimo de establecer una regulación paralela de la competencia desleal, ni con ánimo de sustraer el conocimiento de los litigios derivados de esta última, a los Tribunales ordinarios, la Autoridad Administrativa competente (la Comisión Nacional de la Competencia), sino para permitir que pueda imponer sanciones por la realización de actos desleales, cuando distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado, llegando a afectar al interés público⁽⁹¹⁾. Y, en este sentido, hay que tener en cuenta que el **art. 15 de la Ley /1991, de Competencia Desleal**, tipifica como comportamiento desleal la **violación de normas legales** por parte de un competidor⁽⁹²⁾, en los siguientes términos: “**1.** Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa. **2.** También tendrá la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”.

Por consiguiente, la infracción de las normas sobre comisiones y gastos bancarios repercutibles puede conducir a las entidades de crédito infractoras a verse expuestas, ya a las acciones por competencia desleal, ya a la aplicación de las sanciones y medidas diversas, previstas por la LDC. Y no se diga que el art. 15 LCD no puede abarcar las normas *antitrust* porque de ese modo produciría un nivel de intromisión entre ambas disciplinas, que resulta injustificado, ya que —muy por el contrario— las normas bancarias sobre comisiones, gastos, etc., son normas con clara incidencia sobre la competencia, ya que se trata de normas que procuran propiciar la transparencia en las condiciones financieras

(91) SÁNCHEZ CALERO, F.: “Instituciones...”, cit., t. I, 23.ª ed., p. 121. URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 27.ª ed., p. 139.

(92) ILLESCAS ORTIZ, R.: “La infracción inducida...”, cit., p. 112.

de las operaciones bancarias, como condición esencial para que exista una competencia practicable en este sector, y, sin embargo, no son, propiamente, normas *antitrust*, de modo que su infracción puede ser reprimida recurriendo al art. 15, y sin infringir el régimen de la LDC.

Por otra parte, es evidente que si, además, se produce una limitación de la libre competencia, entonces entrará en juego, ya, el art. 7 LDC.

Ciertamente, el Derecho *Antitrust* posee, por sí mismo, una evidente *facies* administrativa, como lo demuestra el que la aplicación del mismo esté confiada, en buena medida a órganos de la *Administración pública*, lo cual revela que el Derecho *Antitrust* define relaciones entre los particulares y la Administración, cuya corrección —en el doble sentido de este término— se garantiza —precisamente— a través de un sistema de sanciones administrativas —“multas”—, que pueden ser propiamente sancionadoras (**art. 63 LDC**) o coercitivas (**art. 67 LDC**). Estas medidas —por fin—, junto con otras, se canalizan a través de un “procedimiento”, al que se aplica subsidiariamente la Ley 30/1992, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común, porque así lo disponen los arts. 43 y 70 de la LDC de 2007.

Mas no es mi intención ocuparme, ahora, de los aspectos “concurrenciales” de la práctica de las comisiones y gastos bancarios, sino de la **intervención y supervisión administrativa de los mismos, por parte de las autoridades sectoriales de control bancario**, que no tienen competencia alguna en cuestiones de *antitrust*, limitándose a colaborar con las Autoridades, como los correspondientes organismos autonómicos, al igual que con la *Comisión Nacional de la Competencia*.

5. Comisiones y gastos bancarios en el Derecho administrativo económico (ii): Actividad administrativa de Policía sobre el sector bancario y transparencia de las condiciones económicas de las operaciones

La liberalización de las comisiones y gastos por servicios bancarios no significa que no exista una serie de principios y límites a los que han de sujetarse las entidades de crédito en la fijación de las comisiones por servicios y gastos repercutibles: desde la OM de 3 de marzo de 1987, se han sucedido diversas disposiciones de naturaleza reglamentaria o administrativa y del rango más diverso, que proyectan sus efectos sobre la contratación bancaria, y que —partiendo del **art. 48 LDIEC**, que atribuye al Ministerio de Economía y Hacienda la potestad para regular aspectos concretos de la actividad de las entidades de crédito— pueden repercutir beneficiosamente sobre el usuario de los servicios

bancarios⁽⁹³⁾. En este sentido, si la **fijación de comisiones y gastos repercutibles**, que es algo institucionalmente confiado a las propias entidades de crédito, **constituye un corolario de la Libertad contractual, en el ámbito de la contratación bancaria**, no hay que olvidar que esa *Libertad contractual*, en el ámbito de la contratación *bancaria* —como en cualquier otro ámbito de la contratación mercantil— **no es ilimitada**, ni mucho menos: de hecho, el mismísimo art. 48, n.º 2, LDIEC lo reconoce expresamente cuando hace una importantísima y terminante salvedad, luego de reconocer la libertad de contratación bancaria: habla de “sus aspectos sustantivos”, de los que dice que pueden verse afectados por **“las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales”**. Al producirse en estos términos, el art. 48, n.º 2, LDIEC manifiesta, al propio tiempo, que existen límites sustantivos a la libertad contractual en materia bancaria, y que —sin embargo— esas limitaciones sustantivas se encuentran en otras disposiciones legales, y no en él mismo, ya que este precepto no establece, propiamente, normas sustantivas con directa incidencia sobre la libertad contractual bancaria, sino habilitaciones para ulteriores intervenciones administrativas.

Ahora bien, es preciso diferenciar entre **“límites”** y **“limitaciones”** a los aspectos sustantivos de la Libertad contractual bancaria: los límites son esenciales e intrínsecos y no precisan de una declaración legal específica y explícita. Las limitaciones, en cambio, son accidentales y contingentes, y —puesto que así lo exigen los arts. 38 y 53 de la CE— precisan **habilitación mediante ley**. Esta habilitación, insisto, se encuentra fuera de la LDIEC (en “otras disposiciones legales”), **pero también dentro de ella**, como refleja el **art. 48**. Sólo que el propio **art. 48 LDIEC** es, ante todo y más que nada, una **norma habilitante**, que prevé y reclama un ulterior **desarrollo reglamentario**. Y el desarrollo reglamentario de que ha sido objeto el art. 48, n.º 2, LDIEC pone de manifiesto algo que ya señalé anteriormente, a saber, **que las técnicas interventoras son combinables**; que es posible que algunas técnicas propias del control de transparencia o publicidad puedan venir acompañadas, complementadas o facilitadas, por empleo de instrumentos interventores más propios del sistema “normativo”. Porque, el reconocimiento de la **libertad** contractual en materia de comisiones y gastos bancarios repercutibles, de fechas de valoración y, en general, de **condiciones financieras de la contratación bancaria**, se reconoce como condicionado a la **transparencia** de dichas condiciones, lograda y garantizada mediante diversas técnicas, como la de **imposición de deberes a cargo de las entidades de crédito**, como los de redacción de “folletos”, la exposición públi-

⁽⁹³⁾ SÁNCHEZ CALERO, F.: “Las condiciones generales de los contratos bancarios”, en VV.AA.: *Contratos bancarios*, edit. COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA, Madrid, 1996, p. 310. SÁNCHEZ MIGUEL: “La Responsabilidad...”, p. 2431.

ca del clausulado y entrega de documentos contractuales, lo cual parece algo propio de la **conmixti3n entre lo normativo y lo liberalizador...** Y esto es s3lo una parte de la panoplia de medidas interventoras.

Apoyadas sobre la base de la habilitaci3n general conferida por el art. 48, n.º 2, LDIEC, la OM TITC/1989, desarrollada por la Circ. TOPC/1990 y la Circ. BE n.º 13/1991, de 21 de diciembre de 1991, normas de car3cter administrativo, que dif3cilmente pueden entrar a regular los aspectos sustanciales de los contratos bancarios —pertinentes, m3s bien al 3mbito del Derecho privado—, porque est3n limitadas por el principio de Autonom3a contractual⁽⁹⁴⁾, sirven de contrapeso a la libertad de fijaci3n de tarifas, en defensa de los intereses del cliente, imponiendo a las entidades de cr3dito ciertos deberes; a saber: en primer lugar, la necesidad de **informarle y remitirle documentaci3n detallada** sobre los contratos. Y en segundo t3rmino, **atenerse** —salvo excepciones— **a las tarifas anunciadas**; necesidad jur3dica que debe entenderse en relaci3n con el principio de transparencia y de libre elecci3n del usuario, apoyados —a su vez— sobre el **art. 51 CE** (Protecci3n del Consumidor o Usuario)⁽⁹⁵⁾. Por consiguiente, la mayor3a de estas disposiciones tiene por objeto **incrementar la informaci3n** a proporcionar por las entidades de cr3dito, con un car3cter eminentemente disciplinario y de supervisi3n, de forma que s3lo de modo indirecto proyectan sus efectos sobre los intereses de los consumidores y de los clientes bancarios⁽⁹⁶⁾. En este sentido se trata de normas cuya preocupaci3n fundamental es la de **informar a la clientela** sobre las llamadas “**condiciones econ3micas**” de los contratos bancarios. As3, por ejemplo, se impone a las entidades de cr3dito el **deber de dar publicidad**, dentro de sus propios establecimientos, **del coste de sus servicios**, exponi3ndolo en un **tabl3n de anuncios** que debe ser colocado en un lugar destacado en todas las oficinas abiertas al p3blico: **tipos de inter3s** de sus operaciones activas, **comisiones y**

⁽⁹⁴⁾ GARC3A-PITA y LASTRES, J.L.: *Operaciones bancarias neutras*, cit., p. 123. S3NCHES CALERO, F.: “Las condiciones generales de los contratos bancarios”, cit., pp. 311 y 313. GARC3A CACHAFEIRO: cit., p. 143, n.º 409. MART3NEZ DE SALAZAR: cit., p. 768.

⁽⁹⁵⁾ MART3NEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L.: cit., pp. 766 y 774 y ss.

⁽⁹⁶⁾ RODR3GUEZ ARTIGAS, F.: “Contrataci3n bancaria y protecci3n de los consumidores. El Defensor del Cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, en VV.AA.: *Instituciones del Mercado Financiero*, t. I, *Contratos bancarios. Fuentes, Protecci3n de consumidores, Responsabilidad civil y nuevos sistemas de contrataci3n*, dir. por A. Alonso Ureba y J. Mart3nez-Simancas, edit. “LA LEY”/BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, 1.ª ed., Madrid, 1999, pp. 108 y ss.

gastos que habrán de ser abonados por las operaciones o servicios realizados por las entidades de crédito ⁽⁹⁷⁾.

Novedad interesante ha sido la introducción, en este ámbito, de la técnica de los “folletos informativos”, tomada del ámbito de los mercados de valores y que éstos —a su vez— tomaron del Derecho de las Instituciones de Inversión Colectiva, cuya existencia debe mencionarse en los anuncios públicos de los tablones, y que se produjo, inicialmente, con la promulgación de la OM de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones financieras de los Préstamos hipotecarios.

A) Ordenamiento sectorial bancario y control de las condiciones económicas de la contratación

La relativamente intensa intervención administrativa que aparece ante nuestros ojos, en una materia —como es la *contratación* bancaria— tan irremunciablemente privada, requiere de una justificación sólida. Y ésta no puede ser otra que la de proclamar que el **Ordenamiento bancario constituye un “ordenamiento sectorial”**.

Cuando se habla del “Administrado *calificado*”, como contraparte de la Administración, en las relaciones jurídicas de Derecho administrativo, el primer ejemplo que se suele citar de semejante situación es el de aquellos sujetos que se encuentran sometidos a las denominadas “**relaciones especiales de sujeción**”; figura ocasionalmente utilizada para justificar, por ejemplo, el régimen jurídico del control o supervisión **bancaria** ⁽⁹⁸⁾. En este sentido, cabe mencionar la **STS, Sala 3.ª, de 18 de febrero de 1985** (Rep. Aranzadi, 1985, marg. 818), cuyo **Cdo. 8.º** señala que “(e)n la relación con la Administración hay que distinguir la de los administrados en general, y la de aquellas personas individuales o jurídicas que están vinculadas a ella por **una especial relación jurídica**, que la doctrina califica de **dominación**, procedente de un vínculo como el de los funcionarios, como el de los concesionarios de servicios u obras o de otra clase, como sucede, precisamente, con la relación de los banqueros, que han de inscribirse en un registro especial, sin cuya inscripción no pueden operar, inscripción que les somete a la inspección y vigilancia del Banco de España”. De nuevo, en **STS, Sala 3.ª, de 1 de julio de 1986**, el Supremo aludió

⁽⁹⁷⁾ SÁNCHEZ CALERO, F.: “Condiciones generales en los contratos bancarios”, cit., pp. 317 y ss.

⁽⁹⁸⁾ LASAGABASTER HERRARTE, I.: *Las relaciones de sujeción especial*, edit. INSTITUTO VASCO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/CIVITAS, SA, Madrid, 1994, pp. 314 y ss.

a las relaciones especiales de poder; expresión que vuelve a aparecer en la **SAN de 13 de junio de 1986**. Esta Teoría de las Relaciones Especiales de Sujeción fue elaborada por Otto MAYER —al parecer, precedido por LABAND⁽⁹⁹⁾— que las definió como: “una relación de sujeción creada especialmente para el súbdito o, más bien, para una cierta pluralidad de súbditos. Es una relación jurídica de Derecho público por la cual el individuo está vinculado respecto del Estado por efecto de la **obligación general de regular su conducta conforme a un cierto interés**. En virtud de esta obligación se le dan **órdenes detalladas**, que tienen la particularidad de emitirse bajo la forma de una regla general”⁽¹⁰⁰⁾. Ciertamente, se trata de una relación de sujeción, ya que supone un vínculo entre dos personas *jurídicamente desiguales*, cuyo contenido lo determina no el inferior, sino el superior. Por eso la relación típica del Derecho Administrativo, la relación entre el Individuo y el Estado, es una relación de sujeción⁽¹⁰¹⁾. Más, cuando sobre la base de esta relación desigual, se suman determinadas notas **adicionales**. A saber: Existencia de una relación personal; vinculada a un determinado fin administrativo; la justificación última se encuentra en la necesidad de eficiencia y productividad administrativa; presencia de un elemento de voluntariedad en la situación de sometimiento; situación de dependencia acentuada, de la cual surgen obligaciones; estado general de libertad limitada; imposibilidad de establecer de antemano la extensión y el contenido de las prestaciones, así como la intensidad de las intervenciones coactivas en la esfera de los afectados; el afectado se encuentra sometido a la observancia de órdenes que no derivan directamente de la ley⁽¹⁰²⁾. Entonces, nos encontraremos en presencia de eso que se define —o se describe— como una **relación de sujeción especial**. Así, las personas físicas o jurídicas sometidas a relaciones especiales de sujeción, serían personas pertenecientes a un *determinado grupo u organización* —en nuestro caso, hipotéticamente, las entidades de crédito— que la Administración trata de disciplinar sobre la base de la inscripción en un Registro *administrativo* especial, que sirve como presupuesto para la aplicación de normas

(99) LASAGABASTER HERRARTE, I.: cit., pp. 39 y ss., quien alude a un precursor aún más antiguo: SCHMITTHENNER, aunque señalando que la Doctrina alemana no es unánime a la hora de reconocerle esta “paternidad”. En cualquier caso, sería LABAND el primero en haber empleado la expresión “Relaciones especiales de sujeción”, aplicándola a los funcionarios públicos.

(100) MAYER, O.: *Derecho Administrativo alemán*, t. I, trad. esp., edit. DEPALMA, Buenos Aires, 1982, p. 144. Y referencia en LASAGABASTER HERRARTE, I.: cit., p. 43.

(101) MAYER, O.: cit., t. I, p. 136.

(102) GALLEGO ANABITARTE, A.: “Relaciones de sujeción y principio de legalidad de la Administración”, en *RAP*, 1961, n.º 34, *passim*, quien reconoce —de todos modos— que la definición de las Relaciones especiales de sujeción no es clara.

especiales, dictadas para disciplinar las funciones de estas entidades. De este modo se define un *status* de los empresarios afectados; cualidad jurídica que indica el modo de pertenencia del sujeto a un determinado grupo social, del que se derivan capacidad, poderes y deberes en el interior o en el exterior del grupo. Pero se crea, también, **una relación especial de Derecho público entre el “Colegio” y el miembro del mismo**, que se encuentra respecto de aquél en una **situación de sujeción**, cuya manifestación más importante se halla en la **Potestad disciplinaria**, que no es exactamente lo mismo que la Potestad sancionadora, como bien puso de manifiesto la STC n.º 66/1984, de 6 de junio, al señalar que mientras la “sancionadora” pretende proteger el orden general, la Potestad Disciplinaria —característica de las relaciones especiales de sujeción— pretende tutelar un bien jurídico que no es el Orden general, sino el buen orden de *una institución u organización* administrativa⁽¹⁰³⁾.

La Teoría de las Relaciones Especiales de Sujeción fue aplicada al *sector bancario*, por NÚÑEZ LAGOS, quien toma de Otto MAYER —como otro rasgo característico de las relaciones especiales de sujeción— la figura de las **“instrucciones”**, cuyo ejemplo prototípico —supuestamente— lo constituirían las **que el BE dicta y dirige a la Banca privada y el resto de las entidades de crédito**. Pero quizás lo más notable y característico de las relaciones especiales de sujeción sea el marcado carácter de **voluntariedad** que se les atribuye, aduciendo que las entidades de crédito y ahorro nacen porque sus promotores así lo quieren, de forma que su situación es parecida a la de los funcionarios, cuya cualidad es elegida libremente por la persona sometida⁽¹⁰⁴⁾. Y es que la justificación última de estas relaciones especiales se halla en la necesidad de **eficiencia y productividad administrativas**, para lo cual es necesario el sometimiento de las entidades afectadas⁽¹⁰⁵⁾.

Ahora bien, la construcción anteriormente expuesta ha sido criticada, con razón, por razones dogmáticas y prácticas (e incluso axiológicas o éticas): dogmáticamente, se trata de una **categoría vacía**, que no puede ser definida de modo abstracto, pues su razón de ser no se encuentra en una categoría abstracta o genérica como sucede —por ejemplo— en el caso del concep-

(103) NÚÑEZ LAGOS, F.J.: *Aspectos jurídicos del control administrativo de las entidades de crédito y ahorro privado*, edit. TECNOS, Madrid, 1977, pp. 184 y ss. ALBIÑANA CILVETI, C.: “Comentario al art. 25”, en VV.AA.: *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, dir. por T.R. Fernández, cit., 1.ª ed., p. 86. PISCIONE: *Ordini e collegi professionali*, edit. DOTT.A.GIUFFRÈ, Milán, 1959, p. 52.

(104) NÚÑEZ LAGOS, F.J.: cit., p. 89.

(105) NÚÑEZ LAGOS, F.J.: cit., p. 89.

to de “Potestad”: es esta noción la que haría especial la sujeción y no a la inversa⁽¹⁰⁶⁾.

Por otra parte, el elemento de voluntariedad parece entrañar ciertos riesgos: principalmente una **peligrosa atenuación del principio de legalidad** en la actuación administrativa, porque se produciría la circunstancia de que la Administración se relacionaría con los “especialmente sujetos” o “vinculados”, no bajo el imperio o el régimen de una norma legal, ni aún reglamentaria, sino **bajo los dictados de una “instrucción” administrativa sin posterior fiscalización judicial**, lo cual constituiría una sustracción a la reserva de ley —*positive Bindung*—, que implica, en última instancia, “una Laguna en el Estado de Derecho”⁽¹⁰⁷⁾. La afirmación es cierta, pero su efecto sobre la supuesta categoría de las Relaciones especiales de sujeción no se produce como los autores de referencia piensan: en realidad, el Principio de Legalidad *no debe confundirse con el de Reserva de Ley*, que es distinto: las Relaciones especiales de sujeción no contradicen, *porque no pueden*, el principio de que la Administración *siempre debe actuar con sometimiento al Derecho*, sólo que “Derecho” no es sólo la “Ley”. Y es que, la Administración actúa, siempre, sometida al Derecho, aunque no actúe sometida, propiamente, a la Ley, porque siempre debe respetar las disposiciones de Derecho positivo, aunque sean disposiciones administrativas, reglamentarias, de rango infralegal. La reserva de Ley no se da por igual, en todos los ámbitos de actuación de la Administración; la Reserva de Ley no es un principio *general*, y este hecho, precisamente, revela que las relaciones especiales de sujeción no constituyen una categoría real, ya que no

⁽¹⁰⁶⁾ LASAGABASTER HERRARTE, I.: cit., pp. 417 y ss., en especial, p. 425. BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Las Administraciones independientes. Un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*, edit. TECNOS, SA, Madrid, 1994, pp. 134 y ss., nota 136.

⁽¹⁰⁷⁾ Se produciría, por tanto, una desvinculación del principio de legalidad, que se manifestaría, en primer término, desde la perspectiva de la *positive Bindung* (vinculación positiva entre Ley y norma reglamentaria), por la frecuencia de los llamados “Reglamentos independientes”, es decir, aquellos que no se apoyan en una previa habilitación legal, y crean situaciones jurídicas *ex novo* (este problema ya lo veíamos planteado, en relación con la potestad sancionadora, y cabe apreciar que ha recibido solución con la promulgación de la LDIEC y la LMV, respectivamente). Incluso existiría una reducción o debilitamiento de los derechos fundamentales, como la Libertad de empresa “privada”, en el ámbito bancario, porque mientras éstos solamente podrían ser limitados por vía de “Ley formal” (como resulta del art. 53 CE), en las relaciones de supremacía especial, la propia relación de poder se consideraría, en sí misma, título jurídico suficiente para sacrificar esos derechos fundamentales, en orden a la consecución del “fin” inminente a la relación (ALBIÑANA CILVETI, C.: “Comentario al art. 25”, en VV.AA.: *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, cit., 1.^a ed., p. 88. MICAVILA NÚÑEZ, J.M.³: “‘Relación especial de sujeción’ en el Sector crediticio y Estado de Derecho”, en *CIVITAS. Revista Española de Derecho administrativo*, 1987, n.º 54, pp. 249 y ss.)

hay especialidad, allí donde la propia regla general es distinta de aquella otra regla —también general—, de la que pretendía separarse⁽¹⁰⁸⁾.

Por lo demás, la tentativa de aplicar la figura de la Relación Especial de Sujeción al supuesto de las entidades de crédito, de modo que la intervención de la Administración pudiera quedar sustraída a la aplicación de la normativa constitucional, *es no solamente peligrosa*, sino que —además— *en tanto que hipótesis teórica resulta absolutamente falsa*. En nuestra propia Constitución de 1978 existen preceptos, como el art. 9.º, el art. 38, el art. 40, el art. 53, el art. 128 o el art. 129, que justifican el intervencionismo público en la esfera de los derechos subjetivos privados, pero que, como contrapeso, como complemento de esa habilitación genérica, van acompañados de una formulación de derechos subjetivos de los ciudadanos, de carácter económico, como la propiedad o la libertad de empresa, cuyo alcance y significado se configura en torno a lo dispuesto en el art. 53 CE, cuando señala que vinculan a todos los poderes públicos y sólo podrá regularse su ejercicio por Ley, que —además— habrá de respetar su contenido esencial. De este último precepto se desprende que el contenido de los derechos y libertades fundamentales, en el campo de la Economía, se despliega en una serie de círculos concéntricos, cada uno de los cuales sólo puede ser regulado por un instrumento normativo específico:

1. Primer círculo: el **núcleo central** del contenido del Derecho y contenido esencial del mismo, que **sólo puede ser regulado por la Constitución e interpretado por el TC**.
2. Segundo círculo: ámbito de **desarrollo del contenido del Derecho**, que sólo puede corresponder al *Legislador* con poder para emanar **leyes en sentido formal**, es decir, que sólo puede corresponder al Parlamento.
3. Tercer círculo: el de los **perfiles últimos de manifestación del derecho**, que existe por la evidente imposibilidad práctica de que el legislador regule absolutamente todos los aspectos de la actividad y la organización de los empresarios. De ahí, la **potestad reglamentaria** de la Administración.

En este último círculo, **el contenido del derecho vendrá configurado por la propia Administración, pero suficientemente amparada y vinculada por normas de cobertura con rango legal**. Por este motivo, allí donde la Ley

(108) LASAGABASTER HERRARTE, I.: cit., pp. 419 y ss., relativiza un tanto las afirmaciones relativas a la *positive Bindung*, mas no porque pretenda defender la figura de las Relaciones especiales de sujeción, sino todo lo contrario: porque las ataca, proponiendo su abandono como categoría doctrinal y jurídica.

permita a la Administración que actúe regulando la actividad económica de los particulares, aquélla podrá hacerlo sin necesidad de recurrir a una posterior justificación adicional, como sería la de hablar de una “relación especial de sujeción”. También resulta más que dudoso pensar que la voluntad de los interesados (es decir, la voluntad de las entidades sometidas al control) constituya la justificación o el cauce por el que se produce la intervención pública⁽¹⁰⁹⁾. Así, habría que recordar que, desde un punto de vista estrictamente dogmático de “Estado de Derecho”, es imposible mantener la sustitución de la Ley, a través de la voluntad del individuo, porque esto supondría una delegación legislativa, otorgada a personas privadas, y no a favor de la Administración, que es la única que puede ser beneficiaria de la misma⁽¹¹⁰⁾. Por consiguiente, parece preferible, en lugar de mantener la existencia de relaciones especiales de sujeción —justificadas en sí mismas, por referencia a la voluntad del sujeto sometido—, expresar esta situación recurriendo a una figura de efectos similares, pero cuyos rasgos básicos se encuentran más cerca de las categorías generales y ordinarias del Derecho público: el “ordenamiento sectorial”. Así, por ejemplo, los problemas suscitados por la tentativa de aplicación de la Teoría de las Relaciones Especiales de Sujeción, a las entidades de crédito, se intentaron eludir afirmando que las entidades de crédito se insertan en lo que se denomina un “ordenamiento sectorial”: el **Ordenamiento sectorial bancario**.

El Ordenamiento Sectorial es un instrumento de gobierno de la economía que tiene carácter *excepcional*, en cuanto que contiene, además de poderes de *control e impulso* (directivas), incluso poderes *normativos*, de naturaleza orde-

(109) Sin duda se ha llegado a afirmar que, con la solicitud de autorización para la creación de una Entidad de crédito privada se exteriorizaba un consentimiento implícito de someterse el interesado a la relación de sujeción especial (Vid. FRANCHINI, F.: *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'Amministrazione e I privati*, edit. DOTT.A.GIUFFRÉ, Milán, 1957, p. 81. MANZANEDO MATOS, R.: *El Comercio exterior en el Ordenamiento administrativo español*, t. I, Madrid, 1968, p. 412), y algo de cierto hay en esta afirmación, ya que es históricamente cierto que existieron ordenamientos “especiales”, en los que se ingresaba voluntariamente, como consecuencia de la posibilidad de obtención de ciertas ventajas. Y también es verdad que, precisamente, tal situación se dio en el ámbito de la Banca. Pero esto solamente es exacto en relación con la Ley de Ordenación Bancaria de 1921 (la denominada “Ley Cambó”), donde la adscripción al sistema y al control era puramente voluntaria (SAN de 1 de julio de 1985. MICHAVILA NÚÑEZ, J.M.ª: “‘Relación especial de sujeción’...”, cit., p. 253). Pero este estado de cosas tuvo muy corta duración, pues ya desde 1926 se estableció la obligada vinculación de todos los Bancos a ciertas instrucciones del Consejo Superior Bancario, así como la necesaria autorización administrativa previa, para hacer uso de las denominaciones “Banco” o “Banquero”; sistema de autorización e inscripción obligatorias, que hoy permanece vigente.

(110) GALLEGO ANABITARTE, A.: cit., p. 7. MICHAVILA NÚÑEZ, J.M.ª: “‘Relación especial de sujeción’...”, cit., p. 224.

natoria⁽¹¹¹⁾, y su aplicación original al ámbito bancario se debe al italiano Massimo Severo GIANNINI, quien parte de la base de la teoría ordinalista del Derecho, debida a SANTI ROMANO⁽¹¹²⁾. El segundo autor —SANTI ROMANO— estudia la figura del “Ordenamiento jurídico”, cuya existencia viene determinada por la presencia de los siguientes elementos:

1. Plurisubjetividad, es decir, la presencia de una pluralidad de sujetos, tanto aquellos que son titulares de poderes o potestades administrativas de control, supervisión, sanción, disciplina, etc., como aquellos que se hallan sometidos a ellas, aunque —a decir verdad— tanto unos como otros, ocupan —en un momento dado— una y otra posición.
2. Organización, es decir, un sistema organizativo interno con funciones de gobierno (normación, dirección, control)⁽¹¹³⁾.
3. Existencia de normas, aun cuando se trata —en un Ordenamiento “sectorial”—, más bien, de un complejo de fuentes de producción de normas jurídicas, aplicables solamente a los operadores encuadrados en el sector⁽¹¹⁴⁾.

Por otra parte, en los ordenamientos sectoriales se caracterizan por el hecho de que la *intervención pública* que se da en ellos resulta muy característica, toda vez que posee un **carácter vectorial**, porque todas las técnicas interventoras tienen *una finalidad, dirección y sentido concretos*. Por este motivo, a nivel general, cada función administrativa queda encuadrada en el departamento o ministerio más apropiado. El contenido concreto de las intervenciones queda configurado por un **poder de dirección**, que procede de dicho departamento ministerial, y que da lugar a una interferencia administrativa incesante, en la actividad regulada, unas veces a través de meras “indicaciones”, y otras veces, mediante “directrices”.

Pues bien, al parecer, todos estos elementos se encuentran, sin dificultad alguna, en el sector crediticio, que se configura como un Ordenamiento sectorial, es decir, como un **conjunto de entidades** que desarrollan **una determinada actividad**, para cuyo ejercicio necesitan de un **procedimiento administrati-**

(111) CAVALLO, B. y DI PLINIO, GP.: *Manuale di Diritto pubblico dell'Economia*, edit. DOTT.A.GIUFFRE, Milán, 1983, p. 547.

(112) GIANNINI, M.S.: “Istituti di credito e servizi di interesse publico”, en *Moneta e Credito*, 1949, pp. 105 y ss. Igualmente, referencia en LASAGABASTER HERRARTE, I.: cit., p. 324.

(113) CAVALLO/DI PLINIO.: cit., p. 547.

(114) LASAGABASTER HERRARTE, I.: cit., p. 324.

vo *especial* (autorización/registro administrativo), mediante el cual las entidades **quedan insertas en el ordenamiento sectorial**, cuya organización está **compuesta por órganos del Estado**, que tienen **poderes normativos**, **poderes de dirección y ordenación**, y poderes de **control**, sea éste preventivo o represivo. Así, el Ordenamiento crediticio/bancario constituiría un Ordenamiento jurídico, pero **sectorial**, porque se limitaría a unos sujetos determinados que desarrollan una actividad determinada; un ordenamiento **particular**, ya que está establecido en orden a un **fin particular**, y no general; un ordenamiento **derivado**, en cuanto está instituido, modificado y sometido al Estado mediante sus leyes; un ordenamiento **normativamente atípico**, pues su régimen jurídico resulta, a la vez, de **actos normativos del Estado** y de **actos de la Autoridad rectora**, los cuales tienen **valor normativo, en el interior del Ordenamiento sectorial**.

La tesis del Ordenamiento sectorial —al contrario que aquélla de las relaciones especiales de sujeción— permite explicar **que la actividad sea de carácter privado** y —pese a todo— que se someta a semejante grado de intervención pública, y —a la vez— **que las autoridades posean poderes normativos** y esto **sin** tener que **recurrir a una pretendida voluntariedad**, ni —menos aún— extraer consecuencias de dudosa constitucionalidad⁽¹¹⁵⁾.

A la teoría del Ordenamiento sectorial, como fundamento del control público sobre el sistema bancario, se adhiere —también— el profesor Tomás

(115) GARCÍA DE ENTERRÍA hace una severa crítica de la Teoría de la relación especial de sujeción, cuya aplicación a la relación entre el Banco de España y las Entidades de crédito resulta evidentemente abusiva y desproporcionada, pues nació para justificar cómo en el ámbito doméstico o interno de la propia administración se podían desarrollar potestades más acentuadas que sobre el resto de los ciudadanos sin necesidad de poseer una habilitación legal, cuando de lo que se trata no es de justificar ciertas potestades disciplinarias, que no se apoyan en una habilitación legal, por ser supuestos de autoorganización interna de la propia Administración pública, sino de crear un marco general normativo que permita la ordenación total del Crédito, así como su dirección y orientación, tanto en garantía del interés de los depositantes (o de los inversores), como en orden a hacer más eficiente su funcionamiento, sin contar con el problema de la necesidad de controlar los instrumentos de política monetaria, que se han revelado altamente sensibles. Así, no se trata de excluir la necesidad de atender al principio de legalidad, lo que solamente cabe en situaciones excepcionales, que ahora no concurren, sino —muy al contrario— afirmar de forma decidida la vigencia de este principio. De todo esto deduce GARCÍA DE ENTERRÍA que existe aquí un verdadero Ordenamiento sectorial, como sucede en todos los sectores de la economía, si bien el constituido por las Entidades de crédito no admite parangón con ningún otro, debido a la amplísima facultad de dirección que el Banco de España desarrolla sobre todo el sistema bancario (GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Significado general del Anteproyecto”, en VV.AA.: “El Proyecto de Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito”, en *RDBB*, cit., p. 704. ALBIÑANA CILVETI, C.: cit., p. 89. MICHAVILA NÚÑEZ, J.M.ª: “Autorizaciones”, cit., p. 245. *Idem*: “‘Relación especial de sujeción’...”, cit., p. 251).

Ramón FERNÁNDEZ, quien comienza expresando una opinión **crítica** sobre la mencionada **STS, Sala, 3.ª, de 18 de febrero de 1985**, relativa al **“Asunto del Banco de Navarra”**, en la medida en que el Supremo recurre a la tesis de las relaciones especiales de sujeción, para explicar el control del BE sobre la contabilidad de las entidades de depósito, cubriendo las lagunas de tipificación de sanciones y hechos sancionables, que existía hasta la LDIEC. El autor expresa las razones señaladas para impugnar la tesis expuesta y señala cómo la propia Constitución habilita poderes de encuadramiento de las actividades económicas, en el marco de la Economía general. En el ámbito de la actividad bancaria, dada la importancia que la misma tiene en el conjunto del sistema, ese encuadramiento habrá de ser más estricto y se expresará, no sólo en intervenciones puntuales y aisladas, sino también en la definición de unos auténticos poderes de dirección y supremacía, que son los que contribuyen a delimitar un Ordenamiento sectorial: **“grupo organizado del que forman parte necesariamente todas las personas y entidades que desarrollan la misma actividad, en cuyo vértice se sitúa la autoridad que... asume su dirección, y en cuyo seno, como ocurre en todo tipo de grupos organizados, es decir, de instituciones u ordenamientos en sentido técnico, opera una solidaridad interna que resulta del hecho mismo de su organización como tales a partir de unos fines y objetivos que son comunes a todos sus miembros”**⁽¹¹⁶⁾.

El Ordenamiento sectorial bancario genera una serie de relaciones **verticales**, basadas en una **supremacía administrativa especial**, que se traducen —por ejemplo— en la **potestad del BE de dirigir órdenes e instrucciones** a las entidades de crédito; y **horizontales**, basadas en una solidaridad de intereses, que, por una parte, se traduce en la cooperación del conjunto de entidades, para eludir las crisis económicas que afecten a alguna de ellas (por ejemplo, a través del sistema de Fondos de Garantía de Depósitos), a la par que confiere a las sanciones imponibles por la Autoridad de control, a las entidades de crédito, de un carácter no ya administrativo, sino incluso **disciplinario**.

B) Elementos del Ordenamiento sectorial bancario: el Banco de España y el control en materia de comisiones y gastos bancarios

De la condición de la actividad bancaria, como actividad de interés público, resulta una incidencia sobre la disciplina jurídica de la misma⁽¹¹⁷⁾, que

(116) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “Los poderes públicos de Ordenación bancaria y su eficacia preventiva”, en VV.AA.: *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, edit. CIVITAS, SA, Madrid, 1989, pp. 412 y ss. *Idem*: “El Ordenamiento...”, cit., pp. 15 y ss.

(117) SALANITRO, N.: “Le banche e i contratti bancari”, en VV.AA.: *Trattato di Diritto civile italiano*, dir. por F. Vasalli, edit. UTET., t. VIII, vol. 3.º, Turín, p. 23.

adopta la forma de **una regulación particular que somete la actividad a un penetrante control público**. Y este carácter particular y publicizado del Ordenamiento sectorial bancario se manifiesta —como en todo ordenamiento sectorial— en la confluencia de diversos elementos: **personales, materiales y formales**.

Por lo que hace a los elementos personales —y quiero advertir, anticipadamente, que aquí el concepto de lo “personal” se emplea en un sentido muy amplio—, el desarrollo de este control presupone la existencia de ciertas “**autoridades**”, calificadas de “**competentes**”, a las que se confía la aplicación de este complejo aparato normativo, que es el Derecho bancario. Pues bien, entre estas autoridades competentes, que ejercen la supervisión, control y disciplina del sistema bancario, hay que mencionar al **Banco de España** (BE), que desarrolla una función de contenido primordialmente material, tendente a imponer el cumplimiento de la normativa, a través de actos de inspección y control. Por este motivo, el BE constituye una **autoridad de inspección y control**. Sin embargo, a fuer de sinceros, hay que reconocer que la atribución de estas funciones al BE no deja de ser **una excepción** y una particularidad de nuestro Ordenamiento, porque en la mayoría de los países el Banco central o Instituto emisor correspondiente carece de poderes de supervisión y disciplina, que —por el contrario— vienen atribuidos a otros organismos. Así, por ejemplo, en Alemania: el *Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen* (BAK); en Perú, la *Superintendencia de Banca y Seguros*. Incluso existen países en los que cabe detectar la existencia de una multiplicidad de ordenamientos y agencias reguladoras. Así sucede en los EEUU, donde —junto a las diversas agencias estatales— existen varias agencias federales con funciones de nivel primario y secundario, lo que determina que haya que distinguir diversos tipos de entidades bancarias, en función de la concreta autoridad que las supervisa y controla⁽¹¹⁸⁾: el *Comptroller of Currency*, que hace objeto de *chartering* y de supervisión a los *National Banks*; la propia *Federal Reserve* (FED), de la que son miembros los *state banks*, aunque —al propio tiempo— sean objeto de *charter* y de supervisión por sus propias autoridades estatales. Asimismo, la FED también posee potestades de supervisión sobre las *Bank Holding Companies*. Por fin, la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), que somete a una supervisión **federal** a los bancos estatales que no sean, al propio tiempo, miembros del FED.

Como tal elemento personal del Ordenamiento sectorial bancario, el BE se configura como una **entidad de Derecho público con personalidad jurídica**

(118) PAREJA I LOZANO, C.: *Los poderes de supervisión bancaria en el Sistema federal norteamericano (Una aproximación al “Dual Banking System”, desde la perspectiva de la Unión Europea*, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS, SA, Madrid, 1995, pp. 31 y ss.

propia y plena capacidad pública y privada, dotada de un régimen propio y específico, diseñado por la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (LAUBE)⁽¹¹⁹⁾.

Tras toda una existencia en forma de sociedad mercantil de capital privado, y luego mixto, el BE posee, actualmente, una naturaleza institucional (o, en cierto sentido, fundacional), y no asociativa/societaria, toda vez que su personalidad jurídica —profundamente trasformada, desde 1962— no se sustenta sobre la base de una unión voluntaria de personas. La cuestión, ahora, es saber a qué categoría de entes públicos dotados de personalidad pertenece. La postura más generalizada consideraba que el BE pertenecería a la categoría de los denominados “**entes instrumentales**”, o —para expresarlo de otro modo— que se trataría de un ejemplo del fenómeno denominado de la **descentralización funcional**. Como la política crediticia correspondía al Gobierno, quien la actualizaba a través del Ministerio de Hacienda, el BE se configuraba —en tanto que **simple ejecutor**— con un marcado carácter instrumental, para la actuación concreta de dicha política. Así, la doctrina de los “entes instrumentales” tenía perfecta aplicabilidad práctica al BE⁽¹²⁰⁾. Estos entes —llamados “instrumentales” por LUHMANN u OTTAVIANO—, son unos entes hasta cierto punto **desgajados de la Administración fundadora, para que se encarguen de la gestión de una actividad que es propia de ella misma**, como consecuencia de que existen servicios técnicos especializados, cuyo desarrollo hace conveniente crear una organización propia, separada de la común, atribuyéndole una personalidad jurídica separada, eludiendo una serie de controles que podrían resultar gravosos para el mejor desarrollo de la función encomendada. Se trata de la conocida “huida del Derecho administrativo”, que se manifiesta en que las entidades se rigen por sus propios estatutos. Pero esta atribución de personalidad jurídica propia no significaba que existiera una absoluta independencia respecto de la Administración del Estado. **Subsistía una cierta dependencia**, y en la configuración de esta dependencia se encuentra la estructura de la **instrumentalidad**. La presencia de un ente instrumental presupone siempre la existencia del “Ente matriz” que lo crea. De ahí que quepa aludir a dos notas características: para empezar, el ente instrumental y el organismo estatal (o “ente matriz”), del cual depende, **constituyen un complejo orgánico unitario**. Y, en segundo lugar, el ente instrumental **carece de fines propios**; su personalidad jurídica es una verdadera ficción tendente a una mejor gestión de fines que son propios del “Ente matriz”, el cual no pierde ni la titularidad de esos fines, ni se desinteresa de ellos. Trasladando estos criterios al Banco de España —que GARCÍA DE EN-

(119) ALIAGA AGULLO, E.: “Aspectos jurídico-financieros del Banco de España”, en *CIVITAS. Revista Española de Derecho financiero*, 1996, n.º 89, enero/marzo, p. 86.

(120) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Crédito, banca y...*, cit., p. 155.

TERRÍA/FERNÁNDEZ consideraban como ejemplo de referencia concreta de la relación de instrumentalidad—, señalaba PÉREZ DE ARMIÑÁN que, de acuerdo con la Ley de Bases de 1962, aparece clara la necesidad de crear un órgano ágil de gestión de las funciones públicas que, ya desde 1856, venían siéndole asignadas⁽¹²¹⁾. Así, en la **Base II.^a LBOCB** se afirmaba que “Dentro de su carácter de instrumento de la política monetaria del Gobierno, el Banco de España tendrá, en el orden técnico, una organización autónoma”⁽¹²²⁾.

Es decir que el interés que gestionaba el ente institucional BE, era un **interés exclusivo y perteneciente al Estado: la Política Monetaria**. En consecuencia, existía un complejo orgánico unitario formado por el ente instrumental y la entidad matriz, es decir, respectivamente, el BE y la Administración Central del Estado. Pero ahora se hace preciso aclarar cuáles son los términos en los que se produce esta vinculación; si se trata de una verdadera dependencia jerárquica, o de una simple relación de tutela.

El BE ¿es, o no es, parte de la Administración? ¿Acaso un efecto de la nacionalización del Banco fue encuadrarlo dentro de ella? Para NÚÑEZ LAGOS la respuesta, en la época en la que escribió —mucho antes de las grandes reformas de los años 1990— debía ser afirmativa, siempre y cuando se entendiera que la nacionalización había encuadrado al Banco dentro de la denominada “**Administración indirecta**” del Estado (que incorpora no sólo las administraciones territoriales de carácter local, sino también las institucionales)⁽¹²³⁾. Dentro de ella, como señalan PÉREZ DE ARMIÑÁN, NÚÑEZ LAGOS y GARRIDO FALLA —aunque éste, en relación con el desaparecido Instituto Español de Moneda Extranjera—, el BE constituye un ejemplo de descentralización funcional. De ahí que se le configurara como un **ente instrumental que ejerce una función descentralizada**. Como tal asume la configuración de una fundación de Derecho público que se encuentra **integrada en la Administración indirecta del Estado**⁽¹²⁴⁾.

(121) PÉREZ DE ARMIÑÁN: cit., 3.^a ed., p. 48.

(122) Vid. referencia en NÚÑEZ LAGOS, F.J.: cit., pp. 122 y ss.

(123) NÚÑEZ LAGOS, F.J.: cit., pp. 121 y ss. Sobre la Administración directa e indirecta, vid. GARRIDO FALLA, F.: *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid, 1950.

(124) En estas condiciones, el fin que el Banco está llamado a gestionar —la “función descentralizada”, es decir, la ejecución y desarrollo de la política monetaria— seguía siendo un fin del Estado, con lo que se demuestra que, a diferencia de los entes corporativos, el Banco de España carecería de intereses propios. Y los que antaño conservara de su *substratum* originario, como sociedad anónima, serían irrelevantes o serían de carácter no corporativo (NÚÑEZ LAGOS, F.J.: cit., pp. 121 y ss.)

En las últimas décadas, el régimen jurídico del BE hubo de experimentar importantísimas modificaciones, que parecen configurarse como fases sucesivas en un curso de *emigración ordinamental*. Dicho de modo más sencillo: desde la promulgación de la LAUBE n.º 13/1993 a la Ley 12/1998, de 28 de abril, de Reforma de la Ley de Autonomía del Banco de España (Lref.LAUBE), tras haberse independizado de la dependencia del sector privado, con su nacionalización, el BE se ha desvinculado incluso del “Poder público” nacional, para terminar *situándose en un espacio intermedio, entre el Estado español, de cuya administración es independiente, y el Ordenamiento Comunitario Europeo, dentro del cual actúa inserto en el SEBC, y —por tanto— sometido al BCE*. En efecto, la LAUBE había venido a poner el culmen al proceso de **autonomización** del BE, respecto de la Administración del Estado, y no por lo que dice su art. 1.º, de que el BE es una entidad dotada de personalidad propia y plena capacidad pública y privada, que para el cumplimiento de sus fines actuará con autonomía respecto de la Administración del Estado, sino por otras razones adicionales y de mayor trascendencia: para empezar, porque el art. 7.º, n.º 2, LAUBE le atribuye la **función**, que parece configurarse como **propia de él**, y no del Estado, **de definir la política monetaria**, y no sólo de ejecutarla, con la finalidad de **lograr la estabilidad de los precios**; función que desarrolla el art. 8.º LAUBE, cuando dice que el BE “**formulará la política monetaria**, mediante el **establecimiento**, en su caso, de **objetivos intermedios de crecimiento de las magnitudes monetarias o de tipos de interés**, o por medio de la utilización de **otros procedimientos** que juzgue convenientes”; todo lo cual podría considerarse que sitúa al Banco de España, más que entre los entes instrumentales que ejercen funciones públicas descentralizadas, entre los **organismos autónomos neutrales**, porque posee sus propias funciones, y no desarrolla las de ningún ente matriz⁽¹²⁵⁾.

Sin embargo, creo que es preciso hacer una importante matización: el proceso de independización del BE, así respecto del sector privado, como incluso respecto del Estado, tiene sentido si se considera el papel del BE, en el ámbito de la Política Monetaria: ésta sólo puede desarrollarse con eficacia si la formulan y diseñan entes independientes de los Estados... Pero ya sabemos que el BE —y esto representa, ya lo dije, una importante peculiaridad de nuestro país— es algo más que un órgano de Política Monetaria: **es, también, una Administración supervisora y de control**, y —para eso— no hacía falta que fuese independiente. Sin embargo, dada la evolución global que experimentó el

(125) JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J.: *Los organismos autónomos en el Derecho público español. Tipología y régimen jurídico*, edit. INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Madrid, 1987, pp. 336 y ss. ALIAGA AGULLO, E.: “Aspectos jurídico-financieros...”, cit., p. 85.

BE, actualmente es posible que haya ido más allá, convirtiéndose en una de esas **AAI (Autoridades Administrativas Independientes)**, encargadas de desarrollar las funciones de la Autoridad de control en un nivel técnico. En el ámbito bancario, el BE ya jugaba ese papel de “autoridad supervisora de carácter técnico-ejecutivo”, sin embargo, posteriormente evolucionó, aún más, hasta alcanzar potestades y funciones de mucha mayor entidad y una amplia independencia respecto de la Administración del Estado, con el fin de huir de la politización asociada a las técnicas de sujeción propias del Derecho administrativo, y que afectan a las otras administraciones, en la medida en que “dependen” de la Administración General del Estado: se trata de “neutralizar políticamente” a unos organismos cuyo funcionamiento no puede quedar al albur de los avatares de la sucesión de gobiernos de diferente signo político⁽¹²⁶⁾.

La Autonomía del BE se manifiesta, igualmente, en su régimen económico, puesto que no le serán de aplicación las leyes sobre régimen presupuestario, patrimonial y de contratación de los entes del sector público estatal, salvo cuando expresamente dispongan lo contrario. Sin embargo, se trata —evidentemente— de un ente público, con funciones muy diversas: ante todo, el BE es un “banco central”, con todo lo que ello supone de ejercicio de funciones propias de la Política Monetaria y la emisión de moneda fiduciaria; funciones que, pese a ser las más características, no analizaré ahora. Pero sucede que, además de estas funciones, el BE también desempeña otras que no son, ya, las propias de un “banco central *stricto sensu*”: tal es el caso de la que le atribuyen no sólo el **art. 7.º, n.º 5, LAUBE**, sino también otras disposiciones, como el **art. 43 LDIEC** o el **art. 47 LOB**: las funciones de “supervisión y control sobre las entidades de crédito”. Así, el **art. 7.º, n.º 6, LAUBE** establece que “(...) *El Banco deberá supervisar, conforme a las disposiciones vigentes la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito y de cualesquiera otras entidades y mercados financieros, cuya supervisión le haya sido atribuida* (...), función que comparte —en su caso— con las Autoridades competentes *autonómicas*, sin perjuicio de cuyas funciones supervisoras, desarrolla las propias el Banco. Por consiguiente, al BE le corresponden, legalmente, la **supervisión, inspección y control** de las entidades de crédito (art. 43 bis LDIEC), extendiéndose esta competencia a cualquier oficina o centro, dentro o fuera del territorio nacional. Y esto, sin mencionar las funciones que pueda tener atribuidas en el caso de la existencia de conglomerados financieros y grupos bancarios.

(126) Que la CNMV es un ejemplo de las llamadas AAI es algo que reconoce la Doctrina más prestigiosa (GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., t. I, 10.ª ed., p. 427. BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Las Administraciones independientes. Un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, edit. TECNOS, SA, Madrid, 1994, p. 161).

Pero el aspecto que me interesa, ahora, no es la supervisión, etc., sobre las entidades de crédito, sino la supervisión de la **“actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito”**, es decir, la supervisión de la actuación de estas entidades, en función de su adecuación a la normativa específica. Dicho de otro modo: el BE despliega una potestad supervisora que incide sobre la actividad que desarrollan las entidades de crédito. Esta actividad supervisora se desarrolla bajo el principio de legalidad, por dos motivos o en dos sentidos:

1. En primer lugar, porque el control se desarrolla “conforme a las disposiciones vigentes”.
2. Y, en segundo, porque el control versa sobre o se refiere al “cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito”.

Ahora bien, una cosa es que exista el control de adecuación a la normativa sectorial, por parte del BE, y otra cosa diferente es la **índole e intensidad** de ese control. Mas, por el momento, incluso estas cuestiones de la índole e intensidad del control, quiero tratarlas desde la perspectiva de los elementos personales del Ordenamiento sectorial, en el bien entendido —como ya advertí— que el concepto de elementos *personales* debe interpretarse *lato sensu*, porque abarca incluso a **entes, organismos o unidades administrativas sin personalidad jurídica**.

Tal es el caso de los **servicios de reclamaciones** y los **comisionados para protección del cliente** (*ombudsmen* de los usuarios bancarios). En este sentido, el BE se encargaría, también, de la organización y funcionamiento de un denominado **“Servicio de Reclamaciones”**, servicio creado por la **Norma 9.ª OM TITC/1989**, que obligó al BE a instituirlo para protección de los clientes de las entidades bancarias, frente a las actuaciones de estas que fueran **contrarias a las normas y costumbres bancarias**⁽¹²⁷⁾. En este sentido, la creación de este Servicio representa otra de las múltiples medidas que se hizo preciso arbitrar con objeto de asegurar su transparencia, en el marco de una mayor libertad de funcionamiento de los mercados financieros/bancarios, para que la clientela bancaria pueda *conocer con exactitud las condiciones de las operaciones*⁽¹²⁸⁾.

El SRBE viene regulado, actualmente, en el **capítulo II, OM TITC/1989**, aunque esa regulación ha quedado reducida a poca cosa, porque —como consecuencia de la promulgación de la **Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del**

(127) ANDREU MARTÍ, M.ª del M.: *La protección del Cliente bancario*, edit. TECNOS, SA, Madrid, 1998, p. 187.

(128) ANDREU MARTÍ, M.ª del M.: *La protección del...*, cit., p. 187.

Sistema Financiero, la llamada “Ley Financiera” (en adelante, LFin. de 2002) y del **RD 303/2004**—, se establecieron y se regularon los denominados “**Comisionados para la Defensa del Cliente**”, que son tres: uno, para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios; otro, para la Defensa del Inversor, y un tercero y último, para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones. El primero de ellos —único del que voy a ocuparme— **estará “adscrito orgánicamente” al BE (art. 22 LFin.)**, sin perjuicio de que se le exija **independencia y autonomía (art. 25, tercero, LFin.)**, y le corresponderá “proteger los derechos del usuario de servicios financieros”; disposición que dista de ser clara: ¿quién se considera “usuario”? ¿Ha de tratarse, necesariamente, de un “**consumidor**”? ¿Ha de tratarse de personas físicas, o pueden también gozar de esta protección los usuarios personas jurídicas? El ser usuario de los servicios “financieros” ¿debe entenderse en sentido restringido, de forma que si se reciben servicios no propiamente financieros, no cabrá recurrir a estos “comisionados”? ¿O, por el contrario, es la condición **subjetiva** del proveedor de los servicios, la que determina la disponibilidad de estas vías, cualquiera que sean el objeto y la causa de los servicios proporcionados?

Los “comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros” serán **personas de reconocido prestigio en el ámbito económico o financiero con, al menos, diez años de experiencia profesional**. Su mandato tendrá una duración de **cinco años, sin posible renovación para el mismo cargo**, lo cual supone que una misma persona puede ser nombrada, sucesivamente, comisionado del usuario de servicios bancarios, luego aseguradores, etc., aunque haya agotado su mandato quinquenal en cada una de las categorías precedentes.

La competencia para los respectivos nombramientos le corresponde al Ministerio, pero en todo caso con **audiencia a las respectivas Autoridades sectoriales de supervisión y también con audiencia al Consejo de Consumidores y Usuarios**.

Por otra parte, en el régimen de estos comisionados se aprecia claramente la diferencia entre el órgano y su titular, e incluso entre el órgano y su titular, por una parte, y los medios materiales y personales a su servicio. Por este motivo es por lo que el **art. 27 LFin.** establece que El Banco de España, (...) **(adscribirá) a su respectivo Comisionado para la Defensa del Cliente (...), sus servicios de reclamaciones o unidades administrativas equivalentes**, para la realización de las **funciones técnicas** que dicho Comisionado tiene encomendadas, **dando el soporte administrativo y técnico** para la tramitación de consultas y reclamaciones”.

Es decir, que el SRBE, creado por la **Norma 9.ª OM TITC/1989** y regulado en el **capítulo II Circ. BE n.º 8/1990, de 7 de septiembre**, modificada por la **CircBE n.º 13/1991, de 21 de diciembre**, que lo configuran como una simple “unidad administrativa”; una **“unidad de trabajo”** incardinada dentro

de los Servicios jurídicos del BE, encargándole recibir y tramitar reclamaciones de los clientes de las entidades de crédito que se refirieran a operaciones concretas que les afectasen y que pudieran quebrantar las normas de disciplina o las buenas prácticas y usos bancarios, ha terminado por quedar adscrita al Comisionado por la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios.

Por lo demás, esto no significa, ni mucho menos, que nos hallemos ante una instancia jurisdiccional o arbitral, ya que en caso contrario se infringiría lo dispuesto en el **art. 117 CE**. En cualquier caso, la propia Ley Financiera deja bien claro que éste no sería el caso, cuando específicamente dice que ese objeto les corresponde “dentro del respectivo ámbito material de competencias” (**art. 23 LFin.**) y es obvio que ese ámbito no incluye funciones típicamente procesales de satisfacción de pretensiones. Por este motivo, el mismo **art. 23, párr. 2.º, LFin.** establece que la presencia de estos nuevos órganos no supone, ni mucho menos, la desaparición, ni siquiera el desplazamiento o preclusión, de las funciones de otros organismos e instancias creadas para la protección de los intereses y derechos de los usuarios, tales como “los sistemas de protección previstos en ... la normativa arbitral y de consumo”.

En desarrollo de su labor de protección, al Comisionado por la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios le corresponde desarrollar un doble orden de funciones, con lo que ya queda más que en evidencia la veracidad de todo lo expuesto; a saber, por una parte, y actuando en calidad de **servicio de atención de quejas y reclamaciones** que presenten los usuarios, que estén “relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, ya deriven de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros”. En este sentido, cuando aprecie indicios de incumplimiento o quebrantamiento de normas de transparencia y protección a la clientela, dicho Comisionado por la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios remitirá los expedientes a los servicios de supervisión correspondientes.

En consecuencia, y como fácilmente se podrá apreciar, el Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios carece, propiamente, de competencias **resolutorio-ejecutivas**: sus pronunciamientos no son comparables a una sentencia judicial, ni siquiera a una medida cautelar, y —como actos administrativos— tampoco parece que sean de los que adoptan la forma de una declaración de voluntad que produzca un efecto vinculante inmediato.

Por otra parte, y en ejercicio de una **actividad informativa/asesora**: al Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios, le incumbe “asesorar a los usuarios de servicios financieros sobre sus derechos en materia de transparencia y protección de la clientela, así como sobre los cauces legales existentes para su ejercicio” (**art. 24 LFin.**)

C) El control administrativo sobre las comisiones y gastos repercutibles bancarios: contenido material de las potestades y forma de su ejercicio

a) *Ejercicio de potestades, en forma de emanación de disposiciones administrativas: imposición de deberes de obligado cumplimiento*

Ahora bien, si dentro del elemento personal del Ordenamiento sectorial bancario se encuentra incluido el BE, que inspecciona, supervisa y controla a las entidades de crédito y su actividad; inspección, supervisión y control que se extienden incluso a la actividad contractual de las mismas, a su publicidad, etc., cabe preguntarse **qué técnicas o instrumentos de inspección, supervisión y control utiliza el BE**, en el desarrollo de estas funciones y en relación con la materia que nos ocupa. A tal efecto, es preciso analizar disposiciones como el art. 7.º, n.º 6, LAUBE, o los arts. 47 y 48, LOB, para no mencionar al reiteradamente aludido art. 48, n.º 2, LDIEC.

En este sentido y desde el punto de vista material, el BE se sirve de múltiples técnicas características de la tradicional actividad administrativa de **policía**; entendiéndose por tal el conjunto de *medidas coactivas* utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad (privada) a un *fin de utilidad pública* o bien como el conjunto de dichas medidas coactivas, aplicadas con objeto de proteger el *Orden público* ⁽¹²⁹⁾. Pues bien, si la actividad de policía administrativa constituye, cuando menos en parte, el elemento material del Ordenamiento sectorial bancario, habremos de recordar que los elementos materiales de que se sirve la Administración sectorial han de materializarse exteriormente; han de tener una **“forma”**; de ahí que entre los elementos propios del Ordenamiento sectorial bancario, del que forma parte —como autoridad— el BE, haya que incluir, también, ciertos **elementos formales**; expresión que se refiere o designa **la disposición y contenido que suelen presentar las normas jurídicas, tanto legales como reglamentarias, que componen el Derecho de la supervisión y ordenación bancaria** ⁽¹³⁰⁾, aunque también es posible que la forma de ejercicio de las potestades de policía, desarrolladas por el BE, en materia de comisiones y gastos bancarios, no sea la de emanación de disposiciones reglamentarias de Derecho objetivo, sino en forma de meros **actos administrativos**.

⁽¹²⁹⁾ GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho administrativo*, t. II, edit. TECNOS, SA, reimp. 6.ª ed., Madrid, 1983, p. 159. BERMEJO VERA, J.: “Parte Primera...”, cit., p. 46, aunque reconoce que el concepto de Policía Administrativa es un concepto “*proteico*” y variable en el tiempo. VILLAR EZCURRA, J.L.: *Derecho administrativo especial...*, cit., pp. 39 y 43.

⁽¹³⁰⁾ HERNANDO DELGADO, J.: cit., p. 277.

Desde luego, la regulación de los ordenamientos sectoriales no resulta, ni podría resultar, del todo ajena; del todo extraña a la misma normativa propia del Ordenamiento general: muy por el contrario, la regulación sectorial viene incrustada en el conjunto del Ordenamiento, aunque presenta un rasgo característico: en ella se advierten *algunas particularidades* propias. En este sentido, el **contenido de las normas** reguladoras de un sector se conjuga con las **distintas clases de potestades que la Administración competente desarrolla sobre las actividades de dicho sector**. Así, por un lado, y como **normas de fondo**, en el Ordenamiento sectorial bancario se establecen **deberes u obligaciones, a cargo de los sujetos integrados en el conjunto**, y, por otra parte, **facultades imperativas o de mando, que corresponde aplicar a la Autoridad rectora del sector** (es decir, aquella parte de la Administración estatal a la que la Ley habilitante encomienda la regulación del sector y responsabiliza de que la intervención resulte adecuada a la consecución de los fines públicos). Esta normativa básica es la que *establece el cuadro reglamentario de preceptos y de reglas que afectan a los particulares que se encuentran “especialmente sometidos”*, de acuerdo con el sistema de vínculos de supremacía especial. Por tanto, estas normas tienen unos destinatarios especiales, a los que obligan, al margen de sus otros deberes impuestos por el Ordenamiento general⁽¹³¹⁾.

Pues bien, las referidas facultades imperativas o de mando corresponden al **Ministerio de Economía y Hacienda**, que ejerce una **potestad reglamentaria**, bien por sí o bien por delegación del Gobierno; una técnica delegatoria que, frecuentemente, se ejerce en favor del **BE**⁽¹³²⁾. A este respecto, es interesante señalar que el BE tiene atribuidas **potestades normativas**, que ejerce en forma de **“circulares”**.

Durante los años inmediatamente posteriores a la Reforma de abril y de 1962, el BE no ejercía, al menos de forma clara, funciones que se pudieran calificar como normativas, en sentido propio. Las circulares que dirigía a la Banca privada tenían un carácter meramente informativo, limitándose a transcribir y, a veces, a interpretar los textos legales, aclarando su significado. Mas, como quiera que incluso esta labor “interpretativa” podría suscitar una cierta desconfianza, en la medida en que si cualquiera puede interpretar el Derecho, sólo los Tribunales de Justicia o el propio Legislador —interpretación auténtica—, pueden ofrecer una interpretación vinculante, bien porque constituya, a su vez, una disposición legal, bien porque constituya jurisprudencia, el problema de las Circulares del BE se agravó cuando, a partir de 1971, y con numeración independiente para cada sector, el Banco comenzó a emitir circulares para las

(131) HERNANDO DELGADO, J.: cit., p. 278.

(132) HERNANDO DELGADO, J.: cit., p. 332.

cajas de ahorros, cooperativas de crédito y entidades de financiación de ventas a plazos. A estas circulares se sumaron, desde 1972, las de la CIR y, desde 1974, las del Departamento Extranjero.

Con el tiempo, las circulares se fueron haciendo cada vez más completas y empezaron a convertirse en un cauce para que las autoridades del Banco de España hicieran conocer su opinión y exigieran o impusieran el cumplimiento por la Banca de ciertas obligaciones, que incluso podrían trascender de la esfera interna de las entidades sometidas a supervisión. Entonces, las Circulares del Banco de España plantearon un doble problema, que constituye el marco básico en el que se inserta la cuestión fundamental de si son, o no son, normas jurídicas, fuentes del Derecho, Derecho objetivo. El primero de los problemas era el que se refería a la **difusión pública** de las circulares, ya que el BE había decidido publicarlas en su **Boletín Económico** y, aunque bien es verdad que se publicaban también en el **BOE**, lo cierto era que en esta última publicación aparecían reproducidas dentro de la sección denominada de “**otros anuncios**”, y no en la sección de “Disposiciones generales”, o en la de “Otras disposiciones”. A su vez, este problema preliminar enlazaba con una segunda cuestión: el **valor jurídico y la obligatoriedad** de las Circulares. El punto de partida de la polémica que se desencadenó, en torno a esta cuestión fue la famosa —aunque hoy derogada— **Circular BE n.º 13/1981, de 17 de enero de 1981, sobre liberalización de los tipos de interés bancarios, operaciones de financiación a largo plazo y reparto de dividendos (La Superpastoral)**. ¿Poseía esta Circular eficacia vinculante? Y, de paso, ¿poseía el BE una verdadera potestad normativa, de carácter reglamentario? ⁽¹³³⁾.

En un primer momento se formuló una tesis de sentido claramente **negativo**, defendida por el profesor José Ramón PARADA VÁZQUEZ (en *RDBB*). Para este autor, las Circulares del BE se configurarían, en apariencia, como **reglamentos jurídicos**, y no como reglamentos de organización, ya que pretenderían regular **relaciones intersubjetivas**, y no meras relaciones de organización, pero precisamente este tipo de disposiciones, en realidad, **carecería de valor normativo**, por **falta de suficiente habilitación legal**. En efecto, la habilitación legal para regular la materia crediticia por medio de una disposición de

(133) Desde luego, a nivel Comunitario Europeo, el BCE tiene atribuidas ciertas potestades normativas de índole comunitaria, ya que se le reconoce la facultad de dictar todo tipo de disposiciones o de fuentes comunitarias, excepto las *directivas*. Así pues, puede elaborar reglamentos, tomar decisiones y formular recomendaciones y dictámenes. Los Reglamentos serán obligatorios en todos sus elementos y poseerán aplicabilidad directa, en cada Estado miembro. Las decisiones serán vinculantes en todos sus puntos, aunque solamente para sus destinatarios, mientras que las recomendaciones y dictámenes no serán obligatorios (POMED SÁNCHEZ, L.A.: *Régimen jurídico del Banco de España*, edit. TECNOS, Madrid, 1996, p. 231).

rango inferior a la ley, se hallaba establecida en favor del Gobierno, e incluso —en ciertos supuestos— del Ministerio de Hacienda, con el apoyo del Gobierno (**arts. 2.º y 42 LOB**), **pero no a favor del propio BE**. Asimismo, en estas circulares —supuestamente, normas— se habría cometido una **infracción de procedimiento**, ya que faltaba absolutamente el trámite de audiencia a los interesados o a los ciudadanos, que venía, antaño, establecido por el art. 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, hoy derogada; audiencia que, si no era vinculante, sí que resultaba, sin embargo, absolutamente preceptiva. Y, finalmente, por insuficiente o **incorrecta publicación**: los arts. 28 LRJAE y 47.2.º LPA de 1958 exigían, para la validez de las normas administrativas sobre relaciones crediticias, la **publicación**, sin la cual tales disposiciones serían ineficaces (STSS de 4 de mayo de 1964 y 7 de diciembre de 1962). Y esta publicación debería hacerse, necesariamente, en el **BOE**, dentro de la sección correspondiente a las **“disposiciones generales”**.

Sin embargo, en la actualidad, el **art. 3.º LAUBE** ha reconocido, por fin y con carácter **general**, la potestad **normativa** del BE para emanar “circulares”, distinguiéndose un subtipo de ellas denominadas “circulares monetarias”. Esta potestad había suscitado graves disputas, en el pasado, sobre todo como consecuencia de la promulgación de la Circular n.º 13/1981 (fue conocida la polémica, recogida en diversos números de la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, fundada y dirigida por el profesores don Fernando SÁNCHEZ CALERO, entre los profesores Tomás Ramón FERNÁNDEZ y Ramón PARADA). Al parecer se afirmaba que el BE carecía de habilitación legal suficiente para desarrollar con normas de rango inferior las disposiciones legales —la correspondiente habilitación habría sido conferida al Ministerio, y no al Banco—, y que no cumplía los requisitos exigidos por la Ley de Procedimiento Administrativo (por ejemplo, trámites de audiencia a los interesados).

Posteriormente, la **Disposición Adicional Octava, LDIEC** confirió, por fin, al BE, una potestad normativa reglamentaria, clara y regular, aunque exigiendo de manera muy rigurosa las previas **habilitaciones legales expresas**. Actualmente, el **art. 3.º LAUBE** confiere al BE una notable autonomía e iniciativa para emanar las **“circulares monetarias”**, para las que parece estar habilitado, **sin más**, por la **Secc. 1.ª, capítulo II, LAUBE** y por el **art. 15**⁽¹³⁴⁾. Mas, como sabemos, estas “circulares monetarias” carecen de la condición de normas jurídicas de Derecho objetivo, lo cual justifica esa enorme simplicidad y sencillez de su proceso de elaboración. En cambio, para emanar las demás **“circulares”**, que son verdaderas **normas jurídicas** de Derecho objetivo, el BE deberá actuar **en desarrollo de las disposiciones que le habiliten al efecto**. Sin

(134) ALIAGA AGULLO, E.: “Aspectos jurídico-financieros...”, cit., p. 86.

embargo, ambos tipos de circulares se beneficiaron, ya en su día, de una notable flexibilización procedimental, porque se dispuso que no les fuera de aplicación lo dispuesto en el capítulo I, título VI, LPA de 1958, aunque —en el caso de las “circulares”— debían ser oídos los sectores interesados.

Todas las circulares del BE deberán ser publicadas en el BOE, entrando en vigor conforme dispone el **art. 2.º CC**, lo que da buena prueba de su naturaleza normativa u objetiva.

Pues bien, la **Disposición Final Primera de la OM TITC de 1989** contiene una larga y prolija norma de habilitación al BE, para el desarrollo de su contenido:

“1.ª Se faculta al Banco de España para dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de la presente Orden y, en particular, para:

(...)

c) Establecer, atendiendo a circunstancias objetivas, los desfases máximos admisibles entre fechas de realización y de valoración de las distintas operaciones a que se refiere el número cuarto, velando por eliminar las prácticas que, sin causa justificada, perjudiquen a la clientela.

(...)

e) Disponer en qué casos adicionales a los señalados expresamente en el número séptimo será obligatoria la entrega al cliente de un ejemplar del contrato.

(...)

h) Determinar los servicios financieros que puedan quedar excluidos de las tarifas de comisiones y gastos repercutibles.

i) Establecer, en los contratos de duración indefinida y en las operaciones al portador en las que la entidad no conozca la identidad de los clientes, la forma en que se darán a conocer a la clientela las modificaciones de tipo de interés y comisiones indicadas en la letra d) del número 7.º

j) Desarrollar lo dispuesto en la Orden en relación con la organización y funcionamiento del Servicio de Reclamaciones (...)

k) Desarrollar lo dispuesto en esta Orden en materia de publicidad (...)”

Pues bien, el BE hizo buen uso de la habilitación, dictando —precisamente— la **Circ. TOPC/1990**. Y, en este sentido, nos encontramos con una **pirámide normativa** que —con apoyo sobre el propio Texto Constitucional (recordemos los arts. 1.º, 33, 38 o 53 CE)— parte del art. 48, n.º 2, LDIEC y,

pasando por la OM TITC/1989, llega hasta la Circ. TOPC/1990. Se trata de normas cuya preocupación fundamental es la de informar a la clientela sobre las llamadas “condiciones económicas” de los contratos bancarios, y por este motivo, lo que hacen es —precisamente— establecer medidas de policía administrativa, relacionadas con la información y publicidad, aunque no sólo con estos aspectos, ni sólo con este objeto.

En este sentido, si ya antes señalé, en relación con los elementos formales del Ordenamiento sectorial bancario, que **el contenido de las normas** reguladoras de un sector **se conjuga con las distintas clases de potestades** que la Administración competente desarrolla sobre las actividades de dicho sector, entonces podremos comprender y apreciar, en toda su importancia, cómo —a través de estas disposiciones administrativas— el BE viene a **imponer deberes de actuación a las entidades de crédito, pero también al propio BE**, en su caso.

b) *Deberes de obligado cumplimiento, impuestos a las entidades de crédito en materia de transparencia*

En uso de la potestad normativa conferida, el BE, a través de la Circ. TOPC/1990, impuso a las entidades de crédito **varios deberes en materia de transparencia** de las condiciones financieras de sus operaciones; deberes que —por lo que hacen a sus tarifas de **comisiones**— consisten, primeramente, en:

- 1) Establecer las tarifas e incluir en ellas todo un amplio contenido informativo, determinado, *prima facie*, por la propia Circular, con fines de información a los clientes (**Norma 3.^a, Circ./TOPC**).
- 2) Darles publicidad, sea en forma de **folleto** (**Norma 3.^a, n.º 4, Circ./TOPC**), incluso de **folleto parcial** (**Norma 3.^a, n.º 5, Circ./TOPC**), que deberá ser remitido al BE cuantas veces se produzcan modificaciones o actualizaciones del mismo (**Norma 3.^a, n.º 6, Circ./TOPC**) (...)
- 3) (...) O bien mediante el deber de exposición en un **tablón de anuncios**, que debe ser colocado en un lugar destacado en todas las oficinas abiertas al público (**Norma 5.^a, Circ./TOPC**).
- 4) (...) y aplicarlas o atenerse a ellas, sin poder aplicar —en sus operaciones— otras distintas de las que se han recogido y publicado en las tarifas de comisiones y gastos.
- 5) Entregar “un documento contractual, relativo a la operación efectuada”, en los casos de:
 - i) Apertura de cuentas corrientes a la vista o de ahorro.

- ii) Operaciones por importe inferior a 60.000 euros, de: depósito a plazo, captación de fondos mediante emisión de pagarés bancarios o instrumentos similares; de compraventa con pacto de recompra de instrumentos financieros negociados en mercados secundarios organizados; de préstamo o de crédito, incluidas las instrumentadas mediante tarjeta.
- iii) Operaciones de arrendamiento financiero.
- iv) Operaciones de compraventa con pacto de recompra de instrumentos financieros no negociados en mercados secundarios organizados.
- v) Siempre que lo pida el cliente.
- vi) Cuando se acuerde la posibilidad de que el cliente acceda a sistemas telefónicos o electrónicos que le permitan la contratación o utilización de los servicios de la entidad.

Por otra parte, la citada **Norma 5.ª, OM TITC/1989**, también establece que “(e)n ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos”. Estamos, realmente, en presencia de dos tipos de deberes diferentes, y ambos —además— plenamente lógicos y coherentes con nuestro Derecho General de Obligaciones:

1. No se puede asumir ningún compromiso, a cambio de algo que no se ha consentido en adquirir.
2. No se puede adquirir ningún derecho que tenga por causa un servicio no prestado.

Los costes por servicios a los que se refieren estas normas son, tanto los tipos de interés de sus operaciones activas, como también las tarifas de comisiones y gastos que habrán de ser abonados por las operaciones o servicios realizados por las entidades de crédito⁽¹³⁵⁾. Así, la Norma 5.ª, OM TITC/1989, establece que “(n)o obstante (se refiere a la libertad de fijación de comisiones), las entidades de crédito establecerán y harán públicas previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles, con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir comisiones derivadas de

⁽¹³⁵⁾ SÁNCHEZ CALERO, F.: “Condiciones generales en los contratos bancarios”, cit., pp. 317 y ss.

servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo...”.

En su momento, constituyó una novedad interesante la introducción, en este ámbito, de la técnica de los **folletos informativos**, cuya existencia debe mencionarse en los anuncios públicos de los tablones. A tales folletos se refiere la Norma 3.^a, n.º 4, Circ. TOPC/1990, cuando dispone que “las tarifas se recogerán en un folleto que se redactará de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para la clientela, evitando la inclusión de conceptos innecesarios o irrelevantes”. Los folletos son —básicamente— **documentos que constan de una serie de hojas numeradas y selladas por la entidad de crédito que los elabora, en los que figuran ordenadamente, por epígrafes, toda la información sobre cada tipo de operación**, y que —cuando la misma pueda dar lugar a la aplicación de comisiones o gastos incluidos en más de un epígrafe— se establecerá en cada uno de ellos la referencia cruzada con los restantes⁽¹³⁶⁾.

El destino —y la utilidad— de estos documentos pasa por su disponibilidad para la consulta pública en todas las oficinas de la entidad de que se trate, y en el BE, que —además— puede dar publicidad a su contenido, cuando lo estime pertinente⁽¹³⁷⁾.

Una versión especial de los folletos, es la del “folleto parcial”, que reproduce de forma íntegra las menciones del folleto general, aunque referida a todos los conceptos de éste que sean de aplicación a una o varias operaciones de uso común de la clientela⁽¹³⁸⁾.

- c) *Control por el BE de la observancia de los deberes impuestos a las entidades de crédito en materia de transparencia. Otras medidas interventoras*

En la **Norma 5.^a, OM TITC/1989**, cabe apreciar dos fenómenos: por una parte, la ya mencionada **intervención administrativa en relaciones jurídicas privadas**; no ya en actividades, sino —directamente— en las relaciones jurídico-negociales; en las relaciones contractuales bancarias, que son claramente privadas. Esta intervención, como he señalado, tiene lugar en forma de imposición de deberes jurídico-administrativos, de obligado cumplimiento para las entidades de crédito.

(136) MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L.: cit., pp. 783 y ss.

(137) MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L.: cit., p. 784.

(138) MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L.: cit., p. 784, quien defiende su obligatoriedad.

Mas, como es propio de los ordenamientos sectoriales, allí donde hay deberes impuestos a los miembros del colectivo de integrados en ese ordenamiento, simultáneamente aparecen **intervenciones garantizadoras**; modalidades de intervención administrativa, tendentes a garantizar —en un escalón previo al uso de medidas sancionadoras— que los deberes se cumplen. ¿En qué términos tiene lugar semejante fenómeno? La respuesta, en mi opinión, podría ser ésta: El Derecho objetivo se divide en dos grandes ramas: Derecho *público* y Derecho *privado*⁽¹³⁹⁾, distinguiéndose la primera de la segunda por la presencia de un *sujeto con potestades exorbitantes*; de —cuando menos— un sujeto que, en la relación jurídica de que se trate, actúe o intervenga provisto de *imperium vel potestas*⁽¹⁴⁰⁾. No es preciso que ambas partes de la relación jurídica sean portadoras de estas potestades exorbitantes: basta que lo sea una sola. Por este motivo, es perfectamente posible que actividades *privadas* se vean *sometidas* a Derecho *público*; y esa posibilidad debe explicarse —si se me permite el símil— con un ejercicio *geométrico espacial*: imaginemos un espacio monodimensional; un espacio de líneas y de segmentos, donde un segmento dado atraviesa dos puntos que representan *sujetos* diferentes, ninguno de los cuales es portador de una posición exorbitante: *ese segmento es una relación jurídica* y —dados los puntos por los que atraviesa— sólo puede ser una relación jurídica de *Derecho privado*.

Mas pensemos, ahora, en un espacio bidimensional, en el que añadimos *nuevos puntos, situados en ángulo, a 90° de arco, respecto de los dos primeros*: en este caso, ya no describiremos un segmento, sino un *área*, delimitada por

(139) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, t. I, *Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, edit. TECNOS, SA, 11.ª ed., Madrid, 2003, pp. 45 y ss. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, t. I, *Parte General y Derecho de la Persona*, edit. TRIVIUM, SA, Madrid, 1992, p. 36. RODRÍGUEZ MOLINERO, M.: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, edit. LIBRERÍA CERVANTES, 4.ª ed., Salamanca, 2001, p. 144, quienes señalan además— que se trata de una clasificación de difícil definición y delimitación, existiendo muy diversos criterios, como el que parte de la idea de la materia regulada, el de la distinta posición de las partes en la relación jurídica, el que distingue entre Derecho de la *necesidad* y Derecho de la *libertad*, etc.

(140) En una formulación más simple, *vid.* MERKL, A.: *Teoría General del Derecho Administrativo*, edit. COMARES, SL, Granada, 2004, p. 166, que describe al Derecho Público Objetivo como “una suma de relaciones de poder”, que se traban “entre sujetos tan desiguales como lo son, por una parte, el supuesto portador del imperio, el Estado y demás corporaciones públicas, y, por otro, los súbditos sometidos a ese poder”. ALLÍ ARANGUREN, J.C.: *Derecho Administrativo y Globalización*, edit. THOMSON-CIVITAS/GARRIGUES CÁTEDRA-UNIVERSIDAD DE NAVARRA, Madrid, 2004, p. 135, quien señala —respecto de la delimitación del Derecho Administrativo— que la actividad administrativa es una actividad especial y *privilegiada*; una actividad desarrollada por el *aparato administrativo y de modo autoritario*, porque la Administración interviniente no actúa como un particular. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *cit.*, t. I, 1.ª ed., p. 39.

segmentos: uno de los segmentos (largo) representa la relación entre los dos sujetos iniciales, pero a 90° de ese segmento se sitúa otro (ancho) que sirve para definir un *área*; un área en la que el tercer punto de referencia es una Administración pública o un sujeto con *imperium*, que se relaciona con los otros dos, institucionalizando —desde su posición *de supremacía*— la *misma materia económico-social* que constituía el objeto de la relación (el segmento monodimensional entre los dos puntos/sujetos *sine potestate*) *privada*. Este mismo esquema se detecta, de modo evidente y nítido, aunque no exclusivo⁽¹⁴¹⁾, en el ámbito del Derecho *bancario*; **incluso en el ámbito del Derecho de las Operaciones bancarias**; en el Derecho *contractual* bancario. Así se explica que una actividad, cuyas relaciones nucleares y esenciales se dan entre sujetos *sine imperio seu potestate* —Entidad de crédito frente a su clientela— y se institucionaliza a través de *instituciones jurídicas típicamente privadas*: los contratos u operaciones bancarias, se vea **afectada por la incidencia del Derecho Administrativo, no ya en forma de deberes, sino de supervisión o fiscalización de los mismos**. En todos estos casos, insisto, nos hallamos en ese espacio monodimensional, caracterizado por la única dimensión de la “longitud”, en que los puntos que se sitúan al extremo de los segmentos delimitadores son sujetos que actúan *como privados*. Posteriormente, la intervención administrativa sobre el sector bancario nos traslada a un espacio bidimensional, en el que —insisto— situado a 90° grados de arco, respecto de los individuos privados que se sitúan al extremo de los segmentos delimitadores, se encuentra un *último punto*, ocupado por un sujeto con *imperium*, influyendo con su actividad —desplegada en esa nueva relación jurídica que proviene “de lo alto”— las relaciones trabadas en la dimensión privada (longitud) por los sujetos *sine potestate*. Así se explica que sea posible la convergencia —sobre una relación socioeconómica privada— de las dos grandes ramas del Derecho Objetivo.

Por otra parte, en la Norma 5.^a, se aprecian o encuentran reflejo dos diferentes modalidades de la intervención administrativa sobre el mercado de las comisiones bancarias; para empezar la **predisposición de estructuras administrativas especiales** para la tutela del interés público inherente a la actividad bancaria⁽¹⁴²⁾; predisposición que tiene un doble contenido: por una parte, atribuir ciertas funciones —y toda función es, al propio tiempo que un poder, también un **deber**— al **BE**, y —por otra— hecho esto, dotarlo de instrumentos técnicos para llevarlas a cabo: ciertas **unidades administrativas**, a saber, el

(141) La situación, por ejemplo, es típica del Derecho Laboral, en el que se institucionaliza una relación *inter privados*, aunque con una fuerte penetración del Derecho Público (MONTAÑA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, edit. CIVITAS, SA, Madrid, 1997, pp. 91 y s.).

(142) COSTI, R.: *L'Ordinamento...*, cit., p. 55.

—antes mencionado— **Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios bancarios**, que ha venido a sustituir, si no a absorber, al antiguo SRBE.

Cabe señalar que el antiguo SRBE desempeñaba *dos tipos* de funciones, estrechamente *interconectadas*, a saber, **funciones informativas** y **funciones resolutorias**. Por lo que hace a las segundas, que —en apariencia— la OM de 1987 configuraba como las principales, consistían en *recibir, tramitar y resolver las reclamaciones* que pudieran formularse por los clientes de las entidades de crédito, sobre las actuaciones de estas últimas que puedan *quebrantar las normas de disciplina o las buenas prácticas y usos bancarios*. Nos encontramos, aquí, con varias nociones, de las cuales, en principio, dos —“buenas prácticas (bancarias)” y “usos bancarios”— parecen más problemáticas, porque pueden ser interpretadas como sinónimas, o pueden serles atribuidas acepciones diferentes. De hecho, el propio SRBE había manifestado la convicción de que la mención separada de ambos supone que se ha querido establecer una *distinción* entre ellos⁽¹⁴³⁾. Así, mientras que los “usos bancarios” serían la “forma habitual y generalizada de cumplir una concreta relación entidad-cliente, en una o más plazas”, en cambio las “buenas prácticas bancarias” suponen la “actuación ajustada a los principios derivados de las normas de disciplina y las de aplicación general, ponderando adecuadamente la equidad y los principios recogidos en el artículo 3 del Código Civil”⁽¹⁴⁴⁾.

La labor del SRBE se proyectaba sobre *relaciones jurídico-privadas*, entre las entidades de crédito y los clientes de las mismas, aunque *sin poder entrar en su definición ni en su interpretación*, ya que éstas son funciones legal, e incluso constitucionalmente *reservadas a los tribunales de justicia*. Y, por este motivo, el SRBE, en sus Memorias, siempre puso de manifiesto que no pretendía sustituir a los órganos jurisdiccionales en la declaración de derechos u obligaciones, ni tampoco podía compeler a las partes a estar y pasar por sus criterios, ni tampoco realizar pruebas para las que es preciso contar con la autoridad legal de dichos órganos, ni aun a los solos aspectos de emitir una opinión⁽¹⁴⁵⁾. Pese a todo, por lo general se solicitaban del SRBE “pronunciamientos” sobre la *interpretación* de las normas, e incluso se le instaba a que señalase su *quebrantamiento* por las entidades de crédito. Lo que pasa es que, en todo caso, tales pronunciamientos habían de ser valorados —estrictamente— como las “opiniones de un estudioso”, aunque posiblemente hiciera falta alguna matización⁽¹⁴⁶⁾. Por consiguiente, los informes emitidos por el SRBE no poseían fuerza vincu-

(143) ANDREU MARTÍ, M.^a del M.: *La protección del...*, cit., p. 188.

(144) ANDREU MARTÍ, M.^a del M.: *La protección del...*, cit., pp. 188 y ss.

(145) ANDREU MARTÍ, M.^a del M.: *La protección del...*, cit., p. 189.

(146) ANDREU MARTÍ, M.^a del M.: *La protección del...*, cit., p. 189.

lante, ni eficacia ejecutiva: eran meras opiniones sobre las cuestiones que hubieran planteado los clientes; “no (engendraban) —como señaló la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 1 de marzo de 1996— derechos ni obligaciones para los interesados (...), no tiene el carácter de resolución, ni constituye —tampoco— un acto de trámite a efectos administrativos”. En definitiva: **su misión se limitaba a intentar restaurar las buenas relaciones entre la entidad y el cliente afectado**, y, en la medida de lo posible, resolver los conflictos creados⁽¹⁴⁷⁾, por un cauce **suasorio** o **mediador**.

Por lo demás, la función del SRBE era puramente **informativa**, ya que el expediente que se instruyera habría de ser trasladado a la Autoridad que fuese competente para sancionar, en su caso, las conductas, eventualmente el SRBE podía formular a la Entidad responsable, las **indicaciones** que estimase pertinentes.

En la actualidad, los medios materiales y organizativos del SRBE fueron adscritos al **Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios bancarios**, el cual desarrolla —asimismo y como ya indiqué— las funciones propias de un **servicio de atención de quejas y reclamaciones**, pero que —igualmente— **carece** de competencias **resolutorio-ejecutivas**, propiamente dichas, de modo que desempeña, como mucho, un papel **instructor**, y aun así sospecho que limitado, pero ni mucho menos irrelevante. Al Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios bancarios le corresponde, frente a la presentación de una reclamación o queja, estudiarla y apreciar si existen indicios de incumplimiento o quebrantamiento de normas de transparencia y protección a la clientela. Mas, aunque como resultado de su labor instructora o inquisitiva, dicho Comisionado aprecie la existencia de irregularidades, lo único que podrá hacer será, como mucho, dar traslado de los expedientes a los servicios de supervisión competentes.

Además, al Comisionado le incumbe “asesorar a los usuarios de servicios financieros sobre sus derechos en materia de transparencia y protección de la clientela, así como sobre los cauces legales existentes para su ejercicio” (**art. 24 LFin.**). Asesorar sobre el ejercicio de estos derechos: **no ejercerlos él, ni darles satisfacción**.

Por otra parte, el propio BE —y no, precisamente, a través de sus servicios de reclamaciones o de defensa del Cliente— desempeña o está habilitado para desarrollar otro tipo de medidas interventoras. Así, en primer término, el BE organiza y lleva un registro administrativo, donde se registrarán las tarifas de comisiones, etc. Por consiguiente, en materia de “tarifas de comisiones y gastos

(147) ANDREU MARTÍ, M.^a del M.: *La protección del...*, cit., p. 194.

repercutibles”, el BE tiene encomendadas unas funciones *registrales*, que analizaré seguidamente.

Ahora bien, ¿dónde encuentra su fundamento —y con ello me refiero a la habilitación normativa— esta modalidad de intervención?, lo digo, porque cuando el **art. 48, n.º 2, LDIEC**, se ocupa de estas cuestiones, lo único que prevé —de forma explícita— es que “(s)e faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, (...) pueda (...) c) Establecer que las entidades de crédito comuniquen a las autoridades administrativas encargadas de su control y den a conocer a su clientela cualesquiera condiciones relativas a sus operaciones activas y pasivas, con obligación de aplicar las mismas en tanto no se comunique o dé a conocer su modificación (Así como) (...) e) Efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de los préstamos hipotecarios (...) f) Extender el ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de los apartados precedentes a cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito”. **En ningún momento** se menciona, por el **art. 48, n.º 2, LDIEC**, la posibilidad de establecer un sistema de **registro administrativo**, del BE, para dar publicidad a las **tarifas de comisiones y gastos repercutibles bancarios**.

Ahora bien, en mi opinión, la posibilidad de que el BE estableciera un registro semejante debería deducirse del juego del principio “*a maiore, ad minus*”, y de la interpretación conjunta de los **apdos. e) y f)**: en efecto, lo que dice el apdo. *e)* es que el Ministerio, por sí o a través del BE —que es, cabalmente, lo que sucede— podrá “(e)fectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, (...)”. Mas, en el caso que ahora nos ocupa, el Registro del BE no solamente no constituye un registro jurídico, sino que —como instrumento registral puramente administrativo— ni siquiera tiene carácter “oficial”.

Cuando el art. 48, n.º 2, apdo. *e)*, permite llevar a cabo una “publicación regular, con carácter oficial”, está reconociendo a la Administración de control sectorial bancario una potestad **cuasifidataria**⁽¹⁴⁸⁾; algo, pues, de enorme trascendencia y gravedad, algo que conlleva una presunción de verdad práctica-

(148) Ésta es una opinión que ya tuve ocasión de manifestar, en relación con la Cotización “Oficial” bursátil (GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: “Configuración jurídica de la Bolsa de valores y de la Cotización oficial”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1995).

mente indiscutible. Sin embargo, la mera publicidad de las tarifas de comisiones, merced al registro del BE, es algo que tiene una entidad mucho menor, y quizá podríamos entender que se trata de una posibilidad abierta por el apdo. f), atendiendo a que se trata de un supuesto de mucha menor “gravedad”.

Para valorar el significado de este tipo de funciones y potestades, hay que comenzar señalando que el BE desempeña el papel institucional de la **Autoridad de control sectorial del sistema bancario**; razón por la cual hay que analizar la actividad administrativa del BE, en este ámbito: En términos generales, la actividad del BE, en el ejercicio de sus potestades supervisoras y disciplinarias, en materia de comisiones y gastos bancarios, no puede por menos que adscribirse a las grandes categorías de la actividad administrativa, o —cuando menos— ser estudiado, insertándolo en el esquema taxonómico de esa actividad:

4. Actividad irregular, es decir, la actividad en la que el BE pudiera conducirse sin sujetarse al Principio de Legalidad, o —por decirlo con otras palabras— la “vía de hecho”.
5. Actividad administrativa regular, dentro de la cual hay que distinguir dos categorías:
 1. Actividad directamente *jurídica*.
 2. Actividad material o *técnica* ⁽¹⁴⁹⁾.

La actividad jurídica de la Administración —y, por consiguiente, del BE— se materializa en los actos administrativos, los contratos y convenios de la Administración, el ejercicio de la coacción administrativa y el ejercicio de la potestad sancionadora ⁽¹⁵⁰⁾. La actividad material o técnica es aquella que, considerada cada acción o conducta concreta, carece de sustancia jurídica, *in se*, aunque la misma pueda encontrar un reflejo, bien en la *organización* creada para llevarla a cabo, bien en unas eventuales consecuencias de responsabilidad por el funcionamiento de los servicios administrativos ⁽¹⁵¹⁾. Pues bien, tengo la impresión de que la actividad registral del BE, en materia de tarifas de comisiones bancarias pertenece a los dos ámbitos referidos.

Desde luego, dicha actividad es una actividad *administrativa*, ya que el BE es “Administración pública”, siquiera se trate de una AAI. Es, también, una actividad *regular*, porque la lleva a cabo el BE **en cumplimiento y en ejercicio**

(149) COSCULLUELA MUNTANER, L.: *Manual...*, cit., t. I, 11.ª ed., p. 339.

(150) COSCULLUELA MUNTANER, L.: *Manual...*, cit., t. I, 11.ª ed., p. 339.

(151) COSCULLUELA MUNTANER, L.: *Manual...*, cit., t. I, 11.ª ed., p. 339.

de tareas y funciones *impuestas por las normas positivas*; no actúa en vía de hecho. Ahora bien, admitido esto hay que reconocer que el BE tanto lleva a cabo una actividad jurídica, como una mera actividad técnica.

Comencemos por la actividad **técnica**: a juzgar por los términos de la Norma 5.^a, OM TITC/1989, que declara que “(l)as comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente”, **no parece que el BE tenga la menor intervención jurídica, ni autorizatoria —es obvio—, ni meramente aprobatoria o de comprobación, por lo que se refiere al aspecto material de la legitimidad de las tarifas**. Es lógico, si existe libertad de actuación, en principio la Administración pública —el BE— no tiene que entrar a valorar, ni menos a someter a un control *condicionante*, lo actuado por el Particular (la entidad de crédito). Lo único que ha de hacer el BE es **proceder al previo registro de las tarifas de comisiones y gastos repercutibles**. Lo demás, lo verdaderamente sustantivo, queda en manos de las entidades de crédito, que “establecerán y harán públicas (...) las tarifas (...) con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables”.

Sólo en un aspecto se produce una **actividad jurídica relevante** por parte del BE; actividad que se refleja, no en la Norma 5.^a, sino en la **Norma 6.^a**; norma de contenido poliédrico, por las razones que paso a exponer. En efecto, dice la referida **Norma 6.^a, OM TITC/1989**, que “(l)as reglas sobre fechas de valoración y las tarifas de comisiones a que se refieren los números 4.^o y 5.^o anteriores se redactarán de forma clara, concreta y fácilmente comprensible por la clientela, correspondiendo comprobar estos extremos al Banco de España cuando le sean remitidas antes de su aplicación. Dichas reglas y tarifas tendrán carácter público. Quien solicite su consulta tendrá derecho a efectuarla en cualquier oficina de la Entidad de Crédito en cuestión, así como en el Banco de España. Sin perjuicio de ello, el Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España darán la publicidad adicional que estimen pertinente al contenido de dichos documentos”. Por consiguiente, el BE tiene encomendadas unas **funciones de comprobación** y unas —diferentes— **funciones de publicidad**.

- c.1) Control por el BE, mediante el ejercicio de funciones de comprobación. Sus consecuencias

Por lo que se refiere a las funciones administrativas de comprobación, efectivamente el BE desarrolla una actividad administrativa de carácter jurídico, y no meramente material; una actividad que —como indiqué— se caracteriza como de **comprobación**, y no como una actividad autorizatoria. Su contenido material también aparece en la **Disposición Final Primera, OM TITC/1989**, que no solamente contiene a favor del BE una habilitación para la producción normativa-reglamentaria, en forma de circulares, sino que —en

algún caso— lo habilita para llevar a cabo actuaciones no reglamentistas o reguladoras: me refiero al **apdo. d)**, cuando habla de que el BE queda, en particular, facultado para “(e)xaminar las reglas de valoración y las tarifas de comisiones y gastos a que se refieren los números 4.º y 5.º, y requerir su modificación cuando no cumplan los criterios establecidos en el número 6º”. Sólo que la comprobación no versa —porque no puede versar— sobre la legitimidad intrínseca de las tarifas de comisiones y fechas de valoración, sino sobre un aspecto estrictamente **formal**: que dichas tarifas hayan sido redactadas “**de forma clara, concreta y fácilmente comprensible por la clientela**”.

En este sentido, cabe recordar que la intervención administrativa sobre las entidades de crédito, dentro del ámbito de la propia Actividad de Policía, no se agota en las técnicas autorizatorias; de hecho, la propia configuración de la autorización de nuevas entidades de crédito, como manifestación de las llamadas autorizaciones *conformadoras*, ya revela que la Administración sectorial de control, al tiempo que las otorga, **constituye una relación continuada de supervisión**. Pues bien, con objeto de hacer más eficaz esa supervisión, se establece un régimen de “inspección” que tiene por objeto velar por el cumplimiento de lo previsto en la Ley. Esa función inspectora que desarrolla la Administración pública sobre las entidades de crédito enraiza con una función que la Administración, que el Estado ha desempeñado a lo largo de los tiempos, y a pesar de las mutaciones que Estado y Administración han experimentado sucesivamente: la función de *vigilancia* ⁽¹⁵²⁾. La Inspección es una técnica de control administrativo de honda raigambre, cuyas manifestaciones más importantes se han dado en el ámbito del Derecho Financiero y Tributario, pero también en otros ámbitos del Derecho Económico, como demuestra, precisamente, la legislación de Seguros privados, respecto de las cuales esa Inspección constituye una función de *contenido primordialmente material*, tendente a *imponer el cumplimiento de la normativa, a través de actos* que se configuran como *de inspección y control*; actos que consisten en desarrollar una conducta de vigilancia. En este sentido, un problema que interesa sobremanera a la Administración pública, a la hora de defender el orden público económico, es garantizar el cumplimiento de las leyes. Este objetivo, empero, se puede perseguir —y alcanzar— de varios modos diferentes: ya he hecho referencia al empleo de técnicas de policía administrativa, en forma de actos autorizatorios,

(152) RIVERO ORTEGA, R.: *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la Función inspectora de la Administración*, edit. TECNOS, SA, Madrid, 2000, p. 25, quien se pronuncia en los siguientes términos: “Se encuentra en el origen de todos los Estados su actitud vigilante; la vigilancia es la primera función estatal, la primera razón del Estado, en el *Leviathan* de Hobbes, porque su fundamento original es evitar que el hombre dañe al hombre, en el *Panóptico* de Bentham, y en el sistema estudiado por Foucault, dedicado a vigilar y a castigar. En cualquier modelo de Estado la función inspectora es una constante histórica”.

completados con medidas registrales, pero hay que advertir que la obtención de la autorización y la sucesiva inscripción registral administrativa, no significan que se haya llegado al límite y punto final en la tarea de *garantizar el cumplimiento de la legislación*: lo que pasa es que esta tarea se lleva a cabo, por la Administración pública, recurriendo a otro tipo de técnica, es decir, a las técnicas de inspección en sentido propio⁽¹⁵³⁾.

Ahora bien, lo que prevé la **Disposición Final Primera, OM TITC/1989**, es algo mucho más intenso que la mera comprobación, aunque no sea —propia— una autorización. Porque la Autorización administrativa es un acto que presupone una *prohibición antecedente*, que la propia autorización —con su otorgamiento— levanta, y por este motivo, la simple lógica ya nos dice que la Autorización debe tener un carácter previo. Sin embargo, en el supuesto del “examen” previsto en la Disposición mencionada, lo que existe es la posibilidad de intimación; de *impartición de instrucciones*, que muy bien podrían encontrar acomodo en lo que se describe como relaciones obligacionales o **deberes jurídicos derivados de la imposición por el Poder público**.

El contenido de estos deberes se resumiría en la necesidad, para las entidades de crédito, de **modificar las tarifas de comisiones y las reglas de valoración**, para adaptarlas a la legalidad... Pero —insisto— no en el orden material, sino en el meramente **formal**, de modo que cumplan los requisitos de *claridad, concreción y fácil comprensión* por la clientela.

Otras potestades inspectoras, materializadas en actos de *comprobación*, que desarrolla el BE surgen de la habilitación, contenida en la Disposición Final Primera, OM TITC/1989, cuyo primer párrafo dice que “(s)e faculta al Banco de España para el desarrollo y ejecución de la presente Orden y, en particular, para...”. Obsérvese que la habilitación al BE tiene un doble contenido material:

1. Habilidadación para el **desarrollo normativo**, es decir, para la elaboración y emanación de las correspondientes **circulares**, cuya condición de verdaderas normas jurídicas administrativas o reglamentarias ya se ha indicado.
2. Habilidadación para la **ejecución**, es decir, para adoptar medidas que no revistan la forma de *disposiciones*, sino de **actos administrativos**.

Pues bien, por lo que hace a este segundo aspecto, la **Norma 3.^a, Circ. TOPC/1990**, en su **n.º 4, párr. 6.º**, dispone que “Los folletos se remitirán al **Banco de España**, antes de su aplicación, y de conformidad con las especificaciones técnicas que se comuniquen al efecto, **para que compruebe** que se

(153) RIVERO ORTEGA, R.: *El Estado vigilante...*, cit., p. 86.

cumplen los **requisitos** señalados en **este apartado**. Los folletos se entenderán conformes cuando hayan transcurrido quince días hábiles contados a partir de su recepción en el Banco de España, sin que éste, o en su caso la Comisión Nacional del Mercado de Valores, hubieran efectuado manifestación expresa alguna, objeción o recomendación al respecto...”

c.2) Control por el BE, mediante el ejercicio de funciones de publicidad

Por lo que hace a las funciones de **publicidad**, el BE puede dar publicidad a las reglas sobre fechas de valoración y tarifas de comisiones. Esa publicidad de las tarifas es algo que —en principio— corresponde a las entidades de crédito, sólo que tal publicidad habrá de ir precedida del “**previo registro en el Banco de España**”: claramente parece que la actividad *jurídica* del BE es verdaderamente magra, por no decir inexistente. El BE desempeña una clara función **informativa**, a través de un instrumento *registral*, lo cual significa que no se realiza ningún acto administrativo, pues aunque actos de este tipo también pueden consistir en declaraciones de verdad, ciencia o conocimiento, el BE, propiamente no declara nada, simplemente, registra y —en apariencia— el registro es de acceso público.

Por otra parte, hay que advertir que nos encontramos ante un sistema de registro de carácter **administrativo**, que, por lo mismo que es meramente administrativo y no jurídico, *carece* de los efectos de la *publicidad legal*, propia del Registro Mercantil, ya que su principal misión es la de *servir como instrumento de control, al servicio de la Administración pública*, en este caso, el BE. Ciertamente que el BE desempeña otras funciones, también de carácter **informativo** (por ejemplo, la Central de Información de Riesgos,...) y **asesor**, que constituyen —a la vez— tanto un derecho, como un deber, y tanto frente al Gobierno, como frente al Poder Legislativo. Sin embargo, en el caso de la Norma 5.^a, OM TITC/1989, nos hallamos ante una función que despliega en interés del público de los usuarios de servicios bancarios.

Ahora bien, sucede que —con independencia de lo expuesto, el **art. 48, n.º 2, apdos. e) y f), LDIEC**, disponen que el Ministerio podrá “(e)fectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de los préstamos hipotecarios...”, y —además— “(e)xtender el ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de los apartados precedentes a cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito”.

Lo primero supone atribuir al BE potestades administrativas de índole **jurídica**, es decir, atribuir al BE —quiera sea por delegación del Ministerio—

una potestad que se materializa, formalmente —ahora sí—, en la emanación de **actos administrativos**, porque esos “determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable”, el BE no se limita a registrarlos (...) **sino que los publica**. Y no solamente los publica, sino que —como veremos— los **reviste de oficialidad**. En este sentido, cuando el art. 48, n.º 2, apdo. e), permite llevar a cabo una “publicación regular, con carácter oficial” de los índices o tipos de referencia, está reconociendo a la Administración de control sectorial bancario una potestad **cuasifedataria**; algo, pues, de enorme trascendencia y gravedad, que conlleva una **presunción de verdad** prácticamente indiscutible. En mi opinión, pues, se trata de algo que recuerda a la Cotización Oficial de Bolsa, como “proclamación oficial de los precios” (**art. 1.º del Reglamento de Bolsas de 30 de junio de 1967**). En efecto: la Cotización Oficial posee el carácter de una “declaración pública, hecha por autoridad competente y sancionada con autenticidad”⁽¹⁵⁴⁾. En este caso, la actividad desarrollada, bien por el Ministerio, bien por el BE, consiste en la “acción de garantizar, mediante un acto oficial, la certeza de un hecho, convirtiendo en creíble públicamente aquello que, por sí mismo, no merece tal credibilidad”⁽¹⁵⁵⁾. En este sentido, no se está, propiamente, ante un servicio público, porque —entre otras razones que quizá sean más importantes— la proclamación o publicación de esos índices o tipos de referencia, no es una actividad que se lleve a cabo *uti singuli*, sino *uti universi*: no hay un usuario individualizable de esta función fedataria, sino que beneficia al público, en general.

Lo segundo —“(e)xtender el ámbito de aplicación de las normas...”— supone atribuir al BE potestades que parecen compartir o mezclar un cierto carácter entre autorizatorio y un cierto carácter normativo. Tal sucede cuando la Norma 5.ª, OM TICT/1989, atribuye al BE la potestad de determinación de supuestos excluidos del deber de inclusión en las tarifas de comisiones y gastos repercutibles. He dicho que esta potestad parece combinar un cierto carácter autorizatorio y un cierto carácter normativo, aunque en realidad ello supone **mezclar dos cuestiones: el acto y la forma del acto**; o, en términos más genéricos, mezclar el *contenido* de la medida con la *forma* de la que se reviste a ese contenido. Y es que el BE lo mismo puede manifestar su voluntad en forma de

(154) DE LA MORA Y PAJARES, C.: *La Cotización oficial y sus consecuencias*, edit. BOLSA DE MADRID, Madrid, 1987, p. 11.

(155) OLAVARRIA TELLEZ, A.: “Contenido y fuentes del Derecho notarial”, en VV.AA.: *Ponencias presentadas por el Notariado español a los congresos internacionales del Notariado latino*, t. I, edit. CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, Madrid, 1975, pp. 33 y ss.

actos administrativos, que en forma de **circulares** (es decir, en forma de *disposiciones administrativas* propias).

6. Comisiones y gastos bancarios entre el Derecho administrativo económico y el Contrato: influencia de la LGDCU

Ocasionalmente, las normas infralegales que desarrolla el art. 48, n.º 2, LDIEC hacen referencia a la aplicación de la **Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios**. Pues bien; el **art. 7.º LGDCU** plantea la posibilidad de un especial efecto transformador de lo jurídico, de un especial **efecto transformador de las normas**, que no se limita ya a la imperativización de las mismas, sino a su **desplazamiento geométrico**. Me explico: cuando el citado precepto establece que“(l)os legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley, **aplicándose además lo previsto en las normas civiles y mercantiles y en las que regulan el comercio interior y exterior y el régimen de autorización de cada producto o servicio**”, lo que quiere decir literalmente es eso: que al Consumidor, a los legítimos intereses económicos del mismo, hay que protegerlos aplicando —también— las “normas (...) que regulan el comercio interior y exterior y el régimen de autorización de cada producto o servicio”. Piénsese que las “normas (...) que regulan el comercio interior y exterior y el régimen de autorización de cada producto o servicio” son, en principio, normas de **Derecho administrativo**; normas de Derecho *público* económico.

En mi opinión, lo que hace el citado artículo, entre otras cosas, es **privatizar** las normas administrativas: si las normas sobre autorización de los servicios —los bancarios, también (¿por qué no?)— definen relaciones, y, en su caso, establecen deberes y prohibiciones del Empresario, frente a la Administración pública ... opino que el **art. 7.º LGDCU** supone que las normas sobre autorización de los productos definen relaciones —y, en su caso, deberes y prohibiciones— del Empresario, **también frente al Usuario de servicios bancarios**. Pero hay que tener en cuenta que el precepto habla del “régimen de **autorización** de cada ... servicio”, cuando —como sabemos— precisamente si hay algo que caracteriza al nuevo Derecho de las Comisiones bancarias es la supresión o reducción drástica de las técnicas *autorizatorias*.

Mas, por si la vía del art. 7.º resulta impracticable o simplemente difícil de seguir, aún queda el **art. 8.º LGDCU**, referido a lo que se denomina **integración publicitaria** del contrato: “**1.** La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. **Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por**

los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad...”

III. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS COMISIONES EN EL SECTOR HIPOTECARIO

Una de las operaciones bancarias más importantes, por muchos conceptos, es el llamado **Crédito hipotecario**, aunque —en realidad— la expresión designa una actividad que se materializa en la concesión de **préstamos**; en la celebración de contratos de mutuo dinerario por las entidades bancarias. Las circunstancias económicas que regulan el mundo del Crédito, adquieren unos rasgos especiales y propios, cuando este sector de la actividad económica se encuentra con el sector inmobiliario. En efecto, para los particulares, la adquisición de viviendas suele ir vinculada a la **obtención de créditos para financiarla**, de forma que en el sector inmobiliario, el Crédito ha sido —y es— un medio habitual para la adquisición de viviendas, como en otros sectores permite financiar la obtención de otros bienes y servicios. Lo que pasa es que el crédito en el sector inmobiliario presenta unos rasgos un tanto diferentes: su **importe** tiende a ser relativamente **elevado**; su **plazo** suele ser **largo** y a la responsabilidad universal del prestatario/deudor suele acompañarse la garantía real constituida sobre el propio inmueble, es decir, la **hipoteca** constituida sobre la misma finca adquirida; práctica que ya no se considera teñida de tintes peyorativos, porque —actualmente— la hipoteca es el instrumento que permite al adquirente potencial adquirir el inmueble, y no la carga que ha de soportar el propietario actual, como una enfermedad letal, que conduce a la muerte, en forma de ejecución y venta forzosa⁽¹⁵⁶⁾. El fenómeno gana en importancia práctica, en la medida en que el aumento del poder adquisitivo y del nivel de bienestar general de la sociedad, ha potenciado el proceso de adquisición de viviendas familiares e incluso de segunda residencia; adquisiciones que sólo son posibles gracias al Crédito; gracias a las facilidades de pago que conceden a los adquirentes potenciales, las empresas promotoras del sector inmobiliario⁽¹⁵⁷⁾.

Ahora bien, si he partido de la presuposición de que los adquirentes de viviendas construidas han de recurrir a la hipoteca, para financiar su adquisi-

(156) YSÁS SOLANES, M.^a: *El Contrato de Préstamo con garantía hipotecaria*, edit. LA LEY, Madrid, 1994, pp. 6 y ss.

(157) YSÁS SOLANES, M.^a: cit., p. 6.

ción, *ello no agota las posibilidades del Préstamo Hipotecario, en el sector inmobiliario*, ya que —a su vez— la propias **empresas del sector de la construcción**, en muchos casos carecen de medios suficientes para la realización de las propias obras, y mucho menos para la financiación de las mismas a largo plazo; razón por la cual se necesita el concurso de las entidades de crédito, que actúan de dos formas, fundamentalmente:

- d) Bien **financiando directamente la construcción**, por medio de préstamos o créditos **al Promotor**, seguidos de la ulterior **subrogación de los compradores** en las obligaciones de reembolso y pago de intereses, derivadas de estos préstamos contraídos por los promotores.
- e) Bien **actuando de manera reglada en apoyo de medidas de política social**, impuestas por el Gobierno⁽¹⁵⁸⁾.

Sea como fuere, el desarrollo actual del sector inmobiliario es, en buena medida, la consecuencia del desarrollo del Crédito hipotecario, y —más precisamente— del desarrollo del *Contrato de Préstamo bancario con garantía hipotecaria*, que permite a los Prestamistas, a las Entidades de crédito, asegurar el reembolso de los capitales prestados, con independencia de la solvencia personal de los prestatarios, merced a una garantía que, en la medida de la posible, les libera de la concurrencia en pie de igualdad con otros acreedores⁽¹⁵⁹⁾.

El Crédito o Préstamo hipotecario es un contrato de Préstamo, en el que *se pacta, además del contenido típico de todo préstamo, que la obligación de restitución del principal, y de pago de los intereses, estarán aseguradas con una garantía real hipotecaria*. Por lo general, la hipoteca es inmobiliaria, aunque no necesariamente, ya que podrían hipotecarse registralmente bienes muebles dotados de suficiente identificabilidad, aunque la primera posibilidad suele ser la de mayor relevancia práctica, ya que —además— *la Hipoteca se constituye sobre el mismo bien inmueble —o mueble registrable— que se adquiere, o cuya construcción se financia, gracias a la obtención del préstamo, cuyo producto se aplica al pago del precio de la finca*⁽¹⁶⁰⁾. Con estas operaciones se produce una necesaria inscripción registral, en el Registro de la Propiedad o en el de Hipoteca mobiliaria); inscripción que —además— puede, incluso, ser

(158) YSÁS SOLANES, M.^ª: cit., p. 6.

(159) YSÁS SOLANES, M.^ª: cit., p. 7.

(160) YSÁS SOLANES, M.^ª: cit., p. 81.

doble, ya que al Registro pueden llegar, simultáneamente la inscripción de la Compraventa y la inscripción de la Hipoteca⁽¹⁶¹⁾.

1. La OM de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones financieras de los Préstamos hipotecarios (OM TrPh/1994): ámbito de aplicación

Para regular las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, con el fin de proteger los intereses de la clientela bancaria, se dictó la OM de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones financieras de los Préstamos hipotecarios (OM TrPh/1994); disposición administrativa que constituye la *lex specialis* en la materia, por encima de la OM TITC/1989; *lex generalis*, que queda relegada a una aplicación subsidiaria (art. 1.º, n.º 5, OM TrPh/1994), aunque ambas forman una unidad institucional, junto con el propio art. 48, n.º 2, LDIEC y las Circulares del BE, que se dicten en su desarrollo, porque la Circ. TOPC/1990 dedica a esta materia su Norma 6.ª bis, bajo el título “Préstamos hipotecarios”.

Como es lógico, la OM TrPh/1994 y la Norma 6.ª bis, Circ TOPC/1990 contienen —*prima facie*— normas de carácter *administrativo*, que teóricamente no podrían entrar a regular los aspectos sustanciales de los contratos bancarios, a los que se refieren, porque están limitadas por la necesidad de respetar el principio de autonomía contractual⁽¹⁶²⁾, o —para ser más precisos— limitadas por la relación que existe entre la libertad contractual y el principio de reserva de ley. Se trata de una norma que, atendiendo a su ámbito subjetivo de aplicación, parece configurarse como “metabancaria” o “ultrabancaria”, toda vez que sus destinatarios son las entidades de crédito, sí, pero **también** las entidades **aseguradoras** y “*otras entidades financieras*”, respecto de su actividad relacionada con la concesión de préstamos hipotecarios (**art. 1.º, n.º 1, OM TrPh/1994**). Tales préstamos, empero, deberán reunir una serie de condiciones para que queden sometidos a la aplicación de la OM TrPh/1994:

1. Que se trate de contratos de préstamo hipotecario y que la hipoteca recaiga sobre una vivienda.
2. Que el prestatario sea una persona física.
3. Que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25.000.000 pesetas, o su equivalente en divisas.

⁽¹⁶¹⁾ YSÁS SOLANES, M.ª: cit., p. 81.

⁽¹⁶²⁾ SÁNCHEZ CALERO, F.: “Condiciones generales en los contratos bancarios”, cit., pp. 311 y 313.

Puede sorprender la aplicación de esta OM a las entidades aseguradoras, además de a las entidades de crédito, ya que entre ambos tipos de entidades existe una incomunicación legal de actividades; una recíproca o mutua exclusiva, que, en concreto, impide a las entidades aseguradoras conceder préstamos o créditos, porque ésa es una actividad bancaria. Sin embargo, el misterio se desvanece si se lee atentamente el **art. 1**: “La presente Orden será de aplicación a **la actividad de (...) las entidades aseguradoras, (...), relacionada con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria**”. Por consiguiente, no es que la OM TrPh/1994 se aplique a las entidades aseguradoras porque, y cuando, concedan préstamos con hipoteca, sino que se les aplica **porque y cuando lleven a cabo sus actividades relacionadas con aquella operación**. La actividad de las entidades aseguradoras consiste, como es obvio, en realizar contratos de seguro. Y, en desarrollo de esta actividad, no es raro que se aseguren los inmuebles hipotecados para que, en caso de siniestro, la indemnización pagada por el asegurador se subrogue en lugar del objeto hipotecado⁽¹⁶³⁾, quedando afecta a la garantía de la obligación principal, nacida del contrato bancario de Préstamo hipotecario, y sometida a un cierto poder de los bancos acreedores (art. 40 LCS).

Por otra parte, la aplicabilidad de la OM TrPh/1994 se anuda a la **realización de estas actividades en España**, cualquiera que sea el lugar de domicilio de las entidades que pretendan actuar como prestamistas o el lugar de formalización del préstamo: en particular, “se presumirán sujetos a esta Orden los préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas situadas en territorio español, otorgados a personas residentes en España”.

2. La información en el régimen del Crédito hipotecario

La técnica fundamental utilizada para proteger al consumidor inmobiliario, en el ámbito **comercial**, consiste en la imposición de un **deber de información** al consumidor, en las **ventas** inmobiliarias (y en los arrendamientos); deber materializado en el **RD 515/1989, de 21 de abril, sobre Protección de los consumidores en cuanto a la Información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas** (RD.Info.Viv.); disposición reglamentaria, aplicable a la oferta, promoción y publicidad de la venta o arrendamiento de viviendas **efectuado en el marco de una actividad empresarial o profesional, dirigida a los consumidores** (art. 1.º, RD.Info.Viv.); disposición que, ahora mismo, no sé si se halla en vigor o ha sido derogada, pues ha habido muchas

⁽¹⁶³⁾ VARGAS VASSEROT, C.: *El Seguro de la Finca hipotecada*, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, SA, Madrid/Barcelona, 2003, pp. 48 y ss. y 294 y ss.

disposiciones en la materia, como el nuevo Código Técnico de la Edificación. La información prevista incluye, a no dudarlo, muchos datos referentes a la calidad y seguridad de las viviendas, como —por ejemplo— la “referencia a los materiales empleados en la construcción (...), incluidos los aislamientos térmicos y acústicos” (**arts. 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 8.º, RD.Info.Viv.**) A veces no se trata de imponer deberes de información sino deberes de seguridad⁽¹⁶⁴⁾.

Sea como fuere, con independencia de las reglas establecidas en el citado RD.Info.Viv., el Consumidor inmobiliario precisa ser protegido, asimismo, no ya en el plano comercial, sino en el plano **financiero**, es decir, respecto de las condiciones de los préstamos hipotecarios para la financiación de la vivienda, y de los seguros que cubren los riesgos que afectan a las viviendas hipotecadas. En este sentido, la imposición de un **deber de información** al consumidor constituye, igualmente, la técnica fundamental utilizada para proteger al consumidor inmobiliario, en el ámbito **financiero-bancario**.

De nuevo nos encontramos con esa especial técnica de policía administrativa; con esa especial técnica interventora que consiste en la **imposición al particular de deberes de obligado cumplimiento**, cuyos deberes no derivan directamente de la ley, sino que, previa habilitación legal, surgen de **disposiciones administrativas**. En este ámbito, la OM TrPh/1994 se sirve de un doble instrumento informativo, a saber:

1. por una parte, el **Folleto** (capítulo II, OM TrPh/1994),
2. (...) y, por otra —aunque con un alcance mucho más ambicioso—, el **Documento contractual** (capítulo III, OM TrPh/1994);

⁽¹⁶⁴⁾ Así sucede con el art. 5.º, n.º 2, apdo j), LGDCU, que establece la prohibición de utilizar en la construcción de viviendas o locales de uso público materiales y demás elementos susceptibles de generar riesgos para la salud y seguridad de las personas; regla que —por lo que al Derecho autonómico se refiere— encuentra un paralelo, por ejemplo, en el art. 11, EGC, donde —entre otras disposiciones, como la referente al deber de información a consumidor, en las ventas inmobiliarias— se establece que, en todo caso, se observará esa prohibición de usar materiales y demás elementos susceptibles de generar riesgos para la salud y seguridad de las personas. Y todo ello es lógico, porque desgraciadamente “la adquisición de un inmueble no siempre resulta satisfactoria. En unos casos, porque el inmueble no tiene la calidad que se ha imaginado con poco fundamento real para ello, como posteriormente se encargará de poner de manifiesto el vendedor o la vendedora, (...), o porque las condiciones inicialmente previstas con la adquisición de la vivienda no concuerdan con las del inmueble que se recibe, En otras ocasiones (...) el comprador se podrá encontrar con que el precio pactado inicialmente se ha ido incrementando en razón a conceptos que no figuraban en el momento de suscribir el contrato, que los metros útiles disponibles de la vivienda no concuerdan respecto a los ofertados o que existen ciertas anomalías o deficiencias aparecidas con posterioridad a la entrega de la vivienda (...)” (REYES LÓPEZ, M.ª J.: cit., pp. 59 y ss.)

documentos, uno y otro, que se configuran como el elemento real; más, aun, como el **elemento instrumental**, de los deberes administrativos de obligado cumplimiento, que se imponen a las entidades de crédito, financieras y aseguradoras. Así, las entidades financiero-bancarias a las que se aplica la OM TrPh/1994 “deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios (...) mediante un **folleto** cuyo contenido mínimo” se establece en el Anexo de la propia OM (art. 3.º, OM TrPh/1994). Por consiguiente, el Folleto aparece como un **instrumento informativo**; como un instrumento “mediante” el cual, las entidades afectadas dan cumplimiento a sus deberes informativos.

Cabe lo que podríamos describir como una “formación sucesiva” impropia del folleto o documento informativo, ya que en caso de “impresos que no contuvieran toda la información prevista en el citado modelo, las entidades deberán completarlos antes de su entrega”. En este sentido, no se impone un riguroso deber de unidad de acto, aunque lo cierto es que sus efectos son parecidos, ya que los folletos deben hallarse completos antes de su entrega.

La entrega del Folleto se concibe como un deber jurídico de necesario cumplimiento, aunque sospecho que —por las razones mencionadas— antes se tratará de un mero deber jurídico administrativo, que de una verdadera obligación: viene establecido en una **disposición administrativa de rango inferior**, es decir, su fuente instrumental no parecería la adecuada, si se quisiera imponer una obligación, propiamente dicha, aunque acaso podría concebirse como una “obligación”, en el sentido que a este término se le atribuye en Derecho administrativo.

Por otra parte, el deber informativo, materializado en la entrega de folletos, constituye un deber **precontractual**, ya que el art. 3.º refiere el deber de entrega del Folleto al momento cuando los interesados “soliciten préstamos hipotecarios”; *ergo*, da la impresión de que se trata de un momento **anterior al intercambio de consentimientos** contractuales; mucho más, al de la entrega del capital prestado y la constitución de la hipoteca, si es que este contrato se quiere caracterizar como real o incluso como formal. Mas, por si alguna duda pudiera quedar en el aire, el propio art. 3.º, OM TrPh./1994, viene a zanjarla definitivamente, cuando dice “pudiendo el interesado conservarlo en su poder (se refiere al Folleto) aun cuando opte por no concertar el préstamo con la entidad”, lo cual revela que el Folleto se exige, con absoluta independencia de que exista, o no, en el futuro el contrato de Préstamo.

La entrega del Folleto tiene carácter **gratuito**, y no sólo esto sino además —por así decirlo—, también **incondicionado y definitivo**, pues es obvio que la entidad a la que se dirigió la solicitud no puede exigir la devolución del Folleto, so pretexto de que no se ha celebrado el contrato.

Por lo demás, el Folleto —se dice— tiene carácter **orientativo**, “(s)alvo lo dispuesto sobre comisiones en la citada Orden de 12 de diciembre de 1989 y en

sus normas de desarrollo y lo establecido en el artículo 4.º 1º”. Esto es algo totalmente lógico, porque las condiciones concretas de la operación, a quien corresponde fijarlas es a las dos partes contratantes —Banco y cliente—, de consumo, es decir, al contratar.

Anteriormente aludí a la información comercial obligatoria, impuesta a los promotores y constructores por el RD.Info.Viv., respecto de los compradores y arrendatarios de viviendas; que son verdaderos consumidores inmobiliarios. Pues bien, teóricamente, se podría pensar que la OM TrPh/1994 representa la disposición que desempeña un papel análogo, en el ámbito financiero-bancario. Sin embargo, en principio, la citada **OM TrPh/1994** no podría jugar plenamente este papel, por la sencilla razón de que dejaría un hueco, una gatera, una laguna, en razón de su ámbito subjetivo de aplicación... Porque la OM TrPh/1994 se aplica cuando el prestatario sea una persona física, siendo así que —con frecuencia— el Crédito Hipotecario adopta la forma de **crédito a promotor/constructor**; sujetos que, frecuentemente son empresarios, y —sobre todo— sociedades mercantiles, ergo, debieran quedar **fuera** del ámbito subjetivo de la OM TrPh/1994.

Sin embargo, lo más frecuente es que “el constructor o promotor prevea una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas en (los) préstamos” obtenidos. Y, en este caso, la OM TrPh/1994 vuelve a entrar en juego, disponiendo que, “en los préstamos otorgados por las entidades a las que se refiere el artículo 1.º1, a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas **en préstamos que cumplan las condiciones establecidas en el número 1 de este artículo**, resultará de aplicación lo dispuesto sobre índices o tipos de interés de referencia en los **números 2 y 3 del artículo 6 de esta Orden**”. Dejo para un momento posterior, lo dispuesto en el número 2, pero el **art. 6.º, n.º 3**, dispone que, “En los casos de **préstamos a interés variable** sujetos a la presente Orden, **no será precisa la notificación individualizada al prestatario de las variaciones** experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias: 1.º Que se haya pactado la utilización de un **índice** o tipo de referencia **oficial**, de los previstos en la Disposición Adicional Segunda de esta Orden. 2.º Que el tipo de interés aplicable al préstamo esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1.º de la cláusula 3.ª bis del anexo II de esta Orden”.

Obsérvese que no estamos ante una norma especial —en cierto modo sí lo es—, sino ante **una aplicación especial de una norma**: en efecto; respecto del Préstamo Hipotecario, contemplado en la OM, el **art. 6.º, n.º 3**, es una norma **especial**, porque se refiere a un **supuesto especial**, a saber, el de los préstamos a tipo de **interés variable**; préstamos que, en principio, podrían suscitar un problema de opacidad originaria, ya que nadie puede saber a ciencia cierta cuál

será la evolución futura de los tipos de interés. Por este motivo, se establece una norma especial, de índole liberatoria: “no será precisa la notificación individualizada al prestatario de las variaciones experimentadas” por el tipo de interés aplicable.

Pero ese art. 6.º, n.º 3, no tendría por qué haberse aplicado a los préstamos a promotor o constructor, **sino porque —para ciertos casos— lo dispone la propia OM TrPh/1994**: cuando se prevea la ulterior subrogación de otros, en préstamos que cumplan los requisitos del art. 1.º

Ahora bien, condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, no son solamente las referidas a los tipos de interés, también hay que considerar las **comisiones y gastos**. Por lo que se refiere a los llamados gastos y servicios accesorios, el **art. 4.º, OM TrPh/1994**, dispone que “(c)uando la entidad concierte o efectúe la tasación del inmueble u otro servicio que considere necesario, y dicho gasto sea por cuenta del cliente, deberá **indicar a éste la identidad de los profesionales o entidades seleccionados** al efecto.

Si el servicio fuera prestado directamente por las entidades a las que se refiere el artículo 1.º¹ o la relación de profesionales o entidades seleccionadas incluyera un número de ellos igual o inferior a tres, las entidades **deberán suministrar, además, al cliente las tarifas de honorarios aplicables**.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la prohibición contenida en el artículo 10.1.c), apartado 12, de la citada Ley 26/1984”.

Esta regla final del precepto puede resultar sorprendentemente enigmática, ya que el art. 10, LGDCU **no contiene ningún apdo. 1.c).12**. La razón se halla en que la OM TrPh. es anterior a la promulgación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación; cuya Ley modificó sustancialmente la LGDCU, y en concreto, traslado el contenido del antiguo art. 10, n.º 1.c).12, a la **Disposición Final Primera, IV, n.º 23**, que es la que **prohíbe “(I)a imposición al consumidor de bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados”**. Lo que se quiere dar a entender es que el cumplimiento de los deberes informativos establecidos en la OM TrPh/1994, no puede servir de cobertura para infringir una norma cogente prohibitiva de tanta importancia como la **Disposición Final Primera, IV, n.º 23**, que es la que **prohíbe los “contratos atados”** (por traer a colación una categoría propia del Derecho *Antitrust*). La razón no es, ya, que se trate de una norma de rango superior, que no puede ser infringida ni contradicha por la inferior OM TrPh/1994, sino porque la prohibición contenida en la **Disposición Final Primera, IV, n.º 23, LGDCU** constituye, verdadero **orden público económico**.

Por otra parte, “(c)uando las entidades a las que se refiere el artículo 1.º¹ concierten o efectúen la tasación del inmueble, pero tales gastos sean a cargo del solicitante, la entidad deberá entregar a éste copia del informe de tasación si

la operación llega a formalizarse o el original de dicho informe, en caso contrario”. Nos hallamos, ahora, en el **posterius de la prestación de los servicios de tasación**. Pues bien, dado que la tasación es un servicio o un gasto que se desplaza sobre el cliente o solicitante, es lógico que **deba entregársele el informe o copia**, en su caso.

Por fin, “(e)l Folleto informativo indicará con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que se considerarán a cargo del cliente aun cuando el préstamo no llegue a otorgarse”.

3. La autonomía negocial formal y la necesidad de Documento contractual en el Crédito Hipotecario

También cabe mencionar la imposición, a la Entidad de crédito, por el **art. 6.º, OM TrPh/1994**, de ciertos deberes en materia de **documentación**. Así, el capítulo III se ocupa del Documento contractual, estableciendo —en primer lugar— que “(l)as escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos hipotecarios sometidos a la (OM TrPh/1994) contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el Anexo II”, añadiéndose que las demás cláusulas de tales documentos contractuales “no podrán, en perjuicio del prestatario, desvirtuar el contenido de aquéllas”, es decir, no podrán desvirtuar el contenido de las llamadas “cláusulas financieras”.

En materia de elección de notario autorizante de la escritura pública, el art. 7.º, OM TrPh/1994, dispone que “se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial y demás disposiciones aplicables”, pero —además— ese mismo art. 7.º, OM TrPh/1994, reconoce —a favor de los prestatarios— un derecho de *examen del proyecto de escritura*.

Nos encontramos, ahora, ante la imposición de deberes (a las entidades afectadas) y de reconocimiento de derechos (a los clientes) que puede ser valorada desde diversas perspectivas: ante todo, desde la perspectiva del núcleo esencial de la Libertad Contractual. En efecto, la Libertad Contractual o Autonomía Contractual privada no es sino un verdadero **derecho subjetivo**, y —por consiguiente— su esencia se halla integrada por varios elementos, a saber:

- Una *facultad* o haz de facultades: lo que supone un señorío de la voluntad, al servicio de un *interés legítimo*, que confiere poderes de actuación personal o por representación, oponibles e imponibles a otros sujetos.
- Tal facultad o derecho se traduce o tiene por objeto una *opción*; una posibilidad de elegir entre varias alternativas. Y, en la medida en que

tales facultades son *libres*, su ejercicio no debería comportar ninguna consecuencia negativa, ni tampoco estar condicionado a carga alguna.

- Las alternativas se refieren a los diversos contenidos u objetos de esta Libertad, que expondré a continuación.
- El “interés legítimo” es todo aquel interés que no sea contrario a la Ley, a la Moral o al Orden público.

Por lo que hace a su contenido y objeto, la Libertad de Contratación se manifiesta y se reconoce **respecto de todos y cada uno de los elementos y aspectos del Negocio jurídico**: de sus elementos (consentimiento, objeto y causa; de su “iter formativo”, de su forma, etc.) Por consiguiente, cuando se habla de la Autonomía Contractual privada, es preciso entender incluidas en esta noción diversas facultades o derechos subjetivos, **incluyendo la libertad formal**.

Cierto que esta libertad ya viene limitada *ab origine*, por el hecho de que se trate de contratos de préstamo con hipoteca, ya que la hipoteca es un derecho real registral, en el que la inscripción de la hipoteca es **constitutiva**. Y como, además, el Registro se suele regir por el principio de **titulación**, no puede sorprender el que exista una clara tendencia a exigir el otorgamiento de escritura notarial. Pues bien, lo que hace el **art. 6, OM TrPh.**, es establecer requisitos de *estructura y contenido formal*, que ha de cumplir la escritura de otorgamiento.

En este sentido, el art. 6 prevé que la Escritura en que se formalice el préstamo hipotecario deberá contener “debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el Anexo II de la presente Orden (se refiere a la OM TrPh.)”. Si la propia exigencia de escritura supone que *foma dat esse rei*, en este caso bien podríamos decir que *forma dat notitia rerum*.

En definitiva, los deberes mencionados tienden, nuevamente, a **proteger al cliente mediante la información y la transparencia**. Sin embargo, los efectos de esta norma van más lejos, porque se dispone que, además de transparencia, debe haber **veracidad**, en el sentido de que “las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán desvirtuar, en perjuicio del prestatario, el contenido de aquéllas”; es decir, no podrán desvirtuar el contenido de las llamadas “cláusulas financieras”.

Asimismo se contempla una intervención administrativa activa, por la DGTPF, en el sentido de que “excepcionalmente, en el caso de contratos de préstamo hipotecario sujetos a la (OM TrPh.) que por su naturaleza especial no puedan adecuarse íntegramente al modelo de cláusulas financieras establecidas

en el anexo II, podrán las entidades a las que se refiere el artículo 1.º **someter a la verificación previa de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera los correspondientes modelos de contrato**, justificando adecuadamente las circunstancias que impiden acomodarse a las cláusulas del citado anexo”. Hay un posible **silencio positivo**, cuando transcurran **dos meses** sin resolución expresa.

En materia de elección de notario autorizante de la escritura pública, el art. 7.º, OM TrPh/1994, dispone que “se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial y demás disposiciones aplicables”, pero —además— ese mismo art. 7.º, OM TrPh/1994, reconoce —a favor de los prestatarios— un derecho de *examen del proyecto de escritura*.

4. La autonomía negocial sustantiva y su limitación en el Crédito Hipotecario: La oferta vinculante de contrato

También cabe mencionar la imposición, a la Entidad de crédito, por el **art. 5.º, OM TrPh/1994**, del deber de **formular una oferta vinculante de contrato**, o bien —alternativamente— a **notificarle la denegación** del préstamo, una vez efectuada la tasación del inmueble, el examen de su situación registral y la capacidad financiera del prestatario.

Nos encontramos, ahora, ante otra derogación singular, muy importante, de la Libertad Contractual, dentro de cuyos límites es preciso entender incluida la más simple y básica de todas las facultades: la libertad de contratar; de libre opción del Individuo entre *celebrar, o no celebrar* el contrato o el negocio jurídico de que se trate⁽¹⁶⁵⁾. Y como quiera que el contrato se perfecciona por el consentimiento, que se produce “por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato” (art. 1262 CC), parece lógico que la libertad de celebrar, o no celebrar el contrato, tanto comporta la libertad en cuanto a la “aceptación” —hay libertad de aceptar el contrato propuesto, o de rechazar expresamente la oferta, o incluso de guardar silencio—, como la libertad en materia de “oferta”: por consiguiente, la regla general es que **la (formulación de la) oferta es libre**; que nadie —en principio— puede estar obligado a formular una oferta de contrato contra su voluntad.

Pues bien, aquí nos encontramos una **derogación singular** de la libertad de formulación de ofertas, porque —como hemos visto— el **art. 5.º** establece que “vendrán obligadas a efectuar una oferta vinculante de préstamo al poten-

⁽¹⁶⁵⁾ Recientemente ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, M.ª del P.: *Derecho mercantil internacional. El Derecho Uniforme*, edit. CEURA/UNIVERSIDAD CARLOS III, Madrid, 2003, p. 37.

cial prestatario”. Mas no hay que entender que esa obligación sea ineludible, porque —de lo contrario— más que de una oferta vinculante nos encontraríamos en los aledaños de un contrato forzoso; de hecho, me atravesaría a hablar del **contrato “forzado”**.

En el contrato “forzoso”, si es que de contrato se puede hablar, la autonomía privada se ve suprimida en cuanto desaparece la libertad de elegir entre la conclusión, o no, del contrato. En el contrato forzoso existe un **deber de contratar**⁽¹⁶⁶⁾; existe un deber jurídico, impuesto **por la ley**, cuyo contenido consiste en la necesidad de emitir las declaraciones de voluntad perfectivas; las que hacen nacer el contrato, cuya emisión, de ser libre y voluntaria, deviene forzosa y obligatoria. Sin embargo, no creo que el art. 5.º haya llegado tan lejos, porque prevé la **denegación**, es decir, que admite la posibilidad de **negación a contratar**, por parte de las entidades afectadas; negación que, en mi opinión, **tampoco es absolutamente libre y discrecional**.

5. La autonomía negocial sustantiva y su limitación en el Crédito Hipotecario: prohibiciones a las entidades financiadoras

Por otra parte, con independencia —nuevamente— de las reglas establecidas en el citado RD.Info.Viv., “en los préstamos otorgados por las entidades a las que se refiere el artículo 1.º1, a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas en préstamos que cumplan las condiciones establecidas en el número 1 de este artículo, resultará de aplicación lo dispuesto sobre índices o tipos de interés de referencia en los números 2 y 3 del art. 6.º de esta Orden”. En este sentido, **se limita la posibilidad de utilizar tipos de referencia**, de la que —en principio— disfrutarían las Entidades prestamistas, por cuanto “*únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia*” aquellos que cumplan ciertas condiciones, a saber:

- a) Que no dependan exclusivamente de la propia Entidad, ni sean susceptibles de verse influidos por ella.
- b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un **procedimiento matemático objetivo**.

⁽¹⁶⁶⁾ GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, J.: *Curso...*, cit., t. II, 8.ª ed., p. 32. LANGLE RUBIO, E.: *Manual...*, cit., t. III, p. 55. En la Doctrina alemana, *vid.* FIKENTSCHER, W. *Schuldrecht*, cit., pp. 76 y ss. SCHMIDT K.: *Handelsrecht*, cit., p. 477, quienes aluden al denominado *Kontrahierungszwang* ó *Abschlusszwang*, que deriva de una imposición de la propia Norma jurídica, aunque este supuesto se produzca en supuestos comparativamente escasos.

6. Otras obligaciones derivadas de la imposición del Poder público en el ámbito del Préstamo Hipotecario

Anteriormente tuve oportunidad de señalar cómo la OM TITC/1989 y la Circ. TOPC/1990 ocasionalmente imponían deberes a cargo de las entidades de crédito, o bien preveían que pudieran ser impuestos, por consecuencia de actos del Poder público; figura que algunos consideran como una modalidad o subespecie de las obligaciones *ex lege*. Pues bien, la **Norma 6.bis, n.º 2, apdo. b), Circ. TOPC/1990**, pareciera que hace otro tanto, al prever que **las entidades de crédito estarán “obligada(s) a la devolución inmediata de las provisiones de fondos que, en su caso, se hubieran pactado para gastos preparatorios, en los términos previstos en el propio pacto o, en todo caso, cuando así lo solicite el cliente y hubiera transcurrido un mes desde la solicitud o desde que se hubiera completado la información requerida, sin que la entidad hubiera denegado el préstamo o efectuado la oferta vinculante (...) Si el cliente desistiese de su solicitud antes de transcurrido ese plazo, la entidad deberá devolver aquella parte de la provisión a que se hubiese comprometido o, como mínimo, la que no se hubiese utilizado”**.

La figura que tenemos ante la vista es de contornos complejos: ¿se trata de un deber jurídico-administrativo, o —por el contrario— se trata de una obligación patrimonial privada? ¿Cuál es su fuente? ¿Acaso podríamos aplicar por analogía, lo dispuesto en el art. 263, CCo., sobre rendición de cuentas y devolución de sobrantes, por el Comisionista? Tal vez la cuestión se explique volviendo al esquema de la conexión y encadenamiento entre las relaciones jurídico-privadas (obligaciones patrimoniales privadas, legales o contractuales) y las relaciones jurídico-públicas (deberes administrativos, garantizados con las técnicas propias del Ordenamiento sectorial, como las propias sanciones disciplinarias).

De todos modos creo que hay un regusto a lo dispuesto en los **arts. 248 y 249 CCo.**, que pueden aplicarse por su estrecho parecido: en efecto, estos preceptos se ocupan de la fase preliminar en el *iter* negocial del Contrato de Comisión, imponiendo **bien un deber de *manifestar expresamente la negativa a aceptar el encargo*, bien el *deber precontractual de custodia de los efectos remitidos en comisión***. Tales efectos deben ser cuestionados, ante todo, porque deberán ser devueltos al comitente.

IV. FUNCIONES DEL BANCO DE ESPAÑA EN MATERIA DE PUBLICIDAD COMERCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Volviendo al análisis de la OM TITC/1989, cabe señalar que sus **Normas 10.^a y 11.^a** se ocupan del tema de la **publicidad comercial bancaria**, para establecer, respectivamente, que “(d)e acuerdo con lo previsto en el artículo

48.2.d) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, la publicidad que, por cualquier medio, realicen las entidades de crédito de operaciones, servicios o productos financieros en que **se haga referencia a su coste o rendimiento para el público** estará sometida al régimen de **previa autorización**”, mientras que —por el contrario— “(l)a **restante publicidad** que realicen las entidades de crédito **no** estará sujeta a dicho control administrativo”. Y, en segundo lugar, que “(c)orresponderá al Banco de España otorgar la autorización”, a la que me acabo de referir.

Varias conclusiones pueden extraerse o deducirse de lo dispuesto en estas normas: en primer lugar, que las entidades de crédito pueden llevar a cabo actividades publicitarias; más precisamente, que pueden servirse de la Publicidad comercial privada, en interés propio, es decir, para la promoción de sus servicios profesionales. De acuerdo con el Diccionario RAE, la voz “Publicidad” tiene como primera acepción la acción y efecto de “hacer público algo”⁽¹⁶⁷⁾; noción que —trasladada al ámbito del Derecho— se manifiesta en un abanico de figuras e instituciones de enorme relevancia práctica: se habla de publicidad registral, de publicidad posesoria, de publicidad por edictos, por publicaciones oficiales...⁽¹⁶⁸⁾. Y también se habla de la Publicidad Comercial Privada. La Publicidad es un fenómeno relacionado con la función humana de “pensar y comunicar los pensamientos”; con la “estructura dicente de la vida humana”⁽¹⁶⁹⁾, pero —más precisamente— constituye un “arma formidable en el desarrollo económico de los países” y “uno de los más poderosos lenguajes con que cuenta la sociedad para influir sobre las conductas de los individuos e incluso actuar sobre la forma de hacer y de pensar de las colectividades; esto es, constituye uno de los más importantes sistemas de comunicación de nuestra sociedad, con una incuestionable importancia económica, social, cultural, científica y jurídica”⁽¹⁷⁰⁾.

Varios prestigiosos mercantilistas gallegos y españoles, expertos en Derecho de la Publicidad, señalan la importancia de esta última en la actividad empresarial, puesto que en la actualidad la Publicidad constituye una de las actividades más importantes que se desarrollan en el seno de la empresa, hasta el punto de que muy bien podría decirse que allí donde hay una empresa, hay publicidad: los empresarios se han servido siempre —o, cuando menos, desde

(167) DE LA CUESTA RUTE, J.M.³: *Curso de Derecho de la Publicidad*, edit. EUNSA, Pamplona, 2002, p. 25.

(168) DE LA CUESTA RUTE, J.M.³: *Curso...*, cit., pp. 26 y ss.

(169) DESCALZO GONZÁLEZ, A.: *Principio de Veracidad y Política pública en el Mercado de la Publicidad comercial*, edit. DYKINSON, SL, Madrid, 2003, p. 25.

(170) DESCALZO GONZÁLEZ, A.: *Principio de Veracidad y...*, cit., p. 25.

una época muy temprana— de técnicas de comunicación con el público; de técnicas *publicitarias*, como medio idóneo para la *captación de clientela*, exaltando la calidad de sus productos y servicios; difundiendo los signos distintivos que integran el patrimonio de su empresa, etc.⁽¹⁷¹⁾. En un régimen de libre competencia, el empresario tiene que luchar —tiene que competir, en suma— para captar, dentro de la gran masa de los consumidores, el mayor número de adquirentes de sus productos o usuarios de sus servicios que sea capaz de apropiarse, incluso en perjuicio del resto de los competidores, con quienes pugna⁽¹⁷²⁾.

En esa contienda, el Empresario trata de ofrecer los productos más atractivos; atracción o cualidad que se basa, primeramente, en las propias condiciones de los productos o servicios de que se trate... Pero de poco valdría esto, si el público de los consumidores no lo supiera; si el público de los consumidores y la potencial clientela *desconociese la calidad de los productos o servicios* del empresario, o las condiciones en la que estaría dispuesto a proporcionarlos. Por este motivo, el Empresario vendedor de productos o suministradores de servicios desarrolla una serie de medidas tendentes a la *promoción* de los productos o servicios que desea distribuir entre el público. El Empresario se define por su actividad económica organizativa, dirigida a proporcionar bienes al mercado, lo que supone —ineludiblemente— que su actuación será una actividad desarrollada en términos de competencia, con objeto de atraer a la clientela, promocio-

(171) FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.: “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias. Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad”, en *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Homenaje da Facultade de Dereito ó Autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa, catedrático de Dereito mercantil nos XXV anos de cátedra, edit. SERVICIO DE PUBLICACIONES E INTERCAMBIO CIENTÍFICO DA UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, Santiago de Compostela, 1989, p. 57, quien señalaba el destacado papel que juega la actividad publicitaria en el seno de las empresas. LEMA DEVESA, C.: *La Publicidad de tono excluyente*, edit. SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA FUNDACIÓN “PEDRO BARRIÉ DE LA MAZA, CONDE DE FENOSA”/MONTECORVO, SA, Madrid, 1980, p. 51. URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24.ª ed., p. 75. ALONSO SOTO, R.: “Derecho de la Competencia (IV). Competencia Desleal y Publicidad”, en URÍA GONZÁLEZ, R. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*, t. I, *Empresario, Establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual. Derecho de Sociedades*, edit. CIVITAS, SA, Madrid, 1999, p. 345. ORTUÑO BAEZA, M.ªT.: “Capítulo X. Otras figuras contractuales”, en GALLEGO SÁNCHEZ, E. y otros: *Contratación mercantil*, t. II, *Transporte, Seguros y otros contratos, Índices y CD-Rom*, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2003, p. 1928.

(172) LEMA DEVESA, C.: *La Publicidad de tono...*, cit., p. 51. SANTAELLA LÓPEZ, M.: *Derecho de la publicidad*, edit. THOMSON-CIVITAS, SA, Madrid, 2000, p. 20, quien señala que “la publicidad incide fundamentalmente sobre el sistema económico y prácticamente no se concibe una economía de mercado sin la existencia de la publicidad”.

nando sus propios productos, en contienda con los ofrecidos por otros empresarios. En esta fase, el Empresario centra sus esfuerzos en la presentación comercial de sus productos, sus servicios y su propia empresa, vendiendo “el envoltorio, la imagen y la marca, y así la protección de la presentación comercial es cada vez más demandada por los propios empresarios”⁽¹⁷³⁾.

La principal herramienta económico-jurídica de que dispone para contender en el mercado es la **Publicidad**, a la que están dedicadas la Dir. CE. n.º 450/1984, de 10 de septiembre, sobre Publicidad Engañosa, que fue modificada por la ulterior Dir. CE. n.º 55/1997, de 6 de octubre, sobre Publicidad Comparativa, y la LGPub. 30/1988, de 11 de noviembre, que se inspira en aquéllas⁽¹⁷⁴⁾.

De acuerdo con el art. 1.º de la LGPub. 34/1988, de 11 de noviembre, la Publicidad “se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias”; disposiciones que sustituyeron al antiguo Estatuto de la Publicidad, de 1964, como consecuencia de nuestra adhesión a las CC EE, y como consecuencia —también— del estado de desuso y obsolescencia en que habían caído gran parte de las disposiciones del Estatuto mencionado, aquejadas de excesiva rigidez y escasa adaptabilidad “a un campo como el de la publicidad, especialmente dinámico”, y por “responder a presupuestos políticos y administrativos alejados de los de la Constitución” (E.M./LGPub.).

La LGPub. de 1988 fue promulgada en ejercicio de las competencias exclusivas atribuidas al Estado por el art. 149, n.º 1, apdos. 1.º, 6.º y 8.º, CE (E.M./LGPub.) y consta de cuatro Títulos, formados por 33 artículos, una Disposición Transitoria y una Disposición Derogatoria Únicas.

De los citados cuatro Títulos, el Título I, LGPub., contiene lo que describe como “Disposiciones Generales” de la Ley, y se halla formado por sólo dos artículos: el 1.º y el 2.º, referidos —respectivamente— a la delimitación del ámbito material de aplicación de la Ley, así como de las demás “normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias”, y a la delimitación del concepto legal de “Publicidad”. Y es que, en efecto, una vez delimitado su ámbito de aplicación, en torno a la noción de Publicidad, la LGPub. se ve en la necesidad —consecutiva y consecuente— de delimitar este concepto o noción (el de Publicidad), para cerrar la determinación de su objeto. En este sentido, el art. 2.º, LGPub. define o describe lo que sea la “Publicidad” comercial privada en los siguientes términos: “(...) Toda forma de comunicación realizada por una

⁽¹⁷³⁾ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.ª C.: *La Presentación comercial del Empresario*, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, SA, Madrid/Barcelona, 2001, p. 9.

⁽¹⁷⁴⁾ URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24.ª ed., p. 76.

persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones...”

Acto seguido, el mismo art. 2.º, apdo. 2.º, define el concepto “Destinatarios” de la siguiente manera: “(...) —Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance”.

De los términos que emplea el precepto parcialmente reproducido, cabe deducir varias conclusiones de interés: para empezar la **amplitud subjetiva** (o *subjetivo-funcional*) de la actividad publicitaria: en principio, parece que **todo empresario puede llevar a cabo una actividad de “comunicación (...), en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones...”**. Y, por consiguiente, **también las entidades de crédito**. Esto es importante, ya que si la Publicidad comercial privada también se rige por las “normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias”, dentro de éstas habría que comprender las que regulan la **publicidad bancaria/financiera**, como el **capítulo III, OM TITC/1989**, la **Norma 9.ª, Circ. TOPC/1990**, y las disposiciones que desarrollen la **Ley 24/1988, de 28 de julio de 1988, del Mercado de Valores**, en materia de “*publicidad de actividades contempladas*” en *dicha Ley*, cuyas normas atribuirán competencias en la materia, más que al BE, a la CNMV.

Otra conclusión que cabe deducir es que, en lugar de una noción *amplia* de Publicidad, que englobaría —hipotéticamente— cualquier actividad que tuviera por objeto *difundir hechos* o situaciones ligadas a la *empresa mercantil*, la Ley opta por una noción restringida, que se limita a toda aquella actividad de comunicación dirigida, **precisamente, a promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes o servicios, ya que constituye una técnica agresiva de la que se sirven los empresarios, en el marco de un sistema económico competitivo, para** —“lejos de aguardar pasivamente la demanda de sus mercancías y servicios”— **anticiparse a los deseos de los consumidores; anticiparse a la propia Demanda, con ánimo de configurarla y atraerla hacia sí** ⁽¹⁷⁵⁾.

Sin embargo, cuando se trata de la **Publicidad bancaria**, existe una importante **especialidad**: en principio, queda —igualmente— **excluida del concepto de Publicidad, a efectos de la LGPub., la actividad estrictamente informativa**. La Publicidad no se propone tan sólo informar al público sobre las características y precio de los productos y servicios anunciados, sino que —in-

(175) FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.: “La interpretación jurídica...”, cit., p. 57.

cluso junto a ello— la finalidad fundamental de la Publicidad es persuadir al público⁽¹⁷⁶⁾. **Por el contrario**, la **Norma 9.ª, Circ. TOPC/1990** utiliza una noción mucho más amplia de Publicidad: “Tendrá la consideración de publicidad toda forma de comunicación por la que se ofrezcan operaciones, servicios o productos financieros, **o se divulgue información sobre ellos**, cualquiera que sea el medio que se utilice: prensa, radio, televisión, filmaciones, carteles interiores o exteriores, vallas, folletos, circulares y cartas personalizadas que formen parte de una campaña de difusión”.

Por consiguiente, a efectos del Derecho bancario, la Publicidad comercial **sí que incluye los mensajes meramente informativos**. La cuestión es qué trascendencia jurídica tiene esto: ciertamente, es obvio que a los efectos de la aplicación de las disposiciones que constituyen elemento formal del Ordenamiento *sectorial bancario*, la trascendencia es total. Así, por ejemplo, toda forma de comunicación por la que se divulgue información sobre operaciones, servicios o productos financieros, incluyendo referencia a sus costes o rentabilidad para el cliente, quedaría sujeta a previa autorización administrativa por el BE. De esto no me cabe la menor duda. El problema es si la concepción *amplia* que se tiene de la Publicidad financiera o bancaria resulta relevante a los efectos de la LGPub.; es decir, si —por ejemplo— las infracciones cometidas con ocasión de aquella forma de comunicación por la que se divulgue información sobre operaciones, servicios o productos financieros, puede dar lugar a la aplicación de las reglas de la LGPub., y admite el ejercicio de las acciones contempladas en ella.

Pues bien, en mi opinión, la respuesta a esta interrogante podría ser que **sí**. Me explico: el **art. 1.º, LGPub.**, establece que “(1) *a publicidad se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias*”. En cambio, cuando el **art. 2.º, LGPub.** ofrece “su” definición de Publicidad, dice solamente “a los efectos de **esta Ley...**”, sin pretender que esa definición invada otros ámbitos; otras leyes (especiales).

Sea como fuere, la Publicidad comercial es una **actividad privada y voluntaria**⁽¹⁷⁷⁾. Lo primero —contra la opinión de URÍA— no tiene que ver con el dato de su voluntariedad, sino que la Publicidad comercial privada es privada, porque el desarrollo de una actividad publicitaria no constituye el contenido ni el objeto de ningún servicio público o función pública (como, por el contrario, sucede con la publicidad registral mercantil); no constituye ninguna activi-

(176) FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.: “La interpretación jurídica...”, cit., p. 58.

(177) URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24.ª ed., p. 76. ALONSO SOTO, R.: “Derecho de la Competencia (IV). Competencia Desleal y Publicidad”, cit., p. 345.

dad económica que pertenezca a la Administración, por virtud de una *publicatio*, ni comporta en su desarrollo el ejercicio de ninguna potestad o función públicas o exorbitantes. En este sentido, la Publicidad Privada se diferencia y separa netamente de la Publicidad oficial-registral⁽¹⁷⁸⁾. Lo segundo —que la Publicidad privada constituya una actividad “voluntaria”—, significa y se debe a que *los empresarios pueden desarrollar esta actividad, o no hacer uso de ella, a su libre arbitrio*⁽¹⁷⁹⁾.

Como consecuencia de lo expuesto, el fenómeno de la Publicidad ha venido siendo contemplado por el Derecho, tradicionalmente, desde ópticas o con perspectivas muy diferentes y, asimismo, también puede ser contemplado por el Derecho, polarizando éste su atención sobre uno u otro aspecto del proceso de la comunicación publicitaria: en un principio, la Publicidad Comercial privada había quedado relegada por la Administración al terreno de la policía municipal⁽¹⁸⁰⁾, sin embargo, hoy por hoy es cada vez más frecuente que el Ordenamiento jurídico dedique una mayor atención a este fenómeno, bien mediante regulaciones de índole *ética*, bien por medio de regulaciones plenamente *jurídicas*⁽¹⁸¹⁾. Las razones de este fenómeno pueden encontrarse no sólo en el propio auge experimentado por la Publicidad, sino también en la creciente atención por las nuevas técnicas de comunicación social, con el elemento de presencia de un *interés público* que ello comporta, estrechamente relacionado con la necesidad de protección de los consumidores y la lealtad concurrencial; en efecto, como quiera que “es relación publicitaria la que se establece entre el emisor y los destinatarios”, siendo así que el emisor es “el suministrador de la materia o sector de la realidad informable”, que —además— “se manifiesta externamente como tal (emisor)”, entonces es fácil suponer que ya en este plano concurren varios intereses jurídicos dignos de protección: **el interés del emisor o anunciante** (que consiste en poder suministrar las informaciones a los destinatarios adecuados, y —además— poder hacerlo de tal modo que logre influir en ellos, a la hora de adoptar sus decisiones en el mercado) y **el interés de los destinatarios** (que consiste en que las informaciones comunicadas no lleguen a obnubilar su juicio al adoptar las susodichas decisiones y que, en general, tales informa-

(178) ALONSO SOTO, R.: “Derecho de la Competencia (IV). Competencia Desleal y Publicidad”, cit., p. 345.

(179) URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24.^a ed., p. 76.

(180) SANTAELLA LÓPEZ, M.: *Derecho de la publicidad*, cit., p. 20.

(181) SANTAELLA LÓPEZ, M.: *Derecho de la publicidad*, cit., p. 21.

ciones no lleguen a impedir o falsear el funcionamiento del mercado)⁽¹⁸²⁾. Y resulta evidente el **potencial conflicto** entre estos dos intereses⁽¹⁸³⁾.

El fenómeno de la Publicidad Comercial privada puede revestir diferentes formas: en ocasiones, es perfectamente perceptible como tal publicidad⁽¹⁸⁴⁾. Pero, en otras ocasiones —y como medida de persuasión, para superar una posible actitud negativa y de desconfianza de los destinatarios, frente a los mensajes publicitarios, por el simple hecho de ser tales— los anunciantes recurren a tácticas y procedimientos de persuasión *no perceptible*, es decir, que actúa utilizando técnicas “que pretenden persuadir al público sin que éste perciba claramente que se trata de alegaciones publicitarias”⁽¹⁸⁵⁾, lo que no deja de suscitar dudas acerca de su *licitud*⁽¹⁸⁶⁾, por cuanto el hecho de que la Publicidad comercial privada sea una actividad voluntaria y de que, en un marco de libertad, pueda adoptar o revestir múltiples formas, *no significa* que sea una actividad libérrima y *absolutamente discrecional*, para los empresarios que recurren a ella. Bien por el contrario, la actividad publicitaria puede estar legalmente regulada; más precisamente, “del mismo modo que las restantes actividades empresariales, la publicidad económica está sometida al imperio de las normas jurídicas”⁽¹⁸⁷⁾. Y esto es, cabalmente, lo que sucede en nuestro Ordenamiento jurídico, donde la publicidad privada, como medio de captación de clientela, promoviendo la contratación de bienes o servicios, se halla regulada por la LGPub. 34/1988, que se inspira en las Directivas comunitarias sobre la materia⁽¹⁸⁸⁾, aunque hay que tener en cuenta, igualmente, lo dispuesto en la LSSICE 34/2002, que —al definir el concepto de “Comercio Electrónico”, lo ha hecho en términos muy amplios: “cualquier servicio prestado normalmente a título

(182) DE LA CUESTA RUTE, J.M.³: *Curso...*, cit., pp. 29 y ss., quien señala que en el desarrollo de la actividad publicitaria se ven afectados los intereses de los emisores/anunciantes; de los destinatarios de los mensajes y, en su caso, de los eventuales competidores. SANTAELLA LÓPEZ, M.: *Derecho de la publicidad*, cit., p. 21.

(183) DE LA CUESTA RUTE, J.M.³: *Curso...*, cit., p. 29.

(184) “El público destinatario de la publicidad se da cuenta de que lo que el anunciante presenta en sus anuncios para promover sus bienes y servicios constituye una actividad publicitaria” (TOBÍO RIVAS, A.M.³: “La actual regulación de la Publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria”, en *RDM*, 2000, n.º 237, julio-septiembre, p. 1155).

(185) TOBÍO RIVAS, A.M.³: “La actual regulación...”, cit., p. 1156.

(186) TOBÍO RIVAS, A.M.³: “La actual regulación...”, cit., p. 1156.

(187) FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.: “La interpretación jurídica...”, cit., pp. 60 y ss. URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24.^a ed., p. 76.

(188) URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24.^a ed., p. 76. ALONSO SOTO, R.: “Derecho de la Competencia (IV). Competencia Desleal y Publicidad”, cit., p. 345.

oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un receptor de un servicio”⁽¹⁸⁹⁾, incluyendo —entre otras actividades— el envío de comunicaciones comerciales (verdadero supuesto de publicidad comercial por vía electrónica).

El prototipo paradigmático de control normativo sobre la actividad publicitaria es el que consiste en la existencia de **normas jurídicas que regulan los requisitos y condiciones de los mensajes publicitarios y de su difusión**. Así, el título II, LGPub., bajo la rúbrica “De la Publicidad Ilícita”, dedica los **arts. 3.º al 8.º**, a establecer ciertas **prohibiciones** en materia de publicidad, vinculadas con la ilicitud de la actividad o de los mensajes publicitarios en cuestión⁽¹⁹⁰⁾. El régimen jurídico de la Publicidad económica siempre ha estado conformado en torno a ciertos principios jurídicos, que magistralmente señalaba el profesor FERNÁNDEZ-NOVOA, tomándolos del antiguo art. 6.º, Est.Pub. de 1964; a saber, **legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia**⁽¹⁹¹⁾.

Ahora bien, que ésta sea la vía paradigmática y “regular” —es decir, la que constituye “regla” general— para llevar a cabo el control de la licitud de la actividad publicitaria, no significa que sea la única vía: existen otras técnicas de control de la Publicidad. El sometimiento a control de la actividad publicitaria, impuesto por razones de interés general, incluyendo —principal, pero no exclusivamente⁽¹⁹²⁾— la protección de los consumidores⁽¹⁹³⁾, puede tener lugar o puede materializarse en diversas formas y por medio de diversas técnicas, y no hay que pasar por alto el empleo de técnicas interventoras **administrativas**, tales

(189) HERNÁNDEZ JIMÉNEZ-CASQUET, F.: “El marco jurídico del Comercio y la Contratación electrónicos”, en VV.AA.: *Principios de Derecho de Internet. Incluye comentarios y texto íntegro de la nueva Ley de Internet*, dir. por P. García Mexía, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2002, p. 331.

(190) Se habla de publicidad *ilícita*, que es una noción propiamente jurídica, aunque también hay quien habla —o menciona el uso del término— publicidad “contaminada”, como sinónimo de todas las formas de publicidad desleal, engañosa e ilícita (RAMOS FERNÁNDEZ, F.: *La Publicidad Contaminada. Los consumidores ante la Autorregulación publicitaria*, edit. EDITORIAL UNIVERSITAS, SA, Madrid, 2003, p. 11).

(191) FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.: “La interpretación jurídica...”, cit., p. 61.

(192) FERNANDO MAGARZO, M.ª del R.: “Nociones básicas...”, cit., p. 5, quien señala que hay que distinguir entre una publicidad dirigida al público y publicidad dirigida a los profesionales.

(193) GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “El Derecho del Consumo: un nuevo ‘estado de la materia’ jurídica (Reflexiones en torno al artículo 7.º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)”, en *Foro G.*, 2005, n.º 194, VII.ª Época, pp. 21, 35 y 36.

como la exigencia de comunicación de las campañas⁽¹⁹⁴⁾, o —sobre todo— como las **autorizaciones**, que se utilizan —por ejemplo— en el caso de la publicidad farmacéutica, de conformidad con los **arts. 102 Ley General de Sanidad** y **31 de la Ley del Medicamento**⁽¹⁹⁵⁾, y pero también, precisamente, en el ámbito de la **publicidad bancaria/financiera**. En efecto, como ya se indicó anteriormente, el art. 48, n.º 2, apdo. d), LDIEC autorizó al Ministerio de Economía y Hacienda para “(d)ictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización”; régimen de autorización que encontró plasmación y desarrollo concretos en la **Norma 10.^a**

En general, el contenido concreto de la intervención pública sobre la actividad económica se basa en los instrumentos típicos de la actividad administrativa: Actividad de Policía, actividad de Fomento y Servicio público. A las que cabría sumar la actividad industrial o productora de la Administración⁽¹⁹⁶⁾. Y de todas ellas, en mayor o menor medida, cabe encontrar importantes ejemplos en el ámbito de la ordenación del Crédito y la Banca. La actividad administrativa de policía consiste en el conjunto de *medidas coactivas* utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad (privada) a un *fin de utilidad pública* o bien como el conjunto de dichas medidas coactivas, aplicadas con objeto de proteger el *Orden público*⁽¹⁹⁷⁾.

(194) FERNANDO MAGARZO, M.^a del R.: “Nociones básicas...”, cit., p. 5.

(195) FERNANDO MAGARZO, M.^a del R.: “Nociones básicas...”, cit., p. 5.

(196) JORDANA DE POZAS, L.: “Ensayo de una teoría del Fomento, en el Derecho administrativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, 1949, n.º 48, *passim*. OTERO NOVAS, J.M.: “Problemática fiscal de la acción del servicio público sobre la Banca. Tributación del Banco de España y Entidades Oficiales de Crédito”, en VV.AA.: *Estudios sobre tributación bancaria*, dir. por A. Martínez Lafuente, edit. CIVITAS, SA, Madrid, 1985, pp. 538 y s. Con diferentes nombres para las diversas formas de actividad, *vid.* BERMEJO VERA, J.: “Parte Primera. Acción administrativa y potestades”, cit., pp. 39 y ss., en especial, p. 45. VILLAR EZCURRA, J.L.: *Derecho administrativo especial. Administración pública y actividad de los particulares*, edit. CIVITAS, SL, 1.^a ed., Madrid, 1999, pp. 34 y ss.

(197) GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho administrativo*, t. II, reimp. 6.^a ed., Madrid, 1983, p. 159. BERMEJO VERA, J.: “Parte Primera...”, cit., p. 46, aunque reconoce que el concepto de Policía Administrativa es un concepto “proteico” y variable en el tiempo. VILLAR EZCURRA, J.L.: *Derecho administrativo especial...*, cit., pp. 39 y 43.

Una de las técnicas más características de la actividad de policía es —precisamente— la Autorización administrativa, técnica que posee una serie de caracteres propios, a saber:

- Carácter **negocial**: la autorización administrativa es un acto formado por una declaración de *voluntad* de la Administración; no una declaración de verdad, ciencia, conocimiento o deseo. Y —además— esa declaración de voluntad *produce efectos jurídicos sensibles* (tradicionalmente, se ha dicho de ella que tiene la virtualidad de levantar una prohibición antecedente, liberando el ejercicio de una actividad privada, inicialmente prohibida).
- Unilateralidad: la autorización administrativa es un acto formado por una declaración de voluntad *única*, procedente de la Administración; una voluntad que *no se emite en consideración o a la espera de una contra-declaración* de voluntad del solicitante, como sucedería en los contratos administrativos, paradigma de la actividad jurídica *plurilateral*. De todos modos están surgiendo actos administrativos consensuales (terminación pactada del procedimiento administrativo).
- Un profundo **formalismo**: la autorización administrativa es un acto formado por una declaración de *voluntad* de la Administración, *que se emite en el seno de un procedimiento administrativo reglado*, y no puede producirse fuera de ese marco. Además suele hacerse **por escrito**.
- Y pertenencia a la categoría de los actos de *control preventivo* antecedente.

Podríamos discutir si el empleo de la técnica autorizatoria, en materia de publicidad bancaria, tal como la contemplan las **Norma 10.^a** y **11.^a, OM TITC/1989** o la **Norma 9.^a, Circ. TOPC/1990**, es una medida más o menos adecuada, para el fin que se pretende; si es excesiva o si es suficiente, o incluso si podría resultar escasa, pero lo que ciertamente debemos reconocer es que se trata de una medida *coherente*. Me explico: el Derecho Publicitario es un agregado normativo que, *prima facie*, responde al presupuesto de la libertad, en un diverso sentido: para empezar, en principio, toda actividad publicitaria debe considerarse **libre**, y —por consiguiente— **ni existe un control de contenidos imperativos, ni tampoco existe un control autorizatorio**. De hecho, en mi opinión ambas cosas se encuentran estrechamente relacionadas: en principio y por principio, el Derecho de la Publicidad no impone de forma coactiva cuál habrá de ser el contenido del mensaje publicitario. De hecho, una pretensión semejante, por parte del Legislador, resultaría casi quimérica. Y como

hay **libertad de contenido ideológico e incluso libertad de forma del mensaje publicitario**, no tiene sentido establecer un control que —con carácter general— se base en técnicas autorizatorias, ya que —en la medida en que:

- no existen contenidos imperativos concretos, legalmente predeterminados,
- ... y la Autorización es una técnica interventora que suele tener por finalidad un control de legalidad de las conductas eventualmente autorizables,

establecer con carácter general un sistema de autorización conduciría: o a la introducción de un control administrativo **esencialmente discrecional**; medida verdaderamente “odiosa”, en un sistema de libertad económica, o bien a la introducción de un control administrativo **vacío**, toda vez que la Administración otorgante no tendría “materia” jurídica, susceptible de control, que pudiera controlar, mediante la autorización. El único control legal sería el propio de las **prohibiciones de ilicitud publicitaria**, que contiene la LGPub., más acorde con una libertad de *contenido ideológico* e incluso una *libertad de forma* del mensaje, que sólo precisan de los controles típicos de la legislación publicitaria.

Ahora bien, en el caso de la **Publicidad bancaria** se dan **ambas situaciones**; a saber, un tipo de publicidad caracterizada por la vigencia del principio de **libertad de contenido ideológico del mensaje** (se trata de la “ restante publicidad que realicen las entidades de crédito”, mencionada en la Norma 10.^a, párr. 2.^o, OM TITC/1989), y otro tipo de publicidad caracterizada por la vigencia del régimen de **contenido ideológico regulado**: es el caso de “la publicidad que, por cualquier medio, realicen las entidades de crédito de operaciones, servicios o productos financieros en que se haga referencia a su coste o rendimiento para el público”. Por este motivo, **aquí sí que tiene sentido un control autorizatorio**; control autorizatorio que se aplica, incluso cuando se trate de **publicidad “colgada” en Internet**, tanto si se inserte en la página-web de la entidad de crédito, como si aparece en la de un tercero que ofrece los servicios de una entidad de crédito. Y es que la contratación electrónica suele ir precedida de actividades *publicitarias* y actividades *promocionales* (a veces, no estrictamente publicitarias), y por este motivo por lo que la definición de los “**Servicios de la Sociedad de la Información**” incluye, no sólo la contratación de bienes y

servicios, sino también el mencionado **envío de comunicaciones comerciales, a través de la red (e-marketing)** ⁽¹⁹⁸⁾.

Sin embargo, precisamente el uso de **Internet** posee trascendencia, a estos efectos, porque la **Norma 9.ª, Circ. TOPC/1990**, establece que **no se considerará** publicidad, y —por este motivo— **no requerirá autorización**, “aquella que se limite a **simuladores de cálculo** en las páginas de la Entidad en Internet” y **tampoco** las “informaciones que sobre las características específicas de las operaciones figuren en las **páginas operativas** de Internet en las cuales se llevan a cabo”.

La institución que la OM TITC/1989 denomina “autorización” (que, en mi opinión, no precisa siquiera de añadir el adjetivo “administrativa”, porque es evidente que se trata de esta figura), debe ser contemplada desde una triple perspectiva: en primer término, constituye un acto administrativo que funciona como el **presupuesto genérico de la actividad publicitaria**: puesto que —en segundo lugar— este acto autorizatorio **contiene ya, de por sí y ab initio, unas intervenciones concretas en elementos de la actividad publicitaria de las entidades de crédito**, y, por fin —en tercer lugar—, constituye el presupuesto de posteriores intervenciones sobre esa misma actividad publicitaria autorizada.

Esta autorización, ¿es reglada o discrecional?: posiblemente como consecuencia, y como reafirmación y refuerzo de la Libertad de Empresa en el ámbito bancario, la Autorización para el ejercicio de la actividad publicitaria bancaria, debiera configurarse como un acto administrativo **reglado**, y no discrecional, porque en la medida en que aparece condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos en la OM TITC/1989, una vez cumplidos tales requisitos, la autorización debiera concederse siempre, pudiendo —por el contrario— ser denegada por el BE, solamente en caso de *inobservancia de cualesquiera de los requisitos exigidos* en la publicidad bancaria.

Dado que la autorización administrativa es un acto de la Administración, que se emite en el seno de un *procedimiento administrativo reglado*, el procedimiento de solicitud y concesión/denegación se regula en la **Norma 11.ª, OM TITC/1989**, desarrollada en la **Norma 9.ª, Circ. TOPC/1990**, que la configuran como un acto administrativo **rogado**, y disponen, en primer término, que la

(198) GAMBINO, A.M.: *L'Accordo telematico*, cit., p. 43. MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: “Problemática jurídica de la Publicidad en Internet”, en VV.AA.: *Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores*, coord. por G.A. Botana García, edit. “LA LEY”/MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO-INSTITUTO NACIONAL DE CONSUMO, Madrid, 2001, p. 246, quien menciona “precisamente la aparición de un nuevo medio de difusión de los mensajes publicitarios de alcance potencialmente universal, como es Internet”. MORENO NAVARRETE, M.A.: *Derecho-e...*, cit., p. 93.

solicitud será presentada —por **duplicado**— ante el **Registro General del BE**; presentación que irá seguida de la atribución de un número de orden.

La competencia para resolver sobre la autorización le corresponde al **BE**, el cual habrá de resolver “en el plazo máximo de ocho días hábiles contados a partir de la recepción de la solicitud”; transcurrido dicho plazo, se entiende que hay **silencio positivo**; cosa lógica —igualmente— porque no hay que olvidar, en ningún caso, que seguimos bajo el imperio del principio de libertad de *contenido ideológico* y de *forma* del mensaje publicitario.

La autorización tiene un carácter de *control preventivo material*, y no meramente formal, ya que la **Norma 11.^a, n.º 1, párr. 2.º, OM TITC/1989** dispone que “se otorgará previa comprobación de que la publicidad se ajusta a las normas aplicables sobre cálculo del coste o rendimiento para el público y recoge con claridad, precisión y respeto de la competencia, a las características de la oferta financiera”. En definitiva, se trata de una autorización que exige un cumplimiento minucioso de ciertos presupuestos legales, en forma de exigencias legales y reglamentarias relacionadas con las características del mensaje publicitario; más precisamente, de su contenido ideológico. Ahora bien; ¿hasta dónde llega esa imposición del contenido del mensaje publicitario? Lo digo por esa referencia a las “características de la oferta financiera”, cuyo sentido me parece dudoso: **¿Acaso quiere decirse que la Ley y las disposiciones ministeriales exigen que la publicidad tenga las características de una oferta de contrato?** Yo creo que **no**.

Como he señalado, la Norma 11.^a, n.º 1, párr. 2.º, habla, no de la “Oferta”, sin más, sino —más precisamente— de la “**oferta financiera**”, y ese adjetivo que se añade —“financiera”—, en mi opinión, sugiere que se trata de una parte del total de la oferta contractual, que es el que se refiere a los **costes financieros** de la operación a celebrar. Y la Norma 11.^a solamente se refiere a esta parte; a esta porción del total contenido de una oferta de contrato bancario, sin exigir que la publicidad sometida al procedimiento de autorización haya de mencionar siquiera la totalidad de las estipulaciones, cuya simple aceptación perfeccionase el contrato.

Por otra parte, la autorización es **reglada**: si su otorgamiento es **obligado**, cuando se cumplen los requisitos necesarios —“se otorgará previa comprobación de que la publicidad se ajusta a las normas aplicables sobre cálculo del coste o rendimiento para el público y recoge con claridad, precisión y respeto de la competencia, las características de la oferta financiera”—, su **denegación** —que, en mi opinión, también podría considerarse **obligada**, para el BE— solamente procede **en caso contrario** y “**será motivada**”; expresión que yo interpretaría en un doble sentido **material** —deben existir razones sustantivas y objetivas para denegar— y **formal**: tales razones sustantivas y objetivas **deben ser expresadas o relatadas** en la resolución denegatoria. Esta naturaleza regla-

da trae consigo otra consecuencia lógica; a saber, como hay que llevar a cabo la “previa comprobación de que la publicidad se ajusta a las normas ...”, el BE llevará a cabo una actividad de comprobación, a cuyo efecto le deben ser proporcionados elementos de convicción, y no sólo los que acompañen a la solicitud presentada, sino que —además— el BE puede **requerir informaciones adicionales que considere oportunas** (Norma 11.^a, n.º 3, OM TITC/1989).

Asimismo, las potestades del BE, en este ámbito, no se limitan a una actitud meramente de asentimiento o de denegación: también puede **requerir “modificaciones” que considere “oportunas”**, en el contenido de la publicidad cuya autorización se solicita. Lo que recuerda a cuanto sucede en materia de tarifas de comisiones y gastos repercutibles.

La autorización es, asimismo, **neutral**: superado el control de legalidad característico del procedimiento, la autorización concedida “no implicará recomendación a favor de las operaciones, productos o servicios anunciados”. Y si esto es así, no puede extrañar que, seguidamente, la Norma 11.^a, n.º 4, disponga que “(a) estos efectos, las entidades no harán referencia a dicha autorización en una forma tal que pueda inducir a error”.

El BE cuenta con una serie de instrumentos para garantizar la observancia de las normas sobre publicidad bancaria. En este sentido, la Norma 11.^a, n.º 5, OM TITC/1989 dispone que el BE “podrá requerir de las entidades la **rectificación** o el **cese** de aquella publicidad que no respete las condiciones de autorización, o que no la hubiese obtenido siendo exigible. Igualmente, (el BE) podrá ejercer las acciones a que hace referencia el Título IV de la Ley (General de Publicidad)”. A este respecto, cabe señalar que ya de conformidad con las normas del Derecho *general* de la Publicidad, la protección contra la Publicidad ilícita puede hacerse valer en vía jurisdiccional o extrajudicial. En efecto: de conformidad con el art. 25, LGPub: “1. Los **órganos administrativos competentes**, las **asociaciones de consumidores** y usuarios, las **personas** naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, **quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo** podrán **solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación** de la publicidad ilícita. 2. **La solicitud por escrito** en forma que permita tener **constancia fehaciente de su fecha, su recepción y su contenido**”.

En principio lo que el precepto contempla es la posibilidad de **hacer valer extrajudicialmente un derecho subjetivo o un interés legítimo a la cesación o rectificación de la publicidad ilícita**. Sin embargo, puede suceder que el sujeto responsable de la publicidad ilícita no se avenga a atender a las peticiones de cesación o rectificación, ocasionándose —o agravándose— un conflicto o controversia entre los interesados. Pues bien, ante una situación como ésta, los arts. 26, n.º 3, 27, n.º 4 y 28 LGPub. prevén la posibilidad de recurrir a los **Tribunales de Justicia**.

Entre los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, el **art. 24 CE** reconoce el denominado “derecho a la *Tutela Judicial efectiva*”; tutela que —deparada o administrada por los Jueces y Tribunales (**art. 117, n.º 1 CE**)— se proyecta, así sobre los “**derechos**”, como sobre los “**intereses legítimos**” de todas las personas. Y, dado que los citados preceptos no hacen distinción ni acepción de sujetos o actividades, es obvio que los agentes que participan en el proceso publicitario, en la actividad publicitaria, sea como anunciantes, agencias, medios... y destinatarios, y las propias actividades publicitarias, no pueden constituir una excepción: **también en el marco de la Publicidad Comercial privada juega el derecho a la Tutela Judicial efectiva**. Dicha tutela se articula a través de una institución jurídica que es el Proceso; entendido —a la manera en que lo configurase GUASP— como “una institución creada o establecida para la satisfacción de pretensiones”, cual queda reflejado en el **art. 5.º, apdo. 2**, de la **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**, cuando habla —luego de enumerar las diversas “clases de tutela jurisdiccional”— de que “las **pretensiones** a que se refiere el párrafo anterior se formularán **ante el tribunal** que sea **competente** y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la **decisión pretendida**”.

En cuanto tal institución, el “Proceso” judicial se configura como un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva, a la que figuran adheridas las diversas voluntades individuales. Hay, pues, dos elementos en todo proceso, como institución, la **idea objetiva o común** —que gira en torno a la **satisfacción de pretensiones**— y la **voluntad de los particulares que se adhieren**, predominando la primera, sobre esta segunda⁽¹⁹⁹⁾. Tales pretensiones —frente a las que, eventualmente, se alzan la o las “resistencias” de los demandados— dan lugar, como consecuencia de la actividad judicial, a la emanación de **resoluciones definitivas**; de “**sentencias**”, cuya eficacia no es meramente informativa o admonitoria, sino que —verdaderamente— **resultan obligatorias** para las partes (**art. 118 CE**).

Pues bien, la tutela judicial efectiva, en materia de deducción de pretensiones materiales civiles (es decir, privadas), en materia de Publicidad, queda confiada a la **jurisdicción ordinaria**, conforme previene el **art. 29 LGPub.**, a través de los trámites —en su día— del Juicio Declarativo de Menor Cuantía, aunque con determinadas peculiaridades, derivadas de las disposiciones comunitarias (**art. 30 LGPub.**) y ahora a través de los trámites del Juicio Ordinario (art. 249, núm. 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En este sentido, se ha producido un importantísimo **cambio** en la orientación de nuestro Ordenamiento jurídico publicitario, ya que —con anterioridad— esta materia estaba

(199) GUASP DELGADO/ARAGONESES ALONSO: cit., t. I, 4.ª ed., p. 36.

confiada a *un órgano administrativo* (el denominado “Jurado Central de la Publicidad”).

La acción de estos órganos y organismos, a la hora de enjuiciar la publicidad, debe apartarse del mero uso de simples criterios gramaticales y filológicos, pues “(c)uando se pretende determinar el significado de una expresión publicitaria, poca ayuda cabe esperar de las consideraciones y argumentos literales”⁽²⁰⁰⁾, siendo así que las alegaciones publicitarias gramaticalmente exactas deben considerarse inexactas, cuando la mayoría de los consumidores entienden la alegación en sentido distinto del gramatical, como ha señalado la Jurisprudencia alemana⁽²⁰¹⁾. Tampoco resulta definitiva ni concluyente la interpretación que el mensaje o alegación publicitarios tenga para el propio empresario anunciante. Ni siquiera el criterio interpretativo de los Tribunales⁽²⁰²⁾: lo determinante es **la interpretación que le dé el público de los consumidores**⁽²⁰³⁾.

Pero —además— la nueva Ley de 1988 introduce —como novedad— la denominada “**Acción de Cesación y de Rectificación de la publicidad**”, que viene regulada con gran amplitud y detenimiento en los **arts. 25 y ss. LGPub.** En trámite **previo** a la reclamación judicial, pero en el ejercicio de esta misma acción, quedan facultados “los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales y jurídicas que resulten afectadas, y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o interés legítimo”, para **solicitar por escrito, del propio Anunciante, la rectificación o el cese de la publicidad ilícita**⁽²⁰⁴⁾.

Caso de que la actitud del Anunciante, frente a esta solicitud formal, fuese **negativa**, por no atender a la misma *en el plazo de tres días*, quedará expedito el camino para la correspondiente reclamación, esta vez en vía **judicial (arts. 27 y ss. LGPub.)**, pudiendo acordar el Juez, con carácter *cautelar*, la **cesación provisional** de la publicidad (**art. 31**), o imponerla, ya con carácter *definitivo*, en la **sentencia (art. 32)**⁽²⁰⁵⁾.

Por otra parte, el otorgamiento de la autorización de la publicidad financiera-bancaria que incluya costes o rendimientos para el cliente, en cierto sentido, representa otra manifestación más del modo actual de concebir las técnicas

(200) FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.: “La interpretación jurídica...”, cit., p. 73.

(201) FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.: “La interpretación jurídica...”, cit., p. 73.

(202) FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.: “La interpretación jurídica...”, cit., p. 74.

(203) FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.: “La interpretación jurídica...”, cit., p. 74.

(204) URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24.^a ed., p. 78.

(205) URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24.^a ed., p. 78.

autorizatorias: entre los iusadministrativistas clásicos (MAYER, RANELLETI), la Autorización se caracterizaba por ser algo *puntual* y *episódico*; una medida que incidía sobre la esfera de los derechos del particular en un momento muy preciso, para ir *seguida de una notoria inhibición posterior*, por parte de la Administración otorgante, ya fuera considerada como un acto administrativo que levanta prohibiciones previamente establecidas por una norma de policía (MAYER), o bien se la considerase como la remoción de los límites a los que se encontraba sometido el ejercicio de un derecho subjetivo preexistente (RANELLETTI). Frente a esta figura clásica de la Autorización, se alzaría otra institución de considerable importancia: la “*Concesión administrativa*”, que presupone la existencia de un derecho que *pertenece a la Administración* [las concesiones o bien versan sobre dominio público (concesiones demaniales) o bien sobre la gestión de servicios públicos] la cual decide *ceder el ejercicio de ese derecho* al concesionario, pero adquiriendo, en contrapartida, la potestad de *controlar y fiscalizar toda la actividad del mismo*, para comprobar su buen ejercicio.

Ahora bien, la autorización de la publicidad de las entidades de crédito no se limita al efecto inmediato de permitir el ejercicio de su actividad, sino que *genera una relación constante o estable entre la Administración autorizante y la entidad autorizada*, que no existía en la “autorización” tradicional, donde el posible control posterior —cuando existía— tenía un sentido meramente negativo: impedir que la actividad autorizada pudiera devenir contraria al interés general. En la autorización que ahora se analiza, la Administración —el BE— *no se limita a realizar un juicio de valor en un momento concreto, sino que la tutela del interés público se prolonga sobre el ejercicio que el particular haga de la autorización*, instrumentando potestades que mantengan su incidencia sobre dicho ejercicio, condicionándolo. Así, existe la **potestad de revocación**: “(s)i se produjeran **hechos o circunstancias que pudieran suponer un cambio en la operación a que se refiere la publicidad** autorizada, deberán comunicarse tales alteraciones al Banco de España, que podrá, de forma motivada, revocar la autorización concedida” (**Norma 12.^a, OM TITC/1989**). La revocación también procede “cuando lleguen a conocimiento del Banco de España **nuevos elementos de juicio que alteren sustancialmente las bases sobre las que se concedió dicha autorización**”.

La **Norma 13.^a, OM TITC/1989**, se ocupa de los supuestos en que los servicios bancarios presentados en la publicidad incluyen algunos que habrán de ser **prestados por una entidad distinta de la anunciante**, en cuyo caso —por exigencias del principio de **veracidad**—, se impone que “**la publicidad..., deberá contener mención expresa de la Entidad que preste cada servicio**”. En tales casos, también cabe la posibilidad de que la publicidad de alguno de tales “servicios u operaciones prestados por Entidad distinta de la de crédito” se halle, a su vez, “sujeta ... a control administrativo”. Pues bien, en este caso, la Norma 13.^a dispone que “la autorización que el Banco de España

otorgue no eximirá del cumplimiento de los requisitos establecidos por el organismo de control de dicha Entidad”.

En ocasiones, la Norma 13.^a confía el problema al **autocontrol** ejercido por la propia **Entidad de crédito anunciante**: “En los casos en los que no se necesite autorización del Banco de España, la propia Entidad de crédito velará por que la oferta de la operación o servicio a realizar por Entidad que no sea de crédito, pero que se englobe en la publicidad de aquélla, cumpla los requisitos establecidos, en su caso, por el organismo de control de ésta”.

Por fin, la Norma 13.^a se ocupa de la “publicidad realizada por una Empresa que no sea Entidad de crédito pero que oferte, directa o indirectamente, los servicios u operaciones de una Entidad de financiación o de cualquier otra Entidad de crédito, **deberá indicar con claridad la Entidad de crédito cuyos servicios se ofrezcan, debiendo tramitarse por ésta, cuando proceda de acuerdo con el número 10.^o, la autorización** prevista en esta Orden”.

El BE aparece —además— dotado o revestido de **legitimación procesal**, para hacer valer las normas, ya que la Norma 11.^a le reconocía la posibilidad de “ejercer las acciones a que hace referencia el Título IV de la Ley (General de Publicidad)”.

V. POTESTAD SANCIONADORA-DISCIPLINARIA EN MATERIA DE COMISIONES BANCARIAS Y PUBLICIDAD DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Si ordenar una materia es, ante todo, *prevenir*, toda ordenación necesita, asimismo, un *cierre* para que quede asegurada la efectividad de las normas sectoriales, lo que —a su vez— depende de la existencia de unas facultades coercitivas en manos de las Autoridades supervisoras, cuyo desarrollo se hará a través de un adecuado régimen sancionador⁽²⁰⁶⁾. Pues bien, las potestades inspectoras y de policía que el BE despliega sobre los sujetos sometidos a su supervisión y control, en materia de publicidad bancaria, deben entenderse completadas con un sistema sancionador⁽²⁰⁷⁾, que no es otro que el que viene regulado en la LDIEC n.º 29/1988, para satisfacer —de este modo— las exigencias del Principio de Legalidad, y como manifestación del poder sancionador de

(206) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “El Ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis”, en VV.AA.: *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito*, 1.^a ed., dir. por FERNÁNDEZ, T.R., Madrid, 1989, p. 18.

(207) La estrecha conexión entre Policía administrativa y Potestad Sancionadora, la señala NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo sancionador*, edit., TECNOS, SA (GRUPO ANAYA), 3.^a ed. ampliada, Madrid, 2002, pp. 21 y ss.

las Administraciones públicas, del que con tan extraordinaria frecuencia recurren, incluso en ámbitos donde la misión de aquéllas se reduce a supervisar o tutelar el orden social general⁽²⁰⁸⁾.

Así, reconoce la EM/LDIEC que la eficacia de las normas bancarias depende de la existencia de unas facultades coercitivas en manos de las Autoridades supervisoras, cuyo desarrollo, a través de un adecuado régimen sancionador. Y, como quiera que el conjunto de las entidades de crédito y la Autoridad administrativa rectora viene a configurarse como un verdadero Ordenamiento sectorial, que conforma todo un entramado de relaciones internas, horizontales y verticales, y que externamente aparece revestido de una cierta unitariedad, cabe concluir que las sanciones en materia bancaria son sanciones disciplinarias y que se caracterizan por un sentido eminentemente autoprotector. Esta “auto-protección” se refiere, no sólo a la Administración rectora, sino también a la organización singular que, con ella, forman el resto de las entidades de crédito; cuyas entidades también están interesadas en el buen funcionamiento del sistema, en la medida en que todas ellas sufren y pagan las consecuencias de cualquier ruptura de la disciplina bancaria.

La potestad disciplinaria se configura como una subespecie de la potestad sancionadora, y presenta una cierta especialidad cualitativa, en la medida en que, desarrollada sobre las entidades de crédito, el funcionamiento de éstas sería imposible al margen de la Administración, y —por otra parte— esta última tampoco podría desarrollar su política financiera y monetaria, sin la estrecha colaboración de aquéllas. Esta especialidad se traduce en varias consecuencias: en primer lugar, la exclusión (art. 2.º LDIEC) del principio *ne bis in idem* (no puede ser sancionado o castigado más de una vez por el mismo hecho). En efecto, aun cuando nuestro Tribunal Constitucional (STC de 30 de enero de 1981) había afirmado que este principio se debe considerar incluido dentro del Principio de legalidad (art. 25 CE), en la LDIEC se dispone, expresamente, que “(e)l ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la presente Ley (es decir, en la propia LDIEC) será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal”.

Pues bien, las OOMM que he analizado, en materia de tarifas de comisiones bancarias, condiciones de los préstamos hipotecarios y publicidad de las entidades de crédito, contienen reiteradas referencias a la **responsabilidad administrativa-disciplinaria** de quienes incumplan sus mandatos. Así, el **art. 2.º, OM TrPh/1994**, bajo el título “**naturaleza de la presente Orden**”, dispone que “(e)l incumplimiento por las entidades de crédito de las obligaciones

(208) SUAY RINCÓN, J.: *Sanciones administrativas*, edit. PUBLICACIONES DEL REAL COLEGIO DE ESPAÑA, Bolonia, 1989, pp. 19 y ss.

establecidas en esta Orden podrá ser sancionado de acuerdo con lo previsto en la (LDIEC)”, añadiéndose —acto seguido— que “(l)o establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la (LGDCU), así como en las demás Leyes que resulten de aplicación”.

“(L)o previsto en la (LDIEC)” se refiere a los **arts. 1.º al 27** de dicha Ley, que comienza estableciendo que “(l)as entidades de crédito, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas, que infrinjan las normas de ordenación y disciplina incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en el presente título. Dicha responsabilidad alcanzará igualmente a las personas físicas o jurídicas que posean una participación significativa según lo previsto en el Título VI..., y a aquellas que, teniendo nacionalidad española, controlen una entidad de crédito de otro Estado miembro de la Comunidad Europea. La responsabilidad también alcanzará a quienes ostenten cargos de administración o dirección en las entidades responsables”.

Por tanto, se trata de una responsabilidad **por infracción de normas** de ordenación y disciplina, entendiéndose por tales “las leyes y disposiciones administrativas que contengan **preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito y de obligada observancia para las mismas**”. Esto incluye “tanto las aprobadas por el Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas competencias en la materia, como las circulares aprobadas por el Banco de España...”. Por consiguiente, está claro que las infracciones a la OM TITC/1989, a la OM PrH./1994 o a la Circ. TOPC/1990 determinarán esta responsabilidad.

Pero la citada responsabilidad es especial, porque en este ámbito **no rige el principio *ne bis in idem***, toda vez que el **art. 2.º, LDIEC**, dispone que “(e)l ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la (propia LDIEC) será independiente de la concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal...”, aunque se reconoce una cierta **prejudicialidad penal**, si bien cuando se reanude el expediente “la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento”: “**de los hechos**” —dice—, que no de los razonamientos jurídicos, precisamente porque estamos ante un supuesto —que algunos se empeñan en explicar, recurriendo a las relaciones especiales de sujeción— en el que no rige el *ne bis in idem*.

El BE aparece —además— dotado o revestido de **legitimación** en materia de **exigencia de “responsabilidades ... por omisión o inexactitud de los datos aportados”**. Mas, ¿de qué “responsabilidades” se trata? Ciertamente, deberá tratarse de responsabilidades **administrativas**; las responsabilidades que se depuran en el marco del ejercicio de la **potestad sancionadora-disciplinaria**, que —a su vez— se canaliza a través de un **procedimiento** administrativo (el Procedimiento sancionador o disciplinario). Pero, ¿y las **responsabilidades civil y penal**?

CRÓNICA

A VUELTAS CON LA INDEPENDENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

MERCEDES FUERTES

*Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de León*

SUMARIO

- I. PUNTO DE PARTIDA.
 - II. PROPUESTAS DISCUTIBLES.
 - 1. **Designación de altos cargos.**
 - 2. **El presupuesto económico.**
 - 3. **Acuerdos ejecutivos.**
 - III. ¿DE QUÉ INDEPENDENCIA HABLAMOS?
 - IV. OTRAS CONSIDERACIONES.
-

La Comisión Nacional del Mercado de Valores está en un primer plano. Sucesivas informaciones han incrementado la atención sobre este organismo supervisor. La lente de aumento de los medios de comunicación ha impulsado el seguimiento de noticias y de operaciones bursátiles, ha estimulado la publicación de opiniones e, incluso, la realización de encuestas. Todo ello parece haber generado la necesidad de abrir un debate sobre su estatuto jurídico y se ha anunciado un nuevo proyecto legislativo de reforma del mercado de valores. Buenos son los debates si realmente hay discusiones constructivas, si se realizan con objetividad y rigor profesional y no repitiendo de manera inconsciente manidos vocablos aparentemente sanadores, como la mayor eficacia, la mejor

eficiencia, la modernidad y el progreso. Buenos son los análisis cuando, como es el caso, la Comisión Nacional del Mercado de Valores pronto cumplirá veinte años y son muchas las experiencias vividas y se puede tomar nota de algunas lecciones. Incluso, hasta algunas veces las reformas normativas no resultan perturbadoras.

Con la serenidad del espacio que ofrece una Revista de prestigio, con la distancia que propician el estudio, las lecturas y la curiosidad por la actuación de este organismo supervisor, y con la libertad que otorga no haber recibido ningún encargo remunerado para justificar una propuesta interesada, me propongo ofrecer algunas consideraciones sobre las cuestiones que están ahora sobre la mesa del debate, en concreto sobre la necesidad o no de más independencia para este organismo público. Asunto éste de interés, que reclama una especial atención porque adentrarse ahora en su situación es reflexionar también sobre parte de la estructura del Estado actual.

I. PUNTO DE PARTIDA

Son muchos los argumentos para defender la conveniencia de un específico organismo público que supervise los mercados de valores. Resultaría ocioso recordar cuáles fueron las trágicas causas que condujeron a la aprobación de las leyes americanas con el fin de crear la famosa *Securities and Exchange Commission*, una agencia gubernamental que facilitara información suficiente de los mercados de valores y supervisara a sus principales protagonistas. Desde entonces se abunda en la convicción de que es necesario asegurar la confianza de los inversores. La buena marcha de los mercados de valores, su desarrollo y eficacia depende de su actitud: que consideren que los precios se forman de manera adecuada, sin maquinaciones, estafas o abusos; que sus decisiones inversoras derivan de una información suficiente y, sobre todo, sin desconocer otras noticias o datos que hubieran movido la aguja de la brújula inversora hacia otras preferencias. En los mercados se repite con insistencia que la acción de más valor es la información y que los precios sólo se forman bien si hay transparencia.

Estas y otras consideraciones saltaron el océano, de tal modo que en muchos Estados europeos es el poder público el responsable de la supervisión económica y, además, imitando el ejemplo americano, se ha confiado el ejercicio de esta función a un específico organismo público. Frente a la alternativa de que sea el propio mercado el que establezca sus reglas, que sean las propias sociedades inversoras las que lo organicen y gestionen, frente a la autorregulación, está en el ánimo de esta otra opción a favor de la intervención pública poner cierta distancia entre el parqué y las influencias empresariales o las tensiones económicas; preferir un árbitro público que salvaguarde la adecuada

aplicación de las reglas de juego, que facilite información suficiente, que controle las actuaciones de los principales protagonistas, que sancione los abusos, etc. Son conocidos ejemplos de estos especiales organismos públicos supervisores la CONSOB italiana, la Autoridad de los mercados financieros francesa o la Comisión del Mercado de Valores portuguesa.

También en España se decidió, hace ya casi veinte años, como acabo de recordar, establecer un organismo público como específico supervisor de los mercados de valores. Siguiendo el ejemplo americano de la agencia gubernamental se creó la Comisión Nacional del Mercado de Valores, ente público con un estatuto singular. Mucho se escribió (escribimos) analizando su naturaleza y régimen jurídico. Dotar de personalidad a una función administrativa ha sido una técnica tradicional de organización pública, que no causaba mayor sorpresa. En la historia administrativa se han sucedido establecimientos, fundaciones, organismos autónomos, entidades empresariales, agencias y otras modalidades de entes públicos, que siempre han gozado de una personalidad propia. Sin embargo, cuando se creó la Comisión Nacional del Mercado de Valores se dejó de lado la posibilidad de calificar a esta nueva criatura como un mero organismo autónomo, esto es, una modalidad organizativa que, dotada de personalidad jurídica para la consecución de un acotado fin público, y con personal y patrimonio propio para el ejercicio de las funciones encomendadas, mantuviera una vinculación de dependencia jerárquica con el Ministerio de Economía. Hubiera sido una opción plausible. Sin embargo, se pretendía crear un ente de Derecho público con un estatuto especial. Existían ya algunos que presumían de ese régimen singular en el concierto de entes públicos. Pero, entre todos, se miraba el ejemplo del Banco de España, un ente con una relevante autonomía de gestión, “una autoridad independiente”, se atrevía a decir.

Fundados estudios sobre bancos centrales habían insistido en la imprescindible separación de estas instituciones del respectivo Gobierno de la Nación. Desde distintos ámbitos se subrayaban las ventajas de promover la autonomía de los bancos nacionales frente a los riesgos que generaba la vinculación de estos organismos a la dirección política. Se pusieron sobre la mesa los resultados que comparaban, atendiendo al régimen jurídico que seguían los bancos centrales, el desarrollo económico y la evolución de la inflación en distintos países. Y estas situaciones se miraban de reojo en el proceso de reforma del mercado de valores español. Claro que todavía se estaba gestando el estatuto de autonomía del Banco de España, proceso que se cerraría algunos años más tarde y, sobre todo, se empezaban a subir los primeros peldaños que conducirían a la integración de la política monetaria de la entonces Comunidad Europea. Pero el supervisor del mercado crediticio era una buena muestra para el nuevo ente supervisor del mercado de valores.

Fueron de manera esencial estos ejemplos, la agencia americana y el estatuto de autonomía del supervisor bancario, los espejos en los que quería mirarse la nueva Comisión Nacional del Mercado de Valores: un organismo público, que no estuviera insertado de manera rígida en la estructura jerárquica de la Administración del Estado, sino que se le reconociera autonomía del Gobierno para el ejercicio de sus funciones.

Así, la Ley del Mercado de Valores atribuyó, a mi juicio, una suficiente autonomía a este organismo supervisor. Repasemos de manera breve con su enunciado las importantes potestades públicas de que disfruta. Puede aprobar disposiciones generales, las conocidas Circulares, sobre cuestiones de ordenación de los mercados de valores y dentro lógicamente del ámbito que habilite el Gobierno. Una potestad pública realmente notable y que debe encuadrarse en un estricto marco jurídico de garantías para que no se cuestione la estructura básica del Estado constitucional; pues es el Gobierno el titular de la potestad reglamentaria y sólo de manera excepcional pueden ejercitar esta potestad otros órganos tras la necesaria habilitación. Otra relevante potestad es la que permite decidir, de manera ejecutiva, sobre la mayoría de los aspectos que interesan al mercado: autorizar algunos acuerdos de las sociedades rectoras de las bolsas y de las sociedades de servicios de inversión, autorizar operaciones especiales de ofertas y ventas de valores, suspender o excluir valores de la negociación, etc. Pero, sobre todo, tiene reconocidas importantes facultades para requerir datos y noticias de los inversores, sociedades cotizadas, gestores, una amplia supervisión sobre la actividad de los principales agentes del mercado y, así, ordenar registros administrativos para facilitar esa información que, como ya he recordado, es el motor del desenvolvimiento de los mercados. En fin, tiene reconocido el ejercicio de la potestad sancionadora que trata de cercar el campo acotado de las correctas actuaciones inversoras, para que las conductas que se salten esos límites sean corregidas y reprobadas. Es cierto que, en algunos procedimientos, el acuerdo decisorio debe adoptarlo el Ministro. Pero se trata de concretas situaciones y, como trataré de argumentar más abajo, no inciden de manera especial en el reconocimiento de la autonomía de gestión.

Manifestaciones todas ellas que constituyen claros ejemplos de una auténtica “autonomía de actuación”, ya que la mayoría de los acuerdos y actuaciones se realizan por la propia Comisión, siendo los menos aquellos que necesitan una ratificación del Ministro o su control a través de un procedimiento de recurso administrativo. La Comisión actúa y asume la responsabilidad de la gestión supervisora de los mercados como la autoridad administrativa competente en esta materia. Para garantizar esta autonomía se confió en el específico estatuto jurídico que se otorgó a los cargos directivos.

Y es que el órgano principal de la Comisión es su Consejo. A él se atribuyen las principales decisiones que inciden en los mercados, además de tener las

facultades para establecer su organización y las reglas de funcionamiento. Este Consejo se integra por un Presidente, un Vicepresidente, dos Consejeros natos (el Director general del Tesoro y Política Financiera y el Subgobernador del Banco de España) y tres Consejeros electos, asistidos por un Secretario. En la definición del estatuto jurídico de los cargos de designación es donde se asienta el baluarte para que la Comisión desempeñe con “autonomía” sus funciones.

Porque, y en primer lugar, esa autonomía de actuación se apoya en que se trata de personas “competentes”, auténticos especialistas en este ámbito económico, buenos conocedores de los mercados de valores, cuya trayectoria ofrece una incontestable honorabilidad y profesionalidad. El reconocimiento de esta competencia profesional justifica la atribución de las facultades para adoptar acuerdos tan relevantes en ámbitos como la dirección, gestión, supervisión y control de los mercados. Es esta capacitación, sus conocimientos y experiencia, su honorabilidad y profesionalidad lo que determina la naturaleza especial de la Comisión. Competencia y profesionalidad que no deben quedar afectadas por que el nombramiento derive del Gobierno, en el caso del Presidente y del Vicepresidente, o del Ministro de Economía, con relación a los tres consejeros electos. Sobre esto volveré *infra*, porque una de las cuestiones que está ahora mismo sobre la mesa del debate es la modificación o no del procedimiento de designación de estos cargos directivos. Adelanto ya mi posición: la nominación gubernamental es un elemento que no debe incidir en la actuación autónoma de la Comisión. La decisión del Gobierno es el cauce lógico para legitimar a este organismo dentro de la Administración española, pero tras el nombramiento se rompe el cordón umbilical y no debe existir ninguna relación de jerárquica dependencia de estos cargos directivos con el Gobierno. Sus conocimientos, profesionalidad y honorabilidad serán, como digo, las fuentes nutritivas que guíen sus decisiones, sin que deban recibir ni instrucciones ni indicaciones del Ministerio, por muy ilustrativas que éstas pretendan ser. Una cosa es la información y el conocimiento de datos o proyectos del Gobierno y otra muy distinta la dirección o revisión de las actuaciones de la Comisión. Y para que esto fuera así, en segundo lugar, la Ley del Mercado de Valores estableció en el estatuto de esos cargos la garantía de su inamovilidad.

Es conocido que entre las principales conquistas en la formación del régimen jurídico de la función pública ha de situarse el derecho al cargo y su inamovilidad. Frente a las libres designaciones que promovían los políticos liberales del siglo XIX y que originaban avalanchas de cesantías con los cambios de Gobierno (tan bien contadas por los grandes novelistas), el reconocimiento de un derecho a la inamovilidad en la función pública permitió garantizar un *status* de cierta estabilidad entre los funcionarios. Sin el temor de verse perjudicados como consecuencia de las decisiones que adoptaran, sin la amenaza de un cambio, una pérdida de derechos, una reducción de las retribuciones o un cese por su actuación, podían los funcionarios ejercer sus competencias apoyados en

sus conocimientos y saberes, sin interferencias ni temores ni amenazas, y así garantizar la deseada neutralidad, objetividad e imparcialidad que debe caracterizar el buen ejercicio de las funciones públicas.

Pues bien, en este importante elemento, la inamovilidad, es en el que se confía para garantizar la autonomía de la Comisión. Se atribuye al nombramiento de los miembros electos del Consejo el carácter inamovible para que puedan actuar en todo momento según su leal saber y entender sin atender instrucciones, indicaciones, advertencias u otros condicionantes del Gobierno. Sin temer que una decisión pueda originarles una alteración en el desempeño de sus funciones y en su posición. Sólo ante situaciones que son excepcionales, fuera realmente de lo ordinario, puede el Gobierno de la Nación cesar a estos miembros electos. La Ley del Mercado de Valores permite la separación ante la declaración de incapacidad permanente, una incompatibilidad sobrevenida, la condena por delito doloso y cuando considere que se ha incumplido de manera grave con las obligaciones contraídas. En las tres primeras causas de cese el presupuesto de hecho le viene dado al Gobierno, por lo que su decisión será un acuerdo reglado; la última, esto es, la consideración de que un miembro electo del Consejo de la Comisión haya incumplido de manera grave sus obligaciones, ofrece un ámbito de ponderación que deberá valorarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta que, al tratarse de una medida excepcional, se impone una interpretación estricta a la hora de analizar el incumplimiento, su gravedad, su impacto y las demás circunstancias concurrentes. En principio, éste es el único matiz que modela el derecho al cargo y la inamovilidad de los Consejeros electos. Matiz que, a mi juicio, no disminuye ni afecta a su necesaria independencia. La inamovilidad es el *status* general pero no debe ser absoluto y ciego ante las vicisitudes que puedan aparecer. De ahí la razonable previsión del reconocimiento al Gobierno de una escueta facultad de separación ante situaciones excepcionales.

La inamovilidad ante el Gobierno es un elemento esencial, pero no suficiente, porque los riesgos que enfrentan la independencia de criterio pueden derivar de otras fuentes. Sería una muestra de ingenuidad atribuir sólo al Gobierno la capacidad de influir en la Comisión y desconocer que existen otras fuerzas y presiones que pueden afectar igualmente a la independencia y responsabilidad de estos altos cargos. Aquí se entra ya en otros terrenos, ajenos a las escuetas previsiones normativas o a las reglas que fijan las relaciones entre las administraciones y sus órganos. Terrenos movedizos y resbaladizos, fruto de las tensiones sociales, de los poderes económicos y que resultan algo escusado para las leyes, pues corresponde al ámbito interno de las personas, de su honorabilidad, el no dejarse atraer o influir por unos u otros agentes. Sin embargo, no hay que desconocer que uno de los principales problemas de los organismos supervisores y de los entes reguladores deriva de las permanentes relaciones que tienen con las empresas objeto de supervisión. Empresas realmente poderosas y

que disponen de muchos medios para influir o, incluso, imponer su criterio ante una Administración con menos medios.

Sin ignorar esas otras posibles presiones externas, hay que reconocer que es la inamovilidad de los miembros electos el quicio en el que se asienta todo el funcionamiento profesional de la Comisión. Pero también los miembros natos del Consejo juegan un importante papel, y sobre ellos conviene hacer unas precisiones.

El Consejo se integra como hemos visto por siete miembros con derecho a voto y son cinco los específicamente designados como altos cargos propios de la Comisión con su protectora situación de inamovilidad. Los otros dos miembros natos son: el Subgobernador del Banco de España y el Director general del Tesoro y Política Financiera. El Subgobernador tiene también un estatuto jurídico singular, que le garantiza la autonomía frente al Gobierno de la Nación, ya que goza del derecho al cargo desde su nombramiento legal sin posibilidad de ser cesado salvo que concurren las circunstancias excepcionales ya citadas (incapacidad permanente, incompatibilidad sobrevenida, incumplimiento grave de sus funciones o procesamiento por delito doloso). En consecuencia, siguiendo la lógica del legislador que confía en la inamovilidad para actuar con autonomía, también el Subgobernador garantiza la autonomía de la Comisión. No tiene por qué atender a instrucciones del Gobierno. Por lo que respecta al Director general, es cierto que su condición de alto cargo hace que esté integrado en la estructura jerárquica de la Administración y que, en consecuencia, mantenga una clara dependencia del Ministro de Economía. Esto significa que ejerce su función como vocal en el Consejo de la Comisión conociendo la política y gestión que se lleva en ese Departamento. No es un vocal ciertamente “independiente” del Gobierno; ni su cargo es inamovible, porque puede ser cesado por el Gobierno a propuesta del Ministro, ni, sobre todo, puede considerarse desvinculado y autónomo de la política del Gobierno en la que se integra. Pero esta dependencia del Gobierno no puede llevar a reducir su papel en el Consejo de la Comisión, a privarle del derecho de voto, como se apunta desde algunos sectores, para mantener inmaculada de influencias gubernamentales la decisión de la Comisión del mercado de valores. La integración de la opinión de este Director general en los acuerdos del Consejo es adecuada porque: a) satisface la competencia profesional, ya que debe tener unos específicos conocimientos de política financiera; b) puede ilustrar las decisiones de la Comisión, por el conocimiento de la política del Gobierno, lo que puede dar coherencia a algunas medidas o, al menos, evitar disonancias, incongruencias o conflictos; c) su participación debe hacerse con el exquisito respeto, como repite la Ley en varias ocasiones, al ámbito propio de autonomía de la Comisión. Es decir, no podrá introducir en el debate de la sesión argumentos que no estén directamente vinculados con el buen desenvolvimiento del mercado de valores. Razones de política social, fiscal, medidas de interés general no pueden esgrimirse. Los

acuerdos de la Comisión son sobre el mercado de valores y aplicando de manera estricta el ordenamiento sectorial y los principios que lo informan, sin tener en cuenta otras políticas públicas. Un elemental ejemplo: si el Consejo ha de considerar la imposición de una sanción a una sociedad de inversión deberá tener en cuenta las pruebas sobre la comisión de la infracción y las circunstancias concurrentes, no que pueda originar un gran despido de trabajadores; del mismo modo que se ha de estudiar la autorización de una oferta pública de adquisición de valores deberá analizar los requisitos establecidos legalmente para proteger a los inversores, pero no podrá entrar la Comisión a analizar los efectos en la concentración económica o la competencia mercantil. Eso corresponde a otros órganos administrativos.

Otra puntualización conviene realizar. El Consejo de la Comisión es el órgano principal, pero muchos asuntos se pueden decidir por otros órganos. La Comisión ejecutiva, que se integra sólo por los miembros electos, puede conducir la mayoría de las actuaciones de supervisión. En virtud de oportunas delegaciones, otros acuerdos se adoptan por el Presidente o el Vicepresidente. Quedan reservadas al Consejo como materias indelegables en la Ley del Mercado de Valores: a) la aprobación de circulares, por su relevante trascendencia; b) la aprobación del reglamento interno que establece la estructura, órganos y régimen de funcionamiento de la Comisión; c) el anteproyecto de presupuestos que debe elevarse al Ministerio; d) la presentación de las cuentas anuales, y e) aquellos otros en que así lo disponga expresamente la Ley. Asuntos todos ellos, como se advierte, de gran calado (circulares, organización general, presupuesto, cuentas) por lo que puede decirse, *a contrario sensu*, que la mayoría de las actuaciones de supervisión que se proyectan sobre el mercado o las sociedades de inversión pueden adoptarse por los miembros electos.

Este es, muy resumido, el sistema que ha regido durante casi veinte años para supervisar los mercados de valores: la confianza en un organismo público específico que actuara con autonomía del Gobierno, para lo que se le dotaba de un estatuto especial. Los singulares poderes administrativos que se le atribuyen y su autonomía de gestión y decisión descansan en la convicción de que sus cargos directivos son reconocidos profesionales de prestigio, que pueden actuar con imparcialidad porque tienen garantizada su situación. Su nombramiento es inamovible, sin que puedan ser destituidos por el Gobierno.

La Ley del Mercado de Valores confió en este estatuto específico de los altos cargos electos. Su singular condición parece presumir que beneficia al resto de las personas que trabajan en la Comisión, que se traslada de manera natural como vasos comunicantes a todo el mundo, porque es muy parca la Ley con relación a las previsiones sobre el personal de la Comisión. Siguiendo con la ofuscada obsesión de descartar un régimen funcional en los organismos públicos que tienen un singular estatuto, impone la Ley la vinculación de este

personal al régimen privado laboral. Al menos recoge las garantías constitucionales de que los procedimientos de ingreso deban respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad. Pero sobre estas cuestiones volveré más abajo. Hasta aquí el recordatorio sobre el punto de partida para conocer el ámbito de esa preciada “autonomía”: su origen y por qué y su apoyo en el estatuto de los altos cargos electos que rigen el destino de la Comisión.

II. PROPUESTAS DISCUTIBLES

1. Designación de altos cargos

Este conocido marco puede ser alterado si se aprueban las propuestas que circulan. De manera intermitente pero recurrente, diferentes partidos políticos en distintas ocasiones han aludido a la necesidad de modificar el procedimiento de designación de los altos cargos electos de este organismo supervisor de los mercados de valores. Se ha incluido en programas electorales, se ha defendido por distintos líderes en comparecencias públicas e, incluso, hay alguna moción aprobada por el Congreso de los Diputados que alude a la conveniencia de que los cargos electos sean designados por el Parlamento tras una comparecencia de los candidatos propuestos por el Gobierno. Los defensores de este sistema insisten en el aparente atractivo de la mayor legitimación que darían las cámaras representativas a los cargos electos. Se dice que el Presidente y el Vicepresidente de la Comisión estarían investidos por un resplandeciente halo mágico que otorga el Parlamento; encarnarían la cromática voluntad popular frente al uniforme monocolor del Gobierno de turno; junto a otros peregrinos argumentos que tratan de loar las bondades de la designación parlamentaria frente a la actuación del Gobierno de la Nación.

A mi juicio, estas simples frases adolecen de cierta confusión sobre el reparto de papeles constitucionales y de una ofuscada obsesión por atraer nuevos asuntos al conflicto entre los partidos políticos. Con relación a lo primero, parece preferible —para mantener el armazón del esqueleto constitucional— que la entera actuación de la Administración tenga una vinculación con el Gobierno de la Nación. Nadie pone en duda la trascendencia de las funciones constitucionales de las Cámaras, pero conviene mantener su esencia y no confundir las competencias de designación que tienen sobre la composición de otros órganos constitucionales con las facultades de control sobre organismos públicos, por muy especial que sea su régimen jurídico o por muy trascendentes que sean sus funciones para el desarrollo económico. El poder ejecutivo ha de configurarse con una aparente unidad, sin que se multipliquen piezas singulares algo desencajadas del sistema. Si con la vacua disculpa de la legitimidad parlamentaria se separan y fragmentan sectores de actuación pública: primero entes

reguladores de valores, energía, comunicaciones... luego agencias de investigación o estudio... más tarde otros organismos ¿dónde queda la configuración del Gobierno como director de la Administración? Multiplicar piezas individuales y separadas conduce a incrementar la complejidad de las relaciones entre los órganos públicos, a facilitar el enredo y la confusión, a un mayor coste y riesgo de la eficacia de actuación administrativa y, sobre todo, a rodear de penumbra la responsabilidad política. Además, con la introducción de una vinculación parlamentaria en un órgano administrativo los conflictos políticos estarían garantizados. Permitiría tener un constante argumento de enfrentamiento con los acuerdos adoptados por la Comisión del Mercado de Valores. Con este cambio se abre la pregunta de la vinculación de los altos cargos de la Comisión con los partidos políticos ¿Por qué introducir un elemento tan perturbador?

Y es que el cambio de nombramiento debe rechazarse, y esta es la segunda idea anunciada, sobre todo por razones prácticas. Hace falta estar muy ciego para no advertir que las votaciones parlamentarias reflejan el acuerdo negociado entre los portavoces parlamentarios de los grupos políticos o la propuesta señalada por el secretario general del correspondiente partido. En la actualidad llevar un asunto de administración al Parlamento implica su inclusión en el gran saco de la negociación política, su vinculación a otros para conseguir avenencias y componendas, a pactos y transacciones, a repartos de cuotas, representaciones y poderes y, muy probablemente, a reducir el debate necesario a elegir entre unos pocos nombres que de manera continua se repiten por su mayor cercanía con el partido, esto es, a profesionales que continuamente les cortejan para obtener sucesivas canonjías.

A mi entender, la designación parlamentaria politizaría de manera nociva la designación de estos altos cargos, que se verían envueltos en el huracán de la contienda política que poco tiene que ver con sus saberes, experiencia y competencia en el mercado financiero. Todo ello conduciría a la búsqueda de profesionales cortesanos. Pero el riesgo no quedaría en la vorágine de la negociación política, que no es baladí; mayor peligro supondría la relación de esos altos cargos de la Comisión con los partidos políticos que hubieran promovido la votación. Una dependencia que, además, estaría tiznada por el simple maniqueísmo, sin opción a matices, que impera en el debate político. La designación tras la votación parlamentaria podría perseguir toda la actuación del miembro electo: si tuvo más o menos votos, si se unieron tales o cuales partidos... Una sombra de influencia política que sería muy perturbadora para el cotidiano y tranquilo funcionamiento que requiere la Comisión Nacional del Mercado de Valores, así como para mantener su prestigio. Pero hay más: y si los elegidos pierden la confianza del Parlamento ¿se admitiría su inamovilidad durante todo su mandato? ¿Entenderían los ciudadanos que los responsables de un organismo público no tuvieran el respaldo parlamentario? Y así podría seguir multiplicando interrogantes.

En fin, puede cuestionarse que este aparente leve cambio en el procedimiento de designación originara alguna mejora en el funcionamiento de la Comisión, pero lo que no puede ponerse en duda es la cantidad innumerable de problemas jurídicos que originaría.

Mi postura es, pues, contraria a modificar el sistema de designación de los cargos electos del organismo supervisor de los mercados si se mantiene la opción de que su órgano máximo sea colegiado. Por el contrario, sí sería plausible, a mi juicio, cambiar este esquema y suprimir el Consejo para atribuir al Presidente de la Comisión la máxima responsabilidad. No le faltarían informes, asistencias ni otras ayudas de especialistas y técnicos de ese organismo. Pero no tendría por qué debatir, ni “someter a votación”, ni atender votos particulares en decisiones relevantes. Son suficientemente conocidas las desventajas de los órganos polisinodiales, de ahí que, a mi juicio, sí resultaría un debate interesante el de discutir la estructura de la Comisión. Aunque, en verdad, esto es pensar en lo escusado, pues desaparecerían altos cargos de libre designación y buena remuneración. Lo que es contrario a los intereses de los partidos políticos.

En consecuencia, creo que no se debe alterar el modo de nombramiento de los cargos de la Comisión y que fueran las Cámaras parlamentarias las que votaran estas designaciones. No me gustaría que los presidentes o vicepresidentes de la Comisión tuvieran que soportar la automática adscripción que sufren otros altos cargos de los órganos constitucionales elegidos por el Parlamento, como ocurre con el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial, ni que puedan predecirse sus decisiones más comprometedoras.

Hay que saber, además, que en todos los países donde existen órganos supervisores similares con estatuto especial, caso de los citados CONSOB, la Agencia francesa o la Comisión portuguesa, sus responsables son designados por el Gobierno. Porque el objetivo del buen funcionamiento del órgano supervisor, su actuación autónoma, no se transmite por el órgano constitucional que otorga la designación. Que la Comisión actúe bien y tenga prestigio no depende de manera directa de que sus órganos sean elegidos por el Parlamento o por el Gobierno. Quien esto plantee confunde las formas con el fondo. Las formas de designación con los requisitos y condiciones de los candidatos. El buen funcionamiento de la Comisión dependerá de la competencia de sus altos cargos, de sus saberes y profesionalidad, no del dedo que los haya nombrado. En materia de designaciones nada tienen que ver el Gobierno o el Parlamento con el rey Midas del cuento, que convertía en oro cuanto tocaba. El dedo del Gobierno o del Parlamento no invisten de sabiduría ni conocimientos especiales a ningún mortal. Serán su experiencia, su estudio y honorabilidad los arcones a los que deba acudir el designado para encontrar las pautas de su criterio y realizar una buena gestión. Y para garantizar el buen funcionamiento se introduce la garantía de la inamovilidad, como hemos visto. Pero son cosas distintas: una, la

competencia de los profesionales y otra, distinta, las técnicas instrumentales para garantizar una actuación responsable y sin injerencias de las coyunturas políticas de un momento.

El debate está abierto y habrá que estar atento a la propaganda que se utiliza. Aunque hay que saber que no estaremos ante un problema de estricto texto legal, sino ante los conflictos que derivan del contexto político.

2. El presupuesto económico

Otra de las clásicas demandas que se discuten, como elemento que contribuiría a garantizar una amplia autonomía al organismo supervisor, es la aprobación de su presupuesto. En la actualidad, las líneas de éste mismo se elaboran en la propia Comisión siguiendo las instrucciones que impone el Ministerio de Economía y Hacienda. Pero es el Ministerio el que incorpora ese anteproyecto dentro del proyecto de Presupuestos Generales del Estado, que aprueba el Gobierno y se eleva a las Cortes Generales. Además, las variaciones en el presupuesto que signifiquen más de un cinco por ciento deben ser autorizadas por el Ministro. La petición para justificar un cambio deriva de la comparación con las facultades que posee el Banco de España. El presupuesto de este organismo no se consolida con el del sector público estatal, lo que da una apariencia de mayor autonomía.

Es cierto que la Comisión del mercado de valores tiene muchas similitudes con el Banco nacional. Los dos organismos públicos cumplen funciones relevantes en el ámbito financiero. De ellos depende la seguridad y desarrollo de los mercados crediticio y bursátiles. Sin embargo, no son almas gemelas que deban tener idéntico estatuto jurídico. Y ello por una sencilla y muy poderosa razón, a saber, la vinculación del Banco de España con el Sistema de Bancos Centrales Europeos. Esta peculiar integración puede conducir a la realización de determinadas actuaciones para la consecución de la política monetaria dentro de la Unión Europea, actuaciones que podrán tener un reflejo en la gestión económica de la institución. Esto hace que el presupuesto deba diferenciarse con claridad sin consolidarse con el sector público estatal. Esta razón no le asiste, por el momento, a la Comisión. El organismo supervisor es un organismo nacional que debe agregarse a la estructura contable del gasto público estatal. La consolidación no debe interpretarse como una minoración de la autonomía, sino como un signo de gestión responsable de los dineros públicos.

3. Acuerdos ejecutivos

Otro aspecto que se pone sobre la mesa a la hora de exigir más competencias para la Comisión y que no quede afectada su autonomía es el de determina-

dos procedimientos administrativos cuya resolución sale fuera de esta institución al adoptarse por el Ministro o por el Gobierno.

La mayoría de las actuaciones que realiza la Comisión concluyen con un acuerdo que agota la vía administrativa y que, por ello, puede ser recurrido de manera directa ante el orden contencioso; una clara muestra de la autonomía de actuación. Sin embargo, la legislación prevé algunas excepciones a este común régimen. Hay casos en que las decisiones de la Comisión pueden recurrirse ante el Ministro. Así ocurre con el acuerdo que se adopta para intervenir en la administración de las sociedades de servicios o sustituir a sus consejeros, cuando se ha advertido una situación de excepcional gravedad que pone en riesgo su estabilidad, liquidez o solvencia. La regulación se contiene en la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito, que se aplica tanto a las entidades financieras como a las sociedades de inversión y reconoce competencias al Ministro, que puede también intervenir en los procesos de liquidación. A mi entender, existen razones fundadas para mantener esta concurrencia de competencias de los organismos supervisores y el Ministerio, ante el que se puede presentar un recurso de alzada. La posible repercusión de esa situación excepcional de crisis financiera en otros sectores económicos y, sobre todo, la situación de provisionalidad de las medidas de intervención permiten justificar la rápida decisión del Ministro antes de trasladar el conflicto a la sede judicial.

Otros ejemplos derivan de la existencia de procedimientos que podrían calificarse como bifásicos. Tal ocurre con relación a la autorización para crear sociedades de inversión, instituciones de inversión colectiva y mercados de futuros y opciones. La autorización para constituir las debe resolverse por el Ministro tras la instrucción del correspondiente procedimiento administrativo en la Comisión. Similar dicotomía se advierte en los procedimientos sancionadores instruidos al entender la posible comisión de una infracción muy grave. La resolución se atribuye al Ministro salvo que se trate de revocar una autorización, lo que requiere el acuerdo del Consejo de Ministros.

Estos procedimientos siguen idéntico esquema al establecido en la normativa bancaria. Previa a la inscripción en el correspondiente registro del Banco de España, las nuevas entidades deben ser autorizadas por el Ministro. Y también con relación a los procedimientos sancionadores la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito reconoce la competencia del Ministro para acordar las sanciones que castiguen infracciones muy graves, con la excepción de aquellas que supongan la revocación de la autorización para operar que se reservan al Consejo de Ministros.

Que estos procedimientos los concluya el Ministro no debe conducir a minusvalorar la autonomía de la Comisión del Mercado de Valores o del Banco de España. Basta considerar la realidad de las situaciones. Para ello, aunque

resulte muy simple, hay que partir de la hipótesis normal, del correcto desenvolvimiento de estas actuaciones. En este sentido, si la Comisión tramita un procedimiento de autorización y propone ésta al Ministro, ha de entenderse que se ha examinado por el órgano supervisor de manera adecuada la satisfacción de todos los requisitos por parte de la solicitante para constituirse como sociedad de inversión, que cumple las exigencias legales, que no existen impedimentos para su autorización. Si esto es así el Ministro ha de autorizar la creación de la nueva sociedad financiera. Y es que los requisitos que han de satisfacer estas entidades financieras, como es conocido, son presupuestos cuya consideración admite muy poco margen de valoración. La mayoría son presupuestos de hecho (la forma social, el capital mínimo, el domicilio, las normas de conductas aprobadas, los procedimientos internos de control...), y aquellos otros que contienen auténticos conceptos jurídicos indeterminados, como la honorabilidad o la experiencia de los consejeros, se presumen con los datos que se aporten; sólo el conocimiento de otras noticias en contrario puede conducir a denegar la autorización. Es decir que, en todos estos procedimientos, la competencia autorizada del Ministro no minora la autonomía de la Comisión ni del Banco de España. Son estos organismos los que instruyen el procedimiento, examinan e informan la documentación presentada y elevan la propuesta, que debe ser respetuosa con la legalidad. El Ministro la ratificará, salvo que se advierta una infracción legal. En este caso deberá controlar y revisar la actuación de las instituciones financieras. Pero contradecir una propuesta presentada porque ha de aplicarse la ley no supone en absoluto una reducción de la autonomía de gestión, sino un instrumento de control y salvaguarda del sistema.

La doctrina jurídico-administrativa ha analizado ejemplos similares de actuaciones en las que intervienen distintas autoridades, por lo que existen suficientes precisiones a la hora de ilustrar cómo se mantiene la autonomía de la que resuelve de manera provisional en primer término y los límites que tiene la segunda Administración para suspender, modificar o denegar la propuesta. Conocidos procedimientos bifásicos existen en la legislación de administración local, de contratación administrativa, de urbanismo, además de muchos procedimientos sancionadores. En estos casos los conflictos se resuelven atendiendo a tradicionales figuras como las que delimitan cuándo un presupuesto es claro o un concepto se califica de indeterminado, cuándo una facultad es reglada o discrecional, clásicos bastones en los que apoyarse para avanzar en el razonamiento jurídico. Y así se insiste en que la autoridad de tutela, la segunda que conoce del procedimiento, podrá revisar la propuesta en determinados casos porque posee las competencias para controlar la legalidad y el respeto a los principios constitucionales. De ahí que se admita una decisión contraria por la segunda autoridad si advierte un incumplimiento de los presupuestos reglados, una incorrecta interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados u otras infracciones del Ordenamiento jurídico. No podrá, sin

embargo, alterar la propuesta cuando ésta contenga apreciaciones que deriven del ejercicio de facultades discrecionales; únicamente si advierte una absoluta falta de motivación que haga pensar en que incurre en arbitrariedad, porque tal vicio, como ocurre con la desviación de poder, están proscritos por el Ordenamiento.

Por tanto, el hecho de que algunos procedimientos que tramita la Comisión hayan de terminar en la mesa del Ministro no debe interpretarse en modo alguno como una minoración de la necesaria autonomía de este relevante ente supervisor.

III. ¿DE QUÉ INDEPENDENCIA HABLAMOS?

Discuto, pues, las propuestas de reforma que se han puesto sobre la mesa y de las que dan cuenta los periódicos. Hay que tener en cuenta que, como nos enseñó Juan DE MAIRENA, “de cada diez novedades que se intentan, más o menos flamantes, nueve suelen ser tonterías, la décima y última, que no es tontería, resulta, a última hora, de muy escasa novedad”. No discuto un ápice, sin embargo, la conveniente autonomía de la Comisión. Es la base para que los mercados de valores españoles resulten atractivos para los inversores; es la savia vital para su desarrollo. Lo contrario conduciría a su empobrecimiento. Claro que considero necesarias algunas medidas para defender esa autonomía y mejorar la calidad de su cada vez más compleja función y, sobre todo, no perder el paso en el contexto europeo ni en la economía internacional. Pero antes de apuntar mis consideraciones creo que hay que hacer una pausa para establecer un punto en común. Me refiero a la necesidad de precisar un aspecto semántico. Porque cuando hablamos, repetimos e insistimos en las mismas palabras puede llegarse a un debate banal pero del que surgen interpretaciones diversas o distintas sugerencias. Por eso me parece oportuno precisar ¿a qué nos referimos cuando reclamamos autonomía o independencia para la Comisión?

Descartando las acepciones que denotan una situación de absoluta separación, pues ahora no sería admisible en el orden constitucional, la invocación a la autonomía o independencia de estos organismos supervisores ha de dirigirse a la falta de un vínculo de subordinación, a la inexistencia de sujeción o dependencia, es decir, a una situación de consciente libertad para decidir y, en consecuencia, ser responsable de las actuaciones. En esto ha de consistir la autonomía de la Comisión, en que pueda decidir de manera libre, sin condicionantes externos, sin vínculos que inclinen hacia un sentido sus acuerdos, que atraigan hacia determinados intereses sus resoluciones, sin dependencias que limiten o encaucen sus actuaciones. Una autonomía de decisión que ha de enmarcarse dentro de la legalidad del Ordenamiento jurídico y de la naturaleza de las cosas.

La independencia de la Comisión no consiste en solicitar información, en escuchar a unos y otros, a todos los interesados y también a otras oficinas del

Gobierno. Eso es un posible presupuesto para una decisión más cabal. No obstante insisto en una importante matización. La solicitud de información o la admisión de datos será procedente pero solo cuando guarde una relación directa con las cuestiones relativas al mercado de valores. Los informes, intenciones, apreciaciones que se refieran a otras políticas públicas, a otros intereses públicos, no tienen por qué llegar a la Comisión ni ser tenidos en cuenta por esta institución, según hemos visto. El campo de actuación de este organismo supervisor está acotado por lo que interese directamente al mercado de valores, porque si no es así ¿por qué se ha subrayado su especialización? Una cosa es la información y otra la independencia. La información es un presupuesto para actuar y, además, no resulta imprescindible, porque como algún sabio ha repetido es mejor olvidarse de todo lo aprendido para dictar un pronunciamiento justo.

La autonomía de gestión o la independencia que se requiere para actuar ha de ser una actitud de conciencia de las decisiones. Si se ha justificado la creación de un organismo supervisor por la especialidad del sector, por la necesidad de contar con expertos profesionales, habrá que respetar su criterio y, además, deberá asumir las consiguientes responsabilidades.

No es una circunstancia ajena a los problemas que suscita el respeto a la autonomía que estamos en ámbitos jurídicos y económicos; que los materiales utilizados para decidir son normas y números y estos instrumentos pueden ser objeto de modulación por profesionales remunerados y dependientes. La comparación con otras ciencias permite advertir mejor esta situación. Y es que se percibe mejor la autonomía e independencia de las actuaciones de organismos especializados cuando sus trebejos no son ni los textos legales, ni las contabilidades económicas, ni las encuestas... porque: ¿se atreverían los responsables políticos, ya pertenezcan al Gobierno o al Parlamento, a indicar a una comisión de físicos cómo incrementar la velocidad en un acelerador de partículas? ¿Se atreverían a indicar en la mesa de operaciones de un quirófano por dónde se debe amputar una extremidad? ¿Se atreverían a indicar a un farmacéutico los distintos porcentajes que debe introducir en una fórmula magistral o en una solución química? Y así se podría pensar en otros muchos ejemplos para notar la diferencia de cómo, sobre muchos asuntos que han de resolver los organismos supervisores, políticos y ciudadanos pueden ofrecer una cumplida argumentación sobre las ventajas o desventajas económicas, sobre la aplicación de una excepción o la interpretación de una cláusula de suspensión.

El problema de la independencia o autonomía de los órganos administrativos especializados es un problema que se ha complicado por varias causas. Entre ellas dos sobresalen a mi juicio: la falta de coherencia y la pérdida de respeto.

Primera, la falta de coherencia con las decisiones adoptadas. Si se ha justificado la creación de una nueva autoridad, si se ha creado una nueva organización, si se ha repartido el trabajo dentro de la Administración o se ha reconocido la especialidad de algunas tareas no se debe pretender mantener la facultad de dictar órdenes, instrucciones o realizar indicaciones, de conservar el monopolio de cualquier acuerdo administrativo. Las decisiones podrán ser siempre controladas, pero con posterioridad, no de manera previa.

Segunda, la pérdida de respeto a la naturaleza de las relaciones jurídicas y a los intereses públicos. Es cierto que la visión de los conflictos admite diversas perspectivas, que en toda relación económica o cambio de posición bursátil pueden aparecer otras consideraciones y nuevos efectos secundarios; que frente a una argumentación pueden presentarse otros matices, pero de este cierto relativismo se ha dado un salto acrobático para entender que las disposiciones jurídicas son maleables, que pueden servir para justificar una decisión y su contraria; que los datos económicos nunca son contundentes porque faltan previsiones o hay que atender a otras expectativas o se esperan otros condicionantes; o que los resultados de las encuestas siempre contienen porcentajes para contentar cualquier petición. La maleabilidad de la argumentación por cortesanías ilustradas consigue enfocar una cara del problema y ocultar e, incluso, ignorar otras perspectivas.

Es, pues, el problema de la independencia de los órganos supervisores una cuestión que se eleva sobre el plano de los textos normativos y se enreda en las polémicas que genera el contexto político. Falta fe en el sistema creado.

IV. OTRAS CONSIDERACIONES

Aun conociendo los riesgos de las interferencias políticas no ha de caerse en el escepticismo ni en el desaliento, porque una Comisión con buenos profesionales que actúe con autonomía es conveniente. Por ello, me atrevo a señalar algunos objetivos que no deberían perderse de vista porque, a mi juicio, contribuirían a consolidar esa necesaria independencia, no sólo para el buen nombre internacional del organismo español, sino también para el adecuado desenvolvimiento de los mercados de valores españoles.

En primer lugar, no ha de bajarse la guardia para que la elección de los cargos directivos se base en una reconocida profesionalidad y respetada independencia. Y, en consecuencia, rechazar los cambios que puedan derivar en una politización de la institución.

En segundo lugar, debería garantizarse la competencia de las personas que trabajan en la Comisión. Con buen personal ha contado esta institución para navegar durante todos estos años como vigilante de las siempre movidas aguas

de los mercados de valores. Pero será conveniente, por la cada vez mayor complejidad de las prácticas mercantiles, una mayor formación y apoyo a estos trabajadores. Y sobre todo, que su selección garantice con rigor los postulados constitucionales para que en ningún momento pueda extenderse una sombra de duda sobre su actuación. La igualdad, el mérito y la capacidad vuelven a ser banderas revolucionarias que deben evitar que trascendentales organismos públicos, de los que depende parte del desenvolvimiento del sistema financiero, caigan en manos de los intereses políticos o comerciales y se conviertan en un coto de clientelismo. Resultaría triste que, tras la trayectoria que ha tenido la Comisión, no se tuvieran en cuenta esas experiencias, conocimientos y saberes en los procedimientos de selección.

Me arriesgo a formular una propuesta. A mi juicio, resultaría beneficioso para el funcionamiento de este organismo que se diseñaran una especie de cuerpos específicos de profesionales, a la manera de los cuerpos de funcionarios. No comparto los irracionales prejuicios que existen contra los cuerpos de funcionarios. No debería ignorarse que durante muchos años han sido los clásicos cuerpos los que han facilitado el buen funcionamiento de la Administración española. Abogados y Economistas del Estado, Inspectores y Técnicos de la Administración estatal, entre otros muchos cuerpos de funcionarios cuya cita resultaría larga, han contribuido a garantizar la seguridad de la actuación pública y consiguiente estabilidad del sistema. Por eso no se entiende cómo se repudia en la configuración de nuevos organismos el ejemplo de estos cuerpos funcionarios, ¡a los que luego se acude! (como es fácil advertir al leer el curriculum de los directivos de estos organismos: abogados del Estado, economistas del Estado, etc.). O se justifica por una razón: la remuneración.

Pero ya que no se admiten funcionarios, debería la Comisión, igual que ha hecho tradicionalmente el Banco de España y de ahí su prestigio, diseñar sus propios cuerpos de personal: letrados, técnicos, economistas, inspectores u otros. Un diseño que garantizaría unos mínimos conocimientos a valorar en los concursos de acceso, que diera prestigio a este personal; unos programas de formación y especialización, ante las cada vez más complejas actuaciones financieras; y un progresivo reconocimiento de su labor.

El Consejo de la Comisión cuenta con facultades suficientes para organizar lo que comúnmente se denomina recursos humanos. Del mismo modo que aprueba un código interno de conducta, que es adecuado (y que, por cierto, debería obligar, del mismo modo que a los trabajadores, a los directivos), puede establecer unas pautas de organización sobre el acceso, formación y promoción de su personal.

Y, por último, el horizonte al que debería dirigirse el trabajo de la Comisión no es precisamente hacia la independencia, ¡a vueltas de nuevo con esta palabra pero en sentido distinto!

Hasta ahora he defendido mi opinión a favor de la independencia o autonomía de este organismo, con apoyo en su competencia profesional. Pero me atrevo a formular un deseo: el de una Comisión que no sea independiente, sino que esté integrada en un sistema europeo, en la existencia de un organismo europeo que supervise los mercados de valores.

Mucho se debate sobre las opciones para coordinar a las autoridades bursátiles europeas y, en la actualidad, España ha de incorporar a su Ordenamiento una nueva Directiva sobre mercados de instrumentos financieros, en la que se insiste en el trenzado de firmes lazos de colaboración entre las autoridades de los Estados miembros con competencias de supervisión sobre los mercados de valores. Será un importante avance. Sin embargo, a mi juicio, sería más oportuno insistir en cauces de integración más que en la colaboración para contar con una autoridad supervisora fuerte, con medios suficientes en todos los Estados miembros. Frente a las cada vez más grandes empresas cotizadas, fondos de inversión y otras instituciones financieras, se necesita una autoridad fortalecida que pueda supervisar los múltiples y rápidos movimientos en las distintas plazas, las que queden, pues no debe ignorarse el proceso de fusión que estamos viviendo.

Es más, esa integración europea puede quedar pequeña ante el proceso de integración de todas las autoridades. Existen ya asociaciones entre los organismos reguladores de muchos países para establecer unas normas básicas de actuación, unos criterios comunes de interpretación, una contabilidad que permita hacerse un juicio cabal sobre la situación de las empresas. Y sin esos vínculos, conocemos cómo operaciones financieras que pretenden realizarse en los mercados españoles pueden verse afectadas por decisiones que adopten organismos o jueces de otros países. Ante esta realidad no debe pretenderse atolondradamente la independencia de la Comisión española. Si tal fuera, si se insistiera en esa corta perspectiva territorial, se convertirían nuestros mercados de valores en ferias locales, en pequeños cortijos, y el organismo supervisor en un modesto vigilante de barrio, que poco podría hacer, a pesar de su buena voluntad, frente a los poderosos grupos mundiales. Pero, sobre todo, olvidada por los grandes inversores que buscan liquidez y solvencia, quedaría en manos de unos pocos empresarios.

Independencia, pues, de las miopes ataduras locales para avanzar en el camino de la integración europea.

EL VOTO ACUMULATIVO (“CUMULATIVE VOTING”) EN EL RÉGIMEN SOCIETARIO ARGENTINO

CARLOS A. MOLINA SANDOVAL ⁽¹⁾

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. DERECHO ESTADOUNIDENSE.
 - 1. **Introducción.**
 - 2. **Principales regulaciones.**
 - 3. **Sistema electoral de directores.**
 - 4. **Voto acumulativo.**
 - 5. **Argumentos a favor y en contra del voto acumulativo.**
 - 6. **Imperatividad del voto acumulativo.**
 - A) Panorama general.
 - B) Maddock v. Vorclone Corporation.
 - C) Tendencias.
 - 7. **Mecanismos para la anulación del voto acumulativo.**

⁽¹⁾ Abogado (Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina —UNC—). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (—UNC—). Master en Derecho Empresario (U. Empresarial Siglo 21, Córdoba, Argentina). Diplomado en Derecho Procesal (U. Blas Pascal, Córdoba, Argentina). Profesor de grado de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Profesor de Postgrado en la Espec. en Derecho de los Negocios (UNC); Espec. en Derecho de la Empresa (U. Nac. Rosario); Espec. en sindicatura concursal (U. Nac. Mar del Plata y en UNC); Master en insolvencia empresarial (U. Morón); Maestría en Derecho Privado (U. Nac. Rosario); Master en Dirección de Empresas (U. Católica de Córdoba) y Carrera de Doctorado (U. Católica de Rosario). Coordinador del Master en Der. Empresarial (U. Empresarial Siglo 21).

- A) “Staggered directors”.
 - a) *Nociones elementales.*
 - b) *Precedentes jurisprudenciales.*
- B) Remoción de directores.
- C) Reducción del directorio.
- D) Clases de acciones.
 - a) *Nociones básicas.*
 - b) *“Humprys v. Winous Co.”*

8. Diferencia esencial.

III. CONCEPTO.

IV. CARACTERES.

V. VALORACIÓN GENERAL DEL INSTITUTO.

- 1. Argumentos en contra del voto acumulativo.**
- 2. Argumentos a favor del voto acumulativo.**

VI. MARCO NORMATIVO ARGENTINO.

- 1. El precepto en cuestión.**
- 2. Relación general con los sistemas del derecho comparado.**
- 3. Comparación con el sistema anterior.**

VII. EJES ESENCIALES DEL SISTEMA DE VOTO ACUMULATIVO.

- 1. Naturaleza del sistema.**
- 2. Elección de directores.**
- 3. Elección de síndicos o miembros del consejo de vigilancia.**
- 4. Aplicación a la SRL y cooperativas.**

VIII. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA ACUMULATIVO.

- 1. Titulares del derecho de voto acumulativo.**

IX. NOTIFICACIÓN.

X. DERECHO DE INFORMACIÓN.

XI. LA POTENCIA ELECTORAL EN EL SISTEMA ACUMULATIVO.

XII. CÓMPUTO DE LA VOTACIÓN.

XIII. INDEROGABILIDAD DEL VOTO ACUMULATIVO.

1. **Inderogabilidad del sistema.**
 2. **Elección por categorías y de forma escalonada.**
-

I. INTRODUCCIÓN

Desde sus inicios, la sociedad anónima era una organización de personas, cuyo capital se hallaba dividido en acciones (de características cartulares), el límite por el cual los socios asumían responsabilidad (responsabilidad limitada).

A la par de estos principios muy genéricos comenzaron a elaborarse otros que hacen al correcto funcionamiento de la sociedad: entre ellos, el principio de la mayoría absoluta, que procura ingresar principios democráticos en la concepción de sociedad anónima.

Por ello, puede afirmarse que el eje de funcionamiento y organización societario descansa en el *principio de la toma de decisión por mayorías*.

Este principio provoca algunas situaciones perjudiciales ocasionadas por la concentración de la mayoría por algunos accionistas. Ello es así porque los votos no se distribuyen solo por personas, sino que se tiene en cuenta la tenencia del capital social. Por ello, el esquema mayoritario se tradujo, en ciertas oportunidades, en inequidades para aquellos socios que no ostentan los votos necesarios a fin de contrarrestar este verdadero “poder” de la mayoría.

Interesan en este tema dos nociones: la mayoría y la minoría. Esta casi “dialéctica” concepción produce, en algunos matices organizativos, una suerte de síntesis armónica que mediante el derecho de la minoría (o de cualquier socio) permite elegir los miembros del órgano de administración⁽²⁾ mediante el mecanismo de votación acumulativo.

(2) Se ha observado que el voto acumulativo solo puede utilizarse en la elección de directores. Todas las otras materias son decididas por el sistema ordinario (“straight voting”) (COX, James, *Sum & substance of corporations*, Center for Creative Educational Services, Loyola’s University, Chicago, 1980, tirad edition, p. 87). El sistema es inaplicable en la “yes-no propositions” (CONRAD, Alfred F., *Corporations in perspective*, Mineola, The Foundation Press, Nueva York, 1976, p. 323).

Pues bien, esta técnica se erige como un derecho del que gozan todos los accionistas (pero principalmente aquellos que forman parte de la minoría —derecho subjetivo de la minoría—) para potenciar sus posibilidades electivas solo con relación a una porción de los candidatos que administrarán el ente societario.

Se trata de un instituto que permite —en términos matemáticos— multiplicar los votos de cada accionista por el número de vacantes a elegir y distribuirlos, según el sistema argentino, solo en un tercio de tales candidatos.

Esta figura procura dotar de una cierta proporcionalidad al sistema. Posibilita que ciertas minorías accionarias obtengan representación en el órgano que administra la sociedad mediante un mecanismo que *no desequilibra la lógica eleccionaria*. A su vez, al posibilitar la presencia de un miembro en un directorio plural permite “evitar” el *abuso de las mayorías* de que disponen los directores societarios en tanto dependientes de sus propios intereses y no los de la sociedad como tal. Asimismo, asegura que los accionistas minoritarios gocen efectivamente de los derechos que le confiere el plexo societario, y además que los gocen en tiempo.

Además, de manera indirecta, este sistema permite enfatizar la fiscalización del actuar orgánico, dar una oportunidad para conocer en el seno de la administración los otros focos de interés existentes, agilizar los mecanismos internos de la sociedad para la convocatoria de asambleas, de información social y otras cuestiones que les pueden generar inconvenientes y, también, garantizar a los accionistas el efectivo ejercicio del derecho de información respecto de los conflictos societarios.

En síntesis, permite una participación activa de una minoría relevante, torna posible el *equilibrio de los diversos intereses* y evita —nombramiento de un director mediante— que el centro de interés societario pueda ser vulnerado o soslayado por intereses contrarios al *interés social*.

II. DERECHO ESTADOUNIDENSE

1. Introducción

El sistema societario ha sido uno de los precursores de la votación acumulativa, al punto tal que dicho sistema fue incorporado en algunas constituciones de los estados. Se ha dicho que el término “cumulative voting” apareció por primera vez en 1853, pero que tres años antes este sistema había sido recomen-

dado por un comité del “Privy Council”⁽³⁾ para evitar el monopolio del consejo legislativo colonial; este sistema continuó siendo utilizado para las elecciones del consejo legislativo hasta que el “council” desapareció con la nueva constitución de Sudáfrica en 1909⁽⁴⁾.

Así se ha señalado a la Constitución de Illinois (en 1870) como la primera en introducir esta regla en el plano societario. Básicamente este texto constitucional señala: “La Asamblea General proveerá como obligación legal que en todas las elecciones de directores o administradores de compañías incorporadas, cada accionista tenga derecho (personalmente o por poder) a tantos votos como acciones tenga por el número de personas que deban ser elegidos como directores o administradores, o a acumular dichas acciones y dar a un candidato tantos votos como resulten de multiplicar el número de directores por el número de acciones, o distribuir éstos de acuerdo con los mismos principios entre tantos candidatos como pueda considerar apropiado; y tales directores y administradores no serán elegidos de ninguna manera”⁽⁵⁾.

La inclusión de la votación acumulativa en el plexo constitucional fue adoptada por numerosos estados de ese país. Así, puede enunciarse a modo ejemplificativo que dichos estados son West Virginia (1872), Pennsylvania (1874); Missouri (1875); North Dakota (1889); South Dakota (1890); Montana (1889); Mississippi (1890); Idaho (1890); Kentucky (1891); South Carolina (1895) y Arizona (1912)⁽⁶⁾. La constitución de California incluyó el voto acumulativo en 1897, pero a partir del año 1930 dicho instituto sólo se previó en el ámbito legislativo⁽⁷⁾. Pero el interés constitucional no sólo se limitó al derecho corporativo o de las sociedades, sino que también tuvo una fuerte influencia en los derechos electivos políticos⁽⁸⁾.

(3) Según Cabanellas de las Cuevas y Hoague la voz “Privy Council” se ha entendido en Gran Bretaña como el consejo privado del monarca (CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y HOAGUE, Eleanor C., *Diccionario jurídico (Law dictionary)*, Heliasta, 1998, p. 601).

(4) LAKEMAN, Enid y LAMBERT, James, *Voting in democracies*, 1955, cit. por STILL, Edward y KARLAN, Pamela, *Cumulative voting and the voting rights act*, publicada en internet, consulta del día 19 de septiembre de 2002.

(5) El texto del art. XI, § 3 de la “Illinois Constitution” puede consultarse en: BAKER, Ralph J. y CARY, Williams L., *Cases and materials on Corporations*, The Foundation Press, Brooklyn, 1959, p. 190.

(6) A las que puede agregarse Nebraska (CAMPBELL, “The origin and growth of cumulative voting for directors”, *The Business Lawyer*, núm. 10, pp. 7-8 (1955), cit. por BAKER y CARY, *Cases and materials on Corporations*, cit. p. 207).

(7) Cfr. LE PERA, Sergio, *Voto acumulativo*, Astrea, 1973, p. 14.

(8) STILL y KARLAN, *Cumulative voting and the voting rights act*, cit.

Al margen de lo dicho, y aun cuando el voto acumulativo no forme parte del texto constitucional de cada estado, existen actualmente muy pocos estados que no reglamenten legalmente el voto acumulativo. Puede diferir el matiz regulatorio (imperativo o permisivo). Uno de los últimos estados en incorporar en el texto legal el sistema de votación acumulativo fue el Estado de Maine, cuyo texto se transcribirá más adelante.

2. Principales regulaciones

De fundamental importancia en la instrumentación de esta *promisiva alternativa*⁽⁹⁾ de votación acumulativa es la Model Business Corporation Act, que en § 31, párr. 4, señalaba: “En toda elección de directores, cada accionista con derecho a voto en la misma tendrá, personalmente o por poder, derecho a votar el número de acciones que tenga por tantas personas como directores deban ser elegidos y en cuya elección tenga derecho a votar, o a acumular sus votos dando a un candidato tantos votos como resulten de multiplicar el número de tales directores por el número de acciones, o a distribuir estos votos de acuerdo con los mismos principios entre cualquier número de tales candidatos”.

Hoy la Revised Business Corporation, en el Capítulo 7 (sección 7.28), señala: a) salvo regulación diferente en el estatuto, los directores son elegidos por la pluralidad de votos por las acciones que estén legitimadas a votar en la elección en la asamblea en la que exista quórum. b) Los accionistas no tienen derecho a acumular sus votos para la elección de los directores salvo que el estatuto lo provea. c) La declaración incluida en el estatuto de que todos o un determinado grupo de accionistas están legitimados para acumular sus votos para directores (o en términos similares) significa que dichos accionistas designados están legitimados para multiplicar el número de votos a que están legitimados a emplear por el número de directores a que están legitimados a votar y acumular el producido en un sólo candidato o distribuirlo entre dos o más candidatos. d) Las acciones legitimadas para votar acumulativamente no podrán votar en una particular asamblea, salvo que: 1. La asamblea advierta que la información relativa a los poderes sea acompañada con la noticia de que el voto acumulativo está autorizado; 2. Un accionista que tenga derecho a acumular sus votos dé noticia a la sociedad no menos de 48 horas antes de la hora de la asamblea de su intención de acumular sus votos en ella, y si un accionista da dicha noticia a todos los accionistas en el mismo grupo de votación en el que participa, en la elección están legitimados a acumular sus votos sin que sea necesaria una noticia ulterior.

⁽⁹⁾ STILL y KARLAN, *Cumulative voting and the voting rights act*, cit.

De fundamental importancia en la práctica societaria es el ordenamiento de Delaware, a tal punto que existen autores que han hablado de la “delawarization of state corporation law”⁽¹⁰⁾. Este texto normativo en § 214 señala que el certificado de constitución de una sociedad debe prever que en todas las elecciones de los directores de la sociedad, o en elecciones decididas bajo circunstancias específicas, cada tenedor de acciones o de cualquier clase o clases o cualquier serie o series de aquellas estará legitimado a tantos votos como igual número de votos (salvo para cada provisión de voto acumulativo) que cada accionista esté legitimado a votar en las elecciones de directores con respecto a cada cuota social, multiplicado por el número de directores a ser elegidos por cada accionista, y que cada tenedor podrá votar todos sus votos en un solo director o distribuirlos entre el número a ser votado, o por uno o más de ellos, como cada tenedor considere apropiado.

En Nevada, con un matiz más reglamentario, se ha establecido lo siguiente: 1. El estatuto debe proveer que en todas las elecciones de directores de la sociedad cada tenedor de acciones con derecho de voto está legitimado a un número de votos igual al de sus participaciones accionarias multiplicado por el número de directores a ser elegidos, y que podrán ser distribuidos en un solo director o podrán distribuirlos en el número a ser votados en dos o más de ellos, como lo considere apropiado. Para ejercer el derecho de voto acumulativo, uno o más de los accionistas peticionarios del voto acumulativo debe dar noticia escrita al presidente o secretario de la sociedad de que el accionista desea que su votación en las elecciones de directores sea acumulativa. 2. La comunicación debe ser dada al menos cuarenta y ocho horas antes de la hora fijada para la asamblea, siempre que la notificación de la asamblea fuera comunicada por lo menos diez días antes de la asamblea; de otro modo deberá ser comunicada al menos veinticuatro horas antes de la asamblea. En la asamblea, antes del comienzo de la votación de la elección de directores, todo anuncio de la comunicación de la noticia debe ser dada por el presidente de la asamblea, por la secretaria de ésta o por alguno en representación del accionista que dio noticia. La comunicación del accionista requerida en esta sección debe estar contenida en el llamado a asamblea o en el poder acompañado.

Son igualmente detallistas los ordenamientos de Minnesota, Mississippi y Maine. Así, en Minnesota el capítulo 322B, número 63, denominado “cumulative voting for governors”, señala en la subdivisión 1 (Derecho de voto): Salvo que los artículos de organización o un acuerdo de los miembros de control prevean que no puede votarse acumulativamente, y excepto lo expuesto en la sección 322.636, subdivisión 5, cada miembro que está legitimado para votar a

⁽¹⁰⁾ BEVERIDGE, J.R. y NORWOOD, P., “The internal affair doctrine: the proper law of a corporation”, publicado en *The Business Lawyer*, mayo de 1989, vol. 44, núm. 3, p. 696.

sus directores tiene el derecho de votar acumulativamente en la elección de directores dando noticia escrita de intención de votar acumulativamente a algunos de los *managers* de sociedad con responsabilidad limitada antes de la asamblea o al presidente de la asamblea en que la elección ocurra antes de la elección de directores en la asamblea, en cuyo caso: (1) el presidente de la asamblea deberá comunicar, antes de la elección de directores, que todos los miembros pueden acumular sus votos; y (2) cada miembro podrá acumular su poder de votación para elegir un candidato todos sus votos igual al número de directores a elegir multiplicado por el número de votos que cada miembro interesado tenga como miembro o distribuyendo todos sus votos en cualquier número de candidatos. En la subdivisión 2 se dispone: Ninguna reforma a los artículos o reglamentos que tenga por efecto derogar, limitar o modificar el derecho a votar acumulativamente a sus miembros previsto en esta sección puede ser adoptado si la proporción de los votos suficiente para elegir un director en la elección de toda la junta directiva bajo el voto acumulativo vota en contra de la reforma.

En el “Mississippi Code of 1972” (con sus enmiendas) se dispone en la sec. 79-11-223: (1) Si el estatuto o sus reglamentos prevén el voto acumulativo por sus miembros, ellos pueden hacerlo multiplicando el número de votos que sus miembros están legitimados a utilizar (votar) por el número de directores a los que pueden votar y usar el total de los votos en un candidato o distribuirlo entre dos o más candidatos. (2) El voto acumulativo no está autorizado en una asamblea en particular salvo que: (a) el llamado a asamblea o su declaración sean acompañados de la información de que el voto acumulativo podrá tener lugar; o (b) un miembro dé la noticia (durante la asamblea y antes de que la votación sea tomada) de la intención de acumular sus votos, y si uno de los miembros da la noticia, todos los participantes de la elección están legitimados a acumular sus votos sin necesidad de dar ulterior noticia. (3) Un director elegido por voto acumulativo puede ser removido por sus miembros sin causa si se reúnen los requisitos de la sección 79-11-245 y los votos en contra de la remoción, o la falta de consentimiento escrito para tal remoción, será suficiente para elegir cada director si votado acumulativamente en la elección en que el igual número de votos tienen elegidos (o, si cada acción es tomada por votación escrita, todos los miembros habilitados a votar votaran) y todo el número de directores autorizados al tiempo de la elección de directores autorizados al tiempo de la elección de directores más reciente fuere entonces elegido. (4) Los miembros no pueden votar acumulativamente si el director y los miembros son los mismos.

En la “Maine Business Corporation Act”, sancionada el 22 de junio de 2001, en § 622 se señala: Los artículos de la constitución deben contener la posibilidad de votar acumulativamente a los directores. Los artículos deben también prever expresamente: 1. Cada tenedor de acciones legitimado a votar en la elección de directores debe tener el derecho a tantos votos iguales al

número de directores que serán elegidos o cuya elección tienen derecho a votar, multiplicando el número de acciones poseídas por cada tenedor. Cada accionista puede dar todos sus votos a un solo candidato o puede distribuir sus votos sobre cualquier número de candidatos. 2. Salvo que el llamado a asamblea expresamente disponga que el voto será acumulativo, el accionista que pretende votar acumulativamente con sus acciones como lo establece en la subsección podrá hacerlo: a) Dando noticia escrita de su intención al presidente o a otro funcionario de la sociedad antes del tiempo fijado para la asamblea. b) Anunciando su intención en la asamblea antes que la votación de los directores hubiere comenzado y todos los accionistas legitimados a votar en la asamblea podrán hacerlo sin necesidad de noticia ulterior legitimados para acumular sus votos. Si la noticia fue recibida por la persona que preside la asamblea antes del tiempo fijado para la asamblea, el presidente deberá anunciar en el comienzo de la votación de los directores que todos los accionistas podrán votar acumulativamente. Si el accionista con intención de acumular sus votos da noticia a la asamblea, la persona que presida puede (si fuera requerido por algún accionista) efectuar un receso de la asamblea por un tiempo razonable para permitir que los accionistas determinen cómo votar adecuadamente.

3. Sistema electoral de directores

En el derecho societario estadounidense, al igual que en la mayoría de los ordenamientos societarios mundiales, las reglas estatutarias de la sociedad y el principio fiduciario no siempre cubren todas las contingencias que pueden suscitarse en las relaciones entre socios. Muchas cuestiones deben ser completadas en detalle. El derecho de voto sirve a esa función⁽¹¹⁾. El derecho a voto es el derecho a tomar todas las decisiones no previstas en el estatuto (sea de manera expresa o que no estén suplidas por las reglas legales). Su derecho a tomar decisiones incluye el derecho a delegarlas y por ello los votantes pueden elegir directores y darles discretos poderes sobre temas de los votantes. El voto no es fungible⁽¹²⁾.

(11) ROMANO, Roberta, *Foundations of corporate law*, Foundation Press, 1993, p. 187. En dicha obra se transcribe el trabajo de EASTERBROOK, Frank H. y FISCHER, Daniel R., "Shareholder voting rights and the exercise of voice", *Journal of Law and Economics*, núm. 26, p. 395, 1983.

(12) ROMANO, *Foundations of corporate law*, cit., p. 188; EASTERBROOK y FISCHER, *Shareholder voting rights and the exercise of voice*, cit.

En Estados Unidos existen dos sistemas de votación de los directores: i) elección directa (“straight voting”); ii) votación acumulativa (“cumulative voting”)⁽¹³⁾.

Con relación a la primera, salvo que el estatuto provea otra solución, en todas las elecciones de directores el accionista (que está legitimado a votar) tiene un voto por cada acción que posea. Esta regla de *un voto por cada acción* (“one share, one vote”) es aceptada en todas las jurisdicciones⁽¹⁴⁾. Todas las acciones comunes (y sus votos) tienen el mismo peso y no otros eventuales votos, salvo que exista acuerdo en contrario⁽¹⁵⁾.

El voto de los accionistas es determinado contando el número de votos a favor o en contra de cada proposición. Generalmente se exige el cincuenta por ciento de los votos para el control, salvo en cierto tipo de cambios fundamentales en la estructura de la sociedad (disolución, fusión, ciertas modificaciones al estatuto), donde se requiere un porcentaje más elevado de aprobación por parte de los accionistas⁽¹⁶⁾. Bajo el sistema de “straight voting” la persona que controla la mayoría de los votos en una particular elección puede elegir a todos los directores⁽¹⁷⁾.

⁽¹³⁾ Ello no implica, por supuesto, desconocer que algunos autores cuando aluden a este tema señalan: a) straight; b) cumulative; c) class; d) contingent; e) disproportionate; f) nonvoting (HENN, *Handbook of the law of corporations and other business enterprises*, cit., p. 363).

Pero, al igual que en nuestro sistema, los puntos c) a f) más que sistemas electorales se vinculan con las particularidades de ciertos títulos accionarios. Así, y siguiendo a Henn, los votos de clase (o serie) importan la separación de la votación por clases (o series) de acciones de separadas clases de directores o en conexión con otras materias; los “contingent voting rights” dependen del suceso de una contingencia estipulada, generalmente vinculada con el no pago de ciertos dividendos, que permite el retorno al estado original cuando la contingencia finalice (similar a nuestras acciones preferidas del art. 217, 2.º párr., LSC); los derechos de voto desproporcionados generalmente importan fracciones o votos múltiples por acción de ciertas clases o series; el “nonvoting share” (al igual que nuestro art. 217, LSC) está permitido en la mayoría de las jurisdicciones y provee derechos de votos en una o más clases de acciones o posibles deudas financieras (cfr. HENN, *Handbook of the law of corporations and other business enterprises*, cit., p. 363).

⁽¹⁴⁾ BLACK y KRAAKMAN, *A self-enforcing model of corporate law*, cit., p. 31, en el capítulo III (“Governance structure and voting rules”), punto A (“Allocation of power voting: one share, one vote”).

⁽¹⁵⁾ ROMANO, *Foundations of corporate law*, cit., p. 188; EASTERBROOK y FISCHER, *Shareholder voting rights and the exercise of voice*, cit.

⁽¹⁶⁾ CHOPER, Jesse H. y EISENBERG, Melvin, A., *Gilbert law summaries corporations*, p. 96.

⁽¹⁷⁾ CLARK, Charles Robert, *Corporate law*, Little, Brown and Company, 1986, reimpresión, p. 362; SALOMON, Lewis D. y PALMITER, Alan R., *Corporations. Examples and explanations*, 2.ª ed., Little, Brown and Company, p. 182, quienes tratan el tema en el capítulo 13 (“The center of corporate governance-The board of directors”).

Generalmente, las acciones comunes se rigen por la regla de una acción un voto⁽¹⁸⁾. Pero ello no excluye la creación de acciones preferidas (“preferred shares”) que usualmente estipulan que un número menor dé derecho de voto contra una preferencia patrimonial⁽¹⁹⁾. Ello por supuesto sin dejar de tener en cuenta la criticada posibilidad de transferir onerosamente el derecho de voto⁽²⁰⁾.

4. Voto acumulativo

El sistema de votación acumulativa con limitación a la elección directorial⁽²¹⁾ se ha establecido para asegurar cierta representación en el directorio por parte de accionistas minoritarios con un determinado porcentaje de acciones⁽²²⁾.

La mecánica es la siguiente: cada acción otorga un voto para cada director a ser elegido; sin embargo, si el accionista posee diez acciones con derecho a voto y deben ser elegidos cinco directores, este accionista tiene diez votos para cada director o un total de cincuenta votos. Él puede, entonces, acumular sus votos, significando ello que puede otorgar todos sus votos a un solo director, a varios o cualquier otro modo que él elija⁽²³⁾.

(18) Sin perjuicio de que el voto en contra de una determinada resolución habilite el derecho de separación o receso. Ver: SCHULMAN, Stephen H. and SCHENK, Alan, “Shareholders’ voting and appraisal rights in corporate acquisition transactions”, en *The Business Lawyer*, Agosto de 1983, vol. 38, núm. 4, p. 1530.

(19) CLARK, *Corporate law*, cit., p. 361. Se ha dicho que es una “fairly customary” no dar derecho a voto a los accionistas preferidos, salvo que no se pagaren los dividendos por un cierto período (LATTIN, *The law of corporations*, cit., p. 358).

(20) CLARK, Charles Robert, “Vote buying and corporate law”, *Cae Wes. Res. L. Rev.* núm. 29, p. 776 (1979). En este mismo sentido se ha señalado que no es posible separar el derecho de voto del “equity interest” y que quien quiera comprar el voto debe comprar la acción también; se aclara que las restricciones en los “irrevocable proxies” (los que sólo son posibles cuando van acompañados de la pérdida de la acción) también aseguran que el voto vaya unido a los “equity interest” (ROMANO, *Foundations of corporate law*, cit. p. 190; EASTERBROOK y FISCHER, *Shareholder voting rights and the exercise of voice*, cit.).

(21) Se ha dicho que el “straight voting” es normalmente el método del accionista para votar en todas las cuestiones societarias, excepto donde el voto acumulativo es efectivo con respecto a la elección de directores. El sistema ordinario será el método normal, salvo en elecciones de directores (HENN, *Handbook of the law of corporations and other business enterprises*, cit., p. 364).

(22) Incrementa las posibilidades de al menos tener cierta representación de la minoría accionaria (SALOMON y PALMITER, *Corporations. Examples and explanations*, cit., p. 182).

(23) CHOPER y EISENBERG, *Gilbert law summaries corporations*, cit., p. 96.

Vale decir que bajo el voto acumulativo cada accionista tiene el número de votos equivalente al número de acciones que posee por el número de vacantes en el directorio a ser llenadas (como bajo el sistema de votación directa), pero pudiendo distribuir dichos votos entre los candidatos que desee⁽²⁴⁾.

El efecto es simple, pues en aquellas sociedades en las que deban elegirse cinco directores, un tenedor de acciones de, aproximadamente, el diecisiete por ciento del total accionario puede asegurar su elección (y prevenir la remoción) de un director del órgano de administración empleando todos sus votos en un único director⁽²⁵⁾. Por ello se ha dicho que la cuestión táctica más importante en el voto acumulativo es cómo acumular los votos para elegir el máximo número de directores⁽²⁶⁾.

Se suele invocar como ejemplo el antiquísimo precedente “Pierce v. Commonwealth”⁽²⁷⁾ suscitado en la “Sharpsville Railroad Company”, en el cual la mayoría no acumuló sus votos y los distribuyó equitativamente entre los seis directores a ser elegidos. La oposición, sin embargo, acumuló sus votos en cuatro candidatos que fueron elegidos. La elección fue ratificada por la corte

(24) CLARK, *Corporate law*, cit., p. 362.

(25) CHOPER y EISENBERG, *Gilbert law summaries corporations* cit., p. 96.

(26) WILLIAMS, C.M., “Cumulative voting for directors”, *Harvard Review Law*, 1951, p. 40, cit. por BAKER y CARY, *Cases and materials on Corporations*, cit., p. 207.

Choper y Eisenberg (*Gilbert law summaries corporations*, cit., p. 96) efectúan la siguiente fórmula:

$$X > \frac{Y (\text{número de directores queridos}) \times Z (\text{número de acciones con derecho a voto})}{1 + T (\text{total de directores a ser elegidos})}$$

En idéntico sentido SALOMON y PALMITER, *Corporations. Examples and explanations*, cit., p. 183; HAMILTON, Robert W., *Corporation*, 3.^a ed., Black Letter Series, p. 306.

Una fórmula similar propone Clark (CLARK, *Corporate law*, cit., p. 361):

$$X = \frac{Y + N' + 1}{N + 1}$$

Donde: “Y” es el número total de acciones emitidas; “N” es el número total de directores a ser elegidos; “N’” es el número de directores que los accionistas desean elegir y “X” es el número de acciones requeridas para elegir a N’ directores.

A su vez, Clark cita un explicación más desarrollada y explicada en: GLAZER, GLAZER y GROFMAN, “Cumulative voting in corporate elections: introducing strategy into de equation”, *S. Car. L. Rev.*, núm. 35, p. 295 (1984).

(27) “Pierce v. Commonwealth”, 104 Pa. 150 (1883).

con la regla de que era simple el ejercicio del derecho constitucional, del cual se presumía que estaban bien informados. Otros pronunciamientos posteriores ratificaron tal solución⁽²⁸⁾.

5. Argumentos a favor y en contra del voto acumulativo

El voto acumulativo, se ha dicho, otorga “desproporcionado peso” a una cierta minoría accionaria y la falta de proporción crea un costo extra de gerenciamiento, y tiene la característica de impedir cambios de control en dicho gerenciamiento⁽²⁹⁾.

Se han esgrimido diversos argumentos respecto del instituto de votación acumulativa⁽³⁰⁾. Los argumentos a favor de este sistema señalan que la votación acumulativa permite a ciertas minorías tener una *mirada adentro* del directorio y en las decisiones de administración que afectan a su inversión. Además, que la presencia de un director elegido por la minoría fuerza a los restantes directores de la sociedad a sopesar sus decisiones políticas más cuidadosamente, porque tienen en cuenta que el director independiente⁽³¹⁾ y autointeresado está pendiente de la violación de los deberes del administrador (“fiduciary duty”)⁽³²⁾. Permite a los miembros de la minoría el monitoreo y reporte de las acciones de directores elegidos por los intereses de la mayoría⁽³³⁾.

(28) “Schawartz v. State ex rel. Schawartz”, *Ohio St.*, núm. 61, p. 497, *NE*, núm. 56, p. 201 (1908), y “Chicago Macaroni Mfg. Co. v. Boggiano”, *Ill.*, núm. 202, p. 312, y *NE*, núm. 67, p. 17 (1903) cit. por BAKER y CARY, *Cases and materials on Corporations*, cit., p. 207.

(29) ROMANO, *Foundations of corporate law* cit., p. 190; EASTERBROOK and FISCHER, *Shareholder voting rights and the exercise of voice* cit..

(30) Ver interesantes razones en: BLACK y KRAAKMAN, *A self-enforcing model of corporate law*, cit., p. 33, teniendo en cuenta como argumento de peso que el voto acumulativo pone de manifiesto que una minoría de directores es ciertamente independiente y esos directores deben lealtad a los accionistas que los eligieron (GILSON, Ronald J. y KRAAKMAN, Reinier, “Reinventing the outside director: an agenda for institutional investor”, *Stanford Law Review*, 1991, p. 863).

(31) La tendencia del derecho societario norteamericano es a fortalecer los requisitos del “director independiente”. Ver, por ejemplo, PHILLIPS, Richard M., “Desregulation under the investment company act. A re-evaluation of the corporate paraphernalia of shareholder voting and boards of directors”, en *The Business Lawyer*, abril de 1982, vol. 37, núm. 3, p. 906.

(32) CLARK, *Corporate law*, cit., p. 362.

(33) GARZA, *Rethinking corporate governance: the role of minority shareholder. A comparative study*, cit., p. 646.

También se ha dicho que es *más democrático*⁽³⁴⁾ que una minoría pueda tener voz en la conducta de la corporación⁽³⁵⁾, y que es deseable tener tantos puntos de vista como fuere posible en el directorio⁽³⁶⁾.

En contra del voto acumulativo se ha dicho que desordena la óptima relación entre los miembros del directorio y administración de la sociedad. También se ha dicho que los directores y los *managers* deben tener plena confianza entre ellos y debe existir una atmósfera de cooperación y que los directores deben trabajar con los *managers* y otros para asegurar la operaciones diarias de la firma y continuar las decisiones de corto y largo plazo. Pero se ha cuestionado porque (se arguye) el voto acumulativo importa una polarización en el directorio y se desvían las energías de razonables esfuerzos por identificarse y responder a los problemas corporativos y a las oportunidades⁽³⁷⁾.

Que, por una inepta votación, un accionista con un gran porcentaje accionario sólo podría elegir una minoría de directores⁽³⁸⁾. Asimismo, también se ha señalado que el director elegido acumulativamente puede causar desarmonía en el directorio (lo que reduce eficiencia), puede criticar irrazonablemente a la dirección de la empresa y puede burlar información confidencial⁽³⁹⁾.

(34) HAMILTON, *Corporation*, cit., p. 307.

(35) HAMILTON, Robert W., *Cases and materials on corporation. Including partner ships and limited partnerships*, West Publishing., St. Paul, Minn., 1976, p. 345.

(36) HAMILTON, *Cases and materials on corporation. Including partner ships and limited partnerships*, cit., p. 345.

(37) CLARK, *Corporate law*, cit., p. 364. Este argumento ha sido rebatido por Black y Kraakman quienes señalan que este riesgo no ha sido constatado en la práctica y que la experiencia en países desarrollados sugiere que la representación proporcional de accionistas en el directorio, sea mediante voto acumulativo o acuerdos con los administradores, generalmente funciona bien (BLACK y KRAAKMAN, *A self-enforcing model of corporate law*, cit., p. 34). Agregan además que estudios empíricos en países desarrollados también han sugerido que la viabilidad del voto acumulativo es beneficiosa para los accionistas (con cita al pie de página de BHAGAT, Sanjai y BRICKLEY, James A., "Cumulative voting: the value of minority shareholder voting rights", *Journal Law y Economics*, núm. 27, 1984, p. 339).

(38) SALOMON y PALMITER, *Corporations. Examples and explanations*, cit., p. 183.

(39) HAMILTON, *Cases and materials on corporation. Including partner ships and limited partnerships*, cit., p. 345.

6. Imperatividad del voto acumulativo

A) Panorama general

El voto acumulativo sólo es imperativo en algunos estados⁽⁴⁰⁾, ya que, como se ha dicho, existe independientemente de si está previsto en el estatuto, no puede ser rehusado en ninguna elección y toda previsión contraria en los estatutos o reglamentos es nula⁽⁴¹⁾.

Sin embargo aclaran CHOPER y EISENBERG que en la mayoría de los estados el voto acumulativo es sólo permisivo, en el sentido de que el estatuto puede permitirlo, pero no requerirlo imperativamente. Alguno de tales ordenamientos señala que el voto acumulativo existe en todas las sociedades, salvo que fuere específicamente denegado en el estatuto⁽⁴²⁾, aunque sobre todo —sin embargo— proveen que este derecho existe únicamente si está expresamente garantizado en el estatuto⁽⁴³⁾.

También se aclara que si el voto acumulativo existe sólo cuando fuere previsto en el estatuto (o el reglamento) puede ser eliminado por el porcentaje de votos que se requiere para modificar el estatuto (o los reglamentos), generalmente la simple mayoría de los accionistas⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁰⁾ Hamilton señala que el voto acumulativo se prevé en al menos seis estados constitucionales, donde se prevé el derecho a votar acumulativamente en todas las elecciones (HAMILTON, *Corporation*, cit., p. 305).

⁽⁴¹⁾ CHOPER, Jesse H. y EISENBERG, Melvin, A., *Gilbert law summaries corporations*, p. 96, citan como ejemplo a Cal. Corp. Code § 708; pero teniendo en cuenta el Cal. Corp. Code § 301.5 (a) que exceptúa a corporaciones anotadas en la Comisión Nacional de Valores. También CLARK, *Corporate law*, cit., p. 364. También la legislación de North Carolina, § 55-67, que establece el mandatory cumulative voting (cfr. BAKER y CARY, *Cases and materials on Corporations*, cit., p. 200).

⁽⁴²⁾ Pa. Bus. Corp. Law, § 1.505.

⁽⁴³⁾ CHOPER y EISENBERG, *Gilbert law summaries corporations*, cit., p. 97 y CLARK, *Corporate law*, cit., p. 364, quienes citan por ejemplo Del. Gen. Corp. Law, § 214 y RMBCA, § 7.28.

⁽⁴⁴⁾ CHOPER y EISENBERG, *Gilbert law summaries corporations*, cit., p. 97. Aunque se ha dicho que la reforma del estatuto aboliendo el voto acumulativo priva a la minoría de sustancial protección y puede ser apenas justificado por el deseo de la mayoría de ser “unhampere” por la representación minoritaria. “Limitations on alteration of shareholders’ rights by charter amendment”, *Harvard Law Review*, vol. 69, enero de 1956, núm. 3, p. 545.

B) Maddock v. Vorclone Corporation

En el célebre caso “Maddock et al. v. Vorclone Corporation”⁽⁴⁵⁾, resuelto en el año 1929 por la “Court of Chancery of Delaware”, se señaló que el derecho a votar acumulativamente a los directores previsto en el estatuto puede ser modificado incorporando sólo el voto directo.

En este precedente se trataba de una *injunction*⁽⁴⁶⁾ presentada por Sydney D. Maddock y otros contra la sociedad, la que fue denegada. En cierto modo se señaló que la mayoría tiene derechos como la minoría y que privarle a la mayoría del derecho a modificar el estatuto (incorporando el *straight right*) importaría, además de *actividad legislativa*⁽⁴⁷⁾ judicial, una interferencia en derechos privados⁽⁴⁸⁾. También se dice que mientras el derecho a votar acumulativamente tiene como propósito otorgar a la minoría accionaria la *oportunidad* para elegir uno o más directores, el esquema no puede pretender *asegurar* a la minoría representación en todo evento.

Se agrega que si la legislatura ha dejado la opción a los socios de adoptar la política de voto acumulativo también ha dejado la opción de abandonarla, y que los socios que adquieren sus acciones lo hacen con conocimiento de esta circunstancia. También se marca la diferencia con dos precedentes anteriores⁽⁴⁹⁾ (citados por los demandantes) diciendo que en esos casos el derecho estaba conferido por previsión constitucional; que se decidió que la mayoría no tenía poder ni por resolución, ni por estatuto a suprimir dicho derecho y que no quedan dudas de la corrección de las reglas de dichos casos.

En la parte resolutive textualmente se señala: “The preliminary injunction will be denied and the rule discharged”.

C) Tendencias

A nivel de tendencias, puede decirse que el voto acumulativo de corte imperativo era común en Estados Unidos de América hasta el año 1950, pero

(45) Maddock v. Vorclone Corp., 147 A. 255 (Del. 1929).

(46) Figura estadounidense que tiene fuertes contactos con las órdenes de no innovar, de cesar y abstenerse e inhibitorias.

(47) Siempre teniendo en cuenta los términos del estatuto.

(48) En el caso, según es narrado por el juez, existían 50.000 acciones con derecho a voto. Los demandantes en conjunto eran titulares de 9.970 de esas acciones. El directorio estaba conformado por cinco personas. Si el derecho a votar acumulativamente fuese preservado, resulta cierto que los demandados, en minoría, podrían multiplicar emplear 9.970 veces, o 49.850, votos en un director, asegurando representación en el directorio.

(49) “Tomlin et al. v. Farmers’ y Mechanics’ Bank”, *Mo. App.*, núm. 52, p. 430 y “Wright v. Central Cal.”, *Cal.*, núm. 67, p. 532, 8, p. 70.

luego esta tendencia se invirtió⁽⁵⁰⁾. El profesor GORDON atribuye la declinación de este sistema a las políticas de poder de las incumbencias de los administradores que procuraban hacer la disputa por el poder más dificultosa⁽⁵¹⁾.

Y por ello se ha dicho, aunque desde una perspectiva del derecho público, que el voto acumulativo propone una equitativa política de acceso a todos los posibles electores, siendo la mejor forma de asegurar que todos los puntos de vista sean tomados teniendo en cuenta quienes son representados⁽⁵²⁾.

7. Mecanismos para la anulación del voto acumulativo

Existen diversos mecanismos para anular el voto acumulativo⁽⁵³⁾. Así se ha dicho que los accionistas mayoritarios intentan limitar los derechos de la minoría a representarse en el directorio por variadas formas, siendo sólo algunas válidas⁽⁵⁴⁾: i) especulando con la duración de los directores; ii) removiendo los directores elegidos por la minoría; iii) reduciendo el número de directores. También puede agregarse una cuarta: las clases accionarias⁽⁵⁵⁾.

(50) Así, Conrad señala que el número de estados que exigen el sistema permisivo parece ir creciendo lentamente (CONRAD, *Corporations in perspective*, cit., p. 324).

(51) GORDON, Jeffrey N., "Institutions as relational investors : a new look at cumulative voting", *Columbia Law Review*, núm. 124, pp. 142-46 (1994), cit. por BLACK y KRAAKMAN, *A. self-enforcing model of corporate law*, cit., p. 34.

(52) KARLAN, Pamela, «Maps and misreading», publicado en *Harvard Law Review*, 1989.

(53) No se analizará el traslado del domicilio de la corporación a un estado en el que el voto acumulativo no es exigible, pues el tema es ajeno a la problemática concretamente societaria. Ver, al respecto, GARZA, *Rethinking corporate governance: the role of minority shareholder. A comparative study*, cit., p. 646.

Sin embargo, debe destacarse que en "Wilson v. La. Pacific Resources, Inc.", 138 Cal. App. 3.^ª 224 (en el cual la sociedad se constituyó en Utah, siendo que las leyes de Utah establecían el sistema ordinaria *permitiendo* el voto acumulativo, pero el estatuto social no lo permitía), la Corte de Apelaciones de California decidió que el contacto societario con estados como Utah más permisivos en el empleo del voto acumulativo por la sociedad indica que la corte debe hacer cumplir los requerimientos legales de California. La doctrina en general entendió que la Corte erró en rechazar la aplicación de la "internal affairs rule" (MAJCHRZAK, *Corporate chaos: who should govern internal affairs?*, cit., p. 3).

(54) CHOPER y EISENBERG, *Gilbert law summaries corporations*, cit., p. 97.

(55) SALOMON y PALMITER, *Corporations. Examples and explanations*, cit., p. 185.

A) “*Staggered directors*”

a) *Nociones elementales*

En el primer caso (“*staggering terms of directors*”)⁽⁵⁶⁾ se tiene en cuenta que a menor número de directores a ser elegidos en un mismo tiempo, mayor será el número de acciones que se necesiten para asegurar la representación. Consecuentemente la mayoría accionaria, para morigerar el impacto de los derechos de la minoría a votar acumulativamente, debe procurar modificar el estatuto para especular con la duración de los directores (v.gr. sólo tres miembros de un directorio de nueve personas elegidos cada año con un mandato de tres años de duración)⁽⁵⁷⁾.

Por ello, para prevenir ello el “*staggering of elections*” está prohibido por la ley en aquellos estados en los que el voto acumulativo es “imperativo”; todos los directores deben ser elegidos cada año (v.gr., Cal. Corp. Cod. § 301). Algunos ordenamientos exigen que no puede establecerse un escalonamiento en más de tres grupos de directores⁽⁵⁸⁾.

Si éstos están ausentes en la ley imperativa, los precedentes jurisprudenciales están divididos⁽⁵⁹⁾: algunos fallos han permitido esta modalidad⁽⁶⁰⁾, mientras que otros han aseverado que la legislación que autorice el “*staggering*” son violatorios de la constitución que impuso el voto acumulativo⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁶⁾ Se ha dicho que un directorio es “*staggered*” cuando la ley o el estatuto señalan que sólo una porción del directorio debe ser elegida cada año (COX, *Sum y substance of corporations*, cit., p. 89).

⁽⁵⁷⁾ CHOPER y EISENBERG, *Gilbert law summaries corporations*, cit., p. 97.

⁽⁵⁸⁾ SALOMON y PALMITER, *Corporations. Examples and explanations* cit., p. 184, quien cita RMBCA § 8.06.

⁽⁵⁹⁾ CHOPER y EISENBERG, *Gilbert law summaries corporations* cit., p. 97.

⁽⁶⁰⁾ “*Bohannon v. Corporation Commission*”, 313 P.2d 379 (Ariz. 1957); “*Humphrey v. Winous Co.*”, 133 N.E. 2d 780 (Ohio 1956). En este último caso la Corte confirmó una elección escalonada que sólo permitía el nombramiento de un director en cada clase. Como el plan efectivamente destruía el voto acumulativo en la sociedad y era prohibido por las normas de todos los estados, la normativa societaria de Ohio fue modificada para revertir esta decisión (HAMILTON, *Corporation*, cit., p. 309).

⁽⁶¹⁾ “*Wolfson v. Avery*”, 126 N.E. 2d 701 (Ill. 1955). En “*Pittsburgh Steel Co. v. Walker*” (Court of Common Pleas, Allegheny County, Pennsylvania, 1944) tres jueces dijeron que era dudosa la constitucionalidad del “*staggered system*”, pero no pasaron a resolver directamente la cuestión.

Las razones que se invocan⁽⁶²⁾ para aceptar el “staggered board” son: i) asegura la continuidad en el directorio año tras año, ya que no son renovados todos los directores de una vez; ii) reduce el número de directores a elegir cada año, y la mayoría accionaria puede efectivamente anular la representación de la minoría en el directorio si existe votación acumulativa; iii) es más difícil para los accionistas (sobre todo aquellos que tienen la mayoría de las acciones de la compañía) para reemplazar los miembros, porque sólo una porción podrá ser elegida cada año⁽⁶³⁾.

b) *Precedentes jurisprudenciales*

En general, esta práctica, en cierto modo restrictiva del voto acumulativo, ha merecido un adecuado tratamiento jurisprudencial.

i) “Bohannon v. Corporation Commission”. Así se cita como precedente paradigmático el caso “Bohannon v. Corporation Commission”⁽⁶⁴⁾. La Constitución de Arizona imponía el voto acumulativo. Los recurrentes habían intentado constituir una sociedad con nueve miembros en el directorio. Los directorios estaban escalonados, por lo que el mandato de cada uno de ellos duraba tres años, pero únicamente tres podían ser elegidos en cada año. Comparado con un directorio de nueve miembros elegidos mediante votación directa, el directorio escalonado: i) disminuiría la posibilidad de cambiar el control de los accionistas votantes (y ello era una medida anti-takeover); ii) incrementaría el mínimo de tenencia de acciones que la minoría necesita para elegir un director. De este modo los constituyentes pretendían los beneficios de un directorio múltiple, sin preocuparse de que pequeños poseedores pudieran ganar representación en el directorio. La “Corporation Commission” rechazó la propuesta del estatuto de inscripción señalando que el directorio escalonado era conceptualmente incompatible con la cláusula de voto acumulativo de constitución que favorecía la representación de la minoría que la cláusula expresaba⁽⁶⁵⁾.

La Suprema Corte de Arizona rechazó los argumentos de la comisión y falló que, porque el sistema de votación acumulativa sólo podía funcionar con un mecanismo de representación de minoría, el escalonamiento está permitido siempre que tenga un mero efecto restrictivo del voto acumulativo, en tanto no

⁽⁶²⁾ SALOMON y PALMITER, *Corporations. Examples and explanations*, cit., p. 184.

⁽⁶³⁾ Ver también: “Stockholders Committee v. Erie Technological Products, Inc.”, 248 F. Supp. 380 (W.D. Pa. 1965).

⁽⁶⁴⁾ 313 P. 2d 379 (Ariz. 1957).

⁽⁶⁵⁾ CLARK, *Corporate law*, cit., p. 365.

destruya enteramente el derecho. La Corte también dijo que el sistema de escalonamiento del directorio afianzaba la “corporate stability and continuity of experienced management”⁽⁶⁶⁾.

ii) “Wolfson v. Avery”. Otro caso importante, aunque de orientación diferente fue “Wolfson v. Avery”, de 1 de febrero de 1955⁽⁶⁷⁾. El conflicto se planteó entre Sewell Avery y Louis E. Wolfson por el control del directorio de Montgomery Ward y Company. El grupo de Wolfson presentó una acción judicial solicitando que se declarara que el estatuto de Montgomery Ward, que señalaba que en la elección anual de directores podía elegirse sólo un tercio de sus nueve miembros del directorio, era violatorio de la Sección 3, artículo XI de la Constitución de Illinois, que entre otras cosas contempla el voto acumulativo.

La Corte de Circuito acogió la petición y declaró la cláusula estatutaria inconstitucional. La Suprema Corte de Illinois ratificó el fallo de la “Circuit Court” y concluyó que el estatuto, que autorizaba la clasificación de directores, es incongruente con el derecho constitucional de los accionistas a acumular sus acciones.

iii) “Janney v. Philadelphia”. Otro caso de importancia fue “Janney v. Philadelphia”, fallado en 1956⁽⁶⁸⁾. La cuestión resuelta fue expuesta por el Chief Justice Stern y fue similar a la planteada en el punto anterior: la incompatibilidad entre el derecho de clasificar y escalonar los directores y el derecho conferido por la Constitución de elegir los directores mediante el sistema de votación acumulativa.

Joseph N. Janney era accionista y también miembro del directorio de la demandada Philadelphia Transportation Company; tenía registradas como titular 9.500 acciones de un total de 1.720.184 acciones que estaban distribuidas aproximadamente en 27.000 accionistas. El directorio consistía en veintidós miembros, de los cuales cinco eran elegidos por la ciudad de Philadelphia. El artículo 2, Sección 2 del Estatuto de la compañía preveía una forma de escalonamiento: elección anual de directores con dos años de duración, debiendo elegirse en cada asamblea ocho directores⁽⁶⁹⁾. El actor planteó en su demanda que el derecho de clasificar a los directores es incompatible (y violaba) el derecho de *cumulative voting*. Finalmente, la Suprema Corte de Philadelphia

⁽⁶⁶⁾ 313 P. 2d 378 (Ariz. 1957).

⁽⁶⁷⁾ “Wolfson v. Avery”, 126 N.E. 2d 701 (Ill. 1955).

⁽⁶⁸⁾ “Janney v. Philadelphia”, Supreme Court of Pennsylvania, 1956, 387 Pa. 282, 128 A. 2d. 76. El texto completo del fallo puede consultarse en: BAKER y CARY, *Cases and materials on Corporations*, cit., p. 200.

⁽⁶⁹⁾ Con la salvedad de que desde la reforma del estatuto deberían elegirse cuatro en 1951 y cuatro en 1952 para lograr esta forma electoral.

rechazó el pedido y validó la cláusula que establecía el escalonamiento en la elección de los directores.

Entre las razones invocadas señala que es cierto que la clasificación puede reducir el poder de elección de los accionistas minoritarios haciendo más difícil para ellos en ciertos casos la segura representación proporcional de sus tenencias accionarias. Pero se aclara que, tal como la previsión constitucional fue concebida, es absolutamente claro que se garantiza el derecho de voto acumulativo; pero que no es el propósito asegurar la máxima efectividad del ejercicio de éste para obtener representación minoritaria en el directorio.

Además, agrega que esta modalidad (staggered voting) tenía un legítimo e importante propósito que era preservar en la corporación la estabilidad y la continuidad de una dirección experimentada, propósito que no es sólo confinado a las organizaciones societarias, sino también a los cuerpos gubernamentales.

A su vez se señala que la decisión arribada por la Corte de Illinois (“Wolfson v. Avery”) no es aplicable, pero con una sutileza, ya que la Constitución de Illinois tenía una redacción distinta a la de Philadelphia y que en dicho precedente se hizo referencia al número de “directors” y no a “candidates”. Inclusive de la lectura del resolutorio en cuestión se vislumbra veladamente que el chief justice Stern no comparte la decisión del precedente mencionado.

Por último, menciona que son once los Estados sumados a Pennsylvania que tienen previsión en torno al voto acumulativo en su Constitución o en la ley, y que al mismo tiempo permiten la clasificación de directores⁽⁷⁰⁾.

B) Remoción de directores

Con relación a la remoción de los directores elegidos por la minoría se ha señalado que si la mayoría accionaria puede remover a los directores elegidos por la minoría, los beneficios del voto acumulativo serían eliminados. Para prevenir ello muchos estados estatuyen que la mayoría de los accionistas pueden remover todo el directorio, pero un director individual no podrá ser removi-

⁽⁷⁰⁾ Cabe señalar, por nuestra parte, que Adkins (ADKINS, “Corporate democracy and classified directors”, *The Business Lawyer*, núm. 11, p. 31 (nov. de 1955), señala que en 1955 las leyes de 38 estados y el distrito de Columbia expresamente permiten la clasificación de directores. Cuatro estados permiten la clasificación por clara implicación del lenguaje de la ley y cuatro no tienen previsiones que sean inconsistentes con la clasificación. Sólo dos estados (Alabama y California) tienen leyes en las que se prohíbe la clasificación de directores (cfr. BAKER y CARY, *Cases and materials on Corporations*, cit., p. 208).

do durante su mandato si los votos en contra de la remoción fueron suficientes para elegirlo mediante el voto acumulativo⁽⁷¹⁾.

C) Reducción del directorio

Respecto de la reducción del tamaño del directorio, puede señalarse que, lógicamente —y como se señaló anteriormente—, dicha reducción importa un decrecimiento de las posibilidades de representación de la minoría. A medida que el número de directores se reduce, el porcentaje de tenencia accionaria para elegir un director deberá ser mayor.

En un precedente fallado en 1990 (*Whetstone v. Hossfeld Manufactor*)⁽⁷²⁾ por la Suprema Corte de Arizona se tuvo especial consideración en la cuestión de la reducción de los miembros del directorio. Si bien la acción versó sobre la posibilidad de los accionistas, que poseían el treinta y seis por ciento de una sociedad cerrada, de ejercer el derecho de disentir luego que ciertas previsiones del estatuto fueran eliminadas, las que le daban a la minoría cierto poder de veto (“veto power”). La decisión final legitimó a los accionistas a disentir de dichas reformas societarias y a obtener un pago por el justo valor de los títulos de los accionistas.

En este caso también se dijo que las reformas societarias en cuestión excluyen el derecho de los accionistas a votar acumulativamente. Que la Minnesota Statutes Section 302 A.215, subdivisión 1 (1988) señala que, salvo que el estatuto prevea que no podrá votarse acumulativamente, cada accionista tiene derecho a acumular sus votos en la elección de directores con algunas limitaciones que no son pertinentes en el presente caso. En el sublite, el estatuto no incluía el voto acumulativo; luego, era factible de utilización. Aunque el voto acumulativo es ideado para asegurar a accionistas minoritarios la oportunidad de elegir al menos un director, cuando el directorio es “small size” los poseedores de los intereses minoritarios no podrán asegurarse ninguna representación en él.

⁽⁷¹⁾ CHOPER y EISENBERG, *Gilbert law summaries corporations*, cit., p. 97, que citan N.Y. Bus. Corp. Law § 706 (c). Sin embargo, muchas de estas previsiones se aplican sólo a la remoción de directores individuales “sin causa” [Del. Gen. Corp. Law § 141 (k)], pero en todo evento ciertos estados prevén que la acción individual de remoción puede ser “by court action for cause” [N.Y. Bus. Corp. Law § 706 (d)]. También se ha citado a la RMBCA § 8.08 (c), señalándose que el “Comentario Oficial” indica que la restricción a remover el director si una minoría vota en contra de la remoción se aplica independientemente de si la remoción es con o sin causa (SALOMON y PALMITER, *Corporations. Examples and explanations*, cit., p. 185).

⁽⁷²⁾ “*Whetstone v. Hossfeld Manufactor*”, 457 N.W. 2d 380.

Además se agregó que, en el presente caso, la reducción del máximo número de directores de cinco a tres permite a la mayoría consolidar su control en el directorio y evitar que los actores (minoría) elijan más de un director.

D) Clases de acciones

a) *Nociones básicas*

En relación a la creación de clases accionarias —que importan una clasificación del directorio (“classifying the board”)—, es un modo de distribuir el poder de los accionistas. La mayoría accionaria puede utilizarla para clasificar una y oprimir el derecho de votar acumulativamente; la mayoría puede modificar el estatuto para crear nuevas clases de acciones que les permiten elegir una mayor proporción de directores que los que puedan ser elegidos mediante votación acumulativa⁽⁷³⁾.

b) *“Humphrys v. Winous Co.”*

El caso paradigmático en Estados Unidos fue “Humphrys v. Winous Co.”⁽⁷⁴⁾. Fue resuelto por la Suprema Corte de Ohio en 1956⁽⁷⁵⁾, y en lo esencial se determinó la compatibilidad entre el voto acumulativo y las clases de acciones, ambos contemplados en el Revised Code (section 1701.58 y 1701.64, respectivamente). La Suprema Corte revocó la decisión de la Court of Appeals que declaró inválida la clasificación de acciones y señaló que la norma que contempla el voto acumulativo sólo garantiza a los accionistas minoritarios el derecho de votar acumulativamente, y no necesariamente garantiza el efectivo ejercicio de tal derecho para elegir una representación minoritaria en el directorio⁽⁷⁶⁾. Además, como dato fáctico cabe señalar que la clasificación era de un directorio de tres miembros en tres clases, con un director cada clase.

(73) SALOMON y PALMITER, *Corporations. Examples and explanations*, cit., p. 185.

(74) El texto completo del fallo puede consultarse en: HAMILTON, *Cases and materials on corporation. Including partner ships and limited partnerships*, cit., p. 352.

(75) “Humphrey v. Winous Co.”, 133 N.E. 2d 780 (Ohio, 1956).

(76) Debe señalarse que el fallo no fue unánime, sino que contó con las disidencias de Weygandt y Hart.

En este caso se marcó específicamente la diferencia con el famoso caso “Wolfson v. Avery”⁽⁷⁷⁾, ya que en este último caso citado se había resuelto un conflicto entre una norma constitucional y una legal y no como en “Humprys”, en la que el conflicto estaba entre dos provisiones legales.

Entre otros argumentos señaló que la mayoría accionaria tiene muchas posibilidades de limitar o eliminar el voto acumulativo (suprimiendo el instituto en los ordenamientos en los que el voto acumulativo es permisivo, removiendo a los directores elegidos por la minoría, reduciendo su número). Además señala que de otro modo se produciría la aniquilación de las previsiones referentes a la clasificación de acciones porque cualquier clasificación sería necesariamente una restricción o condicionamiento en la efectivización del voto acumulativo y ninguna sociedad puede avalar el privilegio de la clasificación.

Además se ha señalado el conflicto entre el voto acumulativo imperativamente constitucional y la práctica constitucional de crear clases de acciones con diferentes derechos de voto⁽⁷⁸⁾.

8. Diferencia esencial

Sin perjuicio de lo dicho, cabe señalar que las funciones y atribuciones del directorio en el derecho estadounidense son relativamente diferentes a las del derecho patrio, ya que la *corporation* estadounidense atribuye al directorio facultades apenas pensables para el derecho continental. En Estados Unidos de América el directorio confecciona y aprueba balances, decide los dividendos a distribuir y en ocasiones modifica el reglamento del que resultan sus propias facultades (constituyentes)⁽⁷⁹⁾.

También se ha aludido a su sentido histórico de las formas corporativas, en el que básicamente se entregaba un patrimonio a ciertos individuos (*trustees*) para que lo administrasen de la manera más adecuada (nociones que contrastan, lógicamente, con la idea de la sociedad como una pequeña república regida por principios democrático-representativos)⁽⁸⁰⁾.

Por ello, y debido a la función más relativa de las asambleas generales de accionistas en el derecho estadounidense, la idea que este país debe entronizar

(77) “Wolfson v. Avery”, 126 N.E. 2d 701 (Ill., 1955).

(78) CLARK, *Corporate law*, cit., p. 365, quien cita el caso “Diamond v. Parkersburg-Aetna Corp.”, 122 S.E. 2d 436 (W. Va. 1961). En este caso la corte falló en favor de permitir distintas clases de acciones.

(79) LE PERA, *Voto acumulativo*, cit., p. 18. En el derecho inglés ver: *Farrar’s company law*, cit., chapter 22, p. 301, dedicado especialmente a “corporate governance” y la “distribution and regulation of power in a company”.

(80) LE PERA, *Voto acumulativo*, cit., p. 19.

es la de asegurar una representación más o menos proporcional de los distintos grupos accionarios en el directorio (que funciona como una asamblea de delegados o de segundo grado)⁽⁸¹⁾.

Debido a estas necesidades y funciones del derecho corporativo en general el voto acumulativo ha sido aceptado unánimemente, aun cuando se admite que la controversia a su respecto ha generado un debate interminable⁽⁸²⁾ que sigue indefinido.

III. CONCEPTO

En el derecho argentino, autores como BLAQUIER⁽⁸³⁾; MICHELSON IRUSTA⁽⁸⁴⁾; GAGLIARDO⁽⁸⁵⁾; GRISPO⁽⁸⁶⁾ y otros⁽⁸⁷⁾ han realizado diversos conceptos de este instituto. Por nuestra parte, cabe arriesgar la siguiente definición⁽⁸⁸⁾: “Es el derecho imperativo e inescindible que tienen los accionistas u otros sujetos con derecho a voto, previa activación del sistema mediante notificación, de elegir hasta un tercio de las vacantes a llenar en el órgano de administración (o en la sindicatura o consejo de vigilancia) de corte pluripersonal acumulando o distribuyendo un número igual de votos al que resulte de multi-

(81) LE PERA, *Voto acumulativo*, cit., p. 19.

(82) LE PERA, *Voto acumulativo*, cit., p. 21, con cita de: SHELL, “Cumulative voting, a seemingly endless debate topic”, *Corp. Prac. Comm*, noviembre de 1960, p. 23; YOUNG, “The case for cumulative voting”, *Wisconsin Law Review*, 1950, 4956; AXLEY, “The case against cumulative voting”, *Wisconsin Law Review*, 1950, p. 278; STEADMAN, “Should cumulative voting for directors be mandatory? A debate. Affirmative”, *The Business Lawyer*, 1955, p. 9; GIBSON, “Should cumulative voting for directors be mandatory? A debate. Negative”, *The Business Lawyer*, 1955, p. 23; SOBIESKI, “In support of cumulative voting”, *The Business Lawyer*, 1960, 15, p. 316; STURDY, “Mandatory cumulative voting: an anachronism”, *The Business Lawyer*, 1961, 16, p. 550.

(83) BLAQUIER, *Voto acumulativo*, Astrea, Bs. As., 1995, p. 17.

(84) MICHELSON IRUSTA, Guillermo, “El sistema de elección por voto acumulativo”, *RDCO*, 1981, p. 421.

(85) GAGLIARDO, Mariano, “Voto acumulativo y protección de minorías”, *J.A.*, 1987-IV, p. 335. También en: GAGLIARDO, Mariano, “Voto acumulativo y elección de directores suplentes”, *ED*, 123, p. 181.

(86) GRISPO, Jorge Daniel, “Algunas cuestiones sobre voto acumulativo ¿Puede una minoría ‘no suficiente’ impugnar una asamblea?”, *LL*, 1995-D, p. 1076.

(87) RODRÍGUEZ PELUFFO, Damián N., “Algunas reflexiones sobre el voto acumulativo. Posibilidad de votar acumulativamente en la asamblea especial de una clase de acciones”, *ED*, ejemplar del 30-9-1997, p. 1.

(88) Siempre teniendo en cuenta lo peligroso que son las definiciones en el derecho (ver la nota al art. 495, Cód. Civ.).

plicar los que normalmente le hubiese correspondido por el número de directores que corresponda elegir, compitiendo solamente en ese tercio con los accionistas que opten por el sistema ordinario o plural”.

Se trata de un instituto cuya finalidad es la elección de los miembros del directorio en la sociedad anónima. Con relación a los directores suplentes, será facultativo establecer un mecanismo para su elección siempre que no se prescinda de la sindicatura, ya que en caso de vacancia la sindicatura podrá designar el suplente (arts. 284 y 299, LSC). Si se designan directores suplentes, su número podrá fijarse libremente por el estatuto y no necesariamente debe respetar proporcionalidad con los directores titulares. En general dichos funcionarios se designan paralelamente con el nombramiento de los directores titulares, en donde se deberán respetar pautas electivas similares. En la elección de titulares y suplentes no puede —en conjunto— aplicarse el sistema acumulativo.

Los síndicos (art. 289, LSC) y los miembros del consejo de vigilancia (art. 280, LSC) también pueden ser elegidos mediante el procedimiento de acumulación de votos. Sin embargo, si se prevé la facultad de que el consejo de vigilancia elija a los directores, no podrá recurrir al sistema acumulativo.

No corresponde la aplicación de este sistema en la elección de gerentes o síndicos en las sociedades de responsabilidad limitada, salvo que así se haya pactado en el estatuto. Tampoco resulta aplicable a las cooperativas, ni siquiera si así se hubiese previsto en el contrato social.

IV. CARACTERES

Del art. 263, LSC, y de su inserción en el plexo normativo societario pueden extraerse algunas características que tipifican el sistema:

- i) conforma un sistema o instituto de derecho societario;
- ii) es un “derecho”; y no una obligación ni una carga;
- iii) tiene corte electoral;
- iv) procura dar participación a las minorías en asambleas electorales; es una especie de representación proporcional limitada;
- v) es un derecho de carácter imperativo (y no de orden público);
- vi) no es derogable por el estatuto social; tampoco puede limitarse de manera que se obstaculice su funcionamiento. Aunque es “renunciable”;
- vii) este derecho compete a los accionistas u otros sujetos con derecho a voto, ejemplo: usufructuarios, acreedores prendarios o fiduciarios (cuando así se pacte);

viii) se predispone en la LSC a los fines de la elección de directores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia;

ix) sólo puede ejercerse cuando los candidatos a elegir sean más de tres⁽⁸⁹⁾;

x) el sistema se activa con la notificación de tres días hábiles antes de la asamblea, individualizando las acciones con que se ejercerá el derecho y depositando los títulos al portador;

xi) la notificación realizada por un accionista habilita a todos a votar acumulativamente;

xii) puede variarse el sistema de votación hasta antes de emitir el voto;

xiii) se establece el derecho de información a favor de los accionistas;

xiv) no podrá renovarse escalonadamente el directorio u órgano societario si ello impide el voto acumulativo;

xv) no pueden dividirse las acciones al efecto de votar mediante ambos sistemas;

xvi) el resultado de la votación es por persona;

xvii) el voto acumulativo sólo se reduce al tercio de las vacantes del directorio⁽⁹⁰⁾; no siendo el tercio número entero, se reduce al entero anterior;

xviii) se produce una potenciación del voto que consiste en multiplicar los votos que ordinariamente le correspondan por el número de candidatos a elegir;

xix) el accionista “acumulativo” debe distribuir o acumular sus votos en dicho tercio;

xx) en dicho tercio se compite con los votantes del sistema ordinario;

xxi) en caso de empate entre candidatos ordinarios y acumulativos, prevalece el elegido por mecanismo tradicional;

xxii) en caso de empate de candidatos acumulativos se votará nuevamente, en donde no votarán los accionistas que ya eligieron un candidato;

(89) Dice Le Pera: “si se trata de dos directores, cualquiera de ellos es más que un tercio del total y por lo tanto, el voto acumulativo no puede ser aplicado. Si se trata de un director único (art. 255) obviamente cuanto puede ocurrir a su respecto es que sea elegido por simple pluralidad de votos” (LE PERA, Sergio, *Voto acumulativo*, Astrea, Bs. As., 1973, p. 55).

(90) Con esta limitación se procuró evitar inconvenientes del régimen anterior que consistían, en palabras de Otaegui, “principalmente en maniobras sorpresivas de accionistas minoritarios que posibilitaban el copamiento del directorio en desmedro de la mayoría” (OTAEGUI, Julio C., “Una cuestión sobre voto acumulativo”, en *Derecho Económico*, año 1, núm. 3, p. 196).

xxiii) en los dos tercios restantes sólo votarán los accionistas “ordinarios”, quienes deben obtener mayoría absoluta de los votos presentes.

V. VALORACIÓN GENERAL DEL INSTITUTO

Independientemente del análisis de algunos aspectos puntuales del sistema de votación acumulativa, cabe realizar en esta instancia una valoración integral del instituto, no ya en su planificación en un ordenamiento determinado, sino en todos los sistemas jurídicos.

Los autores del derecho comparado, como los vernáculos, han separado y analizado las ventajas e inconvenientes que trae implícitos la regulación del voto acumulativo.

1. Argumentos en contra del voto acumulativo

El primer argumento *en contra* del voto acumulativo ha sido el de desestructurar el equilibrio asambleario (y de la sociedad) dando mayores poderes a las minorías accionarias, situación que irroga mayores costos en la administración.

Ello conlleva los riesgos del llamado “abuso de las minorías”⁽⁹¹⁾, ya que una pequeña minoría puede obstaculizar el funcionamiento normal y adecuado de una sociedad; y que muchas veces se ha utilizado con finalidad extorsionadora. Nuestra opinión sobre este punto es que ello no es ciertamente correcto, pues se atribuye una situación patológica (abuso del derecho —art. 1071 del Código Civil—) a un instituto que empleado correctamente no sólo que no perjudica a la sociedad, ni a la mayoría, sino que confiere muchos beneficios. Consideramos que una situación excepcional no puede dar sustento a un argumento que produce la generalización.

Además, el instituto trae consigo una fuerte polarización en el seno del órgano de administración; atenta contra la necesidad de mantener la cohesión dentro del directorio, incentivando, en cierto modo, las constantes disputas

⁽⁹¹⁾ ALEGRÍA, Héctor, “El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas”, *RDPC*, núm. 4 (*Abuso de derecho*), 1993, p. 325, que ha tenido, según se da cuenta, fuertes repercusiones en el derecho comparado: BOIZARD, Martine, *L’abuse de minorité*, en: *Revue de Sociétés*, año 106, núm. 3, julio-septiembre de 1988, p. 365.

entre porciones accionarias⁽⁹²⁾. A nuestra opinión, no es cierto que un directorio elegido acumulativamente carezca de cohesión; máxime debe tenerse en cuenta que el director debe actuar conforme un buen hombre de negocios, con lealtad y buena fe (art. 59, LSC). El directorio, más que a proteger intereses de los mayoritarios o minoritarios, debe propender a la tutela del interés social y a su no desviación⁽⁹³⁾.

Una razón desfavorable que plantea la doctrina es que la designación de los administradores de la sociedad anónima debe estar regida por el principio de mayoría puro, sobre la base de que la mayoría representa el interés de la sociedad frente al interés egoísta de los socios⁽⁹⁴⁾. Sobre este punto NEGRI sostiene: “está mal hecha la distinción entre representantes de la minoría y de la mayoría. Los órganos societarios representan al ente y no a fracciones de accionistas”⁽⁹⁵⁾. Y que por ello es innecesaria la elección acumulativa, ya que el directorio no administra a favor de la mayoría ni de la minoría, sino de la sociedad.

También se ha dicho que por una *inepta votación* un accionista con un gran porcentaje accionario sólo podría elegir una minoría de directores⁽⁹⁶⁾, y ello es afianzado aún más en nuestro derecho bajo la idea de que este sistema es tan confuso y complicado que la representación en el directorio requiere de destrezas matemáticas con el riesgo de que una minoría acceda al directorio con una participación desproporcionada⁽⁹⁷⁾. Nosotros consideramos que el sistema no es confuso o complicado y el simple hecho de tener que efectuar algún cálculo matemático no genera inconvenientes para su aplicación. Además esto debe sopesarse con lo dispuesto por el art. 263, LSC, que señala que antes de la votación se informará pública y circunstanciadamente el número de votos que corresponde a cada accionista presente.

Se ha argüido, además, que los eventuales directores que logren introducir los socios minoritarios no podrán variar la situación societaria.

(92) VERLY, Hernán, “Voto acumulativo: otra vuelta de tuerca”, *LL*, 1993-A, p. 814.

(93) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “El difícil contorno del interés social”, *ED*, ejemplar del 23/10/2001, p. 1.

(94) BLAQUIER, *Voto acumulativo*, cit., p. 56.

(95) NEGRI, Carlos M., “El voto acumulativo para las elecciones en los órganos sociales”, en ZALDÍVAR, Enrique y otros, *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1980, vol. III, p. 551.

(96) SALOMON, Lewis D. y PALMITER, Alan R., *Corporations. Examples and explanations*, 2.^a ed., Little, Brown and Company.

(97) VERÓN, Alberto Víctor, “Nulidades Societarias. Sistema de voto acumulativo. Protección de abuso de mayorías y minorías”, *LL*, 1987-B, p. 341.

Finalmente se ha señalado que pretender tutelar mediante este mecanismo el acceso del accionista a cierta información importa una desnaturalización del órgano directorial como tal, ya que esta función está ínsita en la sindicatura o en el consejo de vigilancia⁽⁹⁸⁾.

Yendo a nuestro derecho específico se ha señalado finalmente que el voto acumulativo es ajeno a la tradición argentina societaria⁽⁹⁹⁾. Pero para nosotros esta afirmación no resiste el menor análisis, pues la mera circunstancia de que un instituto sea ajeno a un sistema no es un elemento válido de valoración; y aun cuando lo fuera, si el instituto ajeno es adaptado con criterio lógico al sistema, no existirían inconvenientes sistemáticos.

2. Argumentos a favor del voto acumulativo

Se señala que la votación acumulativa (y la presencia de un director elegido por la minoría) obliga a los directores de la sociedad a valorar más adecuadamente sus decisiones, ya que el órgano está integrado por un director independiente que está pendiente de la violación de los deberes del buen administrador⁽¹⁰⁰⁾.

Además se ha sostenido que este sistema es más equitativo, pues ciertos accionistas minoritarios tienen posibilidades de tener cierta representación en el órgano directorial⁽¹⁰¹⁾, y que ello es *más democrático*⁽¹⁰²⁾.

Permite a determinadas minorías tener una mirada adentro del directorio y en las decisiones de administración que afectan su inversión⁽¹⁰³⁾. Por ello, permite un adecuado control de gestión dentro del seno del órgano de administración⁽¹⁰⁴⁾.

Otro argumento tiene que ver con el conocimiento de los accionistas minoritarios de disputas por el control societario, ya que la elección de un director permite un rápido y eficaz conocimiento de ello. Pero a la vez permite un

⁽⁹⁸⁾ NEGRI, *El voto acumulativo para las elecciones en los órganos sociales*, cit., p. 551.

⁽⁹⁹⁾ LE PERA, *Voto acumulativo*, cit., p. 106.

⁽¹⁰⁰⁾ CLARK, Charles Robert, *Corporate law*, Little, Brown and Company, 1986, reimpresión, p. 362.

⁽¹⁰¹⁾ BOLLINI SHAW, Carlos, *La creación del consejo de vigilancia*, ED, 101, p. 353.

⁽¹⁰²⁾ HAMILTON, Robert W., *Corporation*, 3.^a edición, Black Letter Series, p. 306.

⁽¹⁰³⁾ CLARK, *Corporate law*, cit., p. 362.

⁽¹⁰⁴⁾ BLAQUIER, *Voto acumulativo*, cit., p. 48.

control de la conducta del órgano de administración y su consecución del objeto social⁽¹⁰⁵⁾.

Permite contrarrestar el posible abuso de las mayorías en desmedro del interés social y de los legítimos intereses que los accionistas minoritarios puedan tener en su calidad de tales. Además se puede transformar en un rápido medidor de los eventuales conflictos societarios que puedan suscitarse que no sólo perjudican a la minoría, sino que ocasionan importantes daños a la sociedad.

Además procura que los accionistas minoritarios tengan una *actuación efectiva en la política de la sociedad*, participando en el órgano superior de administración, para poder defender más adecuadamente sus intereses⁽¹⁰⁶⁾.

VI. MARCO NORMATIVO ARGENTINO

1. El precepto en cuestión

Nuestro sistema societario ha adoptado un mecanismo de votación acumulativa detallista y reglamentario.

Este sistema de votación no existía en el régimen originario del Código de Comercio, sino que fue introducido por la reforma de la Ley de Sociedades Comerciales núm. 19.550 del año 1972. Este régimen sufrió una reforma significativa en el año 1983 con la Ley 22.903, que tuvo su fuente normativa en una resolución de la Inspección General de Justicia de Buenos Aires que actualmente sigue en vigencia. Se trata de la Resolución núm. 6/80 (art. 64), que tiene un parecido muy significativo con el actual plexo, aunque la reglamentación aludida es más detallada. Pero cabe destacar que esta norma tiene sólo aplicación en el ámbito de la competencia de la Inspección General de Justicia y no en el ámbito de otras provincias.

Así el art. 263 LSC, bajo el título “elección por acumulación de votos”, constituye el eje normativo del análisis propuesto en el presente.

Esta norma señala: “Los accionistas tienen derecho a elegir hasta un tercio de las vacantes a llenar en el directorio por el sistema de voto acumulativo.

El estatuto no puede derogar este derecho, ni reglamentarlo de manera que dificulte su ejercicio; pero se excluye en el supuesto previsto en el art. 262.

(105) BOLLINI SHAW, *La creación del consejo de vigilancia*, cit., p. 353.

(106) MARTINS, Fran, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, Río de Janeiro, Forense, 1984, 2.^a ed. p. 283.

El directorio no podrá renovarse en forma parcial o escalonada, si de tal manera se impide el ejercicio del voto acumulativo.

(Procedimiento). Para su ejercicio se procederá de la siguiente forma:

1) El o los accionistas que deseen votar acumulativamente deberán notificarlo a la sociedad con anticipación no menor de tres días hábiles a la celebración de la asamblea, individualizando las acciones con que se ejercerá el derecho y, si fuesen al portador, depositando los títulos o certificados o constancias del banco o institución autorizada. Cumplidos tales requisitos aunque sea por un solo accionista, todos quedan habilitados para votar por este sistema.

2) La sociedad deberá informar a los accionistas que lo soliciten, acerca de las notificaciones recibidas. Sin perjuicio de ello, el presidente de la asamblea debe informar a los accionistas presentes que todos se encuentran facultados para votar acumulativamente, hayan o no formulado la notificación.

3) Antes de la votación se informará pública y circunstanciadamente el número de votos que corresponde a cada accionista presente.

4) Cada accionista que vote acumulativamente tendrá un número de votos igual al que resulte de multiplicar los que normalmente le hubiesen correspondido por el número de directores a elegir. Podrá distribuirlos o acumularlos en un número de candidatos que no exceda del tercio de las vacantes a llenar.

5) Los accionistas que voten por el sistema ordinario o plural y los que voten acumulativamente competirán en la elección del tercio de las vacantes a llenar, aplicándose a los dos tercios restantes el sistema ordinario o plural de votación. Los accionistas que no voten acumulativamente lo harán por la totalidad de las vacantes a cubrir, otorgando a cada uno de los candidatos la totalidad de los votos que les corresponde conforme a sus acciones con derecho a voto.

6) Ningún accionista podrá votar —dividiendo al efecto sus acciones— en parte acumulativamente y en parte en forma ordinaria o plural.

7) Todos los accionistas pueden variar el procedimiento o sistema de votación, antes de la emisión del voto, inclusive los que notificaron su voluntad de votar acumulativamente y cumplieron los recaudos al efecto.

8) El resultado de la votación será computado por persona. Sólo se considerarán electos los candidatos votados por el sistema ordinario o plural si reúnen la mayoría absoluta de los votos presentes; y los candidatos votados acumulativamente que obtengan mayor número de votos, superando a los obtenidos por el sistema ordinario, hasta completar la tercera parte de las vacantes.

9) En caso de empate entre dos o más candidatos votados por el mismo sistema, se procederá a una nueva votación en la que participarán solamente los accionistas que optaron por dicho sistema. En caso de empate entre candidatos

votados acumulativamente, en la nueva elección no votarán los accionistas que —dentro del sistema— ya obtuvieron la elección de sus postulados”.

2. Relación general con los sistemas del derecho comparado

Se ha previsto un sistema de los denominados “mandatory” (al igual que en California Corporation Code (§ 708) y en PA. BUS. Corporation Law (§ 1.505) y a diferencia de otros estados en los que el sistema es meramente permisivo⁽¹⁰⁷⁾).

También —al igual que ciertos sistemas de derecho comparado— se han previsto ciertos requisitos para la activación de la votación acumulativa (Nevada, Minnesota, Mississippi, Maine, Brasil, etc.). Es un mecanismo que requiere del cumplimiento oportuno de condiciones, tales como la de ser accionista y la notificación con la antelación prevista. Si el accionista no cumple con estos requisitos no puede acceder al sistema acumulativo. Estos extremos tienen por objeto enfatizar la voluntad de ciertos accionistas en activar el sistema.

Una disposición que no tiene parangón con ninguno de los ordenamientos extranjeros es la referida a la limitación de la distribución del resultado del voto acumulativo en un tercio de las vacantes a cubrir (art. 263, párr. 1.º, LSC).

También se ha incluido un precepto destinado a garantizar el derecho de información de los accionistas. Ello ha sido coherente con algunos ordenamientos (South Dakota, Nevada, Minnesota, etc.), aunque en el resto de los sistemas electorales (en los que no se encuentra previsto de manera expresa) dicho deber de información en la asamblea es una consecuencia implícita de su natural realización.

3. Comparación con el sistema anterior

En relación con el sistema anterior (esto es, el introducido originariamente por la Ley 19.550) y en base a proyectos legislativos, si bien en lo estructural se mantiene una línea similar, se efectuaron algunos ajustes.

Al margen de algunas precisiones metodológicas de la norma, en lo sustancial las principales reformas de la Ley 22.903 del año 1983 son:

i) se redujo el plazo de notificación para la activación del sistema acumulativo, ya que la actual Ley (Ley 22.903) impone el plazo de tres días hábiles y el anterior texto (Ley 19.550) señalaba un plazo de cinco días.

⁽¹⁰⁷⁾ CHOPER, Jesse H. y EISENBERG, Malvin A., *Gilbert law summaries corporations*, 1995, p. 97; CLARK, *Corporate law*, cit., p. 364, quienes citan por ejemplo Del. Gen. Corp. Law § 214; RMBCA § 7.28.

ii) se enfatiza el deber de información (se aclara que el presidente de la asamblea debe informar a los accionistas presentes que se encuentran facultados a votar acumulativamente y la comunicación del número de votos que corresponde a cada uno);

iii) se establecen una serie de pautas destinadas a reglamentar la relación entre la votación directa u ordinaria y la acumulativa y el supuesto de empate.

iv) se omitió, regular la relación entre la remoción de los directores y la elección acumulativa. El art. 263, últ. párr., Ley 19.500, señalaba: “La remoción de los directores elegidos, según este régimen, sólo procederá cuando se incluya a la totalidad de los directores, salvo los casos de los arts. 264 y 276”.

VII. EJES ESENCIALES DEL SISTEMA DE VOTO ACUMULATIVO

1. Naturaleza del sistema

Lo primero que hay que señalar es que el sistema es un “derecho” que le corresponde a los accionistas, no un deber ni una obligación, y por ello debe descartarse su naturaleza obligatoria. Es una opción que el accionista puede o no utilizar. No hay compulsividad en la ejecución de este derecho, aunque sí puede haberla en la tutela del mismo.

Se debe tener en consideración que tampoco es una carga, ya que si así lo fuera la insatisfacción de ésta (no ejercer la opción) debería traer aparejado un perjuicio para el interesado; y en la facultad de utilizar el sistema acumulativo no existe una amenaza por el no uso. Lo que sí se puede establecer que es una verdadera “carga” es la realización de la notificación en el plazo previsto por la LSC. Pero esta carga, adquiere matices diferenciales a las cargas típicamente procesales, ya que su ejecución por parte de un solo accionista beneficia al resto de los socios.

El sistema de voto acumulativo es un *derecho subjetivo*⁽¹⁰⁸⁾, pues hay una norma en la que se funda, sea el estatuto o la normativa supletoria de la legislación societaria. Lo afirmado surge de las reglas de funcionamiento del sistema. Además lo señala el texto societario: tienen “derecho” a elegir (art. 263, 1.º párr., LSC), y para que no queden dudas el segundo párrafo de la misma norma lo ratifica: no puede derogar este “derecho”.

La naturaleza del voto acumulativo se encuadra en la de un derecho electoral tutelado imperativamente que importa una excepción al principio general de

⁽¹⁰⁸⁾ ARRUDA MIRANDA JR., Darey, *Breves comentarios a lei de sociedades por ações*, Saraiva, São Pablo, 1977.

la mayoría. Y su *criterio de proporcionalidad* no es estrictamente matemático, pero permite que ciertas minorías puedan tener alguna gravitación en la elección de los miembros del directorio. Esta proporcionalidad tiene matices especiales, atento que la potencialidad electoral sólo debe distribuirse en un tercio de las vacantes a cubrir.

Además de todo lo dicho, este instituto contiene un contorno “no negociable”. Es decir, los límites que se establezcan no podrán afectar su contenido esencial. La LSC ha introducido este criterio, cuando señala que el derecho de voto acumulativo no podrá reglamentarse si de tal manera se obstaculiza su funcionamiento.

2. Elección de directores

El voto acumulativo es un instituto cuya finalidad es la elección de los miembros del directorio en la sociedad anónima (art. 263, párr. 1.º y 3.º, LSC). Es uno de los varios sistemas que la Ley ha previsto para la elección de directores (los otros son: votación directa, votación por clase de acciones, votación por el consejo de vigilancia, etc.).

Con relación a los directores suplentes, será facultativo establecer un mecanismo para su elección siempre que no se prescindiera de sindicatura, ya que en caso de vacancia la sindicatura podrá designar el suplente (arts. 284 y 299, LSC).

Si se designan directores suplentes, su número podrá fijarse libremente por el estatuto y no necesariamente debe respetar proporcionalidad con los directores titulares. En general dichos funcionarios se designan paralelamente con el nombramiento de los directores titulares⁽¹⁰⁹⁾, en donde se deberán respetar pautas electivas similares.

Es importante resaltar que en la elección de titulares y suplentes no puede —en conjunto— aplicarse el sistema de voto acumulativo.

3. Elección de síndicos o miembros del consejo de vigilancia

Los síndicos también pueden ser elegidos mediante el procedimiento de acumulación de votos (art. 289, LSC). Para que esta facultad sea aplicable a la elección de los síndicos la sindicatura deberá ser colegiada y, al menos, deberá el órgano de fiscalización estar integrado por tres miembros.

⁽¹⁰⁹⁾ SASOT BETES, Miguel A. y SASOT, Miguel E., *Sociedades Anónimas. El órgano de administración*, Ábaco, 1980.

También la elección de los miembros del consejo de vigilancia se debe hacer por este mecanismo (art. 280, LSC). Sin embargo, si se prevé la facultad de que el consejo de vigilancia elija a los directores, no podrá recurrir al sistema acumulativo.

4. Aplicación a la SRL y cooperativas

Si bien el art. 263, LSC, se encuentra en las disposiciones que regulan el funcionamiento de la sociedad anónima, se ha planteado la duda sobre la aplicabilidad de este instituto (de corte imperativo) a otros tipos societarios.

En cuanto a la sociedad de responsabilidad limitada se ha establecido que no corresponde la aplicación del voto acumulativo en la elección de gerentes o síndicos, salvo que así se haya pactado en el estatuto.

En el caso de las cooperativas, la Ley 20.337 no prevé la cuestión, aun cuando las disposiciones de la LSC sean aplicables supletoriamente (art. 118, Ley 20.337). Sin perjuicio de ello no puede aplicarse el sistema de voto acumulativo a este tipo social, ni siquiera si así se hubiese previsto en el contrato social.

VIII. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA ACUMULATIVO

1. Titulares del derecho de voto acumulativo

En general, están legitimados a votar acumulativamente los accionistas con derecho a voto. Lo importante a estos fines es ser titular de participaciones accionarias. Se trata de una facultad derivada de los llamados “derechos políticos” que se ejercen como titulares de los títulos-acciones.

En el caso de que el accionista se encuentre en mora en la integración carece de la posibilidad de votar mediante este sistema. Así el ordenamiento societario (art. 192, LSC) señala que la mora en la integración se produce conforme al art. 37, LSC, y suspende automáticamente el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones en mora. Si el accionista se encuentra en mora sólo respecto de algunas acciones podrá emplear este mecanismo sólo con relación a las acciones que no se encuentren en mora, salvo que se dispusiere lo contrario.

Las acciones con preferencia patrimonial pueden carecer de voto, a menos que se les adeuden los beneficios que constituyen su preferencia o cuando la sociedad cotizare en bolsa y se la suspendiera o retirara de esa cotización por cualquier causa.

El usufructuario y el acreedor prendario tampoco están legitimados para votar acumulativamente, salvo pacto en contrario o que se tratase de un usufructo legal. En el fideicomiso, el titular fiduciario de la acción tiene derecho a votar mediante este sistema, salvo pacto en contrario.

Si existe copropiedad de acción se debe aplicar las normas de derecho común destinadas a regular el condominio, pero existe la posibilidad de que la sociedad exija la unificación de la representación para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones sociales. Si pese a tal exigencia por parte de la sociedad los condóminos no unifican tal representación, se configura una limitación para el ejercicio natural del derecho de voto.

En caso de que la sociedad adquiera sus propias acciones en las condiciones previstas legalmente, se suspende su derecho a votar. En el supuesto previsto por el art. 31, último párrafo, LSC, la sociedad no podrá ejercer el derecho a votar acumulativamente *por el exceso de porcentaje permitido* (sólo por ese exceso y no con todas sus participaciones accionarias).

El accionista que ha ejercido el derecho de receso no puede ejercer sus derechos políticos (entre ellos el de votar acumulativamente) en el interregno que corre desde el ejercicio de este derecho hasta su concreción.

IX. NOTIFICACIÓN

La notificación previa es un requisito esencial para habilitar el mecanismo de votación acumulativo.

Están legitimados para realizar la notificación quienes lo están para votar acumulativamente (art. 263, inc. 1, LSC). Ahora bien, aunque la Ley se refiere a que serán los “accionistas” quienes deben efectuar la notificación, ello no es necesariamente así. Pueden existir otros sujetos que también están legitimados para ejercer el derecho de voto y también estarán facultados para formular la notificación; como es el caso del mandatario (art. 239, LSC) y aquel en el cual el estatuto amplíe el espectro de sujetos autorizados para formular la mentada notificación (art. 263, inc. 1, LSC), entonces, en este último caso sería válido que el estatuto permita a accionistas que hayan perdido el derecho a voto o a terceros que lo tengan efectuar la notificación.

El sujeto pasivo de la notificación es la sociedad y aquélla debe realizarse con anticipación de tres días hábiles a la celebración de la asamblea. No es admisible que se pacte un plazo mayor, aunque podría establecerse un plazo menor o incluso su supresión. El plazo se computa desde la recepción de la notificación y no desde su remisión y es de caducidad (no de prescripción).

Además del recaudo del tiempo, el ordenamiento societario exige que se realice la individualización de las acciones con que se ejercerá el derecho y, si

fuesen al portador, depositando los títulos o certificados o constancias del banco o institución autorizada. Si la notificación es defectuosa no procede el voto acumulativo. Si el accionista individualiza un número menor de acciones, la notificación es válida, aunque sólo podrá votar con las acciones denunciadas. Si en la notificación se individualizó un número mayor de acciones será válida aunque sólo podrá ejercer su voto con las acciones de que efectivamente es titular. Es válida también la rectificación de la notificación siempre que se haya realizado en tiempo (tres días hábiles antes de la celebración de la asamblea).

Si varios accionistas han notificado su intención de votar acumulativamente, la retractación de algunos carece de efectos respecto de la activación del sistema. Si sólo un accionista remitió notificación, la retractación de tal notificación no afecta a los restantes accionistas. Sin perjuicio de ello, la notificación retractatoria importa la voluntad de no emplear este sistema, y por ello el accionista no podrá pretender ir contra sus propios actos y votar acumulativamente.

En la asamblea, si no habilitó el sistema acumulativo mediante notificación, la mayoría no puede acceder a esta forma de votación. Esta solución no resulta aplicable en el caso de asamblea unánime; en consecuencia, está permitido votar acumulativamente si dicha “aceptación” se ha producido de forma unánime estando presente la totalidad de los accionistas.

La notificación produce efectos “expansivos”, ya que el art. 263, inc. 1, concluye diciendo que “Cumplidos tales requisitos aunque sea por un solo accionista, todos quedan habilitados para votar por este sistema”. El cumplimiento de los requisitos (tiempo de prelación, individualización de títulos accionarios y depósito de las acciones o certificados —si fuesen al portador—) funciona a la manera de un disparador del sistema de acumulación de votos. Basta que un sólo accionista cumpla con los recaudos legales para que todos puedan recurrir a este sistema de votación. Tal activación se dispersa en todos los centros de interés social (accionistas), transformándose en un verdadero derecho por parte de estos en reclamar la posibilidad de votar de esta manera agrupada.

X. DERECHO DE INFORMACIÓN

Es una “reformulación” de uno de los derechos liminares de los socios: el de información. Este derecho (contemplado en el art. 263, inc. 2, LSC) puede escindirse en dos partes: i) el derecho del accionista a solicitar información a la sociedad acerca de las notificaciones recibidas en relación con el mecanismo acumulativo de votación; ii) el deber del presidente de la asamblea de informar a los accionistas presentes que todos se encuentran facultados para votar acumulativamente, independientemente que hayan o no formulado la notificación.

Cabe señalar que este derecho de información (que no necesariamente utilizarán los accionistas minoritarios, ya que tales conocimientos también interesan a los mayoritarios) ha sido reconocido por su sola condición de socio. Asimismo también podemos agregar que es irrenunciable; ya que el estatuto social no puede derogarlo, ni reglamentarlo de manera tal que se obstaculice su funcionamiento. Cualquier traba al acceso de este tipo de información carece de validez jurídica.

Están habilitados para requerir esta información todos los que pueden votar acumulativamente. No es requisito necesario un porcentaje mínimo, como sí lo exige art. 294, inc. 6, LSC. El verdadero obligado a informar es la persona jurídica. La información debe versar sobre las notificaciones referidas. Si la información solicitada se refiere a cuestiones no vinculadas directamente con la votación acumulativa el directorio puede denegar la información e indicar al accionista solicitante que recurra a los medios societarios ordinarios para tales fines.

En cuanto al plazo para suministrar la información, si bien la ley no establece ninguno, ésta debe brindarse de una manera ágil y rápida, ya que si la información llega demasiado tarde o es denegada por la sociedad, puede generar perjuicios para el accionista.

El derecho de información que se da en la asamblea está contemplado en la última parte del art. 263, inc. 2, LSC, que establece que su presidente debe informar a los accionistas presentes que todos se encuentran facultados para votar acumulativamente. Debe presidir la asamblea y, en consecuencia, ser sujeto pasivo del derecho de información: el presidente del directorio; el reemplazante del directorio; quien disponga el estatuto. En defecto de los tres anteriores, quien sea designado por la asamblea. En caso de convocatoria judicial o administrativa, quien designe la autoridad (administrativa o judicial). La información deberá conferirse antes de que comience la votación.

XI. LA POTENCIA ELECTORAL EN EL SISTEMA ACUMULATIVO

El inc. 4 del art. 263, LSC⁽¹¹⁰⁾, constituye una pieza central del sistema acumulativo de votación. Indica la manera de determinar cuántos votos le corresponden a cada accionista en este sistema, multiplicando sus votos (generalmente equivalentes al número de acciones, aunque no siempre —art. 216,

⁽¹¹⁰⁾ Art. 263 inc. 4, LSC: “4) Cada accionista que vote acumulativamente tendrá un número de votos igual al que resulte de multiplicar los que normalmente le hubiesen correspondido por el número de directores a elegir. Podrá distribuirlos o acumularlos en un número de candidatos que no exceda del tercio de las vacantes a llenar”.

LSC—) por el número de candidatos a elegir. A mayor número de directores para la elección mayor será la potenciación de los votos. Por ello se ha dicho que se trata de un *efecto multiplicador* del voto unitario que cabe a las acciones⁽¹¹¹⁾.

Esos guarismos obtenidos (resultantes de multiplicar la cantidad de votos que correspondería por los candidatos a elegir) sólo podrán “distribuirse” o “acumularse” en un número de candidatos que no exceda del tercio de las vacantes a llenar. En efecto: el accionista podrá *acumular* sus votos (potenciados) en un solo candidato (o al menos en un tercio de ellos); pero tiene la facultad de *distribuirlos* (como mejor lo entienda) entre varios candidatos. Pero siempre teniendo en cuenta el límite que el art. 263, inc. 4, LSC, impone: el tercio de las vacantes a llenar. Ahora bien, si el tercio no arroja un número entero (de directores), debe reducirse hasta el número entero inmediato menor, aun cuando ello importe la imposibilidad de votar acumulativamente; sin perder de vista que esta cuestión no está expresamente contemplada por la LSC, aunque sí se encuentra receptada por el art. 64 de la Resolución de la Inspección General de Justicia.

En una elección asamblearia pueden utilizarse ambos sistemas electorales (directo o acumulativo). El sistema ordinario o plural se mantiene intacto cuando el mecanismo acumulativo se activa, por ello sostenemos que el funcionamiento de ambos sistemas no sólo son compatibles, sino que se complementan mutuamente. El radio de competencia electoral entre ambos sistemas solamente se demarca con el tercio de las vacantes a cubrir; en los dos tercios restantes los accionistas votantes mediante el sistema ordinario votan como si no existiese votación acumulativa. Los votantes “ordinarios” votan en ese tercio con el número de votos que poseen de acuerdo a sus participaciones, independientemente del número de directores que deban elegirse. Los accionistas acumulativos competirán solamente en ese tercio, dejando el restante terreno (los otros dos tercios) libre, para quienes voten ordinariamente. Esta cuestión se encuentra regulada por el inc. 5 del art. 263, LSC.

Sin embargo esta coexistencia de ambos sistemas tiene algunos límites. Uno de ellos es el impuesto por el art. 263, inc. 6, LSC, que prohíbe a los accionistas votar —dividiendo al efecto sus acciones— en parte acumulativamente y en parte de manera ordinaria; esta es una nota diferencial de nuestro sistema societario, de nuestro sistema de votación acumulativa. Tampoco está permitida la enajenación de ciertas acciones para burlar el sistema acumulativo,

(111) PENTEADO, J.R., Cassio, “A nova lei das S/A. A questao do voto multiplo e sua eficácia na proteçao das minorias”, en *Sociedades por açoes. Estudo núm. 4* (coord. Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins), Editora Resenha Universitaria São Paulo, 1977, p. 191.

por falta de causa recta (arts. 502, 853, 1071, 1198, etc., Cód. Civ.). Se los faculta a los accionistas a variar el procedimiento o sistema de votación, antes de la emisión del voto, inclusive los que notificaron su voluntad de votar acumulativamente y cumplieron los recaudos al efecto.

Un tema de gran trascendencia se vincula con la factibilidad de rectificar la votación ya ocurrida, y al efecto diremos que existe la posibilidad de la asamblea de rever sus propias decisiones antes de que el acto asambleario haya concluido. Si la reunión asamblearia finalizó sólo es factible revisar la elección anterior convocando a una nueva elección en la que se remueva el directorio elegido oportunamente (art. 265, LSC) —o incluso mediante remoción judicial (art. 265, *in fine*, LSC) e intervención judicial de la sociedad— y debiendo procederse a la elección de nuevos directores, aplicando el voto acumulativo (art. 263, LSC). No es posible su rectificación en un acto posterior, ya que se trata de una nueva elección.

XII. CÓMPUTO DE LA VOTACIÓN

El resultado de la votación será computado por persona. Así lo dispone el art. 263, inc. 8, LSC y de manera coincidente, aunque reglamentando algún aspecto más del sistema, la resolución IGJ 6/80, art. 64, inc. 12. El estatuto puede prever un procedimiento en el cual se regulen todas las etapas de la votación (acumulativa u ordinaria), teniendo siempre en consideración que cualquier disposición contractual será válida salvo que derogue u obstaculice el funcionamiento del sistema.

Ahora bien, para la elección de los dos tercios de las vacantes (mediante el sistema ordinario) se exige mayoría absoluta de los votos presentes; mayoría absoluta, que es más de la mitad y no la mitad más uno. Cabe interrogarse sobre la posibilidad de reducir este porcentaje por vía estatutaria; nuestra posición se inclina por la negativa, ya que el estatuto no puede prever una mayoría menor que la establecida por el art. 263, inc. 8, LSC. Y en virtud de lo dicho consideramos que sí existiría la posibilidad de aumentar dicha mayoría debido a que si reducir el porcentaje perjudica a la minoría, aumentarlo lo beneficia.

El cálculo de las mayorías en el tercio que debe elegirse mediante el sistema acumulativo difiere del analizado anteriormente. En este caso ya no se exige la mayoría absoluta de los votos presentes, sino que ésta se calculará por el mayor número de votos, independientemente de la cantidad de votos presentes que haya en la asamblea. En este sistema compiten las acciones de ambos sistemas (quienes recurrieron al mecanismo y quienes no); la diferencia está en que el votante ordinario sólo podrá asignar en este tercio a elegir el número de votos que le corresponda según su participación accionaria sin poder potenciar sus votos. En cambio el accionista acumulativo podrá distribuir o acumular sus

votos (multiplicado por el número de directores a elegir) en el o los candidatos que desee.

En caso de que los accionistas que recurrieron al sistema ordinario no logren obtener la mayoría absoluta para las vacantes restantes (dos tercios) se han planteado las siguientes alternativas: i) realizar una segunda elección entre las dos listas que recibieron mayor cantidad de votos; ii) decidir la cuestión por mayoría simple; iii) decidirlo por mayoría absoluta, tomando en consideración sólo los votos ordinarios (sin tener en cuenta los votos acumulativos); iv) que la solución sea impuesta por la asamblea, si es que no existe previsión estatutaria. Por ello, el órgano de gobierno deberá someter el asunto a votación y expedirse por un acto colegial asambleario obligatorio para los accionistas.

En lo que respecta a la posibilidad de sumar los votos de los candidatos elegidos mediante los dos sistemas, consideramos que es factible. Ahora bien, si un candidato recibe más votos provenientes del sistema ordinario, debe considerarse ordinario; si es votado por más votantes acumulativos, será acumulativo. Y en caso de igualdad de las cifras parciales, deben prevalecer los ordinarios (263, inc. 8, LSC).

En caso de empate entre dos o más candidatos votados por el mismo sistema, se procederá a una nueva votación en la que participarán solamente los accionistas que votaron en dicho sistema. En caso de empate entre candidatos votados acumulativamente, en la nueva elección no votarán los accionistas que —dentro del sistema— ya obtuvieron la elección de sus postulados (art. 263, inc. 9, LSC). Esta posibilidad de desempate no puede limitarse a una sola nueva votación, ya que si el empate persiste se deberán agotar los mecanismos societarios para que la mentada elección se produzca. Cabe advertir que según el sistema estatuido es imposible el empate entre dos candidatos de distintos sistemas. *Rectius*: es posible, pero jurídicamente la LSC hace prevalecer de pleno derecho un sistema sobre el otro. Como también es imposible el empate entre dos o más candidatos elegidos mediante el sistema ordinario⁽¹¹²⁾.

XIII. INDEROGABILIDAD DEL VOTO ACUMULATIVO

1. Inderogabilidad del sistema

Cabe realizar una distinción entre el orden público y la imperatividad, para luego poder establecer la naturaleza jurídica del sistema de votación acumulati-

⁽¹¹²⁾ Art. 263, inc. 8, LSC; que solo considera votados por el sistema ordinario a los candidatos que reúnen la “mayoría absoluta” de los votos presentes. *Ergo*, si existe una igualdad no podrá haber mayoría absoluta. Son dos conceptos que se excluyen.

va. En rasgos generales puede decirse que la diferencia entre orden público e imperatividad radica en la protección de los derechos tutelados. En el orden público, los valores protegidos son caros (fundamentales) para el ordenamiento y, por ello, irrenunciables; aun en el caso concreto. Hacen a las bases de la organización social y a elementos sociales, políticos, económicos, y morales, de los que depende la regularidad de las creencias sociales. Por su parte, las normas imperativas, por proteger sólo intereses individuales, tienen menor protección por parte de la LSC.

Los principales efectos que suelen atribuirse al orden público son: i) imperatividad de sus normas; ii) irrenunciabilidad de los derechos; iii) posibilidad de aplicación oficiosa; iv) nulidad absoluta de los actos violatorios. Pero estos importantes efectos también tienen cierta aplicación en las leyes imperativas, aunque no en toda su plenitud. Así; las leyes imperativas serán, valga la redundancia, imperativas, pero no podrán aplicarse oficiosamente por los tribunales, y la nulidad a la que dé lugar el quebrantamiento de la disposición imperativa no será absoluta sino relativa.

Ahora bien, habiendo realizado la elaboración precedente, cabe señalar que el precepto contenido en el art. 263, LSC, no es un instituto de orden público, aunque sí goza del carácter de imperativo. Ello habida cuenta de que el contrato social es un contrato entre particulares, que aunque establezca normas de carácter inderogable —como las destinadas a regular el voto acumulativo— deberá ponderarse que las mismas podrán ser imperativas, pero no necesariamente de orden público⁽¹¹³⁾.

En efecto, el sistema de votación acumulativa no es de orden público, aunque sí goza del carácter imperativo. Y por ello, la violación de este derecho no dará lugar a la nulidad absoluta del acto asambleario, sino “relativa”. En consecuencia (y, a diferencia de la nulidad absoluta que puede ser declarada de oficio, es inconfirmable e imprescriptible), la nulidad derivada del quebranta-

(113) FARGOSI, Horacio P., *Temas de derecho societario*; mesa redonda: “Concepto de sociedad comercial en el derecho moderno”, ed. del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1990, p. 18, cit. por MATTA Y TREJO, Guillermo, “Normatividad societaria, orden público e impugnación de decisiones asamblearias”, *V Congreso de derecho societario (Huerta Grande, Córdoba, 1992)*, *Libro de ponencias del Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Asvocatús, Córdoba, 1992, t. 2, p. 345. El autor puntualmente señala: “Otra cuestión que suele complicar el análisis de las soluciones dadas por la ley es esa equivocada afirmación de que la sociedad está sujeta a normas de orden público. La ley para mí, no tiene absolutamente ninguna norma de orden público; es una ley que regula relaciones de contenidos patrimoniales y no otra cosa que relaciones de contenido patrimonial. De este modo lo que podrá haber son normas imperativas o indisponibles pero eso es una materia distinta del orden público” (LÓPEZ TILLI, *Las asambleas de accionistas*, Ábaco, Bs. As., 2003, p. 385).

miento del instituto acumulativo sólo puede ser alegada por parte interesada, es confirmable y prescriptible.

Por todo lo dicho sostenemos que la inderogabilidad no necesariamente implica orden público. El concepto de “inderogabilidad” del art. 263, LSC, está empleado en sentido lato. Esta acepción terminológica más bien se asocia —desde este punto de vista— a la imperatividad. Un precepto es inderogable (aun cuando no aluda a derogación *strictu sensu*, ni a reforma, ni a abrogación, ni a subrogación) cuando no puede ser dejado de lado por los particulares (accionistas); cuando no puede ser *abolido* por voluntad de los socios en una norma particular (decisión asamblearia o contrato social).

No debemos olvidar que el art. 263, 2.º párr., LSC, señala que el “estatuto” no puede derogar el derecho del voto acumulativo, pero cabe aclarar que esa *imperatividad* trasciende de las simples previsiones estatutarias, ya que este derecho tampoco puede ser trasvasado por el actuar de los administradores societarios ni por las decisiones asumidas en el seno del órgano de gobierno. Se admite reglamentación estatutaria del voto acumulativo, pero no puede hacerse de manera que dificulte su ejercicio. El estatuto no puede alterar los mínimos establecidos en el artículo ya mencionado. Es posible que se exijan menos recaudos de activación, pero no mayores.

2. Elección por categorías y de forma escalonada

La última parte del art. 263, 2.º párr., LSC, contiene una disposición que puede generar algunos inconvenientes interpretativos. Esta norma señala que el sistema de votación por acumulación de votos “*se excluye en el supuesto previsto en el art. 262*”. Cabe señalar que si bien el art. 262, LSC, alude a “clases” de acciones, la referencia es a “categoría”⁽¹¹⁴⁾.

Si nos atenemos al tenor literal de la última parte del art. 263, 2.º párr., LSC, todo parecería indicar que cuando existan clases o categorías de acciones el sistema acumulativo de votación no podrá ser utilizado. Pero ello no es totalmente cierto, ya que existe cierta posibilidad de emplear mencionado sistema.

Ahora bien, debemos aclarar que si el contrato social ha previsto categorías de acciones y en dichas categorías se deben elegir directores u otros miembros por categoría, debe prescindirse del sistema de votación acumulativa. Si en la estructura societaria no se han previsto clases de acciones o si, habiéndose estipulado, éstas no tuvieran —a modo de asamblea especial— la facultad de

⁽¹¹⁴⁾ LE PERA, Sergio, “El voto acumulativo”, *Derecho empresario*, año 2, 1975, p. 496.

designar miembros en el directorio, el voto acumulativo subsiste, como si la remisión al art. 262, LSC, no existiera.

En el caso de que en una categoría accionaria se deban elegir más de tres directores, se deberá respetar el voto acumulativo en la elección en cada categoría siempre que se hayan cumplimentado los recaudos previos para habilitar el sistema.

La limitación en el tema de la renovación escalonada (o en forma parcial) se encuentra legislada en el art. 263, 3.º párr., LSC. Este artículo establece la prohibición de la renovación escalonada del directorio cuando ello impide la elección acumulativa; esta limitación se da en protección del sistema, derivada de la naturaleza imperativa del instituto. Este precepto debe interpretarse en armonía con el art. 1.071, Cód. Civ., que prohíbe el ejercicio abusivo del derecho.

A diferencia del sistema anterior (art. 263, últ. párr., Ley 19.550), la ley vigente (modificada por la Ley 22.903) no contiene regulación en torno a la remoción de los directores elegidos por el sistema acumulativo. No existen restricciones para la *remoción de los directores con causa*, aun cuando hubiesen sido elegidos por el sistema de votación acumulativo. Con relación a la *revocación ad nutum*, cabe señalar que la actual ley ha suprimido la regulación en torno a la remoción y dicha norma no puede gozar de ultra-actividad, ya que el art. 256, párr. 3.º, impone la *libre revocabilidad* de los directores. Sin embargo, el derecho de la libre revocabilidad no es absoluto y no puede ejercerse de manera antifuncional, sino que debe respetar este standard de conducta previsto por el ordenamiento común (art. 1071, Cód. Civ.).

JURISPRUDENCIA

**A PROPÓSITO DE LA LEGALIDAD DE LA CIRCULAR
INTERNA 10/2002, DE 18 DE OCTUBRE,
SOBRE EL CÓDIGO DE CONDUCTA
PARA EL PERSONAL DEL BANCO DE ESPAÑA:
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL, SECCIÓN 1.^a),
DE 7 DE MARZO DE 2007**

FERNANDO GONZÁLEZ BOTIJA

Profesor Titular de Derecho administrativo de la UCM

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. En respuesta a demanda sobre Conflicto Colectivo interpuesta por la “Asociación de Inspectores de Entidades de Crédito de España” (AIECA) y del “Sindicato Autónomo de Trabajadores de España” (SATBE), la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 27 de mayo de 2005 (AS 2005\2509), desestimando pretensión principal relativa a la nulidad de la Circular Interna 10/2002 (18 de octubre), mediante la que se aprueba el “Código de Conducta para el Personal del Banco de España”; y también la subsidiaria de que se anulasen la sección tercera del Capítulo III (“Restricciones a la Realización de Operaciones con Valores o Instrumentos Financieros”), el artículo 13 (“Régimen Disciplinario”), la Disposición Adicional Primera (“Declaraciones Específicas”) y el apartado C) del Punto 4 del Anexo (“Código de Conducta para las

operaciones de política monetaria, las operaciones con divisas derivadas del artículo 11 del Tratado y la Gestión por el Banco de España de los Activos Exteriores del Banco Central Europeo”).

2. Se formula por el SATBE recurso de casación en el que bajo el amparo del artículo 205.e) de la LPL (RCL 1995\1144, 1563), se articulan los siguientes motivos: a) interpretación errónea del artículo 3 de la Ley 13/1994 (1 de junio) (RCL 1994\1554), en relación con el artículo 10.1.a) del Reglamento Interno del Banco de España; b) violación del artículo 3.1 párrafo segundo de la Ley 13/1994 (1 de junio); c) interpretación errónea del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997); y d) violación del artículo 82.2 del Estatuto de los Trabajadores.

3. Por su parte, la codemandante “AIECE” estructura su recurso de casación en

tres motivos: a) interpretación errónea del artículo 3 Ley 13/1994 (1 de junio) (RCL 1994\1554), por utilizar un instrumento normativo —Circular Interna— para regular materias de carácter estrictamente laboral; b) vulneración del artículo 3 Ley 13/1994 (1 de junio), por carencia de habilitación legal para aprobar reglamentaciones internas sobre materias laborales; c) vulneración del artículo 6 bis Ley 13/1994 (1 de junio), por exceder de la habilitación legal el contenido de la Sección Tercera del Capítulo III y del apartado C) del Punto 4 del Anexo del Código de Conducta, y vulneración del artículo 20 Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997), por carecer tal exceso de posible amparo en el *ius variandi* empresarial.

4. Con lo referido se evidencia la similitud estructural de ambos recursos y se impone la conveniencia expositiva de su tratamiento unitario en la respuesta, sin perjuicio de que las variaciones insustanciales existentes entre ellos hayan de tener singularizada contestación.

Segundo.—1. Se impone destacar con carácter previo porque en cierta medida delimita las argumentaciones de esta sentencia que inicialmente la Audiencia Nacional se había declarado incompetente por razón de la materia [sentencia de 26 de noviembre de 2003 (AS 2004\1232)] y que esta Sala anuló tal decisión en resolución de 08 de febrero de 2005 (RJ 2005\2597) (recurso de Casación 7/2004), por considerar que “El hecho de que el Banco de España sea una entidad de derecho público, (artículo 1 de la Ley 13/1994) no presupone que en las relaciones con los trabajadores a su servicio vaya a estar investido de poder público, sino que actúa como un simple empresario, dentro del marco de un contrato de trabajo preexistente y aplicando normas y reglas de indudable carácter laboral, pues no puede negarse que la controversia se ha suscitado en el marco de una relación jurídica de carácter privado, en cuanto que los trabajadores afectados no mantienen con el Banco demandado vínculo

funcionarial alguno, de suerte que si la pretensión se promueve dentro de la norma social del Derecho, como queda demostrado, el orden de la jurisdicción competente para conocer de la demanda es el laboral, a tenor de cuanto dispone el artículo 9.5 de la LOPJ (RCL 1985\1578, 2635) y, de manera más específica, el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995\1144, 1563), al tratarse de una controversia entre empresa y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo”.

2. También debe ir por delante nuestro rechazo a todas las novedosas por ausentes en el relato de hechos consideraciones fácticas que bajo el epígrafe de “antecedentes” se llevan a cabo en el recurso interpuesto por el “SATBE”, y que notoriamente exceden de lo que en Derecho corresponde a tal apartado. En este trámite de recurso, la introducción de nuevos datos de hecho solamente es factible por el cauce de la revisión de los hechos declarados probados; y siempre que se cumplan los requisitos que para ello impone el artículo 205.d) LPL, en los términos que la interpretación jurisprudencial ha perfilado.

Tercero.—1. En su primera denuncia, ambos recursos coinciden en acusar la interpretación errónea del artículo 3 Ley 13/1994 (1 de junio) (RCL 1994\1554), al entender que el instrumento utilizado por el BE —Circular Interna— es inadecuado para regular materias de carácter estrictamente laboral.

En absoluto compartimos el planteamiento, pues no ha de olvidarse que el artículo 1.1 LBE (Ley 13/1994, de 1 de junio) atribuye al Banco de España la cualidad de entidad de Derecho público, en términos que corrobora la propia jurisprudencia constitucional [“forma parte de la Administración del Estado en su vertiente institucional o indirecta”: STC 135/1992, de 5 de octubre (RTC 1992\135)], y que cuando ejerce potestades administrativas conferidas por las Leyes actúa sujeta al Derecho Administrativo (artículo 1.2 de la

LABE). Por ello, en cuanto Administración goza de potestad reglamentaria natural para su autoordenación no precisada de justificación legal previa en cada caso, que es exigencia elemental de su estatuto jurídico de independencia y presupuesto ineludible para el cumplimiento de sus especializadas funciones. Potestad que conforme al artículo 10 del Reglamento Interno del Banco de España ([RIBE; aprobado por Resolución de 18 de marzo de 2000) se materializa en las Circulares Internas (“reglamentación de carácter básico y general, de obligado cumplimiento para todos los servicios”) y en las Ordenanzas (“sistema de desarrollo de lo establecido en las Circulares Internas”). Y muy contrariamente a lo que los recurrentes sostienen, no existe obstáculo alguno de orden lógico o jurídico para que tal normativa de autoordenación no se extienda también a materias de innegable naturaleza laboral, pues ello no significaría más que el simple ejercicio del poder de dirección que al empresario corresponde “ex” artículo 20 del ET (“instrucciones adoptadas... en el ejercicio regular de sus facultades”).

2. Asimismo, aunque en hipótesis tal regulación laboral rebasase el contenido de las facultades directivas y del “ius variandi”, tal defecto no comportaría la nulidad del instrumento empleado —Circular Interna—, sino que tan sólo trascendería a la validez en su caso de las concretas disposiciones que superasen el marco del poder de dirección. Es más, el planteamiento subsidiario de la demanda objeto de los dos últimos motivos de los recursos muestra bien a las claras que la pretensión de los actores se limita exclusivamente a la obligación de efectuar declaraciones anuales que se impone a los empleados que “tengan o puedan tener información privilegiada”, respecto de titularidad y operaciones realizadas con valores o instrumentos financieros; con lo que se evidencia como con acierto señala la sentencia recurrida que “lo realmente impugnado no es la Circular, como ejercicio de una potestad reglamentaria, sino más bien

parte de su contenido” (de naturaleza laboral, añadimos nosotros ahora).

Cuarto.—1. También coinciden ambos recursos en su segundo planteamiento, relativo nuevamente a infracción del artículo 3 de la LABE, pero en este caso por carecer la demandada de habilitación legal con rango suficiente para dictar Circulares “no monetarias” (recurso del SATBE); o para “aprobar reglamentaciones internas sobre materias laborales, creando obligaciones y deberes inexistentes anteriormente” (recurso de la AIECA). Motivos íntimamente unidos al cuarto del SATBE, que se refiere a inaplicación del artículo 82.2 del ET (RCL 1995\997) y en el que se mantiene la necesidad de que la materia objeto de debate —Código de Conducta— sea decidida por el mecanismo de la negociación colectiva; lo que justifica que tratemos conjuntamente las respectivas denuncias.

2. La sentencia recurrida no ha conculcado las normas previamente citadas. En el precedente fundamento jurídico señalábamos que el BE, en cuanto Administración institucional, goza de potestad para su autoordenación; y que ésta no se hallaba precisada habilitación legal previa para cada supuesto concreto, por ser esa capacidad un indeclinable requerimiento de su independencia (artículo 1.1 de la LABE). Potestad normadora que se plasma además de las Ordenanzas en las Circulares Internas, cuyo objetivo es la “reglamentación de carácter básico y general, de obligado cumplimiento para todos los servicios” (artículo 10 RIBE). Pero aparte de esa justificación de la genérica potestad autonormadora, con la que guarda indudable conexión el establecimiento de ciertas cautelas en la actividad financiera de sus empleados, al objeto de que se garantice la transparencia de actuación que es exigible al BE, la redacción de un Código de Conducta tampoco es ajena a la responsabilidad que a la entidad pública corresponde respecto del “buen funcionamiento y la estabilidad del sistema financie-

ro” (artículo 7 LABE), que indudablemente se verían comprometidos con posibles actuaciones no controladas realizadas en el mercado de valores por empleados que tuviesen información privilegiada. Aparte de lo que posteriormente indicaremos respecto del artículo 20 del ET (RCL 1995\997) y de las facultades directivas que confiere al empresario.

Pero en plano más específico, la redacción del cuestionado Código de Conducta cuenta con el inequívoco apoyo que representa el RD 629/1993 (3 de mayo) (RCL 1993\1560), que establece las normas de actuación en los mercados de valores y que tiene el objetivo confesado —Exposición de Motivos— de “contribuir a la transparencia de los mercados y a la protección de los inversores”. Pues bien, el capítulo II de tal disposición “regula el código general de conducta de las entidades que realicen actividades relacionadas con los mercados de valores, cuya base fundamental son las normas de conducta surgidas de las reuniones del Comité Técnico de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO), así como las recomendaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre esta materia, aplicables a los países de nuestro entorno, que deben regir para todos los intervinientes en los mercados de valores y que afectan no sólo a las entidades en sí mismo (sic) consideradas, sino también al personal que las integra” [nuevamente, la Exposición de Motivos]. Y más concretamente, el artículo 3 de tal disposición legal establece que todas las sociedades y agencias de valores “deberán elaborar un reglamento interno de conducta de obligado cumplimiento, que regulará la actuación de sus órganos de administración, empleados y representantes”, para el que se establece un mínimo que incluso excede de las previsiones contenidas en el Código de Conducta aprobado por la Circular 10/2002, objeto de debate.

Ello sin contar con que el Banco Central Europeo (“Orientaciones” BCE 2001/5, de

21 de junio, que modifica la BCE 2001/1; y BCE 2002/6, de 26 de septiembre) había impuesto a los Bancos Centrales de los Estados miembros, para la gestión de los activos exteriores de reserva, la obligación de aprobar normas mínimas (“ya sean códigos de conducta, estatutos del personal o normas internas de otra índole... en el marco del derecho y las prácticas laborales internas aplicables”) garantizadoras de la transparencia de quienes intervienen en aquellas operaciones y elusivas de que los empleados participen “en operaciones económicas o financieras que puedan afectar a su independencia e imparcialidad”.

3. Ciertamente que el art. 63 de la Ley 62/2003 (30 de diciembre) (RCL 2003\3093 y RCL 2004, 5, 892) introdujo en la LABE un nuevo precepto, el artículo 6 bis, y que conforme al mismo “El personal [...] que pueda tener acceso a información de carácter confidencial estará obligado a notificar, conforme a lo establecido en la correspondiente disposición interna aprobada por la Comisión Ejecutiva, las operaciones que realice en los mercados de valores, bien fuera directamente o mediante persona interpuesta”. Pero esta circunstancia normativa, que dota del más alto rango a la habilitación concedida a la Comisión Ejecutiva para regular el deber de comunicación sobre operaciones financieras que en este debate se cuestiona, en forma alguna significa que hasta la entrada en vigor de tal norma [Ley 62/2003] la citada Comisión no estuviese legalmente facultada para redactar el Código de Conducta e imponer la obligación comunicadora de que se trata, pues ya se han referido en el anterior apartado las disposiciones que de una forma menos precisa, pero en todo caso inequívoca exigían se impusiese a determinados empleados el deber de comunicar a la dirección sus transacciones con valores. Lo único que hace la citada Ley 62/2003 es reiterar con mayor especificación, ciertamente un mandato previo, el contenido en el artículo 3 del RD 629/1993 (RCL 1993\1560); y muy contrariamente a

lo que los recurrentes sostienen, incluso puede servir de refuerzo a la tesis que se mantiene, porque las normas posteriores, aunque sean inaplicables por razones temporales, es indudable que cumplen una evidente función orientadora y pueden “influir” en orden a una interpretación acorde con los principios inspiradores de la norma posterior [SSTS 22 de marzo de 2002 (RJ 2002\5994) rec. 1170/01; 07 de octubre de 2002 (RJ 2002\10912) rec. 1213/2001, dictada en Sala General; 23 de octubre de 2002 (RJ 2002\10916) rec. 3581/2001; 17 de mayo de 2004 (RJ 2004\5158) cas. 122/03; y 11 de mayo de 2005 (RJ 2005\6026) rec. 2291/04].

4. La consecuencia de lo que acaba de afirmarse, que la Comisión Ejecutiva del BE tenía habilitación legal suficiente para redactar mediante Circular Interna el Código de Conducta relativo al deber de comunicación de operaciones financieras, por fuerza ha de ser que tal materia no era de obligada negociación colectiva, como la parte recurrente sostiene, y de que por lo mismo resulta inexistente la denunciada infracción del artículo 82.2 ET. Es más, ni siquiera consideramos oportuna tal tesis, porque no pueden dejarse al albur de aquella la negociación el elenco de medidas o cautelas que garanticen la imprescindible transparencia de actuación que corresponde al BE y que en definitiva se preordenan al “buen funcionamiento y la estabilidad del sistema financiero”, tal como más arriba se ha indicado.

Quinto.—1. No resta sino examinar el quinto motivo del SATBE y tercero de la AIECA, en el que ambas organizaciones imputan a la decisión de instancia la interpretación errónea del artículo 20 del ET (RCL 1995\997); infracción que justifican afirmando que la regulación contenida en el Código de Conducta —particularmente el deber de comunicar las operaciones financieras— excede del “ius variandi” (se dice) y vulnera el derecho a la intimidad que protege el artículo 18.1 de la CE.

2. Con carácter previo se impone recordar que no han de confundirse el poder de dirección (facultad de organizar y dirigir el trabajo: artículo 20 del ET) y el “ius variandi” [poder empresarial de modificar el contenido pactado de la prestación: artículos 39 y 40 del ET). Y que es criterio comúnmente aceptado el que por regla general tal poder sólo puede ejercitarse en el concreto ámbito de la relación de trabajo, sin poder afectar a los actos del trabajador situados fuera de aquél; pero que la llamada “conducta extralaboral” del trabajador puede verse alcanzada por aquella facultad directiva cuando la actuación del trabajador pueda repercutir negativamente sobre el adecuado cumplimiento de la prestación o perjudicar los intereses de la empresa. Y también ha de resaltarse que conforme a doctrina tradicional el poder de dirección “no puede entenderse como una facultad arbitraria y omnímoda, sino que se encuentra sometido a determinadas limitaciones, debiendo utilizarse con el máximo respeto a los derechos del trabajador y a su dignidad humana y sin perjuicio para él, o con la compensación adecuada cuando el ejercicio de tal potestad resulte inevitable, y sin que pueda exceder de lo que las normas legales y los principios generales inspiradores del derecho de trabajo imponen” [así, la STS 11 de marzo de 1991 (RJ 1991\1842) cas. 792/90, siguiendo precedentes de 08 de junio de 1982 (RJ 1982\3942), 04 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7448) y 19 de enero de 1984 (RJ 1984\69)]; o lo que es igual, la facultad empresarial de que tratamos se encuentra limitada por los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución (RCL 1978\2836), la Ley, el convenio colectivo y el propio contrato de trabajo, de forma que sólo puede calificarse de “ejercicio regular” de las facultades de dirección (artículo 20.2 del ET), aquel que respete todos los derechos expresamente reconocidos al trabajador en los referidos cuatro planos.

3. Muy particularmente, en lo que a las presentes actuaciones interesa, el poder de

dirección —ello es evidente— no puede minorar los derechos del trabajador inviolables que están garantizados por la Constitución (RCL 1978\2836), tales como el ya citado respeto a la dignidad personal [artículos 10 de la CE y 20.3 del ET (RCL 1995\997)] y el de garantía de la intimidad (artículos 18 de la CE y 18 del ET). En este sentido se ha afirmado por la doctrina constitucional: a) los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos [SSTC 292/1993, de 18 de octubre (RTC 1993\292), F. 4; 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186), F. 6]; b) el ejercicio de tales facultades por parte del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador [así, entre otras, SSTC 94/1984, de 16 de octubre (RTC 1984\94); 108/1989, de 8 de junio (RTC 1989\108); 171/1989, de 19 de octubre (RTC 1989\171); 123/1992, de 28 de septiembre (RTC 1992\123); 134/1994, de 9 de mayo (RTC 1994\134); 173/1994, de 7 de junio (RTC 1994\173); 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186)]; y c) “el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 de la CE) y reconocido expresamente en el artículo 20 de la LET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales, pero esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral [artículos 4.2.c) y 20.3 de la LET]” [STC 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186)].

En la misma línea, esta Sala ha afirmado que tal como se desprende de los arts. 4.2.e) y 20.3 del ET, “el derecho a la libertad de empresa y a la dirección de la actividad laboral que tiene el empresario constitucional y legalmente reconocida tiene que compatibilizarse con el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, pues este sigue disfrutando de tales derechos cuando lleva a cabo trabajos por cuenta ajena” [STS de 5 de diciembre de 2003 (RJ 2004\313) cas. 53/03].

Sexto.—1. En una aproximación al objeto de debate hemos de decir que las obligaciones previstas en el Código de Conducta del BE pueden considerarse una manifestación del poder de dirección que no excede de los límites que al artículo 20 del ET (RCL 1995\997) corresponde, pues se afirma en el precepto apartado tercero que “el empresario podrá adoptar las medidas de vigilancia y control que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. Y aunque la obligación nuclear que el citado Código de Conducta establece se refiere a una actividad extralaboral, la de que los empleados con “información privilegiada” declaren anualmente sus operaciones financieras, es innegable como argumenta la decisión recurrida que la misma se encuentra directamente relacionada con la actividad laboral y comprometida con ésta en régimen de conflicto de intereses. A lo que añadimos ahora que ese conflicto es precisamente el que trataban de evitar las “Orientaciones” del BCE más arriba citadas (2001/5, de 21 de junio; y 2002/6, de 26 de septiembre) con el obligado establecimiento de normas de conducta para los empleados de los BCN de los Estados miembros de la CE; y que la transparencia financiera de ese personal que “tenga o pueda tener información privilegiada” es patente manifestación de la buena fe contractual a que tales empleados se hallan sometidos, en razón a las previsiones de los artículos 5.2.a) y 20.2 del ET.

2. En todo caso se nos impone la consideración de que mal puede calificarse de “irregular” ejercicio de las facultades directivas el cumplimiento por el empresario de normas internas [antes, el RD 629/1993 (RCL 1993\1560); en la actualidad tras la Ley 62/2003 (RCL 2003\3093 y RCL 2004, 5, 892) el artículo 6 bis LABE] y comunitarias (las indicadas “Orientaciones” del BCE). En realidad, con la aprobación del Código de Conducta, el BE más que materializar expresión alguna del poder de dirección, propiamente se limita a ajustar su actuación empresarial al imperio de la Ley y con ello a acatar el principio de legalidad. Otra cosa es que en ese cumplimiento se hubiera podido exceder (de ello trataremos más adelante), al considerar “persona interpuesta, en todo caso, al cónyuge, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, la pareja de hecho, los hijos, tanto los menores de edad como los mayores que vivan en el domicilio familiar...”; por cuanto que esa precisión o extensión no estaba normativamente impuesta de manera expresa. Pero tal juicio de valor únicamente puede hacerse desde la perspectiva del derecho a la intimidad al que los recurrentes aluden como infringido, lo que nos lleva a analizar la última de las cuestiones planteadas por los recursos, la relativa a la posible vulneración del artículo 18.1 de la CE con esa precisión sobre lo que se entiende por “persona interpuesta”.

Séptimo.—1. El artículo 18.1 de la CE (RCL 1978\2836) confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido [SSTC 73/1982, de 2 de diciembre (RTC 1982\73), F. 5; 110/1984, de 26 de noviembre (RTC 1984\110), F. 3; 89/1987, de 3 de junio (RTC 1987\89), F. 3; 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988\231), F. 3; 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991\197), F. 3; 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999\134); 144/1999, de 22 de julio (RTC 1999\144); 115/2000, de 10 de

mayo (RTC 2000\115); y 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\196)]. Y de ellos se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada [SSTC 44/1999, de 5 de abril (RTC 1999\44), F. 4; 207/1996, de 16 de diciembre (RJ 1996\207), F. 4; 292/2000, de 30 de noviembre (RJ 2000\292), F. 16; 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002\70), F. 10] o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno [STC 83/2002, de 22 de abril (RTC 2002\83), F. 5] [STC 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\196)]. En definitiva, el precepto constitucional impide las injerencias en la intimidad “arbitrarias o ilegales” [SSTC 110/1984, de 26 de noviembre (RTC 1984\110), F. 8; y 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\196), F. 2].

2. En cuanto a su ámbito se ha dicho que el derecho a la intimidad, en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE (RCL 1978\2836), implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana” [SSTC 231/1988, de 1 de diciembre (RTC 1988\231), F. 3; 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991\197), F. 3; 57/1994, de 18 de febrero (RTC 1994\57), F. 5; 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994\99); 143/1994, de 9 de mayo (RJ 1994\143), F. 6; 207/1996, de 16 de diciembre (RJ 1996\207), F. 3; 170/1997, de 14 de octubre (RTC 1997\170), F. 4; 202/1999, de 8 de noviembre (RTC 1999\202), F. 2; 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000\98) FGF, F. 6; 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186); 156/2001, de 2 de julio (RTC 2001\156), F. 4;

127/2003, de 30 de junio (RTC 2003\127), F. 7; 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\196), F. 2]. Y que los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona y en su ámbito de protección sustraído a intromisiones extrañas [SSTC 170/1987, de 30 de octubre (RTC 1987\170), F. 4; 180/1987, de 12 de noviembre (RTC 1987\180), F. 4; 142/1993, de 22 de abril (RTC 1993\142), F. 7; 202/1999, de 8 de noviembre (RTC 1999\202), F. 2; ATC 30/1998, de 28 de enero (RTC 1998\30 AUTO), F. 2; 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000\98) FGF, F. 6; 292/2000, de 10 de julio; 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\196), F. 3].

3. Sobre sus límites en general ha de indicarse que tal derecho “no es absoluto como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho” [SSTC 57/1994, de 18 de febrero (RTC 1994\57), F. 6; 143/1994, de 9 de mayo (RTC 1994\143), F. 6; 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186); 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000\98), F. 5]. Pero ha de tener en cuenta que “la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad”; y a tales efectos es necesario constatar [SSTC 66/1995, de 8 de mayo (RTC 1995\66), F. 5; 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996\55), F. 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996\207), F. 4.e); 37/1998, de 17 de febrero (RTC 1998\37), F. 8] si dicha medida “cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el

sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia [juicio de necesidad]; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)” [STC 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186), F. 6; citada por la STS cas. 52/03 05 de diciembre de 2003 (RJ 2004\313)].

Octavo.—1. Ya en el marco de la relación laboral, se mantiene que la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para el trabajador de los derechos que la CE (RCL 1978\2836) le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a su intimidad personal [STC 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000\98), F. 6], porque las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 de la CE legitima que aquél deba soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional [SSTC 88/1985, de 19 de julio (RTC 1985\88), F. 2; 6/1988, de 21 de enero (RTC 1988\6); 129/1989, de 17 de julio (RTC 1989\129); 126/1990, de 5 de julio (RTC 1990\126); 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994\99); 106/1996, de 12 de junio (RTC 1996\106); 186/1996, de 25 de noviembre (RTC 1996\186); 90/1997, de 6 de mayo (RTC 1997\90); 197/1998, de 13 de octubre (RTC 1998\197)] [STC 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\196)]. De esta forma, los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos [SSTC 292/1993, de 18 de

octubre (RTC 1993\292), F. 4; y 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186)]; y también a la inversa, la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE [STC 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\196), F. 3].

En consecuencia, el ejercicio de los derechos fundamentales por el trabajador únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente (los protegidos por los citados artículos 38 y 33 de la CE) y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos [SSTC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994\99), F. 4; 6/1995, de 10 de enero (RTC 1995\6), F. 2; 106/1996, de 12 de junio (RTC 1996\106), F. 5; 136/1996, de 23 de julio (RTC 1996\136), F. 6], perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral [SSTC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994\99), F. 4; 6/1995, de 10 de enero (RTC 1995\6), F. 2] [STC 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000\98), F. 5].

2. Más en concreto, el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y reconocido expresamente en el artículo 20 del ET (RCL 1995\997), atribuye al empresario entre otras facultades la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Pero esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral [artículos 4.2.c) y 20.3 del ET] [STC 186/2000, de 10 de

julio (RTC 2000\186)]. Siquiera desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho [SSTC 99/1994 (RTC 1994\99), F. 7; y 106/1996 (RTC 1996\106), F. 4], bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador [SSTC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994\99), F. 7; 6/1995, de 10 de enero (RTC 1995\6), F. 3; 136/1996, de 23 de julio (RTC 1996\136), F. 7] [SSTC 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000\98), F. 7; y 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186)].

3. Y en lo que se refiere al control judicial, se ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales preserven “el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente de su libertad constitucional” [SSTC 6/1988, de 21 de enero (RTC 1988\6); 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186)]. Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá “en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva” [STC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994\99); y 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186)]. Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada [SSTC 20/1990, de 15 de febrero (RTC 1990\20); 171/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990\171); y 240/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992\240)], que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo [SSTC 170/1987, de 30 de octubre (RTC 1987\170); 4/1996, de 16 de enero (RTC 1996\4); 106/1996 (RTC 1996\106); 186/1996, de 25 de noviembre (RTC 1996\186); y 1/1998, de 12 de enero (RTC

1998\1]). Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad [STC 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000\98), F. 7].

Noveno.—1. Conjugando estas últimas afirmaciones con las efectuadas en el fundamento séptimo (apartado 3), nuestra conclusión es que los términos de la Circular 10/2002 del BE no han infringido el artículo 18.1 de la CE (RCL 1978\2836), cuando imponen a su empleados con real o posible información privilegiada la obligación de comunicar operaciones financieras realizadas por aquellos [cónyuge, hijos y pareja de hecho] a los que se califica de “persona interpuesta”.

2. En el curso de esta sentencia hemos reflejado la necesidad impuesta por las normas y exigida por la misión encomendada al BE de elaborar unos estatutos de conducta que garantizaran la independencia e imparcialidad de los empleados con “información privilegiada”, evitando toda posible situación de conflicto de intereses; y también hemos destacado previamente que la finalidad última de la medida era en palabras del RD 629/1993 (RCL 1993\1560) la de garantizar la transparencia de los mercados y la protección de los inversores. Sobre esta base, la cláusula que fundamentalmente se cuestiona en el presente procedimiento (la relativa al concepto de “persona interpuesta”) supera sin dificultades los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad que la doctrina exige en toda medida res-

trictiva de un derecho fundamental. Porque sólo extendiendo la obligación de comunicar las operaciones con valores a las realizadas por familiares en segundo grado (convivientes) y por la pareja (de derecho o hecho), puede conseguirse evitar el posible conflicto de intereses, siendo así que la actividad financiera de personas tan próximas (en el sentimiento y en la convivencia) afecta a la economía familiar tanto como la del empleado y en todo caso por fuerza ha de vivenciarse por éste como si fuese propia; ello al margen de que una elemental cautela —se trata de garantizar la imparcialidad— aconseja una solución con la que se evita toda suspicacia y también la tentación de fraude interpositorio; y no se alcanza a ver solución diversa con la que conjurar en forma mínimamente eficaz el peligro de que se produzcan situaciones de posible contraposición de intereses; a la par que tampoco se considera desproporcionada la medida, siendo así que tiene una limitada proyección familiar y que no se extiende al íntegro patrimonio, sino exclusivamente al extremo que guarda íntima relación con la información confidencial que pudiera tenerse, la negociación con “valores o instrumentos financieros emitidos por entidades sometidas a supervisión del Banco de España”.

3. Ya para finalizar indicaremos que al artículo 13 del Código aprobado por la Circular 10/2002 tampoco puede hacersele tacha alguna de ilegalidad, pues su previsión respecto de que “el incumplimiento de las Normas de Conducta será sancionado de conformidad con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997)”, no crea tipo alguno de infracción y se limita a efectuar una declaración obvia, cual es la de que la desatención a las obligaciones contractuales (en términos de desobediencia y/o transgresión de la exigible buena fe) determina posible responsabilidad disciplinaria.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. ¿CUÁL DEBE SER LA JURISDICCIÓN COMPETENTE QUE CONOZCA DEL CASO?
 - III. INFRACCIONES DE LA NORMATIVA.
 - 1. **Infracción de los artículos 3 y 6 bis LABE y 82.2 ET.**
 - 2. **Infracción del artículo 20 ET (posible justificación del Código en los poderes de dirección empresarial).**
 - 3. **Sobre la vulneración del derecho a la intimidad.**
 - IV. COMENTARIO.
-

I. INTRODUCCIÓN

Acaba de dictar el Tribunal Supremo (de ahora en adelante TS)⁽¹⁾ una interesante sentencia en donde ha analizado la legalidad de una Circular Interna, 10/2002, de 18 de octubre de 2002, sobre el Código de Conducta para el Personal del Banco de España. En virtud de dicho Código se impone a los empleados de dicha institución que “tengan o puedan tener información privilegiada” la obligación de efectuar declaraciones anuales respecto de la titularidad y de las operaciones realizadas con valores o instrumentos financieros. Este deber de comunicación se extiende igualmente a las “personas interpuestas”

(1) Ver STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 7 de marzo de 2007, Recurso núm. 132/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández. Esta sentencia viene precedida de un pronunciamiento de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 27 de mayo de 2005 (AS 2005\2509), dictada en el proceso número 136/03 y 141/03 acumulado.

(cónyuge, hijos y pareja de hecho del empleado del Banco)⁽²⁾. Contra dicho Código actuaron la Asociación de Inspectores de Entidades de Crédito de España (AIECA) y el Sindicato Autónomo de Trabajadores del Banco de España (SATBE). Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo con el Banco, al fracasar el Conflicto Colectivo planteado, la disputa fue llevada a los tribunales. La Audiencia Nacional dictó una primera sentencia en 2005 dando la razón al Banco de España. Contra dicha sentencia se interpuso un recurso de casación que ha sido resuelto por el TS en marzo pasado.

Este asunto muestra, una vez más, que el peculiar *status* que posee esta institución, con objeto de preservar su independencia⁽³⁾, genera ciertas polémicas jurídicas derivadas del hecho de que, por un lado, no puede ser tratada como cualquier otro ente u órgano administrativo, pero, por otro lado, tampoco puede

(2) Hay que destacar además que posteriormente, a través de anuncio 30/2003 de 26 de junio se hizo público un acuerdo relativo al artículo 10 del referido Código de Conducta, en el que se prorrogaba hasta el 15-7-2003 el plazo de presentación de la declaración de la tenencia de valores correspondiente al ejercicio 2002 y se especificaba los empleados del Banco de España “que tienen o pueden tener acceso a información privilegiada”, desarrollando el artículo 9.2 del precitado Código. Asimismo en el BOE de 10-6-2003 se procedió a publicar la Circular 1/2003 (RCL 2003\1530), modificativa de la 4/1994 (RCL 1994\2175) y en la que se crea el fichero de Declaraciones del Código de Conducta del Banco de España.

(3) Sobre el Banco de España es imprescindible la consulta de las siguientes obras: GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La posición jurídica del Banco de España en el sistema europeo de Bancos Centrales*, Civitas, Madrid, 2000, y POMED SÁNCHEZ, L.A., *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1996. Sobre las administraciones independientes puede consultarse: FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Constitución, ordenamiento jurídico administrativo y configuración de las Administraciones públicas”, p. 46 y “Administraciones instrumentales”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004. Véase igualmente: BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994 y “Las Administraciones independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos”, en vol. col. *La Administración Pública Española*, INAP, Madrid, 2002, p. 599 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes”, en vol. col. “*La Administración instrumental. Homenaje a Clavero Arévalo*”, I, pp. 435 y ss.; GARCÍA LLOVET, E.: “Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho”, *RAP*, núm. 131 (1993), p. 61 y ss.; PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo*, II, Marcial Pons, Madrid, p. 281 y ss. y POMED SÁNCHEZ, L.A., “Fundamentos y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes”, *RAP*, núm. 132. Hay que advertir que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea tuvo que juzgar sobre el alcance de la independencia del BCE al hilo de la polémica surgida por el deseo de la Comisión de poder ejercer un control dentro del marco de su lucha contra el fraude en el ámbito de la Administración europea. Véase sobre este particular la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2003. Comisión de las Comunidades Europeas contra Banco Central Europeo, (BCE)-Asunto C-11/00, *Recopilación de Jurisprudencia 2003 página I-7147*. Un comentario sobre esta sentencia puede consultarse en el núm. 123 (julio/septiembre, 2004) de la *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, pp. 469 y ss.

ser vista como una empresa del Estado, pues es evidente que el objeto de su actividad no es mercantil.

Vamos a exponer en las siguientes líneas las cuestiones discutidas en esta interesante sentencia, para finalizar con un breve comentario al respecto de este pronunciamiento.

II. ¿CUÁL DEBE SER LA JURISDICCIÓN COMPETENTE QUE CONOZCA DEL CASO?

El primer problema que ha planteado este litigio ha sido el de saber cuál debía haber sido la jurisdicción competente para juzgar la legalidad del discutido Código. Y es que, como vamos a poner de relieve al final de este trabajo, es más que razonable pensar que este litigio debía haber sido resuelto por la Jurisdicción contencioso-administrativa, dado el sujeto demandado (el Banco de España) y el objeto de la demanda (una Circular). De hecho, ya la Audiencia Nacional se había declarado incompetente por razón de la materia [sentencia de 26-11-2003 (AS 2004\1232)].

Sin embargo, esta decisión de la Audiencia fue anulada por el TS en resolución de 08-02-2005 (RJ 2005\2597) (recurso de Casación 7/2004), por considerar que “El hecho de que el Banco de España sea una entidad de derecho público, (artículo 1 de la Ley 13/1994) no presupone que en las relaciones con los trabajadores a su servicio vaya a estar investido de poder público, sino que actúa como un simple empresario, dentro del marco de un contrato de trabajo preexistente y aplicando normas y reglas de indudable carácter laboral, pues no puede negarse que la controversia se ha suscitado en el marco de una relación jurídica de carácter privado, en cuanto que los trabajadores afectados no mantienen con el Banco demandado vínculo funcional alguno, de suerte que si la pretensión se promueve dentro de la norma social del Derecho, como queda demostrado, el orden de la jurisdicción competente para conocer de la demanda es el laboral, a tenor de cuanto dispone el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, de manera más específica, el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, al tratarse de una controversia entre empresa y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo”.

III. INFRACCIONES DE LA NORMATIVA

Una vez decidido que la jurisdicción competente era la social, se pasó a analizar el fondo del asunto y, más en concreto, la presunta interpretación e infracción de los artículos 3 y 6 bis de la Ley 13/1994, de 1 de junio, sobre

Autonomía del Banco de España (en lo sucesivo LABE)⁽⁴⁾, en relación con el artículo 10.1.a) del Reglamento Interno del Banco de España (RIBE) y de los artículos 20.3 y 82.2 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET)⁽⁵⁾. Finalmente, también se esgrimió una posible infracción del derecho a la intimidad contenido en el artículo 18 de la CE y una posible tipificación sin base legal de una infracción⁽⁶⁾.

1. Infracción de los artículos 3 y 6 bis LABE y 82.2 ET

Se objetó por los recurrentes que se habían infringido los mencionados preceptos por utilizar un instrumento normativo, Circular Interna⁽⁷⁾, para regular materias de carácter estrictamente laboral; careciendo de habilitación legal para dictar Circulares “no monetarias” (recurso del SATBE); o para “aprobar reglamentaciones internas sobre materias laborales, creando obligaciones y deberes inexistentes anteriormente” (recurso de la AIECA). El SATBE conectó esta argumentación con la necesidad de que la materia objeto de debate, Código de Conducta, fuese decidida por el mecanismo de la negociación colectiva (alegando inaplicación del artículo 82.2 del ET).

El TS no comparte este planteamiento, pues, según el Alto Tribunal, no ha de olvidarse que el artículo 1.1 LABE atribuye al Banco de España la cualidad de entidad de Derecho público, en términos que corrobora la propia jurisprudencia constitucional [“forma parte de la Administración del Estado en su vertiente institucional o indirecta”: STC 135/1992, de 5 de octubre (RTC 1992\135)], y que cuando ejerce potestades administrativas conferidas por las Leyes actúa sujeta al Derecho Administrativo (artículo 1.2 del LABE). Por ello, en cuanto Administración institucional, goza de potestad reglamentaria natural para su autoordenación, no precisada de justificación o habilitación legal previa en cada caso concreto, que es exigencia elemental de su estatuto jurídico de

(4) Ver RCL 1994\1554.

(5) Ver RCL 1995\997.

(6) Sobre esto último el TS declarará que al art. 13 del Código aprobado por la Circular 10/2002 tampoco puede hacersele tacha alguna de ilegalidad, pues su previsión respecto de que “el incumplimiento de las Normas de Conducta será sancionado de conformidad con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores” no crea tipo alguno de infracción y se limita a efectuar una declaración obvia, cual es la de que la desatención a las obligaciones contractuales (en términos de desobediencia y/o transgresión de la exigible buena fe) determina posible responsabilidad disciplinaria.

(7) En concreto por exceder de la habilitación legal el contenido de la Sección Tercera del Capítulo III (artículos del 9 al 12) y del apartado C) del Punto 4 del Anexo del Código.

independencia (artículo 1.1 del LABE) y presupuesto ineludible para el cumplimiento de sus especializadas funciones. Potestad normadora que conforme al artículo 10 del Reglamento Interno del Banco de España (RIBE; aprobado por Resolución de 18-03-2000) se materializa en las Circulares Internas [“reglamentación de carácter básico y general, de obligado cumplimiento para todos los servicios” (artículo 10 del RIBE)] y en las Ordenanzas (“sistema de desarrollo de lo establecido en las Circulares Internas”). Y muy contrariamente a lo que los recurrentes sostienen, no existe obstáculo alguno de orden lógico o jurídico para que tal normativa de autoordenación no se extienda también a materias de innegable naturaleza laboral, pues ello no significaría más que el simple ejercicio del poder de dirección que al empresario corresponde *ex* artículo 20 del ET (“instrucciones adoptadas... en el ejercicio regular de sus facultades”). Continúa el TS afirmando que, asimismo, aunque en hipótesis tal regulación laboral rebasase el contenido de las facultades directivas y del *ius variandi*, tal defecto no comportaría la nulidad del instrumento empleado, Circular Interna, sino que tan sólo trascendería a la validez, en su caso, de las concretas disposiciones que superasen el marco del poder de dirección. Es más, en su opinión, el planteamiento subsidiario de la demanda, objeto de los dos últimos motivos de los recursos, muestra bien a las claras que la pretensión de los actores se limita exclusivamente a la obligación de efectuar declaraciones anuales que se impone a los empleados que “tengan o puedan tener información privilegiada”, respecto de titularidad y operaciones realizadas con valores o instrumentos financieros; con lo que se evidencia, como con acierto señala la sentencia recurrida, que “lo realmente impugnado no es la Circular, como ejercicio de una potestad reglamentaria, sino más bien parte de su contenido” (de naturaleza laboral).

Pero aparte de esa justificación de la genérica potestad autonormadora, con la que guarda indudable conexión el establecimiento de ciertas cautelas en la actividad financiera de sus empleados, al objeto de que se garantice la transparencia de actuación que es exigible al BE, estima el TS que la redacción de un Código de Conducta tampoco es ajena a la responsabilidad que a la entidad pública corresponde respecto del “buen funcionamiento y la estabilidad del sistema financiero” (artículo 7 del LABE), que indudablemente se verían comprometidos con posibles actuaciones, no controladas, realizadas en el mercado de valores por empleados que tuviesen información privilegiada; aparte de lo que posteriormente indica respecto del artículo 20 del ET y de las facultades directivas que confiere al empresario. Pero en plano más específico, la redacción del cuestionado Código de Conducta cuenta con el inequívoco apoyo que representa el RD 629/1993, de 3 de mayo ⁽⁸⁾, que establece las normas de actuación en los mercados de valores y que tiene el objetivo (confesado en su Expo-

(8) Ver RCL 1993\1560.

sición de Motivos) de “contribuir a la transparencia de los mercados y a la protección de los inversores”. Pues bien, el capítulo II de tal disposición “regula el código general de conducta de las entidades que realicen actividades relacionadas con los mercados de valores, cuya base fundamental son las normas de conducta surgidas de las reuniones del Comité Técnico de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO), así como las recomendaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre esta materia, aplicables a los países de nuestro entorno, que deben regir para todos los intervinientes en los mercados de valores y que afectan no sólo a las entidades en sí mismo consideradas, sino también al personal que las integra” (nuevamente, la Exposición de Motivos). Y más concretamente, el artículo 3 de tal disposición legal establece que todas las sociedades y agencias de valores “deberán elaborar un reglamento interno de conducta de obligado cumplimiento, que regulará la actuación de sus órganos de administración, empleados y representantes”, para el que se establece un mínimo que incluso excede de las previsiones contenidas en el Código de Conducta aprobado por la Circular 10/2002, objeto de debate. Apunta el Alto Tribunal que ello sin contar con que el Banco Central Europeo (en adelante BCE) (“Orientaciones” BCE 2001/5, de 21 de junio, que modifica la BCE 2001/1; y BCE 2002/6, de 26 de septiembre) había impuesto a los Bancos Centrales de los Estados miembros, para la gestión de los activos exteriores de reserva, la obligación de aprobar normas mínimas (“ya sean códigos de conducta, estatutos del personal o normas internas de otra índole... en el marco del derecho y las prácticas laborales internas aplicables”) garantizadoras de la transparencia de quienes intervienen en aquellas operaciones y elusivas de que los empleados participen “en operaciones económicas o financieras que puedan afectar a su independencia e imparcialidad”.

Advierte el TS que, ciertamente, el artículo 63 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre⁽⁹⁾, introdujo en la LABE un nuevo precepto, el artículo 6 bis, y que conforme al mismo “El personal [...] que pueda tener acceso a información de carácter confidencial estará obligado a notificar, conforme a lo establecido en la correspondiente disposición interna aprobada por la Comisión Ejecutiva, las operaciones que realice en los mercados de valores, bien fuera directamente o mediante persona interpuesta”. Para el TS, esta circunstancia normativa, que dota del más alto rango a la habilitación concedida a la Comisión Ejecutiva para regular el deber de comunicación sobre operaciones financieras que en este debate se cuestiona, en forma alguna significa que hasta la entrada en vigor de tal Ley 62/2003 la citada Comisión no estuviese legalmente facultada para redactar el Código de Conducta e imponer la obligación comunicadora de que se trata, pues ya se han referido en el anterior apartado las disposiciones que, de

(9) Ver RCL 2003\3093 y RCL 2004, 5, 892.

una forma menos precisa, pero en todo caso inequívoca, exigían en opinión del TS que se impusiese a determinados empleados el deber de comunicar a la dirección sus transacciones con valores. Para el Alto Tribunal lo único que hace la citada Ley 62/2003 es reiterar, con mayor especificación, ciertamente, un mandato previo, el contenido en el artículo 3 del RD 629/1993; y muy contrariamente a lo que los recurrentes sostienen, incluso puede servir de refuerzo a la tesis que se mantiene, porque las normas posteriores, aunque sean inaplicables por razones temporales, es indudable que cumplen una evidente función orientadora y pueden “influir” en orden a una interpretación acorde con los principios inspiradores de la norma posterior⁽¹⁰⁾.

A la vista de todas estas consideraciones el TS concluye que la consecuencia de lo que acaba de afirmarse es que la Comisión Ejecutiva del Banco de España tenía habilitación legal suficiente para redactar, mediante Circular Interna, el Código de Conducta relativo al deber de comunicación de operaciones financieras. Por tanto, tal materia no era de obligada negociación colectiva, como los recurrentes sostenían (y de que, por lo mismo, resultaba inexistente la denunciada infracción del artículo 82.2 del ET). Es más, el TS ni siquiera considera oportuna tal tesis, porque no pueden dejarse al albur de la negociación colectiva el elenco de medidas o cautelas que garanticen la imprescindible transparencia de actuación que corresponde al Banco de España y que, en definitiva, se preordenan al “buen funcionamiento y la estabilidad del sistema financiero”.

2. Infracción del artículo 20 ET (posible justificación del Código en los poderes de dirección empresarial)

Ambas organizaciones demandantes imputan a la decisión de instancia la interpretación errónea del artículo 20 del ET; infracción que justifican afirmando que la regulación contenida en el Código de Conducta, particularmente el deber de comunicar las operaciones financieras, excede del *ius variandi*.

Subraya el TS que⁽¹¹⁾ el poder de dirección no puede minorar los derechos del trabajador, inviolables, que están garantizados por la CE, tales como el ya

⁽¹⁰⁾ Ver SSTs 22-03-2002 (RJ 2002\5994), rec. 1170/01; 07-10-2002 (RJ 2002\10912), rec. 1213/2001, dictada en Sala General; 23-10-2002 (RJ 2002\10916), rec. 3581/2001; 17-05-2004 (RJ 2004\5158), cas. 122/03; y 11-05-2005 (RJ 2005\6026), rec. 2291/04.

⁽¹¹⁾ Con carácter previo el TS recuerda que no han de confundirse el poder de dirección (facultad de organizar y dirigir el trabajo: artículo 20 del ET) y el *ius variandi* (poder empresarial de modificar el contenido pactado de la prestación: artículos 39 y 40 del ET). Y que es

citado respeto a la dignidad personal (artículos 10 del CE y 20.3 del ET) y el de garantía de la intimidad (artículos 18 del CE y 18 del ET). En este sentido se ha afirmado por la doctrina constitucional: a) los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos⁽¹²⁾; b) el ejercicio de tales facultades por parte del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador⁽¹³⁾, y c) “el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los artículos 33 y 38 de la CE) y reconocido expresamente en el artículo 20 de la LET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales, pero esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido

criterio comúnmente aceptado el que por regla general tal poder sólo puede ejercitarse en el concreto ámbito de la relación de trabajo, sin poder afectar a los actos del trabajador situados fuera de aquél; pero que la llamada “conducta extralaboral” del trabajador puede verse alcanzada por aquella facultad directiva cuando la actuación del trabajador pueda repercutir negativamente sobre el adecuado cumplimiento de la prestación o perjudicar los intereses de la empresa. Y también resalta el TS que, conforme a doctrina tradicional, el poder de dirección “no puede entenderse como una facultad arbitraria y omnímoda, sino que se encuentra sometido a determinadas limitaciones, debiendo utilizarse con el máximo respeto a los derechos del trabajador y a su dignidad humana y sin perjuicio para él, o con la compensación adecuada cuando el ejercicio de tal potestad resulte inevitable, y sin que pueda exceder de lo que las normas legales y los principios generales inspiradores del derecho de trabajo imponen” [así la STS 11-03-1991 (RJ 1991\1842), cas. 792/90, siguiendo precedentes de 08-06-1982 (RJ 1982\3942), 04-12-1982 (RJ 1982\7448) y 19-01-1984 (RJ 1984\69)]; o lo que es igual, la facultad empresarial se encuentra limitada por los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución, la Ley, el convenio colectivo y el propio contrato de trabajo, de forma que sólo puede calificarse de “ejercicio regular” de las facultades de dirección (artículo 20.2 ET) aquel que respete todos los derechos expresamente reconocidos al trabajador en los referidos cuatro planos.

(12) Ver SSTC 292/1993, de 18 de octubre (RTC 1993\292), F. 4 y 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186), F. 6.

(13) Ver SSTC 94/1984, de 16 de octubre (RTC 1984\94); 108/1989, de 8 de junio (RTC 1989\108); 171/1989, de 19 de octubre (RTC 1989\171); 123/1992, de 28 de septiembre (RTC 1992\123); 134/1994, de 9 de mayo (RTC 1994\134); 173/1994, de 7 de junio (RTC 1994\173) y 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186).

respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral [artículos 4.2.c) y 20.3 del ET]”⁽¹⁴⁾.

A la vista de esta doctrina general el TS introduce dos consideraciones fundamentales:

1.^a) Las obligaciones previstas en el Código de Conducta del Banco de España pueden considerarse una manifestación del poder de dirección que no excede de los límites que al artículo 20 del ET corresponden, pues se afirma en el precepto, apartado tercero, que “el empresario podrá adoptar las medidas de vigilancia y control que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. Y aunque la obligación nuclear que el citado Código de Conducta establece se refiere a una actividad extralaboral, la de que los empleados con “información privilegiada” declaren anualmente sus operaciones financieras, es innegable, como argumenta la decisión recurrida, que ésta se encuentra directamente relacionada con la actividad laboral y comprometida con ella en régimen de conflicto de intereses. A lo que añade el TS ahora que ese conflicto es precisamente el que trataban de evitar las “Orientaciones” del BCE más arriba citadas (2001/5, de 21 de junio; y 2002/6, de 26 de septiembre) con el obligado establecimiento de normas de conducta para los empleados de los Bancos Centrales Nacionales de los Estados miembros de la Comunidad; y que la transparencia financiera de ese personal que “tenga o pueda tener información privilegiada” es patente manifestación de la buena fe contractual a que tales empleados se hallan sometidos, en razón a las previsiones de los artículos 5.2.a) y 20.2 del ET.

2.^a) Mal puede calificarse de “irregular” ejercicio de las facultades directivas el cumplimiento, por el empresario, de normas internas [antes, el RD 629/1993 (RCL 1993\1560); en la actualidad, tras la Ley 62/2003 (RCL 2003\3093 y RCL 2004, 5, 892), el artículo 6 bis del LABE] y comunitarias (las indicadas “Orientaciones” del BCE). En realidad, con la aprobación del Código de Conducta, el Banco de España más que materializar expresión alguna del poder de dirección propiamente se limita a ajustar su actuación empresarial al imperio de la Ley y con ello a acatar el principio de legalidad. Otra cosa es que en ese cumplimiento se hubiera podido exceder (de ello trata el TS más adelante al examinar la posible infracción del derecho a la intimidad), al considerar

⁽¹⁴⁾ Ver STC 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186). En la misma línea, el TS ha afirmado que tal como se desprende de los artículos 4.2.e) y 20.3 del ET, “el derecho a la libertad de empresa y a la dirección de la actividad laboral que tiene el empresario constitucional y legalmente reconocida tiene que compatibilizarse con el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, pues este sigue disfrutando de tales derechos cuando lleva a cabo trabajos por cuenta ajena” [STS 05-12-2003 (RJ 2004\313), cas. 53/03].

“persona interpuesta, en todo caso, al cónyuge, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, la pareja de hecho, los hijos, tanto los menores de edad como los mayores que vivan en el domicilio familiar...”; por cuanto que esa precisión, o extensión, no estaba normativamente impuesta de manera expresa. Pero tal juicio de valor únicamente puede hacerse desde la perspectiva del derecho a la intimidad al que los recurrentes aluden como infringido, lo que nos lleva a analizar la última de las cuestiones planteadas por los recursos, la relativa a la posible vulneración del artículo 18.1 de la CE con esa precisión sobre lo que se entiende por “persona interpuesta”.

3. Sobre la vulneración del derecho a la intimidad

Entienden los recurrentes que el deber de declarar esas cuestiones relativas a su patrimonio supone una vulneración de su derecho a la intimidad proclamado en el artículo 18 de la CE.

Comienza el TS recordando la doctrina general del TC sobre este derecho fundamental. Así, destaca que el artículo 18.1 de la CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido⁽¹⁵⁾. Y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada⁽¹⁶⁾ o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno⁽¹⁷⁾. En definitiva, el precepto constitucional impide las injerencias en la intimidad “arbitrarias o ilegales”⁽¹⁸⁾. En cuanto a su ámbito se ha dicho que el derecho a la intimidad, en cuanto derivación de la dignidad de la persona que

(15) Ver SSTC 73/1982, de 2 de diciembre (RTC 1982\73), F. 5; 110/1984, de 26 de noviembre (RTC 1984\110), F. 3; 89/1987, de 3 de junio (RTC 1987\89), F. 3; 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988\231), F. 3; 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991\197), F. 3; 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999\134); 144/1999, de 22 de julio [RTC 1999\144]; 115/2000, de 10 de mayo (RTC 2000\115), y 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\196)].

(16) Ver SSTC 44/1999, de 5 de abril (RTC 1999\44), F. 4; 207/1996, de 16 de diciembre (RJ 1996\207), F. 4; 292/2000, de 30 de noviembre (RJ 2000\292), F. 16; 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002\70), F. 10.

(17) Ver STC 83/2002, de 22 de abril [(RTC 2002\83), F. 5] [STC 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\196)].

(18) Ver SSTC 110/1984, de 26 de noviembre (RTC 1984\110), F. 8, y 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\196), F. 2.

reconoce el artículo 10 de la CE, implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”⁽¹⁹⁾. Y que los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona y en su ámbito de protección sustraído a intromisiones extrañas⁽²⁰⁾.

Pasa a continuación el TS a abordar la problemática de este derecho fundamental desde la óptica de la relación laboral. A este respecto, señala que la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para el trabajador de los derechos que la CE le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a su intimidad personal porque las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 CE legitima que aquél deba soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades

⁽¹⁹⁾ Ver SSTC 231/1988, de 1 de diciembre (RTC 1988\231), F. 3; 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991\197), F. 3; 57/1994, de 18 de febrero (RTC 1994\57), F. 5; 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994\99); 143/1994, de 9 de mayo (RJ 1994\143), F. 6; 207/1996, de 16 de diciembre (RJ 1996\207), F. 3; 170/1997, de 14 de octubre (RTC 1997\170), F. 4; 202/1999, de 8 de noviembre (RTC 1999\202), F. 2; 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000\98) F. 6; 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186); 156/2001, de 2 de julio (RTC 2001\156), F. 4; 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003\127), F. 7 y 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\196), F. 2.

⁽²⁰⁾ Ver SSTC 170/1987, de 30 de octubre (RTC 1987\170), F. 4; 180/1987, de 12 de noviembre (RTC 1987\180), F. 4; 142/1993, de 22 de abril (RTC 1993\142), F. 7; 202/1999, de 8 de noviembre (RTC 1999\202), F. 2; ATC 30/1998, de 28 de enero (RTC 1998\30), F. 2; 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000\98) FGF, F. 6; 292/2000, de 10 de julio; 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\196), F. 3. Sobre sus límites, recuerda el TS que tal derecho “no es absoluto como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho” [SSTC 57/1994, de 18 de febrero (RTC 1994\57), F. 6; 143/1994, de 9 de mayo (RTC 1994\143), F. 6; 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186); 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000\98), F. 5]. Pero ha de tener en cuenta que “la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad”; y a tales efectos es necesario constatar [SSTC 66/1995, de 8 de mayo (RTC 1995\66), F. 5; 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996\55), F. 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996\207), F. 4.e); 37/1998, de 17 de febrero (RTC 1998\37), F. 8] si dicha medida “cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto [juicio de idoneidad]; si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia [juicio de necesidad]; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)” [STC 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186), F. 6; citada por la STS, cas. 52/03, 05-12-2003 (RJ2004\313)].

públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional⁽²¹⁾. De esta forma, los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos y, también a la inversa, la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los artículos 33 y 38 CE⁽²²⁾. En consecuencia, subraya el TS que el ejercicio de los derechos fundamentales por el trabajador únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente (los protegidos por los citados artículos 38 y 33 de la CE) y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos, perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral⁽²³⁾. Más en concreto, recuerda el TS que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, y reconocido expresamente en el artículo 20 del ET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Pero esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral [artículos 4.2.c) y 20.3 del ET]. Siquiera desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho, bien de

(21) Ver SSTC 88/1985, de 19 de julio (RTC 1985\88), F. 2; 6/1988, de 21 de enero (RTC 1988\6); 129/1989, de 17 de julio (RTC 1989\129); 126/1990, de 5 de julio (RTC 1990\126); 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994\99); 106/1996, de 12 de junio (RTC 1996\106); 186/1996, de 25 de noviembre (RTC 1996\186); 90/1997, de 6 de mayo (RTC 1997\90); 197/1998, de 13 de octubre (RTC 1998\197) de 10 de abril (RTC 2000\98), F. 6 y 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\196).

(22) Ver SSTC 292/1993, de 18 de octubre (RTC 1993\292), F. 4; 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186) y de 15 de noviembre (RTC 2004\196), F. 3.

(23) Ver SSTC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994\99), F. 4; 6/1995, de 10 de enero (RTC 1995\6), F. 2; 106/1996, de 12 de junio (RTC 1996\106), F. 5; 136/1996, de 23 de julio (RTC 1996\136), F. 6, y de 10 de abril (RTC 2000\98), F. 5.

una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador⁽²⁴⁾.

A la vista de todas estas consideraciones generales, en este caso concreto objeto de litigio la conclusión del TS es que los términos de la Circular 10/2002 no han infringido el artículo 18.1 de la CE cuando imponen a sus empleados con real o posible información privilegiada la obligación de comunicar operaciones financieras realizadas por aquellos (cónyuge, hijos y pareja de hecho) a los que se califica de “persona interpuesta”. Recuerda el TS que en el curso de esta sentencia ha reflejado la necesidad, impuesta por las normas y exigida por la misión encomendada al BE, de elaborar unos estatutos de conducta que garantizaran la independencia e imparcialidad de los empleados con “información privilegiada”, evitando toda posible situación de conflicto de intereses; y también ha destacado previamente que la finalidad última de la medida era, en palabras del RD 629/1993, la de garantizar la transparencia de los mercados y la protección de los inversores. Sobre esta base, la cláusula que fundamentalmente se cuestiona en el presente procedimiento (la relativa al concepto de “persona interpuesta”) para el TS supera sin dificultades los juicios de idoneidad, necesi-

(24) Ver SSTC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994\99), F. 7; 6/1995, de 10 de enero (RTC 1995\6), F. 3; 106/1996 (RTC 1996\106), F. 4; 136/1996, de 23 de julio (RTC 1996\136), F. 7; 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000\1998), F. 7, y 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186). Apunta también el Alto Tribunal que en lo que se refiere al control judicial se ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales preserven “el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito, modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente, de su libertad constitucional” [SSTC 6/1988, de 21 de enero (RTC 1988\6); 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186)]. Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá “en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva” [STC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994\99); y 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000\186)]. Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada [SSTC 20/1990, de 15 de febrero (RTC 1990\20); 171/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990\171), y 240/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992\240)], que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo [SSTC 170/1987, de 30 de octubre (RTC 1987\170); 4/1996, de 16 de enero (RTC 1996\4); 106/1996 (RTC 1996\106); 186/1996, de 25 de noviembre (RTC 1996\186), y 1/1998, de 12 de enero (RTC 1998\1)]. Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad [STC 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000\98), F. 7]. Sobre este último principio puede consultarse el excelente trabajo de SARMIENTO RAMÍREZ-ES-CUDERO, D.: *El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo (Un análisis jurídico desde el Derecho español)*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

dad y proporcionalidad que la doctrina exige en toda medida restrictiva de un derecho fundamental. Porque sólo extendiendo la obligación de comunicar las operaciones con valores a las realizadas por familiares en segundo grado (convivientes) y por la pareja (de derecho o hecho), puede conseguirse evitar el posible conflicto de intereses, siendo así que la actividad financiera de personas tan próximas [en el sentimiento y en la convivencia] afecta a la economía familiar tanto como la del empleado, y en todo caso por fuerza ha de vivenciarse por éste como si fuese propia; ello al margen de que una elemental cautela, se trata de garantizar la imparcialidad, aconseja una solución con la que se evita toda sospecha y también la tentación de fraude interpositorio; y no se alcanza a ver solución diversa con la que conjurar, en forma mínimamente eficaz, el peligro de que se produzcan situaciones de posible contraposición de intereses; a la par que tampoco se considera desproporcionada la medida, siendo así que tiene una limitada proyección familiar y que no se extiende al íntegro patrimonio, sino exclusivamente al extremo que guarda íntima relación con la información confidencial que pudiera tenerse, la negociación con “valores o instrumentos financieros emitidos por entidades sometidas a supervisión del Banco de España”.

IV. COMENTARIO

Querría empezar el comentario a la sentencia del TS que ha quedado expuesta en las líneas anteriores mostrando mi disconformidad con el planteamiento que se realiza en ella. Planteamiento que es verdad que no podía ser de otra manera una vez que se decidió, en mi opinión equívocamente, que la Jurisdicción competente para juzgar este asunto debía ser la Social. Como acabamos de ver el TS enfoca el problema desde la óptica del Derecho laboral, a la luz del artículo 20 del ET y del tema del poder de dirección del empresario, considerando que nos encontramos ante un problema derivado de una relación laboral entre un empresario y sus trabajadores. De ahí que llegue a decir que *“lo realmente impugnado no es la circular, como ejercicio de una potestad reglamentaria, sino más bien parte de su contenido de naturaleza laboral”*.

Ahora bien, aunque es verdad que el vínculo jurídico entre el Banco de España y sus trabajadores es laboral (de hecho el primer párrafo del art. 6 bis LABE afirma de manera contundente que *“el personal del Banco de España está vinculado al mismo por una relación de Derecho laboral”*), no hay que olvidar que son empleados públicos y que el objeto de su trabajo son intereses generales de primera importancia (como es la gestión de la política monetaria y

el control de las instituciones financieras del país)⁽²⁵⁾. Esto nos sirve de punto de partida para defender la idea contraria a la que mantiene la Sala de lo Social del TS y empezar diciendo que, precisamente, lo que realmente debería haber sido impugnado es la circular como ejercicio de una potestad reglamentaria que ha desbordado sus límites naturales, y que la jurisdicción que debía haber juzgado el asunto era la Contencioso-administrativa, dado que nos encontramos con lo que el artículo 1.1 de la Ley de dicha Jurisdicción denomina una disposición general de rango inferior a la Ley.

Efectivamente, la polémica Circular interna de 2002 es una de las dos categorías de las denominadas “Normas Internas” dirigidas a los servicios del Banco de España que el RIBE prevé en su artículo 10. El apartado 1.º de este precepto dispone que el Banco de España dictará las Normas Internas que considere convenientes para la organización y funcionamiento de sus servicios. Las Circulares Internas se definen en la letra a) de este apartado como aquella reglamentación de carácter básico y general, de obligado cumplimiento para todos los servicios. Las Circulares Internas serán aprobadas por la Comisión Ejecutiva y refrendadas por el Gobernador. Jerárquicamente se encuentran por encima del otro tipo de Normas Internas, que son las denominadas Ordenanzas⁽²⁶⁾. En el artículo 11 se establece el régimen general de las Normas Internas,

(25) Hay que advertir que la Comisión, en su Comunicación de 18 de marzo de 1988, (DOCE C72 del 18 de mayo de 1988) consideraba a la luz de la doctrina del TJCE que la excepción del artículo 48.4 del Tratado de la Comunidad Europea —actual artículo 39.4 del Tratado de Ámsterdam (empleos en la administración pública que quedan excluidos de la libre circulación de trabajadores por suponer el ejercicio de la autoridad pública)— cubriría, entre otros, los empleos en los bancos centrales en la medida que se trate de personal que realice las actividades organizadas por el Estado o de otra persona moral de derecho público, como la elaboración de los actos jurídicos, la ejecución de dichos actos, el control de su aplicación y la tutela de los organismos dependientes.

(26) En la letra b) del artículo 10.1 se establece que las Ordenanzas se constituyen como sistema de desarrollo de lo establecido en las Circulares Internas o para el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobernador, Subgobernador, Director general o Director general adjunto en cuanto a las competencias conferidas por este Reglamento Interno. Las Ordenanzas serán aprobadas por el titular de la Dirección General competente en la materia que regulen, o del Departamento de Régimen Interior, que informará de las mismas a la Comisión Ejecutiva. Si afectara a más de una Dirección General o si la materia regulada estuviera atribuida al Gobernador o Subgobernador corresponderá a éstos la aprobación de la Ordenanza. El apartado 2 dispone que los aspectos meramente expositivos o didácticos que aconsejen la aplicación de las Ordenanzas serán hechos públicos a través de las Notas, sin valor normativo. Las Notas serán aprobadas por el Jefe de oficina competente por razón de la materia. No contendrán mandato jurídico alguno. Por último, su apartado 3 establece que el Servicio Jurídico emitirá, en todo caso, informe de legalidad específico sobre las propuestas de Normas Internas. No podrá aprobarse ninguna que no haya cumplido este requisito.

régimen configurado en grandes líneas como el de cualquier reglamento o disposición general. Es decir, se introduce el principio jerarquía normativa⁽²⁷⁾, se regula su entrada en vigor⁽²⁸⁾ y su publicidad, incluyendo su posible publicación en el BOE⁽²⁹⁾. Su procedimiento de elaboración y aprobación es muy similar al de cualquier otra disposición general⁽³⁰⁾. Como curiosidad, que refuerza su naturaleza normativa, puede además destacarse que en su apartado 3

(27) El apartado 1 del artículo 11 establece que ninguna Norma Interna del Banco de España podrá vulnerar, alterar ni suplir los preceptos contenidos en otra de rango superior. A continuación se recuerda que será nula cualquier modificación o derogación de Norma Interna que no sea realizada por norma de igual o superior rango, o que no haya respetado el procedimiento de aprobación y publicidad previsto en este Reglamento. El apartado 2 dispone que en el caso de que del contenido de un instrumento legal del Banco Central Europeo se dedujesen contradicciones, modificaciones o alteraciones de alguna Circular Interna u Ordenanza del Banco de España, la Dirección General competente, o el Departamento de Régimen Interior, deberá iniciar el procedimiento de elaboración de la Norma Interna que resulte necesaria, sin perjuicio de la inmediata aplicación de aquél, en su caso.

(28) El apartado 4 del artículo 11 prevé que las Circulares Internas y las Ordenanzas fijarán la fecha de su entrada en vigor. Serán remitidas a todas las oficinas y sucursales, con antelación bastante para facilitar su previo conocimiento y estudio.

(29) El apartado 5 del artículo 11 establece que la Comisión Ejecutiva determinará las Normas Internas que por su interés general deban ser publicadas en el "Boletín Oficial del Estado", así como en cualquier medio, público o privado, de difusión. A continuación el apartado 6 dispone que se entenderá publicada una Norma Interna por su anotación en el Registro regulado en el artículo siguiente. A este respecto el artículo 12 posee el siguiente contenido: "El Registro de Normas Internas. 1. El Registro de Normas Internas se encargará de la recopilación de la reglamentación interna de la entidad y del mantenimiento de un servicio de documentación reglamentaria permanentemente actualizado, con el fin de satisfacer las necesidades de información de todos los servicios de la entidad. En él se reflejarán, asimismo, las Notas y Anuncios. 2. Cuidará de que todos los empleados, oficinas, sucursales y servicios del Banco puedan acceder a la información obrante en la correspondiente base de datos de Normas Internas. 3. El Registro de Normas Internas estará integrado en el Departamento de Régimen Interior".

(30) El artículo 13.1 introduce el siguiente procedimiento para la elaboración de las Circulares Internas: a) Corresponde al Director general competente por razón de la materia, o Director general adjunto, ordenar y dirigir la redacción de cada proyecto de Circular Interna. b) El expediente comenzará con un informe que justifique su necesidad y exponga los fines que la norma se propone alcanzar, incorporando el texto del anteproyecto. c) El informe, junto con la propuesta de Circular Interna, será sometido a consulta, desde la óptica de sus atribuciones, de la Unidad de Organización, la Inspección de Servicios, la Intervención General, en su caso, y, finalmente, del Servicio Jurídico, que emitirá informe de legalidad a la vista de la totalidad del expediente. d) Una vez completado el expediente de elaboración de Circular Interna con los citados informes, se elevará por el Director general o Director general adjunto al Gobernador y Subgobernador que, de considerarlo pertinente, lo presentarán a la Comisión Ejecutiva. e) El Secretario general del Banco de España se encargará de la custodia y archivo de los expedientes de elaboración de las Circulares Internas.

se prevé que los proyectos de Circulares Internas irán necesariamente acompañados de la tabla de vigencias de disposiciones anteriores, de igual o inferior rango, sobre la materia. En la nueva disposición se consignarán expresamente las que quedan total o parcialmente derogadas. En definitiva, nos encontramos con lo que doctrinalmente se ha definido como un “*reglamento administrativo*”⁽³¹⁾, es decir, una norma jurídica, tanto por su destinatario plural (el conjunto de empleados del Banco de España e incluso sus familiares), como por su contenido (se regula de forma abstracta un supuesto de hecho que se integra de forma permanente en el ordenamiento). Prueba de ello es que ha sido recogido tal cual en el artículo 6 bis de la LABE.

Cabe preguntarse si es razonable, a la vista de este régimen jurídico, observar las circulares internas del Banco de España como una manifestación de las órdenes e instrucciones generales previstas en el artículo 20 ET que un empresario puede dirigir a sus empleados en el marco de su empresa privada. Creo que la respuesta es rotundamente negativa. Que el vínculo entre esta institución y sus empleados sea laboral no impide a la Administración ejercer su potestad normativa sobre esos empleados, potestad que se puede y se debe perfectamente diferenciar de las cuestiones laborales. De hecho, el legislador distingue claramente entre ambos temas en el caso de los empleados públicos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, sobre el Estatuto Básico del Empleado Público, al excluir de la negociación colectiva las siguientes materias: “A) *Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización. Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las Organizaciones Sindicales a que se refiere este Estatuto.* B) *La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas...* D) *Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica...*”⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ Son reglamentos administrativos aquellos que se refieren a cuestiones internas de la organización pública. Ver SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho administrativo*, Volumen I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 290.

⁽³²⁾ Hay que prevenir además que desde el plano doctrinal también se distingue entre la potestad que ejerce la Administración frente a la que puede ejercer un empresario en el marco de una relación laboral y como manifestación de su poder de dirección de la empresa. Así, MORELL OCAÑA, L., en *Curso de Derecho administrativo* (tomo I), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 151 y 152, entiende que la potestad del empresario se basa especialmente en la relación jurídica laboral, basándose por tanto en un componente voluntario. En cambio, cuando la Administración ejerce sus potestades (aunque sea frente a sus empleados laborales), e impone voluntad a otros sujetos, se basa primera y exclusivamente en la fuerza de la ley y no en la propia voluntad de quienes quedan vinculados a sus determinaciones.

De este modo, lo que tenemos es la manifestación pura y simple del ejercicio de la potestad reglamentaria por una Administración Pública, sujeta por consiguiente al Derecho administrativo. Y es que al Banco de España se le define en el artículo 1.1 LABE y en el artículo 2.1 RIBE como una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. En el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines actuará con autonomía respecto a la Administración General del Estado, desempeñando sus funciones con arreglo a lo previsto en dicha Ley y en el resto del ordenamiento jurídico. En el artículo 1.2 del LABE y en el artículo 2.4 del RIBE se dispone que el Banco de España está sometido al ordenamiento privado, salvo cuando actúa en el ejercicio de las potestades administrativas (como la reglamentaria) que le han sido conferidas. En el ejercicio de esas potestades está sujeto a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común. El hecho de que se deba preservar su independencia y de que la Disposición adicional octava de la LOFAGE⁽³³⁾, sobre el régimen jurídico del Banco de España, estipule que esta institución se regirá por su legislación específica, no puede interpretarse hasta el extremo de que debamos huir del Derecho administrativo en todo lo relacionado con el Banco de España cada vez que sea posible imaginar una construcción jurídica alternativa desde otras ramas del ordenamiento jurídico (tal y como hace la Sala de lo Social del TS en este asunto)⁽³⁴⁾. Además, el mismo TS reconoce en el FJ 4.º de la sentencia que comentamos que nos encontramos ante la potestad autonormadora de esta institución.

En lo que hace referencia al argumento de que el contenido de la Circular impugnada afecta a una relación laboral y que por ello debe enfocarse desde la Jurisdicción de lo Social considerando el Derecho laboral, entendemos que existen también buenas razones para desmontar esta argumentación que impide el juicio del caso por la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En primer lugar, la misma Sala de lo Social reconoce en esta sentencia (FJ 8.º) que “*la obligación nuclear que el citado Código de Conducta establece se refiere a una actividad extralaboral, la de que los empleados con ‘información privilegiada’ declaren anualmente sus operaciones financieras*”. Es verdad que inmediata-

(33) Ley 6/1997, de 14 de abril, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

(34) Sobre el problema de la huida del Derecho administrativo se ha escrito y discutido mucho. Como es bien sabido, es un tema recurrente de nuestra disciplina que, con casos como el presente, demuestra no tener fin. Sobre este particular puede consultarse la obra de DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 1999, así como la bibliografía allí citada.

mente después de decir esto advierte de que tenía razón la sentencia recurrida al estimar que esta cuestión está directamente relacionada con la actividad laboral de los empleados del Banco de España. Es evidente que esto es cierto, pero más lo es la primera afirmación. En segundo lugar, el contenido de la cláusula impugnada no sólo afecta a los empleados del Banco de España, sino también a sus familiares más directos, introduciéndose por tanto una obligación de suministrar información sobre terceros ajenos a la Institución y a la relación laboral que une a esta última con sus empleados en una Norma Interna que en principio sólo debería ir dirigida a organizar los servicios de la misma. En tercer lugar, la Jurisdicción Contencioso-administrativa controla, según el artículo 106.1 de la CE (comprendida dentro de la referencia a los Tribunales), la potestad reglamentaria, toda ella independientemente del contenido que tenga. Es más, hay que advertir que los Tribunales de lo Contencioso nunca han tenido ningún problema en juzgar circulares e instrucciones de la Administración⁽³⁵⁾, con un contenido que afectaba a empleados no funcionarios de la Administración y cuyo contenido tocaba de forma más o menos directa cuestiones que afectaban a la relación laboral. Se pueden poner varios ejemplos⁽³⁶⁾, aunque, quizás, el caso más paradigmático sea el de las circulares que se dictaron para poner en conocimiento de los empleados de RENFE el plan especial de transportes que se pensaba aplicar en caso de huelga, así como las instrucciones de cómo se

⁽³⁵⁾ Que en principio no deben introducir una regulación propia de un reglamento, pero que pueden llegar a tenerlo desbordando sus límites naturales. Ver MOROTE SARRIÓN, J.V., *Las circulares normativas de la administración pública*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, y MORENO REBATO, M., “Circulares, Instrucciones y órdenes de servicio: Naturaleza y Régimen jurídico”, *RAP*, núm. 147, septiembre-diciembre de 1998, pp. 159-200.

⁽³⁶⁾ Así, en la STS de 13 de octubre de 1987, Ar. 6752, y en la STC 26/1986 se juzgó una circular en donde se prohibía a los profesores de religión presentarse a las plazas de Director de Instituto, limitando sus facultades de promoción profesional; en la STS de 26 de febrero de 2003, Ar. 2513, se examinó una circular de un Alcalde que impartía instrucciones a los empleados municipales ordenándoles restringir el derecho de acceso de los concejales a la información contenida en los archivos del Consistorio; en la STS de 15 de octubre de 2003, Ar. 7807, se analizó una circular dictada por el Secretario General del Congreso de los Diputados relativa a la tramitación de peticiones de permisos y licencias de los empleados de dicho órgano constitucional; en la STS de 15 de octubre de 2003, Ar. 7807, se juzgó una circular que obligaba a los empleados municipales encargados del cementerio a seguir un protocolo de actuación en caso de desenterramientos distinto al previsto en la normativa municipal; en la STS de 21 de junio de 2006, Ar. 5831, se examinó una circular que interpretaba cómo debía acreditarse la posesión de determinada formación para acceder a ciertas plazas del sistema sanitario navarro, y en la STS de 12 de diciembre de 2006, Ar. 9664, se analizaron unas instrucciones donde se proponía cómo debía organizarse la plantilla del personal sanitario del sistema de salud valenciano.

debía aplicar el nivel de servicios que se iba aplicar en tal situación⁽³⁷⁾. Es decir, nos encontramos en el asunto de RENFE con circulares referidas a un derecho fundamental de los empleados laborales de la Administración como es el de huelga. Si los Tribunales de lo Contencioso han conocido de estas cuestiones sin problema con más razón deben conocer de reglamentos administrativos como las circulares internas del Banco de España.

Por tanto, debía haberse aplicado el apartado 4 del artículo 15 del RIBE, que prevé que las disposiciones generales dictadas por el Banco de España serán susceptibles de impugnación directa ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. El hecho de que la discutida Circular Interna sea calificable como un reglamento administrativo no impide llegar a esta conclusión. A este respecto puede citarse la STS de 10 de junio de 2002⁽³⁸⁾, en relación con unas Instrucciones generales sobre la determinación de un contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros no comunitarios, donde el Alto Tribunal establece que *“en todo caso, no es posible identificar la noción de disposición general con el de ‘la disposición administrativa que afecte a los ciudadanos en su condición de administrados’ o con los Reglamentos ‘jurídicos’, como normas de actuación dictadas para todos y relativos a las llamadas relaciones de supremacía general, sino que también los denominados Reglamentos “administrativos”, en terminología académica de ascendencia germánica, ‘ad intra’, de carácter orgánico o referidos a relaciones de supremacía especial, son disposiciones normativas; unos y otros son normas jurídicas, disposiciones generales, que se integran en el ordenamiento jurídico”*. Estos reglamentos, cuando se dictan con el fin de organizar los servicios administrativos, también están sometidos al control judicial, tal y como nos recuerda el TS⁽³⁹⁾.

(37) Ver STS de 11 de julio de 1980, Ar. 2950. En esta sentencia el TS recuerda, ante el argumento del Abogado del Estado de que la Jurisdicción Contencioso-administrativa no ha de conocer del asunto por no existir acto administrativo al proceder las circulares de RENFE (que no era ya entonces ni un órgano estatal ni una entidad estatal autónoma), que aunque sea una empresa industrial privada gestiona un servicio público, por lo que tiene el carácter de administración pública en la prestación del servicio.

(38) Ver Ar. 8196.

(39) A este respecto puede citarse la sentencia de 12 de julio de 1999, Recurso n.º 13571/1991, Ar. 6756. En ella el Alto Tribunal dispone lo siguiente: *“Este planteamiento general debe revertir al importante extremo de cómo se encuentra sometida la Administración al ordenamiento jurídico en el ejercicio de aquella potestad organizatoria debiendo destacarse que, contra lo que se afirma en ciertas aproximaciones al tema, los poderes para ordenar la organización no pueden constituir, so pretexto de que se trata de una potestad referida a un*

De este modo, el caso tenía que haber sido resuelto desde la perspectiva del Derecho administrativo. Y desde esta perspectiva lo que aquí debía haber

ámbito doméstico, un coto exento de la sumisión al derecho, lo que sería contrario a los artículos 9.1 y 103.1 de la vigente Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875). En definitiva estamos ante el ejercicio de unos poderes públicos, aunque sean de carácter peculiar, otorgados por el ordenamiento para conseguir fines públicos y justamente por ello la posibilidad de actuación en este campo de las autoridades de la Administración Pública constituye en el sentido más ajustado del tema una verdadera potestad. Ello no excluye, sin embargo, la existencia de peculiaridades de la potestad organizatoria que en ocasiones han determinado que los Tribunales de Justicia sean renuentes a una revisión en todos sus extremos del uso que se hace de los poderes administrativos en materia de organización. La razón para ello es que en el ejercicio de la potestad organizatoria no se están regulando 'in genere' los derechos y obligaciones, ni de la totalidad de los ciudadanos, ni normalmente de una pluralidad indeterminada de sujetos. Los afectados por aquel ejercicio son quienes integran el personal al servicio de la Administración, trátase de funcionarios o de personal laboral, encontrándose íntimamente relacionadas las cuestiones que se refieren a organización propiamente dicha y a personal administrativo. Por ello son los agentes de la organización los que en mayor medida pueden verse afectados o concernidos en sus expectativas e intereses por las modificaciones orgánicas que normalmente implica el ejercicio de la potestad organizatoria. Pero el caso es que este personal funcionario o laboral se encuentra sometido a una relación especial de sujeción en virtud de su particular 'status'. Por ello puede desde luego conducirse como actor procesal en defensa de los derechos reconocidos por la norma, incluso en materia de organización en determinadas ocasiones cuando se pretende han sido vulneradas normas jurídicas que reconozcan derechos. En cambio este personal no puede o, por expresarlo en términos procesales no está legitimado, para pretender obstaculizar el ejercicio de la potestad pública de ordenar la organización formulando pretensiones en defensa de simples expectativas, aspiraciones o intereses, por legítimos que puedan ser unas y otros. Ello da lugar a que en materia de potestad organizatoria haya que guardar en ocasiones un delicado equilibrio. De una parte, si las pretensiones procesales no están basadas en derechos reconocidos por la normativa vigente y no se han producido infracciones graves de procedimiento, los pronunciamientos judiciales han de ser respetuosos con la potestad organizatoria válidamente ejercida. Así se deriva de que, como antes se ha dicho, los sometidos a una relación especial de sujeción no están suficientemente legitimados en virtud de las características de la relación misma. Sin embargo de otra parte no es menos cierto que en el ejercicio de la potestad organizatoria las autoridades públicas están sometidas al ordenamiento jurídico.

Al respecto es obligado tener presente el precepto central del artículo 83.2 de la Ley Jurisdiccional en su redacción aplicable al caso de autos a tenor del cual la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Desde luego aquella infracción puede cometerse, como sucede también respecto a otras potestades públicas, en el ejercicio de la potestad organizatoria tanto si se actúa a través de la aprobación de un reglamento como si se trata de dictar un acto individual, pudiendo referirse la infracción a las normas de procedimiento que es obligado cumplir o a los derechos o deberes relacionados con el fondo del asunto, sin que exista razón ninguna para que los Tribunales de Justicia no puedan apreciar la eventual infracción, incluso cuando se trate de desviación de poder”.

sido tratado es si el Banco de España, en cuanto Administración pública, ha desbordado los límites naturales que debe respetar cuando ejerce su potestad reglamentaria (máxime cuando atañe a reglamentos administrativos). ¿Cuál es ese límite natural? Claramente el respeto a la reserva de Ley. Es decir, cuando existe dicha reserva la Administración no puede regular por reglamento cuestiones que han de ser tratadas primeramente por el legislador. Por tanto, en este caso concreto, en mi opinión, lo que debía haber sido objeto de juicio es si en una mera circular interna, instrumento jurídico al que el RIBE asigna la función de servir para regular la organización y funcionamiento de los servicios administrativos del Banco de España⁽⁴⁰⁾, se puede introducir una obligación dirigida a los empleados consistente en el deber de suministrar a dicha institución pública cierta información particular relativa a su patrimonio personal y al de sus familiares más cercanos. Paradójicamente la Sala de lo Social parece plantearse esta cuestión, dando una respuesta afirmativa, cuando en el FJ 6.º de la sentencia dice literalmente que el Banco de España, con el Código de Conducta, “*más que materializar expresión alguna del poder de dirección, propiamente se limita a ajustar su actuación empresarial al imperio de la Ley y con ello a acatar el principio de legalidad*”. Pese a esta afirmación del TS, creo que la respuesta que hay que dar, situándonos temporalmente antes de la modificación de la LABE con el nuevo artículo 6 bis, es claramente negativa destacando que no es la circular interna el instrumento adecuado para regular esta cuestión, y ello por los siguientes motivos:

1.º) Aunque es verdad que se puede encuadrar la obligación del Código de Conducta dentro del contenido de una Circular interna [que sirve para regular la organización y funcionamiento de los servicios administrativos, como afirma a letra a) del artículo 10.1 del RIBE⁽⁴¹⁾], resulta inevitable conectar el tema objeto de dicho Código con el derecho fundamental a la intimidad personal. Además, esta conexión se agrava por el hecho de que los afectados por la medida no son sólo los empleados del Banco sino también sus familiares direc-

(40) Es decir, es una norma prevista para servir al ejercicio de la potestad organizatoria de la Administración (definida esta última en la STS de 12 de julio de 1999, Ar. 6756, antes citada, como el conjunto de poderes de una autoridad pública para la ordenación de los medios personales, materiales y reales que se le encomiendan con objeto de que sea posible el ejercicio de determinadas competencias y potestades públicas).

(41) Pues obviamente la aplicación de tal medida redundará inevitablemente en la mejora del funcionamiento de esos servicios y del trabajo de los empleados del Banco, que será así más objetivo e imparcial.

tos, cuyos datos deben también proporcionarse⁽⁴²⁾. De hecho, como acabamos de ver, esa conexión es uno de los aspectos fundamentales que se tocan en la sentencia. Una cosa es que tal como está diseñada la obligación no se infringiese ese derecho (como vamos a señalar al final) y otra cosa es que, aunque su contenido fuese proporcionado y respetuoso, formalmente no se cumpliera con el deber de regular esta cuestión en una Ley, dado que la CE establece claramente reserva de ley en esta materia; reserva orgánica, además⁽⁴³⁾.

2.º) Si seguimos un razonamiento analógico hay que subrayar la existencia de normas con rango de Ley donde se ha requerido el suministro de esta información igual o muy parecida. Para empezar, en relación con el Banco de España, la redacción originaria de la LABE ha introducido una previsión similar para los miembros de su Consejo de Gobierno⁽⁴⁴⁾. Para los altos cargos encontramos un deber en términos parecidos en el artículo 12 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado⁽⁴⁵⁾.

(42) Lo cual hace que definitivamente se desborden los límites naturales que debe poseer un reglamento administrativo: ir dirigido a los empleados de la Administración y a organizar sus servicios, su trabajo, su organización, etc. Se afecta a terceros, y eso nos lleva a esconder un reglamento jurídico dentro del reglamento administrativo.

(43) De hecho el TC, en su sentencia 110/1984, abordó la posible violación del derecho a la intimidad por la petición de la Inspección de Hacienda hecha a un particular de información relativa a los movimientos de sus cuentas corrientes con objeto de saber si había existido fraude fiscal. Ya entonces el TC aceptaba esta conexión aunque, como ocurrió al final, encontrase justificada y proporcionada la medida.

(44) Dispone este precepto lo siguiente: “Dentro de los tres meses siguientes a su toma de posesión y cese, así como anualmente, los miembros del Consejo de Gobierno deberán efectuar una declaración relativa a sus actividades y a su patrimonio, y a los de su cónyuge no separado e hijos dependientes. La declaración se remitirá al Ministerio para las Administraciones Públicas, que podrá verificar los datos declarados y comprobará si los intereses revelados en ellos suponen menoscabo de lo dispuesto en el párrafo precedente. La declaración se inscribirá en el Registro de Intereses de Altos Cargos”.

(45) Este precepto (titulado “Declaración de bienes y derechos”) contiene la siguiente regulación: “1. Quienes tengan la condición de alto cargo están obligados a formular en el Registro constituido en el órgano competente, según esta Ley, en los términos que reglamentariamente se establezcan, una declaración patrimonial, comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones. Voluntariamente, su cónyuge podrá formular esta declaración, que será aportada por el alto cargo. La declaración patrimonial comprenderá al menos los siguientes extremos: A) Los bienes, derechos y obligaciones patrimoniales que posean. B) Los valores o activos financieros negociables. C) Las participaciones societarias. D) El objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que tengan intereses el alto cargo, su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial o persona que conviva en

Finalmente, en el caso de los empleados públicos en general, la Ley 53/1984, de diciembre, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas en su letra i) del artículo 2 extiende su ámbito de aplicación al personal del Banco de España y de las instituciones financieras públicas. La letra d) del artículo 12.1 prohíbe a dicho personal tener una participación superior al 10% en el capital de las empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquellas. ¿Por qué ha sido necesaria una Ley para establecer esta prohibición a los empleados del Banco de España y no lo debería ser la obligación litigiosa impuesta en el Código de Conducta?

3.º) Como ya hemos visto, el artículo 63 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, ha acabado por introducir en la LABE un nuevo precepto, el artículo 6 bis, en el que se ha recogido definitivamente el deber del personal del Banco que pueda tener acceso a información de carácter confidencial de notificar, conforme a lo establecido en la correspondiente disposición interna aprobada por la Comisión Ejecutiva, las operaciones que realice en los mercados de valores, bien fuera directamente o mediante persona interpuesta. Esto viene a probar que al final se ha entendido que esta era la mejor manera de tratar el tema.

En el caso de que el legislador no hubiese actuado de esta manera, podemos preguntarnos si podía haberse encontrado una cobertura legal (salvando las exigencias de la reserva de ley) que salvase la legalidad de la Circular Interna en las Orientaciones del BCE, al recoger estas la obligación impuesta a los Bancos Centrales nacionales de *“aprobar normas mínimas garantizadoras de*

análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas. E) Las sociedades participadas por las que sean objeto de declaración según el apartado c) con señalamiento de sus respectivos objetos sociales. 2. La declaración a que se refiere el apartado uno de este artículo se efectuará en el improrrogable plazo de tres meses siguientes a las fechas de toma de posesión y cese, respectivamente, en el alto cargo. 3. Los altos cargos aportarán junto con las declaraciones iniciales y las de cese, así como anualmente una copia de la última declaración tributaria correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre el Patrimonio que haya tenido obligación de presentar el declarante ante la Administración Tributaria. También se podrá aportar la declaración voluntaria de su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad referida a estos tributos. Dichas declaraciones se depositarán en el Registro como información complementaria, rigiéndose el acceso a las mismas por su normativa específica. 4. La declaración anual correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, en su caso, al Impuesto sobre el Patrimonio, a que hace referencia el apartado anterior, se presentará en el improrrogable plazo de tres meses desde la conclusión de los plazos legalmente establecidos para su presentación. 5. El Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales recibirá las declaraciones y las copias y, de apreciar defectos formales, requerirá su subsanación al interesado”.

la transparencia de quienes intervienen en aquellas operaciones y elusivas de que los empleados participen en operaciones económicas o financieras que puedan afectar a su independencia e imparcialidad”⁽⁴⁶⁾. De hecho el TS en el FJ 6.º antes citado apela a dichas Orientaciones (así como al artículo 6 bis LBE y al RD 629/1993) para justificar esta medida con el fin de adecuarse al principio de legalidad. Aunque comparto la idea de que el Derecho comunitario debería ser siempre tenido en cuenta a estos efectos, lo cierto es que en materia de infracciones administrativas el TC en Sentencia 50/2003, de 17 de marzo (asunto Freixenet) parece cerrar la puerta a cierto tipo de maniobras que podrían calificarse de jurídicamente heterodoxas. Quizás lo fuese decir que plasmar en una Circular Interna del Banco de España una obligación prevista en una Orientación del BCE permite cubrir las exigencias del principio de reserva de ley. De todos modos, entiendo que la existencia del ordenamiento jurídico comunitario debería servirnos para flexibilizar ciertos planteamientos ortodoxos cuya aplicación estricta puede mermar intereses públicos de suma importancia, como es la preservación de la independencia y objetividad del funcionamiento de una institución como el Banco de España.

Finalmente, salvada ya esta cuestión del principio de reserva de ley, desde el punto de vista del contenido, querría adherirme a la argumentación del TS cuando entiende que la invasión que se produce con esta obligación en el derecho a la intimidad es proporcionada y, por tanto, legal⁽⁴⁷⁾. Desde luego, está más que justificada esta previsión. Sirva de apoyo a lo dicho por el TS lo afirmado por el BCE en el punto 4 del Dictamen (CON/2003/28) que emitió el de 18 de diciembre de 2003, precisamente solicitado por el Subsecretario de Economía, acerca del proyecto de modificación del artículo 6 del LBE para introducir el art. 6 bis antes citado. En dicho punto el BCE subraya lo siguiente: *“El BCE celebra esas normas que tienen por finalidad que el personal del banco central no se lucre mediante el uso de información privilegiada. El BCE observa que el proyecto de modificación incorpora a la Ley 13/1994 las normas sobre uso de información privilegiada adoptadas ya en el Código de Conducta para el Personal del Banco de España... El BCE celebra la seguridad jurídica que resultaría de incorporar esas normas a la Ley 13/1994”*⁽⁴⁸⁾.

(46) Esto creo que nos lleva al tema de qué instrumento normativo nacional habría que buscar en este caso para dar cumplimiento a tal obligación comunitaria. Sobre este tema es de especial interés consultar la obra de PASCUA MATEO, F: *Derecho comunitario y calidad del ordenamiento español*, Civitas, Madrid, 2006.

(47) A la misma conclusión llegó el TC en su sentencia 110/1984 antes citada.

(48) Obsérvese que esta referencia final a la seguridad jurídica de incorporar esta previsión a la LBE sirve como argumento adicional para defender el principio de reserva de ley en este terreno.

NOTICIAS

1. NUEVA REFORMA DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES

El Boletín Oficial del Congreso de los Diputados (7-9-2007) publica un Proyecto de Ley que modifica la Ley del Mercado de Valores (LMV). Este proyecto de reforma, referido a la Ley 24/1998, de 28 de julio, del mercado de valores, no debería ser objeto de especial atención cuando ya anteriormente veintiséis leyes la han modificado. Sin embargo este nuevo proyecto no se limita a efectuar alteraciones relevantes en cinco “títulos” de la LMV, con artículos que no simplemente se modifican, sino se amplían con dos o cinco más que mantienen el mismo número, al tiempo que añade un nuevo Título, el XI, lo que da lugar a que se llegue al artículo 131, que como tantos otros es de muy larga factura. Llama la atención que muchos de los nuevos artículos terminan con la advertencia de que sus disposiciones deben aplicarse de acuerdo con lo establecido en el Reglamento 1287/2006 de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39 del Parlamento Europeo y del Consejo. Con independencia de esa indicación aclaratoria, se ha de destacar que el proyecto termina con una autorización al Gobierno para que, *a propuesta conjunta de los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley proceda a la redacción de un texto refundido que regularice, aclare y armonice la presente ley* las leyes que enuncia y de otras *disposiciones en materia de mercados de valores contenidas en normas con rango de ley*.

Este proyecto de ley tiene su razón fundamental de ser la transposición de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo. Directiva 2004/39 de especial importancia, que ha sido completada por la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y a los términos definidos a efectos de dicha Directiva; así como por la Directiva 2007/14/CE de la Comisión, de 8 de marzo de 2007 (no citada por cierto en la exposición de motivos del proyecto), por la que se establecen disposiciones de aplicación de determinadas prescripciones de la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado. Se ha de tener en cuenta, por otro lado, que el texto de la Directiva 2004/39/CE fue objeto de una ligera

rectificación en 2005⁽¹⁾ y modificado por la Directiva 2006/31/CE, en especial al ampliar el plazo máximo para su transposición⁽²⁾.

La Directiva 2004/39/CE, que acoge el proyecto de ley, se refiere a los llamados instrumentos financieros y es de singular importancia. Su finalidad esencial radica en establecer un régimen general para una materia tan importante como la ejecución de operaciones sobre los valores, independientemente de los métodos de negociación empleados, todo ello con el fin de asegurar una buena calidad en la ejecución de las operaciones ordenadas por los inversores y de preservar la integridad y eficiencia general del sistema financiero. Igualmente tuvo por finalidad establecer un marco ajustado al riesgo que regule los principales tipos de sistemas de ejecución de órdenes empleados actualmente en los mercados financieros europeos. A tal efecto, al tiempo de reconocer la aparición, paralelamente a los mercados regulados, de una nueva generación de sistemas de negociación organizada, la Directiva procuró someter a los mercados financieros a ciertas obligaciones para preservar su funcionamiento eficiente y ordenado. Junto a estos y otros aspectos, la Directiva se ocupó de establecer un marco regulador equilibrado, al disponerse la inclusión de un nuevo servicio de inversión relacionado con el funcionamiento de los sistemas multilaterales de negociación (“SMN”) o los denominados *internalizadores sistemáticos*.

Las dos directivas antes indicadas no han tendido a una modificación de la Directiva 2004/39/CE, sino a regular unos aspectos complementarios de ella como son la concreción del capital de las empresas y ciertos aspectos sobre la información de los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado.

En un plano diverso de las Directivas, cuyo destinatario como es bien sabido es el Estado, se mueve el Reglamento (CE) núm. 1287/2006 de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, cuyas normas son de aplicación directa en todos los Estados miembros, que completa la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva. Reglamento que no hace referencia a la totalidad de los preceptos de la Directiva sino a algunos aspectos esenciales y cuya finalidad unificadora se pone de manifiesto en sus consideraciones preliminares, en las que declara que es conveniente que las disposiciones de ese Reglamento adopten tal forma legislativa para garantizar un régimen armonizado en todos los Estados miembros, fomentar la integración del merca-

(1) DO L 45, de 16 de febrero de 2005, p. 18.

(2) DO L 114, de 27 de abril de 2006, p. 60.

do y la prestación transfronteriza de servicios de inversión y servicios auxiliares, y reforzar la consolidación del mercado único. Lo que no impide que las disposiciones relativas a determinados aspectos del mantenimiento de un registro, y a la información sobre las operaciones, la transparencia y los derivados sobre materias primas tengan pocos puntos en común con el Derecho nacional y con las legislaciones detalladas que regulan las relaciones con el cliente.

Además, el Reglamento estima que conviene disponer de normas y requisitos de transparencia detallados y plenamente armonizados que regulen la información sobre las operaciones, con el fin de garantizar unas condiciones de mercado equivalentes y el correcto funcionamiento de los mercados de valores en la Comunidad, y de facilitar la integración efectiva de dichos mercados. Algunos aspectos del mantenimiento de un registro guardan una relación estrecha, ya que utilizan los mismos conceptos definidos a efectos de la información y la transparencia de las operaciones.

El régimen establecido por la Directiva 2004/39/CE para regular la información que debe comunicarse sobre las operaciones con instrumentos financieros tiene por objeto garantizar que las autoridades competentes pertinentes estén debidamente informadas de las operaciones que deben supervisar. Para ello, nos dice el Reglamento, es necesario garantizar que en todas las empresas de inversión se recoja un único conjunto de datos con mínimas diferencias entre Estados miembros, con el fin de minimizar las diferencias en las obligaciones de información que afectan a las empresas que realizan operaciones transfronterizas, y de que las autoridades competentes puedan disponer de la máxima proporción posible de datos que puedan compartirse con otras autoridades competentes. Las medidas tienen también por objeto garantizar que las autoridades competentes estén en condiciones de cumplir las obligaciones que les impone la Directiva con la máxima celeridad y eficiencia. Se añade en las consideraciones preliminares del Reglamento que el régimen establecido por la Directiva 2004/39/CE para regular los requisitos de transparencia de las operaciones con acciones admitidas a negociación en un mercado regulado pretende garantizar que los inversores estén debidamente informados sobre el verdadero nivel de operaciones reales y potenciales con dichas acciones, tanto si esas operaciones se realizan en mercados regulados, sistemas multilaterales de negociación (“SMN”) o “internalizadores sistemáticos” como si se realizan fuera de esos sistemas de negociación.

Estos requisitos, afirma el Reglamento, forman parte de un marco más amplio de normas destinadas a fomentar la competencia entre los sistemas de negociación en el ámbito de los servicios de ejecución y, de esta forma, aumentar las opciones de los inversores, fomentar la innovación, abaratar los costes de las operaciones y mejorar la eficiencia del proceso de formación de precios sobre una base pancomunitaria. Un componente esencial de este marco es un alto grado de transparencia, a fin de garantizar unas condiciones de competen-

cia equitativas entre los sistemas de negociación e impedir que el mecanismo de formación de precios por lo que se refiere a acciones particulares se vea obstaculizado por la fragmentación de la liquidez, lo que perjudicaría a los inversores. Por otra parte, dicha Directiva reconoce que en algunas circunstancias pueden ser necesarias excepciones a los requisitos de transparencia antes de su negociación, o el aplazamiento de los requisitos de transparencia tras la ejecución de la negociación. El Reglamento explica detalladamente esas circunstancias, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar un nivel elevado de transparencia y de evitar que la liquidez en los sistemas de negociación y otros medios se vea afectada involuntariamente por las obligaciones de revelar las operaciones y de hacer públicas las posiciones de riesgo.

La combinación de la transposición a nuestro ordenamiento de las disposiciones de la Directiva 2004/39 en el proyecto presentado en el Congreso y de las normas del Reglamento comunitario que las completa es una labor difícil, que se ha hecho más ardua al pretender introducir sus preceptos en una LMV fruto de tantas enmiendas, en ocasiones contradictorias, con múltiples remisiones a normas reglamentarias. Aspecto este último que no se ha de criticar porque una materia tan flexible y cambiante como el régimen del mercado de valores tiene más fácil encaje en disposiciones reglamentarias que en otras que tengan rango de ley, siempre, claro está, que se acierte al redactar una norma legal que marque con claridad las líneas esenciales y los principios sobre la materia.

La exposición de motivos del proyecto parece querer seguir ese criterio no en relación a la Directiva 2004/39/CE, sino respecto a la Directiva 2006/73/CE, respecto de la cual dice que el proyecto sólo transpone aspectos muy concretos de ella, ya que el resto se hará mediante desarrollo reglamentario. El proyecto llega, por ejemplo, al margen de modificar innecesariamente el artículo 1.º de la LMV, y de forma aún más innecesaria —en cuanto es claro que es más propio de una norma reglamentaria—, a enunciar la casuística de los que son valores “negociables”, cuando esa lista procede de un apéndice de la Directiva 2004/39 (Sección C del anexo I) que parte del principio de que los valores llamados negociables son una parte de los “instrumentos financieros” cuyas modalidades varían con el tiempo, pero de lo que se trata es de establecer una homogeneidad de denominación en el ámbito del mercado unificado.

Debe indicarse que el plazo para la transposición de la Directiva 2004/39 concluía el día 31 de enero de 2007, si bien la entrada en vigor de tales disposiciones se retrasaba hasta el 1 de noviembre de 2007 (art. 70 de la Directiva, tras su modificación por la Directiva 2006/31/CE). Las normas del Reglamento núm. 1287/2006 de la Comisión son aplicables a partir del 1 de noviembre de 2007 (salvo en algunos aspectos cuya aplicación se anticipaba al 1 de julio). Su artículo 41, en su párrafo tercero, recuerda que a partir de las fechas indicadas el texto “será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada

Estado miembro”. El proyecto del Gobierno no se detiene en estos aspectos, y se limita a indicar que entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (disposición final tercera).

La lectura del proyecto de Ley no deja de producir en el lector la sensación de la insatisfacción propia del conocido fenómeno de la proliferación legislativa del que se han ocupado los mejores juristas, ante la insensibilidad ante ese problema por parte del legislador. Si bien en este caso surja la duda de si la amplitud del proyecto, su demora, la compatibilidad de sus normas con las del reglamento comunitario y otros aspectos se deben a la constante evolución del sustrato social sobre el que se asienta el régimen del mercado de valores o a los defectos tanto de la normativa comunitaria como de la precedente de la LMV. Causas ciertamente no excluyentes que generan, en este caso como en otros, la preocupación por el descuido en la elaboración de las leyes, su falta de calidad, los fallos conocidos de la técnica legislativa y la añoranza por su codificación a la que, aun con matices diversos, puede volverse. Creo que siguen teniendo valor las palabras de PORTALIS cuando al presentar la obra del Código de Napoleón a las Cortes en 1804 decía —en una traducción— que *es suficiente la violencia para destruir, pero hace falta la constancia, el valor y la inteligencia para construir (Il ne faut que de la violence pour détruire; il faut de la constance, du courage et de lumières pour édifier)*.

Fernando Sánchez Calero

2. ALGUNAS REFERENCIAS INFORMATIVAS EN MATERIA DE RETRIBUCIÓN DE ADMINISTRADORES

Una simple lectura de la prensa económica hace que no parezca discutible que la retribución de los administradores y directivos se mantiene como uno de los aspectos críticos del gobierno corporativo. Se trata de un aspecto del funcionamiento societario cuya valoración resulta sencilla para cualquier observador, sobre el que abundan pronunciamientos más o menos reflexivos. Es un hecho notorio que ha sido en los últimos años cuando se han adoptado determinadas medidas que conllevan cambios relevantes en la forma de acuerdo con la cual las sociedades cotizadas fijan la retribución de sus administradores y, además, informan de ello. Baste con citar el impulso europeo plasmado en la Recomendación de 2004 [v. SÁNCHEZ-CALERO, J./PUYOL, B., “La Recomendación europea en materia de retribución de los administradores (Algunas reflexiones

desde el ordenamiento español)”, *RDBB* 96 (2004), p. 163 y ss.], que el Código Unificado español ha acogido. En esencia, el nuevo régimen retributivo de las sociedades cotizadas pasa, de un lado, por ampliar de una manera absoluta o, cuando menos, sustancial la información sobre la retribución de cada uno de los consejeros [v. SÁNCHEZ-CALERO, J., “La retribución de los administradores de sociedades cotizadas (La información societaria como solución)”, *RdS* 28 (2007), pp. 19 y ss.] y, de otro, por permitir que los accionistas se pronuncien sobre esa retribución en la junta general, aunque esa votación tenga un mero carácter consultivo.

Estas medidas se han introducido y puesto en práctica en los principales mercados, lo que ha convertido la información que se difunde y el pronunciamiento regular de los accionistas sobre lo que perciben “sus” consejeros en materia de interés y que no falten propuestas innovadoras con respecto a esas medidas recientemente adoptadas. Con respecto a lo primero, la simple lectura de la prensa económica facilita una constante relación de datos e ideas que debemos reseñar. En relación con la situación española, la libertad de la que gozan las sociedades cotizadas para avanzar en lo que se las recomienda no parece estar siendo utilizada para fortalecer el sistema de gobierno corporativo español, sino, por el contrario, para que se afirme que se está retrocediendo (v. ZAPATA, P., “La junta directiva en España se estanca: faltan independientes y transparencia”, *El Economista*, 29 de junio de 2007, p. 37, a partir de la difusión de HEIDRICK Y STRUGGLES, *Corporate Governance in Europe 2007*, en especial sus páginas 30 y ss., informe que puede consultarse en <www.heidrick.com>).

Por otro lado, Gran Bretaña viene siendo el mercado más avanzado a la hora de exponer los conflictos que en las juntas generales se producen en torno a la cuestión. Siendo no vinculante la votación sobre la retribución de los consejeros, el pronunciamiento crítico de los accionistas merece cada vez mayor atención, aun cuando no llegue a ser mayoritario, sino simplemente significativo. En estos casos las altas retribuciones de algunos consejeros ejecutivos —en especial las que tienen carácter *variable*— exigen una especial justificación *ex post* al constatarse su rechazo por porcentajes significativos del capital. La votación anual de la retribución de los consejeros y, en particular, el análisis de la percepción de *bonus* por el primer ejecutivo va dando lugar a una sucesión de casos en los que porcentajes importantes de accionistas expresan su oposición (v. la más reciente referencia en “Shareholder protest over Tesco chief bonus”, *Financial Times*, 30 de junio/1 de julio de 2007, p. 11). Esas informaciones ponen de manifiesto la distinta percepción que se produce con respecto al resultado de las votaciones, pues mientras que para los medios de comunicación debe destacarse que en una sociedad cotizada una minoría cualificada coincide en el rechazo de la propuesta de retribución, los consejos de administración contra los que se plantea el rechazo se encargan de quitarle importancia ampa-

rándose en el apoyo mayoritario del capital. Esta argumentación no resulta convincente por varias razones presentes en el dignificado de la junta en las grandes corporaciones, pero sobre todo porque parece desconocer que el hecho de que un porcentaje relevante de accionistas critique la retribución es un síntoma inicial de una pérdida de confianza en los gestores que, de no repararse de inmediato (por ejemplo, teniendo en cuenta el criterio de la minoría en las propuestas de retribución de ejercicios posteriores), acaba contagiando a la mayoría del capital.

Finalmente, es igualmente interesante la iniciativa puesta en marcha en Suiza por un empresario en orden a conseguir firmas suficientes para provocar que el Parlamento suizo deba analizar 25 propuestas orientadas a fortalecer las reglas aplicables a la retribución de los consejeros (v. “Minder’s Mission”, *The Economist*, disponible en <www.economist.com>). Entre ellas destaca la propuesta de que se cambie el valor del pronunciamiento de la junta general en esta materia, de manera que el acuerdo sobre la retribución de los consejeros no tenga carácter consultivo, sino vinculante y ejecutivo, tomando como ejemplo la opción que en este sentido han adoptado Estados europeos como Holanda o Suecia. Al informar sobre esta iniciativa (el contenido completo de esta *Initiative populaire fédérale “contre les rémunérations abusives”* puede consultarse en <www.trybol.ch/remunerations_abusives> se apunta que la tradición suiza puede traducirse en un apoyo suficiente para obligar a la reforma legislativa que se pretende.

Juan Sánchez-Calero Guilarte

3. CONSULTA AL ICAC SOBRE EL DEBER DE SECRETO DEL AUDITOR

Recientemente el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) ha abordado un tema interesante dentro de lo que es el estatuto de la profesión auditora. En estos últimos años la responsabilidad de los auditores y la determinación de cómo deben interpretarse los límites de los deberes que tienen establecidos a su actividad profesional por la legislación aplicable viene mereciendo especial atención. Esto dota de interés a la consulta en que recientemente el ICAC abordaba el alcance del deber de secreto al que, conforme a la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas, están obligados los auditores (v. BOICAC núm. 69, marzo 2007, p. 72).

Una firma auditora consultaba al ICAC sobre si revelar determinados hechos delictivos o infracciones de carácter económico, enunciando entre ellas blanqueo de capitales, corrupción económica, estafa, cohecho, entre otros, pudiera dar lugar a una infracción del deber del secreto del auditor y en consecuencia abrir una posible vía para exigir responsabilidad por dicha infracción. En su respuesta el ICAC recuerda que ya el art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que quien por razón de su profesión tuviera noticia de algún delito público está obligado a denunciarlo de forma inmediata al Ministerio Fiscal o al Tribunal competente. A este deber no escapan los auditores, de manera que ya el art. 262 de la LECrim. sería suficiente fundamento legal para exigir una denuncia de los hechos conocidos por el auditor en el ejercicio de su cargo y que pudieran ser constitutivos de alguno de los delitos señalados.

Sin embargo, esa misma fundamentación legal se debe ver notablemente reforzada en atención a la distinta normativa que se ha venido aprobando en los últimos años en materia de prevención de blanqueo de capitales (ver, en especial, las leyes 19/1993 y 19/2003 y los reglamentos que las desarrollan). Esta legislación especial contempla para los auditores de cuentas un deber de comunicar a la autoridad administrativa cualquier hecho u operación que pueda indiciariamente estar relacionado con el blanqueo de capitales. Al respecto, el art. 4 de la Ley 13/1993 establecía una expresa exención de responsabilidad para el auditor ante el levantamiento del deber del secreto profesional para llevar a cabo las comunicaciones previstas en la Ley. En consecuencia, la consulta es respondida de manera afirmativa, a la hora de exigir al auditor que ponga en conocimiento de las autoridades pertinentes hechos delictivos y, de manera negativa, al establecer que esa comunicación pueda implicar una infracción del deber de secreto que establece la legislación en materia de auditoría de cuentas.

Alfonso Guilarte Gutiérrez

4. NOVEDADES EN MATERIA DE BLANQUEO DE CAPITALS

Prosigue la lucha contra el blanqueo de capitales a través de la adopción de instrumentos legales y reglamentarios que faciliten su detección y permitan su persecución, según hemos tenido ocasión de relatar en números anteriores.

Así, en el BOE de 9 de agosto de 2007 se ha publicado la *Orden EHA/2444/2007, de 31 de julio, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención*

del blanqueo de capitales, aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, en relación con el informe de experto externo sobre los procedimientos y órganos de control interno y comunicación establecidos para prevenir el blanqueo de capitales. Bajo tan largo título se desarrolla el contenido que debe tener el informe de control que, de manera reservada, han de elaborar y tener a disposición del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias aquellas entidades obligadas a ello conforme al artículo 3.7, en relación con el artículo 2, de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre (esto es, las Entidades de Crédito, las Entidades Aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida, las Sociedades y Agencias de Valores, las Instituciones de Inversión Colectiva, las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y de Fondos de Pensiones, las Sociedades Gestoras de Cartera, las Sociedades emisoras de Tarjetas de Crédito y las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividad de cambio de moneda, sea o no como actividad principal). El artículo 11.7 del Reglamento de la Ley (aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, modificado por el Real Decreto 54/2005, de 21 de enero) disponía que *“los procedimientos y órganos de control interno y de comunicación a que se refiere el apartado 1 serán objeto de examen anual por un experto externo. Los resultados del examen serán consignados en un informe escrito de carácter reservado que describirá detalladamente las medidas de control interno existentes, valorará su eficacia operativa y propondrá, en su caso, eventuales rectificaciones o mejoras”*. El Reglamento destacaba especialmente la cualificación académica e independencia profesional que debía reunir el experto autor del informe.

La Orden —cuya entrada en vigor se fija para el 10 de noviembre de 2007— regula el contenido que debe tener el informe, pormenorizadamente detallada en su Anexo, tanto en cuanto a su estructura como a la información mínima por cumplimentar (con particular referencia a la valoración de la eficacia operativa). Los informes deben emitirse antes de que transcurra un año natural desde la fecha de referencia del anterior (que puede ser distinta de la del ejercicio contable) y a la mayor brevedad posible, siempre antes de dos meses desde la fecha de referencia del informe. Aparte de los datos generales del informe, éste deberá estructurarse en catorce apartados:

0. Información general sobre el sujeto obligado.
1. Normativa interna.
2. Órganos de control interno y comunicación.
3. Identificación y conocimiento de los clientes.
4. Conservación de la documentación de clientes y operaciones.
5. Detección de operaciones susceptibles de estar relacionadas con el blanqueo de capitales.

6. Análisis de operaciones susceptibles de estar relacionadas con el blanqueo de capitales.
7. Comunicación de operaciones susceptibles de estar relacionadas con el blanqueo de capitales.
8. Declaración mensual obligatoria de operaciones.
9. Cumplimentación de los requerimientos del servicio ejecutivo u otras autoridades.
10. Formación.
11. Filiales y sucursales.
12. Agentes y otros mediadores.
13. Verificación interna.
14. Otros extremos relevantes no cubiertos por los apartados anteriores.

Por otro lado, reunido en Gran Sala, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó su Sentencia de 26 de junio de 2007 en el asunto C-305/05 sobre una cuestión prejudicial suscitada por el Tribunal Constitucional belga en un procedimiento seguido entre la *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, *Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles*, *Orde van Vlaamse balies* y la *Nederlandse Orde van advocaten bij de balie te Brussel*, de una parte, y el Consejo de Ministros, de otra parte, en el que participan el Consejo de los Colegios de Abogados de la Unión Europea y la *Ordre des avocats du barreau de Liège*. El debate se suscita en torno a la interpretación de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, en relación con la aplicación a los abogados del deber de información y cooperación con las autoridades respecto de posibles operaciones de blanqueo de capitales conforme al artículo 2 ter de la Ley belga de 11 de enero de 1993 (introducido por el artículo 4 de la Ley de 12 de enero de 2004). A este respecto, el Tribunal considera que las obligaciones de información y de cooperación con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales previstas en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, en su versión modificada por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, y que el artículo 2 bis, número 5, de la misma Directiva impone a los abogados (consistentes en informar a dichas autoridades, por iniciativa propia, de cualquier hecho que pudiera ser indicio de blanqueo de capitales y en facilitarles, a petición de éstas, toda la información necesaria de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación aplicable) no vulneran el derecho a un proceso justo, tal como éste está garantizado por el artículo 6 del CEDH y el artículo 6 UE, apartado 2, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3,

párrafo segundo, de dicha Directiva, ya que los abogados sólo están sometidos a tales obligaciones de información y de cooperación en la medida en que asistan a sus clientes en la concepción o realización de las transacciones, esencialmente de orden financiero e inmobiliario, o cuando actúen en nombre y por cuenta de su cliente en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, actividades que, por su propia naturaleza, se sitúan en un contexto que no tiene ninguna relación con un procedimiento judicial y, por lo tanto, al margen del ámbito de aplicación del derecho a un proceso justo.

Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro

5. MODIFICACIONES DE REGLAMENTOS Y ESTATUTOS DE INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA QUE SE CONSIDERARÁN DE ESCASA RELEVANCIA

En la regulación de las Instituciones de Inversión Colectiva rige, como en otras instituciones similares, el principio de autorización administrativa previa y, a tal efecto, se estableció que esta autorización no sólo era necesaria con respecto a los documentos iniciales, sino también con respecto a cualquier modificación que se pudiera producir en un momento posterior. Ahora bien, el artículo 12 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva ya tuvo en consideración que existían determinadas modificaciones que podían ser consideradas de escasa relevancia y que, en consecuencia, no debían dar lugar al complejo expediente de autorización. Lo pertinente a esos efectos era que la CNMV fue habilitada para, de manera periódica y mediante resoluciones de carácter general, establecer qué modificaciones debían ser consideradas de escasa relevancia a los efectos de quedar dispensadas de cumplir con los procedimientos de autorización establecidos con carácter general. En su reciente Resolución de 13 de junio de 2007 (v. BOE de 26 de julio de 2007), que continúa a otras precedentes ya publicadas, la CNMV ha establecido un catálogo de modificaciones de escasa relevancia tanto en relación con los documentos que afectan a fondos de inversión mobiliaria como con respecto a sociedades de inversión.

Fernando Barco

**6. CONSULTA AL ICAC SOBRE LA NUEVA INDICACIÓN
EN LA MEMORIA DE LA DISTRIBUCIÓN POR SEXOS
DE PUESTOS DIRECTIVOS**

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, modificó el art. 200 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, incorporando una nueva indicación que debería incluirse en la Memoria. Esta indicación debería informar acerca de la distribución por sexos, al término del ejercicio, del personal de la sociedad, con especial indicación en cuanto a cómo operaba esa distribución entre los altos directivos y los consejeros de la sociedad. En su disposición final octava la Ley Orgánica 3/2007 señalaba que su entrada en vigor se produciría al día siguiente de su publicación en el BOE, que tuvo lugar en el correspondiente Boletín del día 23 de marzo de 2007.

Dado que la Ley Orgánica 3/2007 no aclaró a qué ejercicio contable iba a comenzar a afectar la nueva información que la Memoria deberá incorporar, al ICAC se le planteó una consulta acerca de si esa mención debería incorporarse en las cuentas anuales formuladas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley o en aquellas cuentas anuales de ejercicios cerrados con posterioridad a la entrada en vigor (v. BOICAC núm. 70, de junio de 2007, p. 106).

En su respuesta el ICAC comienza señalando que esa nueva mención en la Memoria constituye información “de índole social”, cuya ausencia no afecta a la finalidad principal de las cuentas anuales de reflejar la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa. A partir de ello, la postura del ICAC fue la de no exigir que la nueva mención conste en las cuentas anuales correspondientes a ejercicios cerrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007. Es decir, el supuesto habitual sería el del ejercicio cerrado al 31 de diciembre de 2006, siendo indiferente que las cuentas anuales correspondientes a esos ejercicios se hubieren formulado con posterioridad al 24 de marzo del año 2007.

También aclara el ICAC que esta mención no es preciso que aparezca en la Memoria abreviada, sino que su exigibilidad se produce sólo en lo que llama el modelo de Memoria normal, es decir, en aquel modelo que debe recoger todas las menciones que enuncia el art. 200 de la LSA.

Christi Amesti Mendizábal

7. LA LEY 22/2007, SOBRE COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS DESTINADOS A LOS CONSUMIDORES

1. Antecedentes y contexto

En el origen de esta Ley 22/2007 confluyen tres líneas de antecedentes que delimitan, a su vez, su contexto tanto en nuestro Derecho como en el Ordenamiento comunitario: a) Una primera línea que podemos calificar de instrumental por cuanto regula el comercio electrónico y parte de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva del comercio electrónico), incorporada mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. b) Una segunda línea que podemos calificar de sustancial genérica por cuanto regula la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia y parte de la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. A estos efectos debemos recordar el régimen de las “ventas a distancia” del Capítulo II del Título III de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, en su redacción dada por el art. 3 de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre. c) Una tercera línea que podemos calificar de sustancial específica por cuanto regula la comercialización a distancia de los servicios financieros y parte de la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modificaron las Directivas 90/619/CEE, 97/7/CE y 98/27/CE, parcialmente incorporada mediante la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación de la normativa comunitaria en materia de seguros privados.

Así pues, esta Ley 22/2007 —que, conforme a su disposición final tercera, entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE (que se produjo en el BOE núm. 196, de 12 de julio de 2007), esto es, el 12 de octubre de 2007— completa la adaptación de la Directiva 2002/65/CE, cuyo art. 21 establecía el deber de los Estados miembros de poner en vigor las disposiciones de adaptación de ésta a más tardar el 9 de octubre de 2004 (v. sobre el Proyecto de esta Ley, VIERA GONZÁLEZ, A.J. “Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores”, en SEQUEIRA y otros dirs. *La contratación bancaria*, Madrid, 2007, pp. 145 y ss.).

Téngase en cuenta que el impacto de esta nueva Ley 22/2007 en nuestro Ordenamiento obliga a hacer ciertos ajustes normativos, añadiendo —en su disposición adicional primera— un nuevo tipo de cláusula abusiva a la “lista negra” de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, General para la

defensa de los consumidores y usuarios y derogando —mediante su disposición derogatoria— algunos preceptos de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro [art. 6 bis, art. 83.a) apartado 1, párrafos 2.º y 3.º e inciso del apartado 2 y disposición adicional segunda) y de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004 (art. 60, apartado 3, párrafo 1.º, y apartados 4 y 5). Asimismo, el legislador aprovecha la ocasión para establecer —en la disposición adicional segunda— la previsión de presentación, en seis meses, de un plan del Gobierno, con las Comunidades Autónomas, de medidas de lucha contra las actividades de captación a distancia de información confidencial de forma fraudulenta.

2. Finalidad y carácter imperativo de la Ley 22/2007

La Ley 22/2007 tiene por objeto establecer un régimen específico de protección al usuario de servicios financieros cuando éstos se presten a distancia, habida cuenta de las especiales características de tales servicios que llevaron, por ejemplo, a excluirlos expresamente del ámbito de aplicación de la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Y este régimen específico debe insertarse en nuestro Ordenamiento de forma coordinada con la normativa general sobre el comercio electrónico y de protección de los consumidores, con la especial de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia y con la particular que rige la prestación de cada tipo de servicio financiero. Por ello, el art. 1 establece una “norma de convivencia” que dispone que esta Ley 22/2007 se aplicará sin perjuicio de los regímenes que hemos señalado y determinan su contexto, lo que conlleva una exigencia de interpretación coordinada conforme al criterio sistemático del art. 3 del Código Civil.

En relación con lo anterior y con su carácter general de norma protectora de los consumidores el art. 3 de la Ley 22/2007 —en aplicación del art. 12 de la Directiva 2002/65/CE— establece su carácter imperativo en un doble sentido: primero, consciente de la posición particularmente débil del usuario de servicios financieros prestados a distancia, declara irrenunciables los derechos que atribuye a los consumidores, y da un paso más para señalar que serán nulos los actos realizados en fraude a esta norma conforme a lo dispuesto en el art. 6 del Código Civil. Segundo, consciente de la anterior debilidad del consumidor y, además, de la fácil elusión de sus mandatos cuando se trata de prestar servicios financieros a distancia, declara la aplicación de sus normas de protección a los consumidores aun cuando la ley elegida por las partes para regir el contrato sea la de un Estado extracomunitario, siempre que el contrato tenga un vínculo estrecho con el territorio de un Estado comunitario, definiendo qué se entiende por tal vínculo estrecho.

3. **Ámbito de aplicación de la Ley 22/2007**

Constituyen el ámbito de aplicación de la Ley los contratos con consumidores de servicios financieros prestados, negociados o celebrados a distancia (art. 1). De ahí que dicho ámbito de aplicación se delimita conforme a dos criterios:

a) Primero, un criterio subjetivo, ya que las partes de tales contratos tienen una tipificación legal específica:

— De un lado estará el proveedor, que será la persona física o jurídica, pública o privada que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, presta un servicio financiero a distancia, incluidos aquellos que intervengan por cuenta propia como intermediarios en cualquier fase de la comercialización de tales servicios (art. 5). Como quiera que la capacidad para prestar servicios financieros en nuestro Derecho viene limitada a las entidades que hayan cumplido los requisitos específicos de acceso a la actividad de intermediación fijados por las regulaciones sectoriales de los tres mercados en que se divide el financiero, que son el mercado bancario, el de seguros y el de valores, el art. 2 de la Ley tipifica como destinatarios de sus preceptos a los intermediarios típicos de cada uno de estos mercados autorizados en España como Estado miembro de origen: las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las empresas de servicios de inversión, amén de los otros intermediarios que operan en aquellos mercados, como pueden ser las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, de fondos de pensiones o de entidades de capital riesgo o los mediadores de seguros. La propia amplitud potencial de la prestación a distancia de servicios financieros obliga a extender el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley, en su art. 2, para abarcar tanto a proveedores comunitarios que operen en nuestro país mediante sucursales o establecimientos permanentes situados en España, cuando se den determinadas circunstancias previstas en el art. 2 de la Ley 34/2002 o concurrentes en el destinatario de tales servicios, como a proveedores extracomunitarios, en algunos de los casos previstos en los arts. 7.2 y 8 de la Ley 34/2002. Además, el art. 2 prevé expresamente la aplicación de la Ley cuando la contratación a distancia se lleve a cabo con la participación de uno o varios intermediarios, y su art. 6 tipifica qué debe entenderse por proveedor de una técnica de comunicación a distancia.

— Del otro lado del contrato estará el consumidor —a quien sería mejor llamar usuario, tratándose de servicios financieros, aun cuando la Directiva 2002/65/CE utiliza el término de consumidor [art. 2.d)]—, que será la persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional (art. 5).

b) En segundo lugar, el ámbito de aplicación de la Ley se delimita por un criterio material que le lleva a abarcar tanto los contratos como las ofertas que

generen obligaciones para el consumidor cuando tengan por objeto todo tipo de servicios financieros a los consumidores, en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato. Esta delimitación material se completa para precisar cuándo se entiende que el contrato se celebra a distancia; para abarcar tanto los contratos de tracto único como de tracto sucesivo (con un acuerdo inicial de servicio seguido de operaciones sucesivas o sin tal acuerdo); y para enumerar cuáles son los servicios financieros conforme a las leyes que los tipifican: los servicios bancarios, de crédito y de pago, los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y la actividad de mediación en seguros (art. 4). En este último sentido el art. 4.2 de la Ley adapta a nuestro Derecho la definición genérica de servicio financiero del art. 2.b) de la Directiva 2002/65/CE como “todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago”.

4. La comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa por el proveedor del servicio financiero al consumidor

La prestación a distancia, el carácter financiero de los servicios que se prestan y la condición de consumidor de su destinatario son otras tantas circunstancias que llevan a centrar la protección de dicho consumidor, en primer lugar, en la transparencia de las condiciones del contrato que se alcanza mediante la comunicación por el proveedor de dos tipos de documentos e informaciones: las condiciones contractuales y determinadas informaciones sobre sus elementos esenciales. El objetivo consiste en que *el contrato pueda cerrarse con completo conocimiento por las partes contratantes de sus respectivos derechos y obligaciones* (v. epígrafe III de la Exposición de Motivos). A la vista del régimen previsto en los arts. 7 y 9 de la Ley —incorporando a nuestro Derecho los mandatos armonizadores de los arts. 3, 4 y 5 de la Directiva 2002/65/CE— podemos despejar las siguientes incógnitas:

a) ¿Quién debe comunicar las condiciones y la información y a quién? Es el proveedor quien está obligado a cumplir los deberes de transparencia frente al consumidor.

b) ¿Qué debe comunicar? El objeto de la comunicación es doble: por un lado, las “condiciones contractuales” (art. 9), debiéndose tener en cuenta la especial relevancia que en este punto tendrán las normas específicas de cada tipo de servicio financiero de que se trate (a las que expresamente alude el art. 1 de la misma Ley) porque, con frecuencia, aquellas normas establecen modelos de condicionados o exigencias formales de éstos. Además, el proveedor deberá

comunicar la información que señala el art. 7 de la Ley relativa al propio proveedor, al servicio financiero, al contrato a distancia y a los medios de reclamación e indemnización; estableciéndose normas especiales en el caso de comunicación a través de telefonía vocal (art. 7.3). Además, deben tenerse en cuenta los requisitos adicionales de información previa que pueda establecer la regulación sectorial del servicio financiero en concreto (art. 8).

c) ¿Cuándo debe producirse la comunicación? Con suficiente antelación a la posible celebración del contrato a distancia o a la aceptación de una oferta y, en todo caso, antes de que el consumidor asuma las obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta; o, cuando no resulte posible lo anterior por el tipo de técnica de comunicación a distancia utilizada, inmediatamente después de la formalización del contrato (art. 9).

d) ¿Cómo debe producirse la comunicación? En general, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor (art. 9.1) y, en el caso de la información precontractual, indicando su finalidad comercial, de manera clara y comprensible, por cualquier medio que se adapte a la técnica de comunicación a distancia utilizada, respetando los principios de la buena fe en las transacciones y los principios que regulan la capacidad de las personas que carecen de capacidad de obrar y los derechos en materia de accesibilidad universal de las personas con discapacidad (art. 7.2).

e) ¿Qué consecuencias causará el incumplimiento por el proveedor de los deberes de transparencia que le imponen los arts. 7, 8 y 9? Puede ocasionar la nulidad de los contratos, por incumplimiento de normas imperativas (art. 9.4).

5. El derecho de desistimiento del consumidor

La segunda técnica tuitiva del consumidor que contrata a distancia un servicio financiero es la concesión de un derecho a desistir del contrato válidamente celebrado, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna (art. 10.1). Se trata de una especie de “derecho al arrepentimiento” que se reconoce al consumidor que ha celebrado un contrato gozando de todas las garantías informativas que se regulan en los arts. 10 y 11 de la Ley; se incorporan así a nuestro Derecho los mandatos armonizadores de los arts. 6 y 7 de la Directiva 2002/65/CE, que se refieren al “derecho de rescisión” y al pago del servicio prestado antes de ella, y conforme a los cuales podemos contestar a las siguientes preguntas:

a) ¿Cómo deberá ejercer el consumidor este derecho? Comunicando tal intención al proveedor, en los términos previstos en el contrato, mediante un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación por cualquier medio válido en Derecho, incluido el soporte papel u otro, disponible y accesible al destinatario (art. 10.3).

b) ¿Cuándo deberá ejercerse tal derecho? En el plazo de 14 días naturales o de 30 días naturales, en el caso de contratos relacionados con el seguro de vida; plazos que empezarán a contarse desde el día de la celebración del contrato, desde que el consumidor reciba la información indicada en el art. 7.1 o, en los seguros de vida, desde que se informe al consumidor de que el contrato se ha celebrado (art. 10.1).

c) ¿En qué casos existe el derecho de desistimiento? En todos los contratos a distancia de servicios financieros con consumidores, salvo en aquellos casos en los que la naturaleza del servicio financiero en cuestión impide el reconocimiento de tal derecho; casos que responden, básicamente, a dos tipos de situaciones: cuando las fluctuaciones de los mercados financieros que sirven de referencia al servicio hacen necesario que las obligaciones contractuales deban cumplirse íntegramente desde el inicio de la formalización del contrato y cuando resulta exigible una especial seguridad jurídica, como sucede en el caso de las hipotecas (v. epígrafe III de la Exposición de Motivos). Así, el derecho de desistimiento no se aplicará en los casos relativos a servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, en determinados contratos de seguros, en los contratos ejecutados en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor, en determinados tipos de créditos, en las declaraciones de consumidores ante notario y en los planes de pensiones (art. 10.2).

d) ¿Qué consecuencias produce el ejercicio del derecho de desistimiento? El consumidor que haya ejercido tal derecho solamente estará obligado a pagar el servicio financiero realmente prestado por el proveedor hasta aquel momento, no pudiendo exigir el proveedor pago alguno si no demuestra que le ha proporcionado la información prevista en el art. 7.1.3.a) o si inicia la ejecución del contrato antes de que expire el plazo de desistimiento y sin haberlo solicitado expresamente el consumidor. En todo caso, las partes se restituirán las cantidades que pudieran haber recibido conforme a las previsiones del contrato (art. 11).

6. Garantías complementarias para el consumidor de servicios financieros contratados a distancia

Una vez regulados los dos mecanismos básicos de protección del consumidor de este tipo de servicios financieros (la transparencia y el desistimiento), la Ley 22/2007 —incorporando a nuestro Derecho los mandatos armonizadores de los arts. 8, 9 y 10 de la Directiva 2002/65/CE— aborda una serie de garantías complementarias con dos finalidades:

a) En primer lugar, para protegerle del cargo fraudulento o indebido de importes cuando el pago de los servicios financieros se haya efectuado utilizan-

do tarjetas de pago, otorgando a su titular el derecho a exigir la inmediata anulación del cargo (art. 12).

b) En segundo término, para tutelarle frente al eventual “acoso” de los proveedores en lo relativo a servicios y comunicaciones no solicitadas. Respecto de los servicios financieros no solicitados, la protección se articula mediante la prohibición de prestarlos —incluyendo la renovación tácita— sin la solicitud previa del consumidor, cuando impliquen una exigencia de pago inmediata o aplazada y mediante la exoneración de toda obligación al consumidor (art. 13). En cuanto a las comunicaciones no solicitadas por vía telefónica, fax o electrónica, el art. 14 de la Ley 22/2007 se remite a la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, y a la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

7. Tutela judicial y régimen sancionador

Por último, la Ley 22/2007 aborda los que podríamos llamar mecanismos de efectividad de sus mandatos en dos ámbitos:

a) En el orden civil, regulando la acción de cesación contra las conductas contrarias a la Ley que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, con indicación de los legitimados para ejercerla y de la finalidad de su ejercicio (art. 15). También promueve el uso de la reclamación extrajudicial mediante el Sistema Arbitral de Consumo (art. 16) y pone a cargo del proveedor la prueba del cumplimiento de las obligaciones que le impone esta Ley (art. 17). Con ello se incorporan a nuestro Derecho los mandatos armonizadores de los arts. 13, 14 y 15 de la Directiva 2002/65/CE.

b) En el orden administrativo, el capítulo III de la Ley —atendiendo el mandato del art. 11 de la Directiva 2002/65/CE de prever sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias— establece un régimen sancionador al que estarán sujetos los proveedores de servicios financieros a distancia y que se construye mediante la tipificación de determinados preceptos de la Ley como “normas de ordenación y disciplina” a los efectos de las infracciones graves o muy graves previstas en las regulaciones sectoriales de las entidades de crédito, las entidades aseguradoras, las empresas de servicios de inversión, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, de fondos de pensiones o de entidades de capital riesgo y los mediadores de seguros. Subsidiariamente se aplicará el régimen sancionador previsto en la Ley 34/2002 (art. 18).

8. Conclusiones

Es una realidad palpable que el desarrollo económico hace que capas de población más amplias accedan a los servicios financieros con mayor frecuen-

cia e importancia para sus economías familiares y que tal acceso se realiza con mayor frecuencia mediante el uso de técnicas de comunicación a distancia. Esta facilidad de acceso, que sin duda debe ser saludada como un progreso, genera también riesgos típicos para la seguridad económica de los consumidores que exigen la creación de instrumentos jurídicos de protección que resulten adecuados. Por ello esta Ley 22/2007 representa un avance en la protección del usuario de servicios financieros que, además, armoniza —con un retraso notable— nuestro Derecho con la Directiva 2002/65/CE.

El impacto de esta Ley en la práctica financiera de nuestro país será muy intenso y extenso tanto por el contenido sustancial de sus mandatos —por ejemplo, con la generalización del derecho de desistimiento del consumidor— como por su ámbito subjetivo de aplicación, que obligará a todos los intermediarios financieros a adaptar sus técnicas de contratación a distancia. En particular, los costes de tal adaptación serán muy estimables tanto por los nuevos deberes de comunicación e información como por los riesgos económicos que se asumirán, por ejemplo, por la limitación al cobro de los servicios financieros efectivamente prestados.

Alberto Javier Tapia Hermida

8. APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE EL EJERCICIO DE DETERMINADOS DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS DE SOCIEDADES COTIZADAS

En el DOUE L de 14 de julio de 2007 (pp. 17 y ss.) se ha publicado la Directiva 2007/36/CE de 11 de julio sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. La propuesta de esta Directiva llevaba otro nombre en cuanto que se denominaba *sobre el ejercicio de los derechos de voto por parte de los accionistas que tengan su sede social en otro Estado miembro*. Designación que resultaba discutible en cuanto hacía referencia también a otros derechos diversos al de voto, conexos con la participación de los accionistas en la junta general de una sociedad cotizada, de modo especial al derecho de información, de asistencia y de representación, así como algunos aspectos del acuerdo de la junta general, cuyo régimen debía aplicarse en general a las sociedades cotizadas (v. una referencia a la propuesta de Directiva en SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, Thomson/Civitas, Madrid, 2007, pp. 669 y ss., y dentro de la *RDBB*, ver las

notas de MARTÍNEZ, M.T., núm. 101, 2006, p. 272 y ss. y AYALA, A., núm. 106, 2007, p. 202).

El ámbito de la Directiva, en todo caso, es limitado, ya que, como dice en sus consideraciones preliminares, ha tratado de no superar el principio de subsidiariedad, limitándose su regulación al ejercicio del derecho de voto y los conexos con él con la finalidad de que, teniendo en cuenta la necesaria potenciación del mercado único, era preciso facilitar ese ejercicio, partiendo del presupuesto de que el socio en la mayoría de los supuestos va a votar por medio de representante o a distancia con el empleo de medios electrónicos o del correo. A pesar de su alcance parcial respecto al régimen de la junta general en las sociedades cotizadas, la Directiva incide en un punto fundamental, cual es el ejercicio del derecho de voto del accionista, así como en el de los derechos conexos que puede facilitar una relativa superior participación efectiva en el órgano social por parte de los accionistas, que de hecho ha perdido su condición de “soberano” en la estructura de la gran sociedad anónima para quedar reducido a un instrumento de publicidad de la marcha de la sociedad.

La regulación de la Directiva, aun cuando se centra en el *ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas*, está limitada, como se ha dicho, a los que de forma imprecisa se han venido llamando como políticos, y el núcleo de la Directiva está formado por su capítulo II, que lleva el rótulo de *Juntas generales de accionistas*, partiendo del deber de la sociedad de garantizar la igualdad de trato de todos los accionistas que estén en la misma posición por lo que se refiere a la participación y al ejercicio de voto en la junta general (art. 4). Sentado ese principio, la Directiva regula con detalle la información previa a la junta general, con la indicación que establece en su artículo 5 de que la convocatoria de la junta se ha de efectuar al menos 21 días antes de la fecha fijada para su celebración, dejando a salvo la posibilidad de un plazo más reducido en el caso de una OPA, prevista en la Directiva 2004/25/CE, que las regula, y también en algunos supuestos que el propio artículo 5.1 prevé. Los apartados 2 a 4 de ese mismo artículo regulan con detalle la convocatoria de la junta, previendo el artículo 6 que los accionistas minoritarios (con una participación que no podrá fijarse en más del 5 por 100 del capital social) puedan pedir la inclusión de determinados puntos en el orden del día y presentar proyectos de resolución.

Regula con cierto detalle los requisitos para que el accionista participe y vote en la junta general bien de forma directa o bien por medios electrónicos, por correo o mediante representante, pudiendo éste emitir votos de distinto signo de acuerdo con las instrucciones recibidas. La Directiva exige un recuento de la votación, de forma que parece presumir una manifestación efectiva del voto por los accionistas en cualquiera de las formas indicadas, y una publicidad de los resultados de cada una de ellos, si bien autoriza a los Estados miembros a que, si ningún accionista solicita los resultados completos de las votaciones,

bastará con establecer los resultados de la mayoría necesaria que ha alcanzado cada resolución. En todo caso, los resultados de las votaciones deben publicarse en la página web de la sociedad en un plazo que no excederá de 15 días a partir de la fecha de la junta.

Las normas de la Directiva se han de transponer al ordenamiento de cada Estado miembro a más tardar el 3 de agosto de 2009. La Directiva en una de sus últimas consideraciones preliminares, como se hace en otras, alienta a los Estados miembros, en su propio interés y en el de la Comunidad, para que en la tarea de transposición de las normas de la Directiva muestren en lo posible concordancia entre esas normas y las disposiciones que los incorporen a sus respectivos Derechos internos.

Fernando Sánchez Calero

9. MALTA Y CHIPRE SE INCORPORAN AL EURO

El euro se va extendiendo poco a poco. Si, tras los Estados miembros iniciadores del euro en mayo de 1998, se incorporó Grecia a partir de 2001 y Eslovenia a partir de 2007, en esta ocasión cabe celebrar la adopción de la moneda única por Malta y Chipre, dos de los Estados miembros incorporados en la penúltima adhesión.

En el Diario Oficial de la Unión Europea (L 186) de fecha 18 de julio de 2007, se publicaron la *Decisión del Consejo de 10 de julio de 2007, de conformidad con el artículo 122, apartado 2, del Tratado, relativa a la adopción por Chipre de la moneda única el 1 de enero de 2008*, y la *Decisión del Consejo de 10 de julio de 2007, de conformidad con el artículo 122, apartado 2, del Tratado, relativa a la adopción por Malta de la moneda única el 1 de enero de 2008*, en las que se examina el cumplimiento de los criterios de convergencia en ambos Estados miembros y se declara la pertinencia de que puedan adoptar la moneda única, resolución que fue adoptada por el Consejo en la cumbre de 21 y 22 de junio de 2007.

En su virtud, a partir del 1 de enero de 2008 el euro también circulará en ambos países.

Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro

10. EL FRAUDE COMERCIAL EN LA LABOR DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

En el trigésimoquinto período de sesiones, que tuvo lugar en el año 2002, la Comisión advirtió del problema que suponía la cada vez mayor expansión de prácticas fraudulentas en el convenio internacional, por su impacto económico negativo en el comercio mundial. Esto se ha traducido en que la CNUDMI haya presentado en fechas recientes distintos documentos referidos a la detección y prevención del fraude comercial (v. A/CN.9/624 y A/CN.9/624/Add.1 y Add. 2).

En su proyecto, la Comisión explica la finalidad perseguida al abordar el problema del fraude comercial y los temas que se ven afectados por su expansión. De entre esa documentación lo más relevante entendemos que son los llamados “indicadores de fraude comercial”, que en muchos casos encuentran en la contratación financiera un desarrollo particular. Baste, a título simplemente indicativo, con citar la cuestión de la regularidad de los documentos, el uso indebido de nombres, el secretismo injustificado, los fallos de controles preventivos, los problemas vinculados con transferencias de fondos inmediatas, rápidas o irrevocables, los reembolsos de origen desconocido, en definitiva situaciones que en algunas operaciones bancarias particularmente difundidas en el comercio internacional suelen darse con relativa frecuencia. Por el momento la Comisión ha acordado que estos documentos, una vez aprobados, sean distribuidos entre organizaciones gubernamentales e intergubernamentales y que, a la vista de las observaciones recibidas, la Comisión podrá plantearse en relación con este problema iniciativas más concretas.

Alfonso Guilarte Gutiérrez

11. SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE INSOLVENCIA DE SOCIEDADES

El problema de la insolvencia de las sociedades va adquiriendo cada vez una mayor importancia, en especial desde la perspectiva internacional. Al respecto debe dejarse noticia en esta sección de la iniciativa impulsada por la *European Company and Financial Law Review* (ECFR) para celebrar el 12 de octubre del año 2007 en París un Simposio bajo el título “*Corporate insolvency*” en el que distintos juristas europeos han de abordar cuestiones de espe-

cial interés en relación con la materia señalada. Tanto por la importancia de los temas que se van a tratar como por la autoridad de muchos de los ponentes la celebración de ese seminario merece especial atención.

Mónica Fuentes Naharro

12. SIMPOSIO DE LA CNUDMI SOBRE DERECHO MERCANTIL UNIFORME

A lo largo de los últimos años venimos reflejando en las páginas de esta sección los distintos trabajos que viene desarrollando la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Con independencia de los avances que vienen registrando cada una de las actividades que integran los grupos de trabajo respectivos, la Comisión adoptó la feliz iniciativa de celebrar los pasados días 9 a 12 de julio de 2007 en Viena un Congreso bajo el título *Un derecho moderno para un comercio globalizado*. A lo largo de esas jornadas se ha venido haciendo balance de la situación que se viene produciendo en la creación de un Derecho mercantil uniforme que en los últimos decenios se ha convertido en una realidad y en una referencia obligada en sectores cada vez más variados y que tienen, en la mayoría de los casos, una importancia considerable para la realidad de la vida económica. El Congreso se estructuró en torno a distintas ponencias y mesas redondas que prácticamente abordaban todos los trabajos que la Comisión viene desarrollando actualmente, e incluso algunos otros que puede adivinarse que constituirán en el futuro la labor de algunos grupos de trabajo novedosos. Así, entre las tareas pendientes de abordar se mencionaba la cuestión de la llamada gobernanza empresarial, que preocupa en especial con vistas a los países en vías de desarrollo.

Del programa del Congreso lo que interesa es subrayar la presencia de, en primer lugar, el profesor Manuel Olivencia, como Presidente de la sesión dedicada a “El Derecho uniforme de los contratos en la práctica”, así como, en segundo término, la presidencia encomendada al Profesor Rafael Illescas de la sesión sobre “El transporte de mercancías en el siglo XXI”.

Es de esperar que a lo largo de los próximos meses se ponga de manifiesto hasta qué punto la celebración de este Congreso ha supuesto un impulso decisivo a la importante labor que en los últimos años viene desarrollando la Comisión para el Derecho Mercantil Internacional.

Juan Sánchez-Calero Guilarte

13. PUBLICADO EL PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN GENERAL DE CONTABILIDAD

La disposición final primera de la Ley 6/2007, de 4 de julio, de Reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable, que perseguía esencialmente la armonización internacional de nuestro régimen de la contabilidad, incluía una autorización al Gobierno para que procediera a la aprobación del Plan General de Contabilidad. Ese Real Decreto debía suponer la derogación y consiguiente sustitución del hasta ahora vigente Plan General Contable que fue aprobado por el Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre.

El Gobierno ha trabajado en los meses precedentes en la elaboración de un borrador de ese Plan General de Contabilidad y una vez culminados los trabajos preparatorios el ICAC ha considerado oportuno proceder a la publicación de ese futuro Real Decreto por medio de un Anexo a su Boletín. El Anexo al Boletín del ICAC núm. 70 de junio de 2007 permite conocer el contenido del Plan General Contable de inminente aprobación.

Christi Amesti Mendizábal

14. AVANCES DE LA CNUDMI EN RELACIÓN CON LA INSOLVENCIA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

En estas páginas hemos informado de la importante tarea que la CNUDMI viene desarrollando en el seno de su Grupo de Trabajo relativo a la insolvencia, y cómo adoptó hace tiempo la decisión de concentrar su labor futura en el régimen de la insolvencia de los grupos de sociedades. En fecha reciente se ha hecho público el informe del Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre su trigésimosegundo periodo de sesiones, que tuvo lugar en el pasado mes de mayo 2007 y en el que se recogen muchas cuestiones vinculadas con la insolvencia del grupo de sociedades que resultan del máximo interés.

Como es conocido, tanto en la práctica nacional como internacional del concurso el tratamiento de un grupo de sociedades aparece como uno de los mayores desafíos con el que se topan los jueces y tribunales competentes y las autoridades que deben intervenir. La dificultad del tema radica en la existencia de una serie de puntos cuya resolución no termina de contar con soluciones de validez general. Así se pone de manifiesto, de nuevo, en este informe en el que, por ejemplo, se aborda el sempiterno problema de qué definición de grupo de sociedades debe regir en el ámbito concursal, o cómo hacer frente al problema

de la administración conjunta de la masa activa integrada por los patrimonios de las distintas sociedades en concurso, la consideración como créditos subordinados de lo que podríamos llamar créditos intragrupo o, en fin, soluciones de tanta relevancia como la de la llamada consolidación de las masas patrimoniales, que viene a significar el tratamiento unificado de los patrimonios de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo.

No cabe duda de que la labor que está desarrollando la CNUDMI en este campo va a influir de forma decisiva en las distintas legislaciones nacionales que, con mayor o menor intensidad, han de abordar el problema de la insolvencia de los grupos.

Alfonso Guilarte Gutiérrez

15. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE OPAS EN EL ORDENAMIENTO ALEMÁN

Por medio de la Ley de 5 de enero de 2007 se ha incorporado la Directiva 2004/25/CE relativa a las ofertas públicas de adquisición al ordenamiento alemán. Esta transposición se ha llevado a cabo mediante una modificación de la *Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz* (WpÜG) de 20 de diciembre de 2001. La introducción en el Derecho alemán de las normas comunitarias sobre las OPAs fue un estímulo para que otros Estados miembros de la Unión Europea siguieran su ejemplo, de forma que puede decirse que en la actualidad la Directiva 2004/25/CE se ha transpuesto prácticamente en la totalidad de esos Estados, aun cuando la flexibilidad de sus normas ha generado regímenes distintos en esta materia que no obstante, al menos, han servido para generar un mínimo grado de armonización dentro del mercado unificado europeo.

Al margen de algunas modificaciones de detalle a lo largo de su articulado, principalmente en su título tercero, las más relevantes son las contenidas en su título cuarto, dedicado de forma específica a las OPAs y en el que se refleja la acogida de las disposiciones de la Directiva sobre la atribución de los derechos de voto, la determinación del precio, la inadmisibilidad de las ofertas parciales, el deber de pasividad de los órganos de administración de la sociedad afectada, la aplicación de la regla de neutralización y la relativa al derecho de reciprocidad. El título sexto se ocupa del régimen sobre las ofertas obligatorias y el título quinto de la compra y venta forzosa y de su procedimiento.

Alberto Ayala

16. INICIATIVAS PARLAMENTARIAS EN LOS EE.UU. SOBRE EL PAPEL DE LAS AGENCIAS DE CALIFICACIÓN CREDITICIA EN LA RECIENTE CRISIS HIPOTECARIA

1. Las noticias sobre el interés expresado por miembros del Congreso de los EE.UU. sobre posibles iniciativas parlamentarias referidas a las agencias de calificación crediticia o “rating” a resultas de la reciente crisis hipotecaria, así como sobre el descenso de la cotización de las acciones de las corporaciones titulares de aquellas agencias (ver el *Washington Post* del 28 de agosto de 2007), invitan a realizar una breve reflexión sobre su papel en la crisis citada. Para ello hay que partir del dato de que los inversores institucionales y los agentes del mercado han expresado sus quejas por el hecho de que aquellas agencias hayan tardado varios meses en reducir las calificaciones de los valores garantizados por hipotecas de alto riesgo que, finalmente, no han cumplido su función de garantía con el consiguiente daño inducido a aquellos valores y con el colapso de numerosos fondos de inversión alternativa (“hedge funds”). A tal efecto, conviene recordar que estos efectos secundarios de la crisis hipotecaria estadounidense se han propagado como un “tsunami” financiero que ha llevado a suspender los reembolsos de más de trece fondos de inversión en nuestro país.

2. En el debate abierto en los EE.UU. sobre el papel de las agencias de “rating” y, en particular, sobre su imprevisión o falta de reacción rápida ante la crisis hipotecaria se han planteado cuestiones tanto de carácter técnico como de carácter estratégico. Entre las primeras, se han cuestionado los procedimientos que utilizan aquellas agencias para calificar el riesgo de valores complejos, como los garantizados por conjuntos de hipotecas de viviendas. Entre las cuestiones estratégicas se han planteado algunas tales como la influencia del oligopolio de las tres grandes agencias (Standard & Poor’s, Moody’s y Fitch), su dependencia de los emisores de los valores que califican —que son los que pagan sus remuneraciones— o el protagonismo de las propias agencias que, con sus calificaciones, crean, en gran medida, las condiciones de cotización de los propios valores calificados. En este sentido, conviene recordar que todas estas cuestiones forman parte de la agenda tradicional de los reguladores de los mercados de valores cuando tratan de ordenar la actividad de estas agencias de “rating” (a estos efectos hemos tratado tales cuestiones con cierto detalle, en nuestro trabajo sobre “La regulación internacional de la calificación de riesgos y de las Agencias de Calificación en los mercados de capitales”, publicado en esta *RDBB* núm. 100, 2005, pp. 9 y ss.).

3. En relación con lo anterior, procede recordar que, en la Europa comunitaria, la Comisión Europea, en la conclusión de su Comunicación sobre las agencias de calificación crediticia (2006/C 59/02) (sobre esta Comunicación ver nuestra noticia “Comunicación de la Comisión Europea de diciembre de 2005 sobre las Agencias de Calificación Crediticia”, en esta *RDBB* núm. 102,

2006, pp. 267 y ss.), decía que no era necesaria una nueva legislación en este ámbito, sin perjuicio de señalar que la Comisión seguiría muy de cerca la evolución de la situación y que las agencias deberían ser escrupulosas en la aplicación del Código de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (ver nuestra traducción del “Código de fundamentos de conducta para las Agencias de Calificación Crediticia” en esta *RDBB*, núm. 100, 2005, pp. 209 y ss.).

4. En conclusión, al igual que sucedió tras la crisis financiera de 2002, es preciso reflexionar sobre el papel que tienen las agencias de calificación crediticia en los mercados de valores cuando se comprueba que la crisis hipotecaria sorprendió a los inversores con unos valores garantizados por hipotecas que tenían calificaciones excesivamente benevolentes que no reflejaban adecuadamente el riesgo real que finalmente se tradujo en siniestro.

Alberto Javier Tapia Hermida

17. INFORME DEL “TAKEOVER PANEL” SOBRE EL EJERCICIO 2006-2007

Se ha publicado el Informe anual del *Takeover Panel* (en adelante, “el *Panel*”) sobre el ejercicio 2006-2007, cerrado a 31 de marzo de 2007. Como es habitual, aparte de una introducción general sobre el *Panel*, el informe relata sus actividades durante el ejercicio en tanto que administrador del *City Code on Takeovers and Mergers* (en adelante, “el *Code*”).

Peter SCOTT, Presidente del *Panel*, subraya la gran actividad durante el año, pese a la reducción en el número total de operaciones. El hecho más destacado es la confirmación del *Panel* como organismo regulador para el Reino Unido a efectos de lo dispuesto en la Directiva de OPAs, con efectos a partir del 6 de abril de 2007, atribuyéndosele capacidad normativa. En tal sentido, desea que el *Panel* desempeñe un papel protagonista en la relación con otros reguladores europeos, ya que, por su experiencia desde su fundación en 1968, el *Panel* está en posición de ofrecer criterio sobre numerosas cuestiones prácticas y, de hecho, se han alcanzado acuerdos para supuestos de ofertas transfronterizas (aun cuando no se ha producido ninguna). Reitera por último la importancia del *Code Committee* como uno de los desarrollos más relevantes de los últimos años.

En su informe, Lindsay P. TOMLINSON, nueva Presidenta del *Code Committee*, expone los trabajos de revisión y propuestas de modificación del

Code durante un ejercicio que comenzó con la publicación en mayo de 2006 de una nueva edición completamente revisada del *Code*. Destaca que, tras cuatro reuniones, el Comité aprobó cuatro Declaraciones de respuesta (“*Response Statements*” o “*RS*”), pero, por primera vez desde 2001, ningún Documento de consulta (“*Public Consultation Paper*” o “*PCP*”). La RS 2005/3 incluyó el segundo tramo de enmiendas al *Code* respecto de negociaciones con opciones y derivados; la RS 2005/4 anunció la abolición de las Reglas sobre Adquisiciones Relevantes de Acciones (las “*SARs*”); la RS 2005/5 estableció los cambios necesarios para adaptar la Directiva sobre OPAs; y la RS 2006/1 abordó enmiendas en aspectos diversos. Por otro lado, el Comité se centró en la revisión de la aplicación del *Code* a los convenios de reestructuración conforme al artículo 425 de la Ley de Sociedades de 1985.

El Director General Mark WARHAM subraya en su informe que la adaptación de la Directiva sobre OPAs al Derecho inglés (a través del Reglamento de 20 de mayo de 2006, con algunos cambios en la Ley de Sociedades de 2006) ha supuesto la consagración del *Panel* como organismo regulador competente, con capacidad organizativa y normativa propia, si bien ello no ha supuesto cambios significativos en la actividad cotidiana que venía desempeñando antes. Destaca que la enmienda sobre opciones y derivados implica una nueva obligación de comunicar la adquisición de participaciones superiores al 1% incluyendo el interés ostentado por medio de opciones y derivados. Asimismo, alude a la puesta en práctica del nuevo estatuto de Intermediario Reconocido, equiparable al agente, que ha sido reconocido a 39 establecimientos. Dos Declaraciones de Práctica (*Practice Statements*) —con orientación informal, no vinculante, acerca de los criterios habituales del *Executive* al interpretar el *Code*— han sido publicadas, una en relación con el concepto de “acción concertada” y otra sobre la Ley de Sociedades de 2006. Aun cuando el número total de ofertas en el ejercicio decreció (de 151 a 144), las ofertas que tuvieron éxito se incrementaron (de 123 a 127). La boyante situación económica del *Panel* se mantiene, con unos ingresos de 17.220.970 libras (frente a 12.970.562 libras el ejercicio anterior) y una ligera reducción del gasto.

No se recurrió decisión alguna del *Executive* ante el Comité de Audiencias, de modo que el *Takeover Appeal Board* no hubo de revisar decisión alguna de este último.

Pueden destacarse los comunicados publicados en relación con Baa plc, Enodis plc, Matalan plc, Crest Nicholson plc, Corus Group plc o Sainsbury (J) plc.

(En relación con informes del *Panel* de años anteriores cfr., por todos, DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, *RDBB* 104, pp. 229-231).

Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro

18. EVALUACIÓN POR LA COMISIÓN EUROPEA DE LA APLICACIÓN POR LOS ESTADOS MIEMBROS DE LAS RECOMENDACIONES SOBRE RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES Y SOBRE CONSEJEROS INDEPENDIENTES

Como es sabido, la Comisión Europea adoptó en el año 2004 dos importantes Recomendaciones con vistas al impulso del gobierno corporativo en Europa. Ambas Recomendaciones perseguían servir como incentivo para que en los distintos Estados Europeos se acelerara la adopción de medidas destinadas a mejorar la administración de las grandes corporaciones. Las Recomendaciones adoptadas se referían, en primer lugar, a la retribución de los administradores [v. en esta Revista SÁNCHEZ-CALERO, J./PUYOL, B., “La Recomendación europea en materia de retribución de los administradores (Algunas reflexiones desde el ordenamiento español)”, *RDBB* núm. 96 (2004), p. 163 y ss.], y en segundo lugar al papel de los consejeros independientes en el Consejo de Administración y en los Comités de las sociedades cotizadas [v. mi trabajo “Los consejeros independientes (análisis de su presencia en el IBEX-35)”. Documento de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil 2006/1, marzo de 2006, 102 pp. Archivo institucional E-prints Complutense (<<http://www.ucm.es/eprints>>)]. El pasado mes de julio de 2007 la Comisión Europea publicó sendos documentos en los que venía a trazar una síntesis de cuál venía siendo la aplicación por los Estados Miembros con respecto a cada una de esas Recomendaciones [v. *Report on the application by the Member States of the EU of the Commission Recommendation on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board*, Bruselas, 13 de julio de 2007, SEC(2007), 1021, y *Report on the application by Member States of the EU of the Commission Recommendation on directors’ remuneration*, Bruselas, 13 de julio de 2007, SEC(2007) 1022. Ambas Recomendaciones pueden consultarse en <http://ec.europa.eu/internal_market/company>].

Debemos comenzar señalando la extrañeza que produce que en ambos informes se indique que hay una serie de países que no han sido objeto de análisis en relación con ambas Recomendaciones, de manera que junto a Bulgaria, Chipre, la República Checa, Portugal o Rumanía aparece España.

Por lo que se refiere propiamente a lo que es el estado de la trasposición de las medidas adoptadas en ambas Recomendaciones, y comenzando por lo que hace a la retribución de los administradores, en su resumen de la situación la Comisión Europea hace un balance que podríamos decir que no es particularmente optimista. Así como se reconoce que en todo lo relativo a la información sobre la retribución de los administradores se han producido grandes avances en numerosos Estados miembros, sin embargo se produce un número muy bajo de Estados miembros en los que se ha optado por dotar efectivamente de un

mayor poder de decisión a los accionistas a la hora de aprobar los criterios en materia de retribución. Son muy pocos los Estados miembros en los que se han adoptado las medidas orientadas a que sean los accionistas los que tengan que votar el informe y la política retributiva que van alcanzar al *management* y al Consejo, aun cuando ese voto tenga un carácter meramente consultivo. Sin embargo, la intervención de los accionistas sí parece haberse generalizado en relación con los sistemas retributivos basados en la entrega de acciones o de opciones sobre acciones. Termina su documento la Comisión Europea concluyendo que aunque la mayor parte de sus Recomendaciones se están atendiendo, sin embargo no se han adoptado las medidas destinadas precisamente a dar mayor efectividad a aquellas que deben servir para eliminar los conflictos de intereses como principal problema en esta materia.

El panorama viene a ser también similar en relación con la incorporación de consejeros independientes. Así como la Comisión Europea reconoce que es una amplia mayoría de Estados la que ha incorporado las medidas contenidas en la Recomendación, sin embargo existen algunas diferencias sustanciales. La Comisión Europea llama la atención sobre el punto esencial de la muy diferente definición que existe de la condición independiente de un consejero, lo cual hace que el intento de armonización en el plano continental encuentre una importante dificultad. Destaca la Comisión Europea que sigue siendo un número muy significativo de Estados miembros el que se abstiene de recomendar la presencia mayoritaria de administradores independientes en los Comités del Consejo, y señala de manera literal que resulta alarmante que el Derecho societario o los códigos de Buen Gobierno en algunos Estados miembros no recomienden una presencia mayoritaria de consejeros independientes en los Comités de Retribución y de Auditoría, lo cual hace que los consejeros ejecutivos mantengan un poder de influencia significativo en estos ámbitos decisivos para el mejor gobierno corporativo.

La lectura de ambos informes puede ser esgrimida tanto por los partidarios de una más intensa solución normativa en estas materias como por los que a la vista de los avances registrados alegarán que la vía emprendida es la correcta.

Juan Sánchez-Calero Guilarte

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO BANCARIO

— OBRAS GENERALES

ALBANO, M., “La raccolta del risparmio tra il pubblico e la riforma del diritto societario”, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, fasc. I (2005), p. 177.

EINSELE, D., *Bank-und Kapitalmarktrecht*, Tubinga (2006), 510 pp.

GIORGIANNI, F./TARDIVO C.M., *Diritto Bancario, Banche contratti e titoli bancari*, Milán (2006), IX-1134 pp.

MIELK, “Die Neufassung des § 10 KWG durch die 7. KWG-Novelle”, en *WM* n.º 2 (2007), p. 52.

MONTALENTI, P., “Amministrazione, controllo, minoranze nella legge sul risparmio”, en *Rivista delle Società*, fasc. 5-6 (2006), p. 975.

SANTORO, V., “Il coordinamento del testo unico bancario con la riforma delle società. Due profili problematici: gli assetti proprietari e l’indipendenza degli esponenti aziendali”, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, fasc. I (2005), p. 3.

— EL MOVIMIENTO LEGISLATIVO EN MATERIA BANCARIA EN OTROS PAÍSES

MEZZACAPO, S., “Promozione e tutela della concorrenza bancaria dopo la

‘lege sul risparmio’ (n.º 262 del 2005)”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 1, parte 1.ª (2007), p. 48.

— NORMATIVA DE LA UE EN MATERIA BANCARIA

BAUMS, T., “Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht”, en *Die Aktiengesellschaft* n.º 3 (2007), p. 57.

DECHER, “Grenzüberschreitende Umstrukturierungen jenseits von SE und Verschmelzungsrichtlinie”, en *Der Konzern* n.º 12 (2006), p. 805.

GOURIO, A., “Vers un marché européen du crédit au logement?”, en *Euredia* n.º 1 (2006), p. 139.

MARTELLONI, A., “La recente direttiva comunitaria in tema di vigilanza ‘supplementare’ sulle imprese appartenenti ad un conglomerato finanziario: prime riflessioni”, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, fasc. I (2005), p. 35.

PRIESEMANN, J., “Proposal for a Directive on payment services in the internal market. Overview and initial comments”, en *Euredia* n.º 1 (2006), p. 15.

VAN EMPEL, M., “Retail payments – The Lisbon agenda and SEPA”, en *Euredia* n.º 1 (2006), p. 51.

— ESTATUTO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

SANTAGATA, R., “Brevi riflessioni in tema di fusione per incorporazione di s.p.a. in banca popolare ‘a contenuto alternativo’ (anche alla luce della nuova legge sulla ‘tutela del risparmio’)”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 1, parte 2.ª (2007), p. 132.

CAJAS DE AHORROS

COLINO MEDIAVILLA, J.L., “¿Por qué no se emiten cuotas participativas?”, *La Ley* n.º 6670 (13 de marzo de 2007), p. 1.

— ÓRGANOS DE VIGILANCIA Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD BANCARIA

ROTONDO, G., “Responsabilità delle autorità di vigilanza e concorrenza nel mercato finanziario”, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, fasc. I (2005), p. 288.

SALERNO, M.E., “La vigilanza regolamentare sulle banche: problemi di coordinamento con il nuovo diritto societario”, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, fasc. I (2005), p. 407.

— RESPONSABILIDAD DEL BANCO (DE LA BANCA)

PUSZKAJLER/WEBER, “Wann haftet ein Bankberater für seine Empfehlungen an einen Depotkunden?”, en *ZIP* n.º 9 (2007), p. 401.

STEENNOT, R., “Erroneous execution of payment transactions and unauthorised use of payment instruments: the proposal for a Directive on payment services in the internal market”, en *Euredia* n.º 1 (2006), p. 69.

TUCCI, A., “Illegittimità dell’esercizio del recesso e responsabilità della banca”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 1, parte 2.ª (2007), p. 20.

— BANCA EXTRANJERA (ACTIVIDAD INTERNACIONAL DE LA BANCA)

BECKER, R., *Die Fiducie von Québec und der Trust. Ein Vergleich mit verschiedenen Modellen fiduziarischer Rechtsfiguren im civil law*, Tubinga (2006), 530 pp.

— CONTRATOS BANCARIOS

ANTONUCCI, A., “Frantumazione di regole e rimedi nel rapporto fra banca e investitore”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 1, parte 2.ª (2007), p. 68.

GÖHMANN, L.C., *Die Verhaltenspflichten von Banken gegenüber ihren Kunden bei der Durchführung von Effekten-geschäften*, Baden-Baden (2006), 316 pp.

JARVIS, R., “Financial Services Policy: a consumer and small business perspective”, en *Euredia* n.º 1 (2006), p. 5.

KERSTING, “Zinsanpassung nach Basel II”, en *ZIP* n.º 2 (2007), p. 56.

— APERTURA DE CRÉDITO

MOLITERNI, F., *Assicurazione del credito all’esportazione. Lo stato dell’arte*, Bari (2005), 158 pp.

— DEPÓSITOS BANCARIOS

DECKER, E., *Das Depotgeschäft*, Colonia (2007), 256 pp.

— OTROS SERVICIOS FINANCIEROS. TARJETA DE CRÉDITO

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., “Las tarjetas bancarias”, en *La Ley* n.º 6686 (4 de abril de 2007), p. 1.

DERECHO BURSÁTIL

— EL MOVIMIENTO LEGISLATIVO
EN MATERIA BURSÁTIL EN
OTROS PAÍSES DE LA UE

- ABADESA, P., “Nuove regole di governance nel progetto di legge sulla tutela del risparmio”, *Diritto della banca e del mercato finanziario*, fasc. I (2005), p. 535.
- ASCHE, M., *Europäisches Bilanzrecht und nationales Gesellschaftsrecht. Wechselwirkungen und Spannungsverhältnisse, dargestellt am Beispiel der Einbeziehung der Kapitalgesellschaft & Co. in die EG-Bilanzrichtlinien und die IAS/IFRS*, Berlín (2007), 352 pp.
- BOSSE, “Wesentliche Neuregelungen ab 2007 aufgrund des Transparenzrichtlinie Umsetzungsgesetzes zur börsennotierte Unternehmen”, en *BB* n.º 1 (2007), p. 39.
- COMPORTI, C., “La nuova disciplina sugli abusi di mercato: una prima ricognizione”, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, fasc. II (2005), p. 407.
- DITTRICH, E., *Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsetzung überhöhter Vorstandsvergütungen. Zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Behandlung von Vorstandsvergütungen in deutschen Aktiengesellschaften*, Berlín (2007), 258 pp.
- ERTTMANN/KEUL, “Das Vorlageverfahren nach dem KapMuG – zugleich eine Bestandsaufnahme zur Effektivität des Kapitalanlegermusterverfahrens”, en *WM* n.º 11 (2007), p. 482.
- FERON, B./DE LEENER, M.-L., “Les nouvelles règles en matière d’abus de marché”, en *Revue pratique des Sociétés*, 2.º-3.º trimestre (2006), p. 263.
- FERRARINI-PAOLO GIUDICI, G., “La legge sul risparmio, ovvero un pot-pourri della corporate governance”, *Rivista delle Società*, fasc. 4 (2006), p. 573.
- GÖRES, “Kapitalmarktrechtliche Pflichten nach dem Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz”, en *Der Konzern* n.º 1 (2007), p. 15.
- GRÄSER, P., *Corporate Governance in Mittel- und Osteuropa. Grundlagen und Rahmenbedingungen*, Saarbrücken (2007), 150 pp.
- GROSS, W., *Kapitalmarktrecht*, Munich (2006), 392 pp.
- HAUSCHKA/GREEVE, “Compliance in der Korruptionsprävention—was müssen, was sollen, was können die Unternehmen tun?”, en *BB* n.º 4 (2007), p. 165.
- HEMPEL, J./WIEMKEN, F., *Sarbanes-Oxley und Corporate Governance in Deutschland. IT-Risikomanagement und Compliance*, Bremen (2006), 225 pp.
- HOLT, M.F., *The Sarbanes-Oxley Act. Overview and Implementation Procedures. In dt. Sprache*, Oxford (2006), 198 pp.
- KIRSCHBAUM, T., *Entsprechenserklärungen zum englischen Combined Code und zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, Colonia (2006), 416 pp.
- NARUICH, T./LIEPE, F., “Latest Developments in the German Law on Public Companies by the Act on Corporate Integrity and Modernisation of the Right of Resolution-Annulment (UMAG) SHAREHOLDER activism and Directors’ Liability Reloaded”, en *The Journal of Business Law* (mayo de 2007), p. 225.
- NIESSEN, “Die Harmonisierung der kapitalmarktrechtlichen Transparenzregeln durch das TUG”, en *NZG* n.º 2 (2007), p. 41.

PELTZER, “Beratungsverträge der Gesellschaft mit Aufsichtsratsmitgliedern: Ist das gute Corporate Governance?”, en *ZIP* n.º 7 (2007), p. 305.

ROSSI, G., “Dalla Compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act”, en *Rivista delle Società*, fasc. 5-6 (2006), p. 890.

SCHAEKEN WILLEMAERS, G./DE CORDT, Y., “Le concept de transparence en droit financier”, en *Revue pratique des Sociétés*, 2.º-3.º trimestre (2006), p. 111.

THAETER, R./GUSKI, R., “Shareholder Activism: Gesellschaftsrechtliche Schranken aktiven Aktionärsverhaltens”, en *Die Aktiengesellschaft* n.º 9 (2007), p. 301.

ZIMMERMANN, “Die Verjährung von Ersatzansprüchen gegen Wertpapierdienstleistungsunternehmen-Ein Plädoyer sur die Abschaffung des § 37a WpHG”, en *ZIP* n.º 9 (2007), p. 410.

— RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN DE LOS MERCADOS

CHRISTOPH, F.L., *Börsenkooperationen und Börsenfusionen. Organisationsrecht-Aufsichtsrecht-Kartellrecht. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente und deren Umsetzung ins deutsche Recht*, Berlín (2007), 543 pp.

— ADMISIÓN A COTIZACIÓN Y EXCLUSIÓN

BINGEL, A., *Rechtliche Grenzen der Kursstabilisierung nach Aktienplatzierungen*, Berlín (2007), 253 pp.

KEMPER, O., *Börsenrückzüge in Deutschland. Erklärungsansätze und*

Kursreaktionen, Wiesbaden (2007), 715 pp.

PLUSKAT, “‘Das kalte Delisting’”, en *BKR* N.º 2 (2007), P. 54.

— CONTRATOS BURSÁTILES. EN GENERAL

COMPORTI, C., “I conflitti di interessi nella disciplina comunitaria dei servizi finanziari”, *Diritto della banca e del mercato finanziario*, fasc. I (2005), p. 593.

FINDEISEN/BACKHAUS, “Umfang und Anforderungen an die haftungsbe gründende Kausalität bei der Haftung nach § 826 BGB für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen”, en *WM* n.º 3 (2007), p. 100.

FISCHER, S., *Haftungsfragen des Ratings*, Hamburgo (2007), 262 pp.

PARACAMPO M.-T., “Gli obblighi di adeguatezza nella prestazione dei servizi di investimento”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 1, parte 2.ª (2007), p. 93.

PICHONNAZ/ERDEM/JOURABCHI/DURAL, “La force contraignante des conventions d’actionnaires: quelques aspects de droit suisse et turc”, en *SJZ* n.º 22 (2006), p. 505.

VOGE, “Zur Erlaubnispflicht grenzüberschreitend betriebener Bank- und Finanzdienstleistungsgeschäfte”, en *WM* n.º 9 (2007), p. 381.

— OPAs

ALTHUBER, F./KRÜGER, A., “Squeeze-out in Österreich”, en *Die Aktiengesellschaft* n.º 6 (2007), p. 194.

ARIÑO ORTIZ, G., “Los blindajes: ¿pero de quién es la empresa?”, en *La Ley* n.º 6685 (3 de abril de 2007), p. 1.

ARIÑO ORTIZ, G., “El desafío energético europeo: ¿campeones o mercado?”,

en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* n.º 247 (2007), p. 20.

BESAU, S.H., *Das Pflichtangebot nach §§ 35 ff. WpÜG als Rechtsfolge von Verschmelzungen und Spaltungen*, Lohmar (2006), 284 pp.

BORGES, “Acting in concert: Vom Schreckgespenst zur praxistauglichen Zurechnungsnorm”, en *ZIP* n.º 8 (2007), p. 357.

BUNGERT, “Der BGH und der Squeeze-out: Höchststrichterliche Beurteilung der Standardrügen von Anfechtungsklagen”, en *BB* n.º 51/52 (2006), p. 2761.

BUNGERT, “Fortbestehen der Anfechtungsbefugnis nach wirksam gewordenem Squeeze-out”, en *BB* n.º 2 (2007), p. 57.

CARBONETTI, F., “OPA obbligatoria e diritti degli azionisti”, *Diritto della banca e del mercato finanziario*, fasc. I (2005), p. 634.

DIEKMANN, “Acting in Concert: Absprachen zur Besetzung des Aufsichtsrats”, en *DSiR* n.º 10 (2007), p. 445.

DIREGGER, C./KALSS, S./WINNER, M., *Das österreichische Übernahmerecht. Ein Gesamtüberblick*, 2.^a ed., Viena (2006), 640 pp.

ENGELHARDT, C., *Convertible Bonds im Squeeze-out. Wandel-, Umtausch- und Optionsrechte im Squeeze-Out-die Analogie zu den §§ 327 aff. AktG für bedingte Aktienbezugsrechte*, Berlín (2007), 172 pp.

FALKENHAUSEN, “Übernahmeprophylaxe-Die Pflichten des Vorstands der Zielgesellschaft”, en *NZG* n.º 3 (2007), p. 97.

GATTI, M., “Appunti sulla notazione di partecipazione rilevante per i presu-

posti e per l’oggetto dell’opa sucesiva alla luce della riforma del t.u.f.”, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, fasc. I (2005), p. 163.

HARBARTH, “Europäische Durchbrechungsregel im deutschen Übernahmerecht”, en *ZGR* n.º 1 (2007), p. 37.

HILMER, K., *Die Übernahmerichtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht. Eine Analyse des Übernahmerichtlinie-Umsetzungsgesetzes*, Frankfurt (2007), 438 pp.

KÄSEBERG, T./KUHN, A., “‘Patriotisme économique’ vs. Fair Play – Europäische Grenzen von Massnahmen der Mitgliedstaaten bei grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen”, en *Die Aktiengesellschaft* n.º 3 (2007), p. 65.

MAUERER, C., *Squeeze-out und die Unternehmensbewertung. Eine Darstellung des Squeeze-out und der Barabfindung aus finanzökonomischer und juristischer Sicht*, Saarbrücken (2006), 148 pp.

MEILICKE, W., “Zur Verfassungsmässigkeit der Squeeze-out-Regelungen – insbesondere in der Insolvenz des Hauptaktionärs”, en *Die Aktiengesellschaft* n.º 8 (2007), p. 261.

POHLMANN, “Rechtsschutz der Aktionäre der Zielgesellschaft im Wertpapiererwerbs- und Übernahmeverfahren”, en *ZGR* n.º 1 (2007), p. 1.

ROTHENFUSSER, C./FRIESE-DORMANN, U./RIEGER, N., “Rechtsprobleme konkurrierender Übernahmeangebote nach dem WpÜG”, en *Die Aktiengesellschaft* n.º 5 (2007), p. 137.

SCIPIONE, L., “La nuova disciplina dell’opa europea: un’ipotesi di regolamentazione minimale”, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, fasc. II (2005), p. 22.

SCHLITT, “Strafrechtliche Risiken bei Squeeze-out und Delisting”, en *NZG* n.º 24 (2006), p. 1151.

— RÉGIMEN DE LOS INSIDER

CAHN, A./GÖTZ, J., “Ad-hoc-Publizität und Regelberichterstattung”, en *Die AktienGesellschaft* n.º 7 (2007), p. 221.

FYON, M., “La publication immédiate des informations privilégiées par l’émetteur”, en *Revue pratique des Sociétés*, 2.º-3.º trimestre (2006), p. 415.

KOLLMORGEN/FELDHAUS, “Zur Prospektpflicht bei aktienbasierten Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen”, en *BB* n.º 5 (2007), p. 225.

KUNTZ, “Internationale Prospekthaltung nach Inkrafttreten des Wertpapierprospektgesetzes”, en *WM* n.º 10 (2007), p. 432.

MALHERBE, P., “L’obligation d’établir des listes d’initiés et de déclarer ou notifier des transactions”, en *Revue pratique des Sociétés*, 2.º-3.º trimestre (2006), p. 437.

MOLDENHAUER, B., *Insider Ownership, Shareholder Structures and Corporate Governance*, Sternenfels (2007), 380 pp.

NOACK, “Neue Publizitätspflichten und Publizitätsmedien für Unternehmen – eine Bestandsaufnahme nach EHUG und TUG”, en *WM* n.º 9 (2007), p. 377.

— SOCIEDADES Y FONDOS DE INVERSIÓN

BOSS, “Geschlossene Fonds unter dem Rechtsregime der Finanzmarkt-Richtlinie (MiFID)?”, en *BKR* n.º 2 (2007), p. 45.

DUPLAT, M./LAMBRECHT, P., “Les offres publiques d’instruments de placement et l’exigence de prospectus en droit belge – Examen de la loi du 16 juin 2006”, en *Revue pratique des Sociétés*, 2.º-3.º trimestre (2006), p. 149.

FISCHERS, “Aktienklassen einer Investmentaktiengesellschaft”, en *NZG* N.º 4 (2007), P. 133.

LAUDONIO, A., “Un’organizzazione collettiva per i possessori di titoli di debito ex art. 2483 c.c.?”, *Diritto della banca e del mercato finanziario*, fasc. I (2005), p. 429.

SCHNEIDER/ANZINGER, “Institutionelle Stimmrechtsberatung und Stimmrechtsvertretung - ‘A quiet guru’s enormous clout’ ”, en *NZG* n.º 3 (2007), p. 88.

TÍTULOS VALORES

— EN GENERAL

UBERTAZZI, B., “Titoli di credito e capacità negóciale nel diritto internazionale privato”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 1, parte 1.ª (2007), p. 73.

— ACCIONES

FREITAG, R., “‘Financial Assistance’ durch die Aktiengesellschaft nach der Reform der Kapitalrechtlinie – (k)ein Freifahrtschein für LBOs?”, en *Die AktienGesellschaft* n.º 5 (2007), p. 157.

PARTESOTTI, G./MANENTE, D./URBANI, A., *Lezioni sui titoli di credito*, 5.^a ed., Bologna (2005), 230 pp.

SCHLITT, M./SCHÄFER, S., “Auswirkungen der Umsetzung der Transparenzrichtlinie und der Finanzmarktrichtlinie auf Aktien- und Equity-Linked-Emissionen”, en *Die AktienGesellschaft* n.º 7 (2007), p. 227.

ZANARDO, “I piani di stock optino dall’esperienza anglossassone alla disci-

plina e diffusione nell’ordinamento italiano”, en *Giurisprudenza Commerciale* n.º 33.5 (2006), p. 738.

— OBLIGACIONES

TARDIVO, C.M., “Brevi osservazioni in tema di effetto estintivo del debito a mezzo di assegno circolare”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 1, parte 2.^a (2007), p. 40.