

La función inspectora en el ámbito financiero (La supervisión de las entidades de crédito). Prof. Jiménez Blanco

SUMARIO

	<u>Página</u>
I. Planteamiento	1.-
II. La potestad de supervisión bancaria: rasgos generales	9.-
III. Referencia a la jurisprudencia de intereses y su proyección sobre la supervisión bancaria	18.-
IV. La actividad de las entidades de crédito y la finalidad de la supervisión: la defensa del contribuyente. El Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto y la Ley 9/2012, de 14 de noviembre.	25.-
V. Accionistas y directivos: los “malditos”	41.-
VI. Puntualizaciones sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas	43.-
VII. Europa: vuelva usted mañana	45.-
VIII. Final	46.-

I. Planteamiento

Es la tercera vez, en menos de tres años, que me veo llamado, en el marco de los Congresos de mis pares, a ocuparme de este tema.

* La primera ocasión fue en Bochum, en el *Land* de Renania del Norte-Westfalia, en Alemania, en septiembre de 2010, en el seno de una reunión hispano-alemana convocada por nuestro colega PIELOW. Hube de exponer el contenido de la Ley DODD-FRANK, a la sazón recién aprobada por el Congreso de los Estados Unidos¹.

¹ Se trata, en realidad, de la extensísima *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010*, de cuyo contenido debe ahora destacarse que propone nada menos que la creación de 11 nuevos organismos (“Agencias”) de regulación y la revisión sustancial de lo existente. Es muy completo el libro colectivo, editado por T. F. ACHARYA, M. RICHARSON COOLEY e I. WALTER, “Regulating Wall Street. The Dodd-Frank Act and the new architecture of global finance”, John Wiley & Sons, New York, 2011.

Ni que decir tiene que el lector interesado en la crisis financiera norteamericana se quedaría con apetito si no devorase otro texto de ese mismo año 2011, “The Financial Crisis Inquiry Report”, o, dicho con su nombre

* Apenas unos meses más tarde, en noviembre del mismo 2010, se celebró en Córdoba el Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo, dedicado monográficamente a la regulación bancaria. Mi Ponencia versó sobre las reglas de Basilea III, que habían sido aprobadas por el G-20, cuyo objetivo consistió, como es sabido, en obligar a las entidades de crédito a ampliar su capital -o, mejor dicho, el ratio entre el capital y sus activos, o sea, sobre todo, el dinero que tienen prestado- para reforzar (esa es la palabra clave) su solvencia².

* Ahora volvemos a lo mismo o a algo parecido: la potestad de supervisión financiera y, más singularmente, la de las entidades de crédito, con los Bancos a la cabeza, y ello precisamente en el marco de una reflexión general sobre la función administrativa de inspección.

Si hago esta advertencia previa es por dos razones. Primero, porque quizá yo ahora me vea forzado a repetir algo de lo expuesto en las citadas dos ocasiones, lo que, como es obvio, me lleva a pedir disculpas por anticipado. Lo cierto es que esa reiteración tiene mucho de inevitable, por mucho que en Bochum y en Córdoba me centrara, en teoría, en la legislación ("regulación") y ahora, por el contrario, deba poner el reflector sobre su ejecución ("supervisión"). Pero nadie puede discutir que la materia de fondo es en sustancia una y la misma.

El segundo motivo es más importante. Si los Profesores de Derecho Administrativo de Alemania, de Portugal y de España llevamos tres años dándole vueltas a este asunto es por el contexto en el que estamos: *La Crisis*, con mayúsculas. En efecto, bajo las tres Ponencias se

completo, "Final Report of the National Commission on the causes of the financial and economic crisis in the United States", Official Government Edition, Enero del propio 2011.

² El texto está publicado en el libro que, con el título "La regulación económica. En especial, la regulación bancaria", y bajo la dirección de MANUEL REBOLLO PUIG, ha recogido las Actas de dicho Congreso: Universidad de Córdoba y Iustel, 2012. Basilea III, como es bien sabido, dispuso que el capital de máxima calidad de los bancos pasara de 2,5 al 7 por ciento de los activos ponderados por riesgo.

En concreto, el 7% general se divide entre capital ordinario (un 4,5%) y un 2% adicional de colchón de conservación.

Y, para las entidades que, a nivel mundial se consideren "sistémicas", se exige un recargo adicional de un mínimo de un 1%, con lo que se alcanza el 8%. De ello, la mitad ha de ser Tier 1 (recursos propios básicos, en la terminología española) y a su vez la mitad de eso debe ser capital más reservas.

Ello no obstante, en enero de 2013 se ha adoptado el acuerdo de posponer tales exigencias hasta 2019. Un alivio para todos.

Sobre ello, quien pueda leer la lengua alemana encontrará mucha información en las distintas contribuciones incluidas en el Capítulo II de la obra colectiva "Bankenaufsicht nach der Finanzmarktkrise", editada por SIMON G. GRIESER y MANFRED HEEMANN, Frankfurt, 2011.

embosca una misma pregunta: ¿qué es lo que ha fallado? ¿cómo hemos terminado cayendo en lo más hondo de la debacle financiera que nos atenaza desde que se desatara en los Estados Unidos de América en 2007 y que en España está siendo, para decirlo empleando las conocidas categorías kantianas que disciplinan la teoría del conocimiento, tan intensa y al mismo tiempo tan extensa, y esto último, para más inri, así en lo cronológico como en lo geográfico? Y, al fondo de todo, ¿es de verdad una mera pregunta o más bien estamos ante una auténtica acusación?

Crisis. ¿Qué nos ha pasado? ¿Cómo hemos caído tan bajo? ¿Qué debemos hacer para no volver a cometer los mismos pecados? ¿Qué está en nuestra mano -es la pregunta primera y más acuciante- para salir del fondo del pozo?

Se suele decir que la supervisión de las entidades de crédito lo es de su contabilidad. Habría que matizar algo más: en realidad, es una supervisión de los riesgos en que incurren tales sujetos, aunque, por supuesto, las cuentas son en efecto su objeto inmediato, porque sin duda son ellas las que, reflejando lo que de verdad las cosas valen (y, en particular, lo que, frente a lo que sucedía antes, han dejado de valer), deben recoger ("asentar", en la terminología clásica) cuáles son esos riesgos, y –punto crucial- cuando en efecto sucede que las cosas van a la baja, hacer que las cifras de los asientos descieran todo lo que tienen que descender: lo que el Art. 7 del recientísimo Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, llama “ajustes de valoración”. No más, pero, desde luego, tampoco menos. En suma, y si la toxicidad de los activos significa su sobreevaluación con respecto a la realidad, que el descuento se tenga que (y, antes, que simplemente sea susceptible de ello) medir con exactitud. Ir cuesta abajo es una patología económica (y psicológica) que pone a prueba a los criterios contables a los que estamos habituados, que parecen partir de la base de que los precios de las cosas, como el acero inoxidable, son poco menos que inmunes a los efectos de la erosión.

La política pública en esta materia consiste precisamente en hacer todo lo posible para que, por muy mal que vengan dadas las cosas un día, esos riesgos no degeneren en siniestros: de ahí que se hable de supervisión "prudencial", para referirse a la de cada entidad, o, en expresión más moderna, "macroprudencial", para el conjunto. Y que aquí la hemos pifiado (no sólo en España, pero sin duda sí con una especial intensidad) no lo decimos, o lo sentimos,

sólo nosotros, sino que es una opinión muy extendida. El mismísimo gobernador del Banco de España, en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados el 17 de julio de 2012, indicó lo siguiente:

"En suma, y juzgando lo ocurrido con la información que hoy tenemos, hay que reconocer que en el Banco de España, no tuvimos éxito en lo que ahora llamamos *supervisión macroprudencial*. No nos enfrentamos con la decisión que ahora entendemos habría sido necesaria al gran aumento de nuestro endeudamiento y, después, a la contención y corrección del fortísimo deterioro de los balances bancarios, consecuencia del estallido de la burbuja y la recesión. El hecho de no ser el único supervisor europeo al que puede hacerse este reproche no es un consuelo para nadie".

Resulta obvio, en suma, que a estas alturas, cuando la crisis parece haberse ramificado por doquier y, lo que es peor, cronificado, seguimos estando en España ante una crisis financiera de primer orden, como lo prueba el hecho de que, a diferencia de lo ocurrido en el anterior período de turbulencias (entre 1977 y 1985, o sea, durante la transición política y los inicios del régimen constitucional), ahora no sólo han sufrido un número mayor o menor de entidades de crédito, sino que el *tsunami* se ha llevado por delante -Reales Decretos-Ley 11/2010, de 9 de julio, y 2/2011, de 18 de febrero- a toda una categoría de ellas, las Cajas de Ahorros, tal y como fueron diseñadas precisamente en aquellos momentos: como sujetos funcionalmente idénticos a los Bancos (una vez que desde 1977 se habían levantado las barreras geográficas y funcionales que hasta entonces existían) y, en lo orgánico, u organizativo, como *cortijos* de la casta política territorial: en eso y no en otra cosa consistió la LORCA de 1985³.

O, dicho con términos más exactos y al tiempo más coloquiales, lo que, parafraseando al famoso complejo militar- industrial que identificó EISENHOWER como el verdadero gobierno de los Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial, puede afirmarse que lo que ha sido barrido por los vientos de la historia es el complejo político-ladrillero-financiero de cada villorrio: lo que hoy se conoce, en expresión descalificante, como el sujeto de las “spanish financial practices”, que es el nombre nada amable con el que hoy se presenta en el mundo nuestra desgraciada y casi eterna “leyenda negra”.

³ Sobre ambos Reales Decretos-Leyes versan las contribuciones de los autores (entre ellos, nuestro compañero GASPARIÑO ORTIZ, que se ocupa de la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA) del libro colectivo “Cajas de Ahorros: nueva normativa”, Fundación de las Cajas de Ahorros, Madrid, 2011.

La citada LORCA careció del rango formal de Ley Orgánica, pero a mi juicio, fue una norma importantísima en nuestro Estado de las Autonomías -casi una mutación constitucional-, porque dotó a las CCAA, y a los partidos políticos implantados en cada una de ellas, de un brazo financiero y económico sin el que todo hubiera sido muy diferente. El Diccionario de la RAE define la simbiosis como la "asociación de individuos animales o vegetales de diferentes especies, sobre todo si los simbiosistas sacan provecho de la vida en común". Y lo cierto es que, a partir de la LORCA de 1985 (y, por supuesto, de las Leyes que se fueron dictando en cada uno de los lugares y ya estuvieran unas mayorías parlamentarias situadas en teoría a babor o a estribor), entre la Comunidad Autónoma correspondiente y sus Cajas -empleo el posesivo con plena conciencia- se desarrolló una de esas asociaciones o convivencias que, al menos inicialmente y en apariencia, benefició a ambas. Si, una imagen vale más que mil palabras, no digamos cuán locuaces pueden ser algunas cifras: en los últimos años del *boom* inmobiliario, las entidades de crédito dedicaron 145.000 millones de euros a financiar a los promotores para adquirir 200 millones de metros cuadrados para levantar (casi) 3 millones de viviendas. Qué gustazo. El hoy añorado “crédito fácil”.

Cuando afirmo que estamos ante una crisis que califico de *financiera* no quiero decir que los problemas no vayan mucho más allá de los límites de esa noción, por laxos que se antojen: la crisis es también (y, desde un punto de vista histórico, en primer lugar) inmobiliaria, porque la burbuja de los precios de la vivienda ha estallado en mil pedazos. Y es que, si de un tiempo a esta parte en todos lados cuecen habas, lo más cierto es que, para nuestra desdicha, sucede que en España -a diferencia, por ejemplo, de Estados Unidos, o del Reino Unido, o incluso de Irlanda, que sufre el estigma de haber estado entre los tres países de la UE, junto con Grecia y Portugal, que necesitaron el rescate *duro*, formal e integral- sólo cuecen habas. Nosotros hemos caído en la cuenta de que no tenemos otros sectores económicos pujantes -típicamente, la industria- para sustituir al ladrillo como *locomotora*. Es por eso por lo que los famosos 100.000 millones de Euros que en junio de 2012 se calculó que se necesitaban para tapar el boquete que la depreciación inmobiliaria había dejado en los balances de las entidades de crédito han tenido que buscarse fuera.

Pero no sólo es eso: la crisis financiera e inmobiliaria (pónganse las dos palabras en el orden que se desee) ha devenido también la crisis del Estado de las Autonomías, porque la *simbiosis* con las Cajas se ha terminado revelando nada provechosa para dichas

Administraciones⁴. Igualmente el esquema de vida municipal diseñada en el mismo 1985 (y que, más allá del tenor literal de la Ley de Haciendas Locales de 1988, dependía del ladrillo para la cobertura de sus gastos, incluso los corrientes) ha entrado en barrena, como ponen de manifiesto los Reales Decretos-Leyes 4 y 7 del año 2012, que conforman lo que sin duda es materialmente una nueva Ley reguladora de las bases del régimen local⁵. Y es que la metástasis ha tenido como consecuencia que hayamos terminado llegando a una pavorosa crisis de la deuda pública: para encontrar acreedores que vuelvan a confiar en nosotros nos presten dinero, y a unos precios nada baratos, ha hecho falta incluso romper el tabú de la reforma de la Constitución de 1978.

En fin, también crisis, y no precisamente pequeña, de la moneda única de nuestro continente e incluso de la propia integración europea; crisis, porque así ha pasado a ser, de todo un modelo social, el de la socialdemocracia, que los países bajo el estigma indeleble del Concilio de Trento (entre ellos, España) habían creído posible importar, en las últimas décadas, desde los lugares del norte de los Alpes donde se siguieron las doctrinas de CALVINO y, quizá por eso mismo, se cuenta con tejido industrial y con hábitos de trabajo y ahorro: el famoso “ascetismo intramundano”⁶.

Ese es el panorama: crisis, sí, financiera e inmobiliaria -hasta el lenguaje es otro: rescate, lo sistémico, unión fiscal, ...-, pero también crisis del modelo de organización territorial del Estado, de la integración europea y de casi todo lo que llevábamos conociendo desde el venturoso momento fundacional de finales de los setenta y comienzos de los ochenta. Estamos ante una "avería gruesa", para decirlo con unas palabras del Derecho marítimo a las que luego, por cierto, habremos de volver.

⁴ No se ha reflexionado lo bastante en el ámbito académico sobre el Real Decreto-Ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones públicas y en el ámbito financiero. Seguramente también una mutación constitucional, aunque, por supuesto, de signo inverso al que en 1985 supuso la LORCA.

⁵ El acreedor –sobre todo, por título contractual o financiero- es (fue) el gran ausente de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y, lo que es aún más grave, de su brazo financiero, la citada Ley reguladora de las Haciendas Locales (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 25 de marzo). Ya se sabe lo que termina sucediendo cuando se pretende legislar al margen de la realidad. El “tío Paco con la rebaja” ha tardado en llegar, pero vaya si ha terminado llegando. La vida es así de dura.

⁶ La cita de referencia sigue siendo, cien años largos después de su publicación, MAX WEBER, “La ética protestante y el espíritu del capitalismo”. La última edición en castellano es la de Alianza Editorial, 2012 (con traducción, nota preliminar y glosario de JOAQUÍN ABELLÁN).

Por supuesto que, en ese contexto, buscar entre los personajes del sistema financiero un chivo expiatorio, cuanto más personificado mejor, resulta un ejercicio de ceguera o, al menos, de miopía, y de histeria colectiva, cuando no de abierta hipocresía. Luego diré algo al respecto. Pero, volviendo ahora a la pregunta inicial (¿qué es lo que ha fallado?), sinceramente pienso que la opinión pública demuestra tener un fino sentido de las cosas cuando entiende que –deshonestidades personales al margen, o incluso meros desaciertos de gestión- en el fondo de todas esas desventuras late un problema -volvamos a lo nuestro- de mala supervisión bancaria y dirige sus reproches, a veces muy airados, contra quienes estaban al cargo de las correspondientes responsabilidades.

¿En qué consiste esta potestad? ¿Cuáles son las normas que los regulan y qué es lo que en concreto establecen?

A la persona interesada se le puede remitir a un trabajo escrito de reciente publicación: el de MANUEL IZQUIERDO CARRASCO, *La supervisión pública de las entidades bancarias*, que se contiene en el Libro, más arriba citado, que recoge las Ponencias del Congreso de Córdoba⁷. Allí se explica, entre otras cosas, que todo ha de comenzar por recordar el contenido de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC). El que es hoy el Art. 43 bis comienza estableciendo en el apartado 1 lo siguiente:

"Corresponderá al Banco de España el control e inspección de las entidades de crédito, extendiéndose esta competencia a cualquier oficina o centro dentro o fuera del territorio nacional y, en la medida en que el cumplimiento de las funciones encomendadas al Banco de España lo exija, a las sociedades que se integren en el grupo de la afectada. También le corresponderá la supervisión de los grupos consolidables de entidades de crédito, según lo previsto en la Ley 13/1992, de 1 de junio, sobre Recursos Propios y Supervisión en Base consolidada de las Entidades Financieras".

Igualmente ha de mencionarse la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, cuyo Art. 7, apartado 6, contiene la siguiente proclamación general:

⁷ Páginas 167 a 222.

"El Banco de España 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 les ha sido atribuida".

Del citado trabajo, cuya lectura directa e íntegra recomiendo vivamente, deben destacarse, en apretada síntesis, los siguientes cuatro puntos:

1) "En un sentido estricto, la supervisión pública bancaria se podría definir como el conjunto de instrumentos de intervención administrativa en la actividad de los bancos con la finalidad mediata o inmediata de verificar o controlar que dicha actividad o sus sujetos se ajustan a los deberes, prohibiciones o requisitos establecidos legal o reglamentariamente con la finalidad de garantizar su solvencia y la confianza en su funcionamiento y, en último término, que no se pone en peligro o se perturba la estabilidad del conjunto del sistema financiero".

"Lo que otorga sustantividad a la supervisión bancaria, como se ha destacado, es la finalidad de la normativa cuyo cumplimiento verifica. A este respecto, la supervisión bancaria tiene por objeto el control del cumplimiento de una normativa cuya finalidad, de manera directa o indirecta, gira alrededor de los conceptos de solvencia, confianza y estabilidad. Se trata, por tanto, de unos fines de marcado carácter económico. Sobre esta base, las materias esenciales sobre los que versa esa normativa son las siguientes, aunque debe advertirse sobre la estrecha relación existente entre prácticamente todas ellas:

- Sus recursos propios.
- Sus propietarios y órganos de dirección.
- Su organización administrativa de funcionamiento y contable.
- Su gestión de riesgos.
- La transparencia e información al mercado.

- E incluso, en tiempos muy recientes, la política de retribuciones, particularmente de sus administradores y directivos”.

2) "Las actuaciones a través de las que se manifiesta la supervisión bancaria" consisten en cuatro cosas, a saber: a) Análisis de la documentación e información; b) Las visitas de inspección; c) El seguimiento continuado *in situ*; y d) El control orgánico.

De lo tercero (los inspectores “empotrados”) hay que decir que es lo más singular.

3) Acerca de la "la formalización de las actividades de supervisión bancaria", afirma IZQUIERDO, con tono mitad de sorpresa mitad de denuncia, que "dejando a un lado el control orgánico, las actuaciones de supervisión bancaria que se han expuesto se llevan a cabo en muchos supuestos al margen de procedimiento administrativo alguno y no conllevan necesariamente la adopción de una resolución administrativa".

4) En fin, IZQUIERDO se ocupa de las cuestiones por así decir organizativas: relaciones del Banco de España con otros supervisores financieros estatales, sobre todo la Comisión Nacional del Mercado de Valores -tema no menor, habida cuenta, entre otras cosas, que el capital de muchos Bancos cotiza en la Bolsa, donde, dicho sea de paso, los mercados ejercen su propia supervisión-; espacio de competencias supervisoras que debe quedar en manos de las CCAA a partir de que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 96/1996, de 30 de mayo, se pronunciase en contra -por la insuficiencia de dicho espacio- del Art. 42 de la LDIEC; en fin, europeización de la función supervisora.

II. La potestad de supervisión bancaria: rasgos generales

Desde el punto de vista de la "jurisprudencia de conceptos", la famosa *Begriffsjurisprudenz* de SAVIGNY y PUCHTA, de la que todos los juristas, quizá sin resultar del todo conscientes, seguimos siendo tributarios, intentar porfiar con el trabajo de IZQUIERDO es un empeño al que no se le ve recorrido y que, aun si acaso lo hallase, no terminaría llevando a lugar alguno. A mí tan sólo se me ocurre sintetizar el cuerpo normativo y conceptual del que disponemos con dos afirmaciones de principio: es una supervisión dependiente -noción germánica que explicaré en seguida-, aunque con matices; y no es una supervisión interventora -palabra que

también desentrañaré de inmediato-, bien que igualmente con alguna puntualización. Veamos las dos cosas.

a) Para comprender lo primero -el carácter *dependiente* de esta supervisión; dependiente, en concreto, de una norma previa, como el Estado de Derecho exige a toda actuación administrativa: es algo tan sencillo como el principio de legalidad en su formulación más ortodoxa y convencional- hay que remontarse al conocido libro de HEINRICH TRIEPEL, de 1917 (o sea, al final de la vigencia de la Constitución de BISMARCK) acerca de la potestad de supervisión del Reich sobre los Estados miembros⁸. El autor explicó que era algo anexo a los poderes legislativos ("Wo Gesetzgebung-, da Aufsichtskompetenz") y que por tanto sólo tenía por objeto velar por el cumplimiento de las correspondientes normas. Con su famoso doble estadio de observación primero y luego, en su caso, corrección (autocorrección, a ser posible).

Siendo así las cosas, toda supervisión (como, al cabo, toda actividad de *ejecución*: la propia palabra lo indica) parte de, y por tanto depende de, una previa legislación, con un contenido más o menos preciso. De una supervisión independiente sólo podría hablarse cuando las normas correspondientes, aun existiendo, empleasen conceptos jurídicos con un tal grado de indeterminación ("interés general", como caso típico) que al cabo no terminaran significando nada.

Así planteadas las cosas, resultaría, como han puesto de relieve muchos glosadores de TRIEPEL (sobre todo, en la exégesis de los Arts. 37 y 84 de la Ley Fundamental de Bonn), que la diferencia entre la supervisión dependiente (la *buena*, la *de legalidad*, la por así decir previsible) y la independiente es sólo relativa o de grado, en el bien entendido además de que la experiencia demuestra que bajo todas o casi todas las normas, por puntillosas que pretendan ser, se embosca un margen de *arbitrio*, en la conocida palabra de ALEJANDRO NIETO⁹, en favor de quien, se llame como se llame, funge como intérprete o aplicador. Podemos maquillar la realidad con términos como el *margen de apreciación* en lugar de la antigua y odiosa

⁸ "Die Reichsaufsicht". Aunque no existe traducción castellana, es una obra muy conocida entre nosotros desde que, en los inicios del sistema autonómico, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA se basó en él para elaborar su trabajo "Ejecución autonómica de la legislación del Estado", publicado originariamente como un Cuaderno Civitas en 1983. Luego se ha incluido en "Estudios sobre autonomías territoriales", que recoge todos los trabajos del autor sobre la materia. Civitas, 1986.

⁹ Me refiero, como es obvio, a "El arbitrio judicial", Ariel, 2000.

discrecionalidad, pero lo único cierto es que las cosas como son, no como las queremos llamar.

No procede ahora disertar por ese camino general, pero sí había que dejar dicho lo anterior antes de responder a la muy específica pregunta que nos ocupa: si la potestad de supervisión crediticia, o bancaria, si queremos decirle así, es dependiente (del ordenamiento, de la regulación, como se dice ahora) o, por el contrario, existe y funciona al margen de él.

La respuesta es obvia: sólo puede ser la primera. Se trata de vigilar el cumplimiento de lo que es el núcleo duro de esta concreta regulación: por lo que luego veremos, que las entidades de crédito no rebasen un *ratio*, o un porcentaje, fijado por el legislador después de calibrar los riesgos. En España, según el Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, fue el 8% de capital principal, que se elevaba al 10% para determinadas entidades, aunque el *Memorandum* del rescate prevé elevar la cifra general al 9%, como en efecto así se ha hecho por el Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de resolución y reestructuración de entidades de crédito, y luego por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, del mismo nombre, sobre todo mediante lo que en ambas normas es su Disposición Final Séptima. Dicha relación lo es entre dos variables: sus recursos propios (el capital) y sus activos (sobre todo, el dinero que tienen prestado, para lo cual, sin embargo, debe notarse que existen unos coeficientes de ponderación que van del 0 al 1. De ahí se sigue que sobre lo primero -los recursos propios- lo que se ejercerá será un control de mínimos, mientras que, por el contrario, el escrutinio de lo segundo -los activos- consiste en verificar que no se superen determinados máximos. Con ello se pretende (luego, se insiste, lo explicaré con más detalle) que las entidades de crédito, si bien puedan verse quizá incursas en problemas de liquidez, nunca los tengan de solvencia.

Ambos elementos normativos cuentan hoy con una regulación muy detallada en el Título I del importantísimo Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, que comprende los Arts. 2 a 76, a lo cual hay que añadir, por supuesto, las correspondientes Circulares del propio Banco de España, empezando por la 4/2004¹⁰. Y con el mecanismo de cierre que consiste en el régimen

¹⁰ El propio Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, que dedica su Disposición Final Decimocuarta –en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, es la Vigésima- a la *Facultad de desarrollo*, contiene en el apartado 2 una cláusula de habilitación normativa directa en favor del Banco de España “para dictar las disposiciones precisas para la debida ejecución de lo previsto en la disposición final séptima”, y con una mención expresa a la posibilidad de “determinar cómo podrán ajustarse las exposiciones ponderadas por riesgo para que el

directamente represivo o sancionador. Del catálogo de infracciones muy graves del Art. 4 de la LDIEC la más importante es sin duda la del apartado c): "Incurrir las entidades de crédito o el grupo consolidado o el conglomerado financiero a que pertenezcan en insuficiente cobertura de los requerimientos de recursos propios mínimos, cuando estos se sitúen por debajo del 80% del mínimo establecido reglamentariamente en función de los riesgos asumidos, o por debajo del mismo porcentaje de los requerimientos de recursos propios exigidos, en su caso, por el Banco de España a una entidad determinada, permaneciendo en tal situación por un período de, al menos, seis meses". Cualquier otra insuficiencia de cobertura durante el indicado lapso de tiempo sigue siendo también infracción, aunque sólo grave: Art. 5, apartado h).

Pero lo pormenorizado (aburrido, incluso) de tales normas no significa que su aplicación se automática. En toda ejecución hay siempre algún grado de autonomía o incluso de *independencia*. A título de mero ejemplo:

- El Real Decreto que se acaba de mencionar (el de 2008) dedica su Art. 2 a definir su propio "ámbito de aplicación". Los preceptos subsiguientes descienden a unos detalles que se pudieran antojar nimios. Pero, aun así, el Art. 11 permite que la Administración se siga reservando ases bajo la manga: "El Banco de España podrá concretar el ámbito de aplicación de este Título I, así como definir la entidad obligada de cada grupo para cumplir con los requerimientos exigidos en la base consolidada o subconsolidada". Se trata, como es obvio, de la entidad sobre la que pesan los deberes de información frente a la autoridad, pero en el bien entendido de que el contenido de las informaciones comprende lo que sucede en todas las entidades del grupo.

- En cuanto a la Circular 4/2004, sucede tres cuartos de lo mismo. Incluye criterios contables para todo o casi todo, pero finalmente, en la Norma 8ª, cierra cualquier resquicio de libertad empresarial que pudiera haber quedado, al estipular que "las entidades consultarán al Banco de España sobre los criterios contables no incluidos en la Circular (y) que pretendan utilizar", en el caso -tampoco precisado a punto fijo- de que "su impacto pueda ser significativo".

requerimiento de recursos propios de cada exposición de riesgo no exceda del valor de la propia exposición y para que se preserve la consistencia entre el valor de las posiciones y los componentes del capital principal".

Y todo ello sin contar con la importancia de los mensajes por así decir no formalizados, o incluso expresados por las personas físicas que se ocupan de la supervisión mediante un lenguaje puramente corporal. En Londres se da mucha importancia a los movimientos de “la ceja del Gobernador”.

En síntesis: supervisión, sí, dependiente (de la legalidad, y en concreto, del famoso porcentaje, o cociente, que ya conocemos), pero Como siempre –queramos reconocerlo o no- y quizá incluso un punto más.

b) La segunda y última de las preguntas generales tiene que ver con el ámbito de la potestad supervisora: ¿dispone la Administración de un poder de veto sobre las cuentas de las entidades bancarias, o al menos sobre algunas de sus partidas, al modo de lo que sería una suerte de *intervención*, en el sentido de que, sin el Visto Bueno del Banco de España, tal o cual operación (o la forma de asentarla en los libros) no sería hacedera?

No me refiero, por supuesto, a aquellos supuestos de hecho para los que se requiere de manera explícita una autorización administrativa, tales como la creación de una entidad de crédito, las operaciones corporativas más importantes (típicamente, fusiones) o la distribución de reservas, sino a lo que pudiésemos llamar el día a día de la operativa y de su contabilización.

La respuesta es que -por muy intensiva, o incluso intrusiva que la supervisión sea en lo físico-, no, aunque, una vez más, con matices.

Para empezar, hay que recordar que dicha posibilidad de *intervención* –con un radio universal para todas las actividades de la entidad- existe, pero sólo en casos excepcionales. El Art. 31 de la LDIEC, como es sabido, establecía en su apartado 1 -hasta la reforma realizada mediante el Real Decreto-Ley 24/2012 y luego, como resultado de su tramitación parlamentaria, la Ley 9/2012- lo siguiente:

"Únicamente cuando una entidad de crédito se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia, podrá acordarse la intervención de la misma o la

sustitución provisional de sus órganos de administración o dirección. Estas medidas se mantendrán hasta que se supere la situación mencionada”.

Desde la fecha crítica del 31 de agosto de 2012 el supuesto de hecho es más amplio. La Disposición Final Cuarta del Real Decreto-Ley de esa fecha –en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre es lo mismo: lo que aquí se cita es este último texto- modifica varios preceptos de la citada LDIEC y entre ellos el Art. 31, cuyo apartado 1 ha pasado a decir lo siguiente: “Cuando una entidad de crédito se encuentre en alguna de las situaciones descritas la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, podrá acordarse la sustitución provisional de su órgano de administración en los términos previstos en esta ley y con las particularidades recogidas en la citada”¹¹.

Y también, según el apartado 2:

“También podrá acordarse la intervención de una entidad de crédito o la sustitución provisional de su órgano de administración en los términos previstos en esta Ley cuando existan indicios fundados de que aquella se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro su estabilidad, liquidez o solvencia”.

La decisión es del Banco de España (Art. 32.1) y, según el Art. 34.1, consistirá en la designación de "la persona o personas que hayan de ejercer las funciones de intervención", indicando, caso de ser varios, "si tales personas deben actuar conjunta, mancomunada o

¹¹ Tales situaciones son, en esencia, tres. El Art. 2 las define, por orden de menor a mayor gravedad, con las siguientes palabras: “a) Actuación temprana: el procedimiento aplicable a una entidad de crédito cuando, de conformidad con lo previsto en el capítulo II, incumpla o existan elementos objetivos conforme a los que resulte razonablemente previsible que no pueda cumplir con los requerimientos de solvencia, liquidez, estructura organizativa o control interno, pero se encuentre en disposición de retornar al cumplimiento por sus propios medios, sin perjuicio del apoyo financiero público excepcional y limitado previsto en el artículo 9.f); b) Reestructuración: el procedimiento aplicable a una entidad de crédito cuando, de conformidad con lo previsto en el capítulo III, requiera apoyo financiero público para garantizar su viabilidad y resulte previsible que dicho apoyo será rembolsado o recuperado de acuerdo a lo previsto en el capítulo V, o cuando no pudiera llevarse a cabo su resolución sin efectos gravemente perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero; c) Resolución: el procedimiento aplicable a una entidad de crédito cuando, de conformidad con lo previsto en el capítulo IV, esta sea inviable o sea previsible que vaya a serlo en un futuro próximo, y por razones de interés público y estabilidad financiera resulte necesario evitar su liquidación concursal”. En realidad, la *resolución* de una entidad de crédito es lo que en el derecho concursal general se llama *liquidación*, o, mejor dicho, se trata de un procedimiento administrativo de liquidación, porque, como luego veremos, el esquema general no vale.

Obsérvese, por cierto, que en la definición de los tres supuestos de hecho anidan no sólo conceptos jurídicos con alto grado de indeterminación, sino también lo que constituyen meros pronósticos o incluso conjeturas: lo “previsible”. El supervisor bancario es, sobre todo, alguien cuyo trabajo consiste en prever. Sus actos administrativos, en consecuencia, no son fiscalizables con los parámetros tradicionales del control judicial.

solidariamente". Y al margen están las funciones del FROB según el tantas veces citado Real Decreto-Ley 24/2012, y sobre todo las “facultades mercantiles” de las que habla el Art. 61 (o, en la hipótesis de resolución de la entidad, lo previsto en el Art. 22). En la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, son respectivamente los Arts. 63 y 22.

Pero aquí nos interesa el supuesto por así decir ordinario, donde las decisiones de los órganos competentes de una entidad que sigue siendo privada gozan, por principio, de soberanía, sin necesidad de autorización o refrendo de ninguna suerte por parte del supervisor, ya sea el Banco de España o el FROB.

Sin duda que, como se acaba de indicar, hay aquí matices, sobre todo en una materia tan sensible hoy para la opinión pública como la política de retribuciones a los directivos, singularmente en caso de jubilación. En particular, en las entidades otrora boyantes pero que luego han necesitado apoyo financiero o que incluso han tenido que pasar por el amargo trago de verse nacionalizadas, se han conocido cifras que, vistas con los ojos de la crisis, se han antojado escandalosas. "¿Cómo es que el Banco de España no lo impidió?", se ha preguntado muchas veces la opinión pública con un tono de denuncia que, como es obvio, sólo tiene sentido si se parte de la base de que, al menos en esos casos, la supervisión tiene alcance que es propio de una intervención.

Por el Real Decreto 771/2011, de 3 de junio, se intentó (a posteriori, como suele suceden en España) salir al paso de la polémica, incluyéndose en el citado Real Decreto de recursos propios de 2008 un nuevo Capítulo (el XIII, "Política de remuneración de las entidades de crédito") con tres nuevos preceptos. El más importante de ellos es el que en el citado Decreto de 2008, ha pasado a ser el Art. 76 sexties, "Diseño de los esquemas de remuneración", que dispensa un tratamiento especialmente suspicaz a los componentes variables, o sea, los incentivos. Es el apartado 2, del que -aun sin traspasar el umbral de que sea necesaria la autorización del propio Banco de España, ya con carácter general o caso por caso- forma parte entre otras cosas, lo siguiente:

"g) Una parte sustancial, y en todo caso al menos el 50% de cualquier elemento de remuneración variable, ya sea diferido de acuerdo con la letra h) de este artículo o no diferido, se fijará alcanzando un adecuado equilibrio entre:

1º.- Acciones o intereses de propiedad equivalentes, en función de la estructura jurídica de la entidad de que se trate, o instrumentos vinculados con las acciones u otros instrumentos no pecuniarios equivalentes, en el caso de una entidad de crédito que no cotice en un mercado organizado oficial, y

2º.- Cuando proceda, otros instrumentos, que pueda determinar el Banco de España, que reflejen de manera adecuada la calificación crediticia de la entidad de crédito en situación normal.

Los instrumentos mencionados en este apartado estarán sometidos a una política de retención adecuada concebida para que los incentivos estén en consonancia con los intereses a largo plazo de la entidad de crédito. El Banco de España podrá imponer restricciones al diseño o a los tipos de estos instrumentos e incluso prohibir algunos de ellos”.

Y también:

"h) Una parte sustancial, y en todo caso al menos el 40% del elemento de remuneración variable, se diferirá durante un período de tiempo que se determinará teniendo en cuenta el ciclo económico, la naturaleza del negocio, sus riesgos y las actividades del empleado de que se trate y que en ningún caso será inferior a tres años.

En el caso de que la cuantía de la remuneración variable supere de forma especialmente significativa el importe medio de la remuneración variable en el sector, se diferirá como mínimo el 60% del pago de la misma.

Los pagos de la remuneración diferida no podrán producirse más rápidamente que si se distribuyeran de forma proporcional en el período diferido”.

Pero sobre todo se inserta una regla por así decir de oportunidad, o relativa al momento (por definición, posterior al del correspondiente contrato) del efectivo pago. A saber:

"i) La remuneración variable, incluida la parte diferida, se pagará únicamente si resulta sostenible de acuerdo con la situación de la entidad de crédito en su conjunto, y si se justifica en función de los resultados de dicha entidad, de la unidad de negocio y del empleado de que se trate”.

En fin, el nuevo esquema normativo se cierra con la siguiente cláusula general:

"j) La remuneración variable no se abonará mediante instrumentos o métodos que permitan evadir los requisitos que establece el presente real decreto. A estos efectos, el Banco de España podrá:

1º.- Imponer restricciones a las entidades de crédito para el uso de los instrumentos señalados en este artículo.

2º.- Fijar los criterios necesarios para permitir que la remuneración variable se contraiga en función de los resultados financieros negativos de las entidades de crédito.

3º.- Exigir a las entidades de crédito y sus grupos que limiten la remuneración variable en forma de porcentaje de los ingresos netos totales cuando ello no sea compatible con el mantenimiento de una base de capital social”.

Dicho de otra forma: aun en un asunto tan peculiar y controvertido como son las retribuciones, el Banco de España no tiene con carácter de principio –otra cosa son las citadas “restricciones”- la potestad de autorizar unos contratos que siguen teniendo por partes tan sólo a la correspondiente entidad y a su gestor o ex-gestor.

Podemos, en suma, terminar concluyendo que la supervisión bancaria, por *intrusiva* que se antoje (recordemos a los inspectores “empotrados”), no alcanza, ni tan siquiera en lo que hace a las retribuciones –y con el matiz que se acaba de indicar-, el alcance propio de lo que sería una intervención, o sea, un poder de veto.

La práctica es, sin embargo, muy otra. Cuando el supervisor y el supervisado dialogan a diario, como aquí sucede, termina resultando prácticamente imposible determinar quién es el verdadero autor, por activa o por pasiva, de tal o cual decisión. Y no sólo eso: el Banco de España, aun no disponiendo quizá del poder de autorizar nada, sí tiene la facultad -con carácter general, además- de impartir instrucciones o imponer restricciones para casos concretos, como se acaba de ver. Y sucede que, si esas órdenes no se cumplen, se está cometiendo una infracción muy grave. El apartado o) del Art. 4 tipifica como tal, con un alcance amplísimo, la conducta consistente en "el incumplimiento de las restricciones o limitaciones impuestas por el Banco de España respecto de los negocios, las operaciones o la red de una determinada entidad".

Más munición al respecto la encontramos en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Inversión de los Intermediarios Financieros. Sobre todo, Art. 11, apartado 3: el Banco de España está habilitado para, por ejemplo,

“restringir o limitar los negocios, las operaciones o la red de las entidades”. Ya no es lo que se desprende de los movimientos de “la ceja del Gobernador”, sino todo un mandato formalizado.

Dicho de otra manera: el Banco de España no puede tal vez vetar una decisión empresarial de manera directa, pero, en muchas ocasiones (el caso de las retribuciones es muy significativo, pero no es el único), sí está facultado -de derecho, y no sólo de hecho- para llegar, por un camino elíptico, a un resultado que se le parece mucho: impartiendo el pertinente mandato de no hacer, en el bien entendido que su incumplimiento puede terminar teniendo las consecuencias más severas.

O sea, supervisión no interventora, pero ...

Cualquiera de las afirmaciones anteriores podría merecer, o incluso exigir, desarrollos y puntualizaciones que consumirían páginas y páginas. Pero no es esta la ocasión ("Cuando escribes, sólo puedes fijar sobre el papel el pensamiento mutilado: es la penitencia del escritor": LUIS ROSALES). Baste concluir este breve repaso por el ordenamiento crediticio con una respuesta que no puede ser absoluta a las dos preguntas que ya conocemos. a) Si la supervisión es dependiente de las normas: sí (no podía ser de otra manera), pero ...; y b) Si estamos ante una potestad de hechuras interventora: no (el negocio bancario sigue siendo esencialmente privado), pero ...

III. Referencia a la jurisprudencia de intereses y su proyección sobre la supervisión bancaria

En 1889, un mercantilista alemán, PHILIPP HECK, dedicó su Escrito de Habilitación a estudiar una conocida figura del derecho marítimo -la avería gruesa de un buque- y lo hizo poniendo el foco en los *intereses* de cada uno de los sujetos, o grupos de sujetos, que ahí tenían o podían tener arte y parte: el armador, el propietario del buque, el naviero, el capitán y los acreedores de cualquiera de ellos, por citar sólo unos cuantos ejemplos. Y de ahí nació la que en seguida se conoció como *Interessenjurisprudenz*, jurisprudencia de intereses¹².

¹² *Das recht der grossen Haverai*, Berlin, 1899. Y también, y ya con una pretensión más general sobre cuestiones metodológicas, el libro que en castellano se llama *El problema de la creación del derecho*, publicado por Comares, Granada, en 1999 (sobre la base de una traducción de 1961 y con Prólogo de J. PUIG BUITRAU). De más está decir que, para muchos lectores en castellano, la familiarización con esta línea de pensamiento -la “Escuela de Tübingen”- vino de la mano de KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, 1994 (traducción de la 4ª edición alemana, de 1880), páginas 72 y 73, “La jurisprudencia de intereses considera al

En teoría, la relación jurídico-administrativa es sólo bilateral o bipolar: la Administración, por un lado, y el administrado (o el sujeto, o el particular, o el ciudadano, como la queramos llamar) por otro. Pero en seguida cae uno en la cuenta que los terceros, que según la LRJ-PAC sólo existen en casos excepcionales, en realidad terminan formando parte del paisaje siempre o casi siempre, aunque quizá no comparezcan formalmente en tal o cual concreto expediente. Es más, las regulaciones económicas consisten en esencia en terciar entre diferentes grupos de interesados, en el sentido de *stakeholders*, empezando, como es obvio, por distinguir entre los que producen un determinado bien (o prestan un servicio), los que lo adquieren o reciben –consumidores y usuarios- y los que, por dedicarse al comercio, se ubican en el medio de dicho proceso.

En el caso de la regulación de las entidades de crédito tenemos, por supuesto, al supervisor y a los supervisados. Son lo que, en la terminología de Hollywood, llamaríamos las estrellas. Pero hay otros grupos (privados) a los que calificar de meros actores secundarios, o de reparto, sería quedarse muy cortos. Me refiero al menos a cuatro especímenes: el depositante, el contribuyente, el accionista de la propia entidad y, en fin, el administrador o gestor de la misma. Ni que decir tiene que las tres primeras condiciones, al no constituir manifestaciones de profesión u oficio, son perfectamente compatibles. De hecho, pueden concurrir, en la modesta cuantía que es propia de la muy alcanzada hacienda de los sufridos docentes, en todos y cada uno de nosotros: cualquiera tiene una cuenta corriente (entre otras

Derecho como *protección de intereses*. Tal es su enunciado esencial jurídico-teórico. Esto quiere decir: los preceptos legales –que en lo esencial constituyen también para Heck el Derecho- no sólo están dirigidos a *delimitar intereses, sino que ellos mismos son producto de intereses*”. Más aún: “Heck denomina *teoría genética de los intereses* a la concepción según la cual determinados intereses, al originar en el legislador *ideas de deber ser* que se transforman en mandatos, son *causa* de normas jurídicas”.

Ni que decir tiene que, si no se mencionase aquí la definición del derecho subjetivo como “interés jurídicamente protegido”, el lector la echaría gravemente en falta. Fue el contenido de las páginas finales del libro de RUDOLF VON IHERING, *Espíritu del derecho romano*. También, por supuesto, *El fin en el derecho*, con versión española también en Comares, Granada, 2000. El Prólogo a la Primera Edición de este segundo libro (Leipzig, 1877-1883) no pudo ser más relevante y sincero: “El escrito del cual entrego aquí al público la primera mitad, es una derivación de mi obra sobre el *Espíritu del derecho romano*. El último volumen de la misma (parte III, sección 1ª), cuya primera edición apareció en 1865, terminaba con una exposición de la teoría del derecho subjetivo, en la que di una definición del mismo que se apartaba de la dominante, poniendo en lugar de la voluntad (...) el interés. Se reservó para el segundo volumen la justificación ulterior y la valoración de esta manera de ser. Pero en la exposición sobrepasé pronto este punto de vista. El concepto de interés me obligó a tener presente la finalidad, y el derecho en el sentido subjetivo me impulsó al del sentido objetivo, y así se configuró el objeto originario de la investigación en uno enormemente ensanchado, el del libro actual: el objetivo o la finalidad en el derecho”. Y también: “El pensamiento básico de la obra presente consiste en esto, que la finalidad es la creadora de todo el derecho, que no hay ningún precepto jurídico que no deba su origen a un objetivo, es decir, a un motivo práctico”.

cosas, porque de otra forma no cobraría sueldo alguno), está sometido al deber general de tributación y, en fin, al menos en muchos casos, ha colocado sus ahorros bursátiles en un producto tan popular y extendido como son las acciones, *verbi gratia*, del Banco Santander o del BBVA. Se puede ser al mismo tiempo, por tanto, y de hecho así sucede en infinidad de los casos, depositante, contribuyente y (a veces) accionista.

Todo eso da lugar a un panorama muy entreverado y que, cuando las cosas marchan bien, no provoca especiales conflictos. Pero la supervisión de las entidades de crédito es, como toda policía administrativa, una gestión de riesgos¹³. Al igual que sucede con las normas del Código de Comercio sobre la avería gruesa de los buques, la *policía* del crédito está establecida para terciar entre unos y otros intereses, y, en el desdichado caso de que el riesgo degenera en siniestro, su fin, su objetivo, no es sino establecer prioridades: dispensar con carácter general a unos la calificación de víctimas (y por tanto acudir en su socorro) y a otros la condición (objetiva, por mucho que duela a los afectados y que haga que algunos conceptos chirríen) de culpables.

Apliquemos esos esquemas, que son, se insiste, los propios de la *Interessenjurisprudenz*, al asunto que ahora nos ocupa. Sucede que -dicho en términos maniqueos que pueden antojarse caricaturescos, pero que sin duda resultan certeros- los buenos, los que merecen protección, son los depositantes y, en la visión de los últimos tiempos, los contribuyentes. Y ello a costa -la contabilidad es siempre por partida doble: no hay *haber* sin *debe*- de los accionistas y, en ciertos supuestos, de los gestores. En seguida lo voy a explicar con todo detalle.

¹³ JOSÉ ESTEVE PARDO, “Lecciones de Derecho Administrativo, Marcial Pons, Madrid 2011, páginas 361 y 362: “(...) no es posible un estado de ausencia de riesgo, de no riesgo. El riesgo cero no existe (...). El primer cometido que corresponde a los poderes públicos es la determinación y decisión sobre el riesgo que no se acepta “; lo cual, como es obvio, “requiere de su conocimiento y valoración”.

El autor está pensando sobre todo, y así lo indica de manera expresa, en los riesgos tecnológicos. Pero bien sabemos que no son los únicos posibles. JORGE PÉREZ RAMÍREZ, a la hora de buscar un título mayor e impactante para su libro sobre “La banca y el riesgo a través de la historia”, dio con el muy feliz de “Vidas paralelas”: Marcial Pons, Madrid, 2011. De la página 23 –al inicio de la *Nota del autor*- son las siguientes palabras: “Sin ninguna pretensión moralizante ni comparativa he tomado prestado del gran Plutarco el título para esta obra a fin de tratar de mostrar los pasajes más significativos de dos de las más vitales y milenarias actividades humanas: la *banca* y el *riesgo*, compañeros de viaje que, como el *poder* y la *riqueza*, están ligados y se interfieren. Ambas parejas son distintas pero simultáneamente están determinadas la una por la suerte de la otra y viceversa”.

Pero, antes de entrar en analizar las decisiones legislativas en las que se plasmen esos planteamientos (en los que, por supuesto, se emboscan elementos ideológicos que no hay por qué compartir), creo que no sobraría formular un par de observaciones de alcance general. Para decir cosas tan elementales como que las entidades de crédito resultan indispensables (el mundo sería mucho peor sin ellas, si es que acaso pudiésemos imaginarnos ese escenario), pero son muy peligrosas y además tienen, por así decir, muy mala prensa. Las necesitamos, pero, o quizá precisamente por eso mismo, las odiamos.

A) Empiezo por lo primero, el carácter necesario de la actividad para la economía y para la vida: nada nos haría un estropicio más grande que un "corralito", al modo de la Argentina de 2001, o sea, una prohibición de los flujos de dinero. No me parece nada difícil suscribir la afirmación de NIALL FERGUSON, que recuerda que "la innovación financiera ha representado un factor indispensable en el desarrollo del hombre desde una miserable subsistencia hasta las vertiginosas cotas de prosperidad material que tantas personas conocen hoy". Más aún: "desde luego, no cabe duda de que la revolución financiera precedió a la revolución industrial"¹⁴.

Dicho lo mismo pero pensando en la nada boyante España de hoy: mientras no tengamos unas instituciones financieras sanas y sólidas, no se arreglará ninguna otra variable económica, empezando por el círculo virtuoso compuesto por la inversión, el empleo y el consumo. No es nada equivocado, a mi entender, que los Gobiernos de los últimos años (el del PSOE hasta finales de 2011 y el del PP desde entonces) hayan priorizado la reforma financiera, por mucha incompreensión que esa política haya podido producir en sectores que, como los desempleados, o los desahuciados de las viviendas por impago de las cuotas hipotecarias, están sufriendo la crisis con toda su crudeza y en carne viva.

¹⁴ Me refiero a su libro, cuya lectura reposada aprovecho para recomendar, "El triunfo del dinero", con el expresivo subtítulo de "Cómo las finanzas mueven el mundo". La versión castellana está publicada en Debate, 2ª edición, 2011. La cita es de página 20.

JORGE PÉREZ RAMÍREZ lo explica con palabras aún más concretas: Si "el estudio de la historia de la *banca* y el *riesgo* presenta muchos desafíos intelectuales interesantes" es precisamente porque "proporciona una visión útil de la historia del mundo y de la civilización occidental, y de cómo esta se desarrolló desde sus sencillos orígenes en Mesopotamia, hasta el sistema global que hoy representa mejor que nada el mercado de capitales de Nueva York. El asombroso éxito del mundo occidental desde Alejandro Magno hasta hoy ha encontrado numerosas explicaciones, algunas de ellas alimentadas por razones étnicas e incluso meritórias. Sin duda, desde la noche de los tiempos fue la capacidad de organización social lo que durante generaciones dio ventaja a los griegos, romanos, bizantinos, españoles, holandeses, franceses, ingleses y estadounidenses. Esta ventaja les permitió avanzar en las ciencias y les otorgó habilidades administrativas y comerciales que con el tiempo resultarían decisivas". Ahora bien: lo que se debe subrayar es que "los bancos y banqueros acompañaron estos cambios casi desde el principio". Op. cit., página 21.

Se sigue de ahí que si acaso hay un "servicio de interés económico general" (SIEG), en el sentido de los Arts. 14 y 106.2 del TFUE, ese no es -aunque quizá no habíamos caído en la cuenta- sino precisamente el que ahora nos ocupa. Por supuesto que sin energía (y, en concreto, sin electricidad) no se podría desarrollar ninguna industria ni tan siquiera vivir, como tampoco sin telecomunicaciones, o, como se dice ahora, comunicaciones electrónicas. Calificar todo eso como SIEG es muy atinado, porque son la infraestructura de todo lo demás. Pero los avatares de los últimos años, en España y no sólo en España, han puesto de relieve que sin sistema financiero ni tan siquiera podríamos imaginar electricidad ni teléfono. Las entidades de crédito son, para decirlo así, y nos guste reconocerlo o no, la infraestructura de la infraestructura, y en ese sentido creo que tendría que reelaborarse la noción de SIEG no ya para hacer un hueco a los Bancos, sino incluso y voltearlo todo para ponerlos en el lugar central¹⁵.

B) Pero bien sabemos que tan importante como la razón son las emociones, y sucede que las empresas de crédito, y más aún las personas físicas que los gobiernan, tienen, para decirlo de manera eufemística, muy mala reputación. Son -quitémonos la careta de la corrección política, o idiomática- tan denostados por la opinión pública como los controladores aéreos o los políticos, por poner un ejemplo extremo de malditismo social.

El dato (pues de eso tan objetivo se trata, juicios de valor de nuevo al margen) no es privativo de España ni de este momento histórico. Si hay un tipo execrable en la historia de la literatura universal ese no es sino precisamente el acreedor por excelencia, SHYLOCK, el mercader de Venecia, en cuya mente alojó SHAKESPEARE el perverso propósito de que la famosa libra de la carne del fiador, Antonio, tuviera que ser justo la de al lado del corazón. Otro ejemplo de los que todos tenemos clavado en lo más profundo es el argumento de la película "Qué bello es vivir" (*It's a wonderful life*), del año 1946, con las famosas idas y venidas entre el banquero "malo" -Henri F. Potter, encarnado por Lionel Barrymore- y el que, como George Bailey (el

¹⁵ La bibliografía sobre el concepto de SIEG resulta, aun si nos ceñimos a España, sencillamente inabarcable. Por citar sólo tres cosas: JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ, "Servicios de interés económico general", Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2009; LUIS MARÍA DIEZ-PICAZO, *Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario*, en SANTIAGO MUÑOZ MACHADO (Director), "Derecho de la regulación económica", I, "Fundamentos e instituciones de la regulación", Instel, 2010; y, dentro de las publicaciones de la AEPDA, LOURDES DE LA TORRE MARTÍNEZ, "Derecho administrativo europeo: un nuevo fundamento jurídico en materia de servicios de interés económico general", número 6, INAP, Madrid, 2012, que recoge las Ponencias de nuestro Congreso de Palma de Mallorca, de 11 y 12 de febrero de 2011.

inolvidable James Stewart), intenta, desde el *buenismo* y con toda suerte de tropiezos, desarrollar esa misma actividad. "La película que más se ha emitido en las televisiones de todo el mundo durante las fiestas navideñas", como proclama la Wikipedia.

En España las cosas son aún más claras, como lo prueba la frecuencia con la que, a la hora de insultar a alguien, le llamamos "usurero". La aversión a quienes ejercen la actividad del crédito -inicialmente, los judíos- explica muchas cosas de la Inquisición. Y, por poner otro ejemplo mucho más cercano en el tiempo, o incluso de cualquier día de estos, basta ver las pancartas de las manifestaciones antisistema, en la Puerta del Sol o donde sea: los gritos contra los banqueros no sólo recuerdan a los "pogromos" más crueles, sino que son tan consustanciales al escenario como la proclama en favor de los derechos del pueblo palestino: casi diríase que se han convertido en auténticas cláusulas de estilo en toda jornada reivindicativa, sea cual fuere el concreto pretexto que la generó.

Un odio, en verdad, que puede ser calificado, como se dice ahora, de transversal, porque va de la extrema derecha (el cristiano viejo de las ciudades castellanas del siglo XVI) al otro lado del arco, los chavales del 15-M. Un odio, en fin, que -para decirlo todo- la insaciable codicia de muchas personas que han gobernado y gobiernan algunos Bancos y sobre todo Cajas de Ahorros se ha ocupado, por si acaso hubiera hecho falta, de nutrir día a día de munición argumental.

Estas últimas referencias a lo que son emociones, o sentimientos, de la gente, pueden antojarse, por frívolas y caricaturescas, del todo impropias de la seriedad, rayana en lo soporífero, que cabe esperar de una Ponencia de un Congreso de Profesores de Derecho Administrativo. Permítaseme decir que -bromas aparte- tengo un diferendo auténticamente de raíz con ese tipo de planteamientos. La ciencia de la economía hace ya mucho tiempo que cayó en la cuenta de que el *homo economicus* guiado sólo por la razón era una entelequia - una utopía, si se quiere verlo así- e incorporó a su arsenal argumentativo los elementos que, sin llegar quizá a la estricta irracionalidad en el sentido de SCHOPENHAUER o de NIETZSCHE (o incluso llegando a ellos: los términos zoológicos forman parte de la economía, como lo prueba el hecho notorio de que, en la Bolsa de Nueva York, a los alcistas y a los bajistas se les mencione como toros y osos, respectivamente; o de que en muchas ocasiones se afirme, con razón, que los mercados se dejan llevar por la dinámica de los rebaños), sí

toman nota de que los instintos, las sensibilidades, o los estados de ánimo, incluyendo el pánico y la histeria, juegan un papel determinante en nuestras decisiones de comprar esto y no lo otro, o de hacerlo hoy o dejarlo para mañana. Al respecto es obligada la cita de DANIEL KAHNEMAN, Psicólogo, no economista, pero que en 2002, hace ya diez años, recibió con toda justicia y ante el consenso general el Premio Nobel de Economía¹⁶. El planeta de los juristas, por el contrario, sigue -seguimos- elaborando nuestros discursos al margen de todo ello, por más evidente que sea (los encendidos debates acerca de los Estatutos de Autonomía y de las Sentencias del Tribunal Constitucional al respecto son sólo un ejemplo) que también debajo de las normas, por muy frío que se nos antoje su texto, se embosca, para mucha gente, una carga emocional sin la que ninguna argumentación jurídica, por correcta o incluso brillante que pretenda ser, termina de dar en el clavo.

Pero una vez más estoy abriendo una puerta que me llevaría mucho más lejos de lo que ahora toca. Tengo que cortar (otra vez "la penitencia del escritor"). Dejemos ahí el asunto -aunque anticipemos que más tarde volveremos a los pánicos y las histerias, y también a las euforias, que son, por cierto, cosas que tienen mucho que ver con las finanzas y con las burbujas y sus estallidos- y pongamos el reflector en lo que ahora nos concierne: el análisis de la supervisión financiera desde el prisma -a mi entender, muy enriquecedor, cuando no del todo inexcusable, para el jurista que quiera enterarse del sentido de las normas que está analizando y aplicando- de la jurisprudencia de intereses.

¹⁶ KAHNEMAN, junto con su colega TVERSKY, saltaron a la primera línea del mundo académico en 1974, cuando publicaron en la revista *Science* un trabajo en el que exponían los atajos mentales, por así decir, que solemos seguir a la hora de tomar decisiones, en la vida en general y en la economía también: la tendencia a generalizar sobre la base de una evidencia insuficiente ("heurística de la representatividad"), lo cual suele producir consecuencias catastróficas si se combina con la tendencia innata al efecto de confianza; la tendencia a dar demasiada importancia a las experiencias propias, por poco representativas que sean; o, en fin, la tendencia a sobrevalorar los acontecimientos dramáticos y publicitados por encima de los hechos cotidianos ("heurística de la disponibilidad").

Recientemente se ha publicado en castellano su voluminoso libro "Pensar rápido, pensar despacio", Debate, 2012.

Como es notorio, el gran KEYNES empleó al respecto la noción de *animal spirits*, proveniente, al parecer, nada menos que del mismísimo GALENO (circa 130-200 después de Cristo). En la medicina antigua, en efecto, se decía que había tres espíritus: el *spiritus vitalis* (originado en el corazón), el *spiritus naturalis* (del hígado) y, en fin, el *spiritus animalis* (del alma, o, si se quiere decir con palabras secularizadas, del cerebro). A esto se suele referir el pensamiento económico actual en un sentido muy amplio para comprender todo lo que no se explica por la estricta racionalidad y la pura matemática. Por todos, GEORGE A. AKERLOF y J. SHILLER, "Animal spirits", versión en castellano de Ediciones Gestión 2000, Barcelona 2009.

Con todo, si queremos explicar lo que es el funcionamiento de los rebaños, nadie mejor que nuestro GRACIÁN: "Antes loco con todos que cuerdo a solas, dicen políticos. Que si todos lo son, con ninguno perderá; y si es sola la cordura, será tenida por locura: tanto importará según la corriente" (133). Y también el sabio consejo de 270: "No condenar solo lo que a muchos agrada. Algo ai bueno, pues satisface a tantos; y, aunque no se explica, se goza. La singularidad siempre es odiosa". Me refiero, como es obvio, a "Oráculo manual y arte de prudencia". Entre otras muchas ediciones, Cátedra, 2009.

IV. La actividad de las entidades de crédito y la finalidad de la supervisión: la defensa del contribuyente. El Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, y la Ley 9/2012, de 14 de noviembre

Empecemos por el principio. ¿Qué son y qué hacen los Bancos, las Cajas de Ahorros y las Cajas Rurales, como es sabido, los tres tipos -el segundo de ellos, en su fase terminal- de entidades de crédito más típicas, valga la redundancia? Cualquiera respondería de inmediato indicando que, como su propio nombre indica, están precisamente para eso: para dar *crédito* -para prestar dinero, en suma- a las empresas y a las familias. O, por supuesto, a los Gobiernos, que muy necesitados están los pobres.

La definición no es del todo incierta. Pero sin duda se queda muy corta, porque prestar dinero -prestar, no regalar- es algo que hacer otros muchos, incluso ciudadanos particulares. Cualquiera de nosotros recordará a lo largo de su vida haber tenido que pedir una ayuda en su círculo de familiares o de amigos más próximos. O, bien a la inversa, de haber acudido en socorro del hermano que, por los avatares de la vida, estaba pasando por un apuro.

Dicho de otra forma: prestar dinero no es algo que singularice a las entidades de crédito. El hecho diferencial se encuentra en otro lugar, que es previo: captar depósitos del público. El Art. 39 de la LDIEC (en la versión vigente, que es la que resulta de la Ley 21/2011) declara que, "a efectos de esta disposición, y de acuerdo con la Directiva 77/780, de 12 de diciembre, de la Comunidad Económica Europea, se entiende por entidad de crédito toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza".

Dicho con otras palabras: estas entidades, sí, dan créditos, pero sobre la base del dinero de otros, los depositantes. Que, en cuanto sus dueños que son, tienen derecho a su restitución. Para que eso sea posible, hace falta, de entrada, y aparte de lo que luego se verá, que los prestatarios -los que han recibido los créditos- estén cumpliendo sus obligaciones de devolución. Las entidades bancarias son meros intermediarios entre los depositantes

-acreedores- y los deudores y no podrán honrar sus compromisos con los primeros -no podrán ser solventes, en el sentido literal de la palabra- y si los segundos no hacen lo propio con sus deberes frente a las citadas entidades.

La supervisión bancaria es, digámoslo de nuevo, en esencia un control de riesgos: del riesgo de que los prestatarios no devuelvan un dinero que, en última instancia, es de los que, en sentido amplio, y quizá hoy no del todo exacto, conocemos como depositantes, con los cuentacorrentistas a la cabeza (en términos jurídicos, el contrato de cuenta corriente es distinto y accesorio al de depósito, pero no este es el momento de profundizar en eso). De ahí el primer punto que podemos dar por sentado: la supervisión está pensada en favor del que en ese triángulo aparece como la parte más débil, el depositante, de cuya *confianza* -algo, en última instancia, meramente emocional, y que, si se aplica a las masas, incluye también las reacciones históricas- depende todo el tinglado¹⁷. La LDIEC de 1988 -hace veinticinco años- lo explica en el inicio de su Exposición de Motivos con unas palabras que siguen mereciendo la reproducción literal:

"Numerosas experiencias internacionales y la propia española, acumuladas a lo largo de muchos años, han puesto de manifiesto la absoluta necesidad de someter (a) las entidades financieras a un régimen especial de supervisión administrativa, en general mucho más intenso que el que soporta la mayoría de los restantes sectores económicos. Estas entidades captan recursos financieros entre un público muy amplio, carente en la mayor parte de los casos de los datos y conocimientos necesarios para proceder a una evaluación propia de la solvencia de aquellas. La regulación y supervisión públicas aspiran a paliar los efectos de esa carencia, y facilitan la confianza en las entidades, una condición imprescindible para su desarrollo y buen funcionamiento, esencial no sólo para los depositantes de fondos, sino para el conjunto de la economía, dada la posición central que reúnen todas entidades en los mecanismos de pago.

¹⁷ No hará falta extenderse mucho para explicar que una institución central de las regulaciones bancarias de todos los lugares son los Fondos de Garantía de Depósitos. En España la última norma general en la materia es el Real Decreto-Ley 16/2011, de 14 de octubre.

Que en actividad crediticia todo depende de la confianza (al cabo, un *animal spirit* en el sentido que ya conocemos) es una constatación universal. Por recoger sólo una cita: “Un agricultor de la Italia medieval encontraría serias dificultades para adaptarse a las tareas agrícolas tal y como éstas se desarrollan en la Europa del siglo XXI. Frente a ello, Lorenzo de Médici, el mecenas y banquero más famoso de todo el Renacimiento, no emplearía más allá de unos pocos días en comprender y asumir la dirección de cualquiera de los megabancos con que se ha saldado la crisis de las *hipotecas subprime* en los Estados Unidos. Con toda su internacionalización y estilo aparentemente técnico e impersonal, la banca es aun hoy un negocio entre personas que depende de la palabra latina *crédito*, que significa *confianza*. Aunque algunos se inclinan a considerar la gestión bancaria como científica y gobernada por las leyes del riesgo del crédito sigue siendo esencialmente un negocio *de hombre a hombre*, que sobre todo requiere grandes dosis de habilidades personales”, con la consecuencia de que “a pesar de su tamaño y nacionalidad, los bancos se parecen entre sí más que otros negocios”. JORGE PÉREZ RAMÍREZ, op. cit., pág. 21 y 22.

Estos problemas se suelen afrontar en todas las partes articulando unos dispositivos especiales de supervisión de las instituciones. Dichos mecanismos se componen básicamente de un conjunto de normas tendentes a facilitar a la autoridad supervisora una completa información sobre la situación y evolución de las entidades financieras, y de otro conjunto de normas tendentes a limitar o prohibir aquellas prácticas u operaciones que incrementen los riesgos de insolvencia o falta de liquidez, y a reforzar los recursos propios con que pueden, en su caso, atenderse esos riesgos, evitando perjuicios para los depositantes".

Para concluir en los siguientes términos:

"Obviamente, la eficacia de las normas depende de la existencia de unas facultades coercitivas suficientes en manos de las autoridades supervisoras de las entidades financieras, cuyo desarrollo, a través de un régimen adecuado de sanciones administrativas, debe cerrar el sistema regulador".

Pero no sólo es el que el dinero que está en la mano de los prestamistas tenga otro dueño -el célebre depositante-, sino que además sucede que el factor tiempo juega de manera distinta en una y otra fase. Dejemos que sea el mismo Banco de España, con palabras ya del cercano 2009, el que lo explique:

"Las entidades de crédito son entidades fuertemente apalancadas, que captan dinero de los depositantes, a corto plazo, para prestarlo a un plazo mayor. Requieren de la confianza de los depositantes, pues una retirada masiva de depósitos hará peligrar su continuidad, aun siendo solventes"¹⁸.

Dicho de otra manera, ocurre que lo que un Banco tiene prestado suele ser a largo plazo. El ejemplo arquetípico son los deudores hipotecarios, cuyos términos cronológicos de devolución del dinero se extienden con frecuencia, según es notorio (y muchos de nosotros estamos disfrutando) a, por ejemplo, veinte años, o incluso más. Si la entidad financiera nos ha prestado el dinero para comprar la cosa es porque ha pensado que, a lo largo de ese tiempo, vamos a poder pagar las cuotas; que, caso de no ser así, el procedimiento de ejecución se desarrollará, al menos en principio, rápidamente (en los Juzgados o donde sea) y el Banco devendrá propietario del inmueble; y que, en esa hipótesis, el valor del mismo –el de remate, como dice la LEC en el Art. 670- será, como poco, el de la deuda existente a la sazón. Hay

¹⁸ "Modelo de supervisión del Banco de España", de 17 de junio de 2009, página 11.

por así decir un elemento de apuesta, o de juego, en que todo eso va a suceder así. No en vano, ha sido en la ciencia económica donde, ya desde 1944, se inició la "teoría de juegos", que, con su variante del famoso "dilema del prisionero", hoy forma parte del conocimiento común¹⁹ y las referencias al capitalismo financiero como un "casino" son legión²⁰.

Pero la experiencia, que es la madre de la ciencia, demuestra que todo eso, que sobre el papel es tan sencillo, acaba encontrándose con dificultades de toda suerte. Recuérdese que el mismísimo mercader de Venecia, pese a las poderosas razones que en principio le asistía, se quedó finalmente sin cobrar su libra de carne del corazón de Antonio, porque pesó más el argumento de que, en las labores de extracción, acabaría derramándose algo -la gota de sangre- a donde ya no alcanzaba cobertura de los acuerdos contractuales.

Más aún: en la ciencia económica es de general reconocimiento la idea de que, a tanto tiempo vista, todo es sencillamente impredecible. KEYNES, en su Teoría General (publicada, como es sabido, en 1937), sin duda bajo la influencia de lo que entonces eran los recientes desarrollos de la física cuántica, explicó que la inversión y otras muchas actividades económicas se realizan sobre la base de información que es limitada y poco fiable. “Los periodos largos son una guía engañosa para los temas de actualidad. A largo plazo estamos todos muertos”. En efecto:

"El hecho notable es la precariedad extrema de la base de conocimientos sobre la que se tienen que hacer nuestras estimaciones de posible rentabilidad (...). Si hablamos con franqueza, tenemos que nuestra base de conocimientos para calcular la rentabilidad a diez años vista de un ferrocarril, una mina de cobre, una fábrica textil, el

¹⁹ La referencia clásica sigue siendo, por supuesto, JOHN VON NEUMANN y OSKAR MORGENSTERN, "Theory of games and economic behaviour", 1944.

El "dilema del prisionero" es bien conocido: si dos personas son acusadas de haber cometido el delito, la pena (incluso la suma de ambas) será menor que la que reciba uno de ellos si él confiesa y el otro niega (mientras que si los dos confiesan ambos se ven condenados y si ninguno lo hace lo que reciben es una multa). Es el típico ejemplo de conflicto entre la racionalidad individual y la colectiva.

Cuando el valor de remate del bien se queda por debajo de la deuda (que es lo que ocurre en épocas de crisis), se genera una situación muy problemática. No sólo no hay excedente alguno (no sobran "sumas obtenidas en la subasta de inmuebles", como reza el rubro del Art. 672 de la LEC), sino que el *ejecutado* sigue debiendo cantidades. Es el problema económico (con obvias consecuencias sociales si se trata de la vivienda habitual) conocido impropriamente como "la guerra de los desahucios" –en rigor, de los lanzamientos, que es la palabra que emplean los Arts. 675 y 704 de la LEC- y que, en noviembre de 2012, ha dado lugar, como suele suceder, a que los políticos (y, previamente, ay, los jueces) no puedan resistir la tentación de *ponerse estupendos*. La referencia normativa a mencionar es, por supuesto, el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reformar la protección de los deudores hipotecarios.

²⁰ La última referencia al respecto procede de un economista vivo y joven, aunque muy conocido (y polémico): el Director del IFO de Munich, HANS WERNER SINN, "Casino Capitalismus", Econ, 2009.

fondo de comercio de una medicina patentada, un transatlántico o un edificio de la ciudad de Londres es escasa, y a veces nula".

Y ello, entre otros factores, por los componentes emocionales, los "espíritus animales" a los que se aludió más arriba. Y también porque el azar, como la propia física cuántica se había ocupado de recordar pocos años antes, forma parte de la vida. A lo primero (los factores por así decir psicológicos) se refirió KEYNES con las siguientes palabras:

"Una valoración convencional que se establece como el resultado de la psicología de masas de un gran número de ignorantes es proclive a cambiar violentamente a consecuencia de una repentina fluctuación de la opinión debido a factores que realmente no varían demasiado el posible resultado, puesto que no habrá convicciones sólidas para mantenerla estable".

Y añadía:

"El mercado estará sujeto a oleadas de optimismo y pesimismo que son irracionales y, sin embargo, en cierto sentido legítimas cuando no existe una base sólida para un cálculo razonable"²¹.

Conviene puntualizar que con ello no se alude sólo al (inevitable y siempre descontado) riesgo probabilístico. KEYNES iba más allá y pensaba en una incertidumbre por así decir intrínseca, en el sentido del gran HEISENBERG. Prueba de ello es que poco después, en el mismo año 1937, y en respuesta a sus críticos, afirmó que "como norma general, tenemos una idea de lo más imprecisa sobre las consecuencias directas de nuestros actos". Y aún indicaba lo siguiente:

"Cuando digo *conocimientos inciertos* (...) no me refiero simplemente a distinguir lo que se conoce con seguridad de lo que sólo es probable (...). Utilizo el término en el sentido de que la posibilidad de una Guerra en Europa es incierta, como lo son el precio del cobre y el tipo de interés de aquí a veinte años, o la obsolescencia de un

²¹ Cito por la versión (en inglés) de la *General Theory of Employment, Invest and Money*, Harvest/BJ, New York, 1964, páginas 149 y 152.

Ni que decir tiene que hay traducción castellana: entre otras, *Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero*, Barcelona, RBA, 2004.

La referencia a la mecánica cuántica tiene que ver, como es natural, con el "Principio de incertidumbre", formulado por el físico de la Universidad de Munich WERNER HEISENBERG en 1927: se puede medir la velocidad de una partícula o su precisión, pero no ambas cosas. Un excelente y reciente trabajo para legos es el de DAVID LINDLEY, "Incertidumbre", con el subtítulo de "Einstein, Heisenberg, Bohr y la lucha por la esencia de la ciencia", Ariel, 2010. Sobre todo, páginas 152 a 158.

nuevo invento, o la posición de los poseedores de riqueza privada en el sistema social de 1970. Sobre estas cuestiones no hay base científica sobre la que formar ninguna probabilidad calculable. No lo sabemos."

Dicho de otra manera: las entidades bancarias, cuando nos prestan un dinero a largo plazo, incluso a los que tenemos la (teórica) seguridad de contar cada mes con la nómina funcional, están apostando (casi) a ciegas, con todo lo que ello implica. Y otra cosa: por su propio interés empresarial, tratarán de prestar todo lo que puedan, con lo que, en lo que hace a la disponibilidad de liquidez -lo restante en la caja-, una cierta estrechez resulta consustancial al sistema. En las épocas de burbuja, inmobiliario o de cualquier otra estirpe, todo eso se multiplica, porque, para decirlo con las célebres palabras de CHARLES OWEN CHUCK PRINCE en su entrevista de *Financial Times* en julio de 2007, "siempre que suene la música tienes que levantarte y bailar"²².

Quiere decirse con ello que el carácter *espasmódico* del negocio bancario tiene mucho de inevitable, porque los aterrizajes suelen ser bruscos y la línea divisoria entre crisis de mera liquidez y auténtica falta de solvencia resulta muy porosa y a menudo franquearla es sólo una cuestión de tiempo. Otra vez es obligado acordarse de KEYNES: "Los mercados pueden mantenerse irracionales durante más tiempo del que uno pueda mantenerse solvente".

Dicho lo mismo pero con otras palabras: el mundo financiero, como diagnosticó un discípulo de KEYNES, el llorado HYMAN MINSKY, es -sólo puede ser- esencialmente inestable. Está llamado a funcionar alternando euforias, en las que se crea dinero, y en las que sobre todo se generaliza la creencia de que, por mal que vengan las cosas, los bienes no van a bajar de valor jamás, y pánicos -en los que el valor desaparece de la escena de un día para otro y

²² PRINCE (de profesión, por cierto, Abogado) llegó a ser el primer ejecutivo de Citibank en 2003. Poco después, y en plena "exuberancia irracional", para decirlo con las palabras que han hecho fortuna, algún directivo de dicha entidad planteó que se estaban corriendo demasiados riesgos y que había que ser más rigurosos, aunque ello significara ceder cuota de mercado a favor de unos competidores que, por supuesto, aprovecharían el hueco para crecer. Citibank desoyó esos consejos y siguió con su política expansiva, lo que tuvo como consecuencia que, desde el propio 2007 empezara a tener muchos problemas. Fue en junio de ese año cuando PRINCE, a modo de justificación de su conducta ("si el rebaño hace una cosa, lo más racional es no separarse"), pronunció esas palabras.

Con todo, la metáfora del baile y la música viene una vez más, de KEYNES: "(El mercado financiero) es, por así decir, una partida de *Snap*, de las parejas, el juego de las sillas, un pasatiempo en el que vence quien dice *Snap* ni demasiado pronto ni demasiado tarde, quien pasa la carta mala a su vecino antes de que termine su partida, quien se asegura una silla cuando la música deja de sonar. Se puede jugar con entusiasmo y diversión, aunque todos los participantes sepan que la carta mala es la que está circulando, o que cuando la música para alguno de los jugadores no encontrará un lugar para sentarse".

como por ensalmo-, con lo que ello implica de exagerar los ciclos (por sí, inevitables y quizá hasta buenos) de la propia economía y en general de todo lo que tiene que ver con el azar, incluyendo a la vida misma²³. Sobre los pánicos bancarios, por cierto, no hará falta extenderse. También aquí el cine los ha sabido recrear. Me refiero, como es obvio, a "Mary Poppins": los famosos dos peniques para comida de las palomas del hijo del Sr. Banks -precisamente así llamado- generaron la vorágine, que todo el mundo recuerda, en forma de retirada de fondos. Puestos a buscar un símil en las ciencias naturales, sería quizá el de la física de las avalanchas: y es que los pánicos bancarios, aun si en el inicio carecieran de todo fundamento, terminan siendo proféticos: si una entidad es sana pero todo el mundo se lleva su dinero de la noche a la mañana, deja de ser sana. Y otra cosa: la experiencia enseña que los mecanismos concursales ordinarios, y en última instancia la liquidación de la empresa, se aplican mal a las entidades crediticias, si es que acaso se aplican; y, cuando así sucede, las consecuencias pueden ser cataclísmicas²⁴. De ahí la figura, más arriba citada, en la que ahora no procede detenerse, de los Fondos de Garantía de Depósitos. Y de ahí también -y esa es la clave de todo- que, como esta crisis ha demostrado desde 2008, para tapan los boquetes de estas entidades ante el deterioro del valor real de sus activos (todavía sólo crediticios o, si ya tras la ejecución, directamente reales), recapitalizarlas haya sido inevitable y para ello no ha habido más solución -la paternidad de la idea fue de GORDON BROWN, a la sazón Primer Ministro del Reino Unido, pero luego se sumó todo el mundo- que echar mano del bolsillo, cómo no, del contribuyente. Ya sea el patrio o, si el dinero no le alcanza, el de la suma de toda Europa. Con lo que ello implica, de más está decirlo, sobre el endeudamiento público.

¿Qué se busca hoy con las nuevas regulaciones? Proteger a esos contribuyentes, que, junto con los depositantes, son los más indefensos. Que, cuando otra vez vengan mal dadas -que vendrán-, cada una de las entidades, y desde luego el sistema financiero en su conjunto, dispongan de sus propios fondos.

El pasado 6 de junio de 2012 -tres días antes de que España pidiera los célebres 100.000 millones para el rescate de algunas de sus infelices Cajas de Ahorros-, la Comisión Europea aprobó una "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se

²³ Su obra de referencia es "Stabilizing an unstable Economy", de la que he manejado la edición (muy posterior a la muerte de su autor en 1996) de McGraw-Hill, Nueva York, 2008.

²⁴ Es habitual indicar, con toda la razón del mundo, que ahí se embosca un estímulo a las conductas irresponsables de los directivos: uno de los famosos "incentivos perversos". En inglés se habla de "moral hazard" o (en una traducción castellana nada feliz) riesgo moral.

establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión". En su "Resumen de la evaluación de impacto", en el punto I, "Determinación del problema", se formula, con un lenguaje desolador, el siguiente balance sobre el pasado inmediato:

"Durante la crisis financiera pudo comprobarse que el sector privado apenas había constituido fondos *ex ante* (o no había constituido fondos en absoluto) para financiar medidas de resolución.

La intervención pública cuesta a los contribuyentes grandes sumas de dinero, e incluso puede poner en situación de riesgo las finanzas públicas de algunos Estados miembros. Entre octubre de 2008 y octubre de 2011, la Comisión aprobó un importe de 4,5 billones de EUR (equivalentes al 37% del PIB de la UE en 2009) para medidas de ayuda estatal destinadas a las entidades financieras, de las cuales 1,6 billones (equivalente al 13% del PIB de la UE) se utilizaron en 2008-2010. Las garantías y las medidas en materia de liquidez ascendieron a un valor de 1,2 billones EUR, aproximadamente un 9,8% del PIB de la UE. El resto, que ascendía a un total de 409.000 millones EUR (un 3,3% del PIB de la UE) se dedicó a la recapitalización y las medidas de rescate de activos. Unos compromisos presupuestarios y unos gastos de esta envergadura no son sostenibles desde el punto de vista fiscal y constituyen una carga muy pesada para las generaciones presentes y futuras. Por otra parte, la crisis, que se inició en el sector financiero, provocó una grave recesión de la economía de la UE: el PIB se contrajo en 2009 en un 4,2%, lo que equivale a 0,7 billones EUR".²⁵

Es lo que ya sabemos: si la supervisión bancaria (y la previa regulación) se puso en pie para defender al depositante, hoy tiene -en la siguiente acometida veremos con qué grado de eficacia- un segundo objetivo: hacer lo propio con el otro eslabón débil de la cadena, el contribuyente. El (teórico) pueblo soberano.

Explicando con otras palabras: echar mano de dinero público para sanear entidades de crédito es, llegado el caso, inevitable, a diferencia de lo que sucede, por poner un ejemplo tomado del mismísimo ADAM SMITH, con las famosas fábricas de alfileres. Los bancos no pueden

²⁵ El 25 de octubre de 2012 se ha hecho público en España el Informe de la CNC sobre las ayudas públicas que se dispensaron en el año 2010: el 99% (digo bien) fue para las entidades de crédito. Definitivamente, el complejo político-ladrillero-financiero ha terminado siendo, para el contribuyente español (nosotros y también nuestros hijos y nietos), letal. "El trío calavera".

La pregunta del millón está sobre la mesa: si los pisos y los suelos *tóxicos* se hubiesen expropiado en el inicio de la crisis (todos ellos y aun a precios altos), ¿nos habría costado más dinero a los españoles? Habría que hacer números, pero probablemente no.

A todo ello hay que añadir, en los últimos tiempos, las cifras ofrecidas por el acuerdo de la Comisión Europea de 28 de noviembre de 2012 aprobando los planes de reestructuración de BFA-Bankia (36.000 millones en total), NCG (10.000), Catalunya Bank (14.000) y Banco de Valencia (7.000).

dejarse caer, porque el caos puede extenderse y ellos devenir ingobernables. Pero no nos olvidemos que echar ahí el dinero de los contribuyentes es sólo un mal menor. Menor, sí, pero –zanjemos cualquier duda- un auténtico mal. Y, desde luego, cuanto más pequeña sea la cantidad, mejor para todos.

El 31 de agosto de 2012 se aprobó, como sabemos, el Real Decreto-Ley 24 de ese año. Y su Preámbulo (luego reproducido en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre) merece ser objeto de transcripción literal ahora, a saber:

“Según la ya clásica definición contenida en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas, la peculiar naturaleza de estas entidades de crédito deriva de su forma de captación de pasivos, consiste en *recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución*. La aplicación de dichos pasivos *por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza* es la otra cara de la moneda de su labor de intermediación financiera, pero no es exclusiva de las entidades de crédito, a pesar de la denominación que les es propia.

Por otro lado, las entidades de crédito tienen un papel clave en la economía, en la medida en que facilitan la circulación del crédito al resto de sectores de actividad productiva y a los ciudadanos. Este aspecto, sumado a la complejidad del sistema financiero y al hecho de que algunas entidades individualmente consideradas tienen importancia sistémica debido a su tamaño y a las relaciones que mantienen dentro del sector, exige contar con procedimientos eficaces y flexibles, que permitan garantizar la estabilidad del sistema financiero, con el menor coste posible para el conjunto de la sociedad.

Estas peculiaridades de las entidades de crédito requieren que toda medida de supervisión o de regulación de las mismas vaya ante todo encaminada a dar seguridad al público del cual la entidad capta su pasivo, y por ende a preservar la estabilidad del sistema financiero”.

La referencia al “menor coste posible para el conjunto de la sociedad” nos pone sobre la pista: el bolsillo del contribuyente, en el que se mete mano a diario y para tantísimas cosas, desde la minería del carbón hasta el club de fútbol de cada ciudad, se encuentra aquí especialmente desguarnecido. Como siempre, coartadas no faltan, aquí quizá, como ya sabemos, con un fundamento económico menos endeble que en otros casos: “(...) estas necesidades justifican que determinadas situaciones de inviabilidad transitoria de entidades de crédito deban ser superadas mediante la inyección de fondos públicos. La finalidad principal de estas

inyecciones es la salvaguarda de los ahorros y depósitos de todos aquellos clientes que, de otro modo, en caso de que estos apoyos faltaran y que debiese procederse sin más a la liquidación de la entidad de crédito, podrían perder una parte importante de su patrimonio”.

Pero eso no significa que el contribuyente, que a estas alturas de la película ya se encuentra muy esquilado, no merezca atención. Las palabras que vienen a continuación son la clave de todo:

“Una vez admitida la necesidad de apoyos financieros públicos en determinados casos, es preciso que la normativa destinada a regularlos guarde el necesario equilibrio entre la protección del cliente de la entidad de crédito y la del contribuyente, minimizando el coste que tenga que asumir el segundo con el fin de salvaguardar al primero, y sin olvidar que en la mayoría de los casos coinciden en los ciudadanos una y otra condición. El mayor equilibrio se consigue cuando los fondos públicos inyectados pueden ser recuperados en un plazo razonable por medio de los beneficios generados por la entidad apoyada.

Por todas las razones anteriores, los poderes públicos deben prestar un apoyo decidido, aunque equilibrado, a la viabilidad de las entidades de crédito, y deben regular la forma y los casos en que se produce dicho apoyo, que supone necesariamente una modulación de los principios de universalidad y de *pars conditio creditorum* que rigen los procedimientos de insolvencia”.

Y, a la hora de explicar el contenido de los distintos Capítulos del Real Decreto-Ley, y luego de la Ley, se llega al VII, cuyo contenido se explica con las siguientes palabras:

“El capítulo VII introduce disposiciones sobre las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada que aclaran la cuestión de quién debe financiar las medidas de restructuración y de resolución de una entidad bancaria. El principio del que se parte es que los accionistas y acreedores han de sufragar los gastos de restructuración o resolución, antes que los contribuyentes, en virtud de un principio evidente de responsabilidad y de asunción de riesgos”.

Luego está el cuerpo normativo propiamente dicho. El Art. 3 de ambas normas, *Objetivos de la restructuración y resolución* (en el sentido específico que tienen aquí esas palabras), menciona, sí, los que consisten en “d) Proteger a los depositantes cuyos fondos están garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito”, así como, ya con una perspectiva macroeconómica, “a) Asegurar la continuidad de aquellas actividades, servicios y operaciones cuya interrupción podría perturbar la economía o el sistema financiero

y, en particular, los servicios financieros de importancia sistémica y los sistemas de pago, compensación y liquidación”, y también “b) Evitar efectos perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero, previniendo el contagio de las dificultades de una entidad al conjunto del sistema y manteniendo la disciplina de mercado”. Pero también, y no menos importante, “c) Asegurar la utilización más eficiente de los recursos públicos, minimizando los apoyos financieros públicos que, con carácter extraordinario, puede ser necesario conceder”.

De ahí que el Art. 4, *Principios de la restructuración y resolución*, proclame en primer lugar que “a) Los accionistas, cuota partícipes o socios, según corresponda, de las entidades serán los primeros en soportar pérdidas”, y que “b) Los acreedores subordinados de las entidades soportarán, en su caso, pérdidas derivadas de la restructuración o de la resolución después de los accionistas, cuota partícipes o socios y de acuerdo con el orden de prelación establecido en la legislación concursal, con las salvedades establecidas en este real decreto-ley”.

Volvamos a las palabras de IHERING: el fin de la (nueva) regulación y supervisión de las entidades crediticias está en alzaprimar los intereses (y, por ende, derechos) de los contribuyentes.

¿Cómo? Aparte de arbitrarse nuevos instrumentos jurídicos en los términos del propio Real Decreto-Ley de 31 de agosto de 2012, y luego de la Ley de 14 de noviembre, se trata de perfeccionar (desde un punto de vista, sobre todo, cuantitativo) lo que es la clave de todo. Más arriba lo hemos explicado: que suba el capital y los demás recursos propios (lo que, en última instancia, responde de las deudas) en relación con los activos es algo que, para decirlo con palabras conocidas, es justo y necesario, es nuestro deber y salvación. Y, en lógica consecuencia, se busca que estos se encuentren debidamente valorados, lo que significa -es el famoso "saneamiento"- que las minusvalías se descuenten en la contabilidad desde ya, sin que la rebaja se demore hasta el momento, que puede no llegar nunca, de que estas nuevas "manos muertas" se arranquen en el camino de la enajenación de las cosas. A eso se dedicó, como sabemos, Basilea III, pendiente aún hoy, por cierto, de la correspondiente Directiva europea, aunque el legislador español, mediante el Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, se anticipase a adoptar las decisiones que ya conocemos: capital *principal* mínimo del 8 por 100 o incluso del 10 por 100. A lo que deben añadirse las medidas de 2012 (ya, por

tanto, con el Gobierno del PP: primero en febrero y luego en mayo) que obligan a provisionar lo correspondiente a la depreciación de los activos inmobiliarios: las cantidades medias a dotar se han incrementado del 7 al 30%, con una mayor penalización para las exposiciones para financiación de suelo o sin garantía real. El Gobernador del Banco de España, en su citada comparecencia parlamentaria de 17 de julio de 2012, tradujo esos porcentajes a cifras: "Con este nuevo esfuerzo, el sector bancario español habrá realizado, entre 2007 y 2012, saneamientos por importe superior a 200.000 millones de euros, a los cuales hay que sumar el incremento de los requerimientos de capital principal de 11.000 millones antes citado. Ello supone, de manera, un esfuerzo equivalente a más del 20% del PIB español de 2011". Casi nada: con razón nos hemos indigestado. Y el 31 de agosto de 2012 se han adoptado las decisiones que ya conocemos: 9 por 100 para todo el mundo, sin perjuicio de medidas complementarias según los casos²⁶.

¿Son suficientes los porcentajes establecidos en esas normas (un auténtico "Derecho de situación", en el sentido de CARL SCHMITT, cuando no abiertamente un "Derecho de necesidad", *Notrecht*, o incluso un auténtico "Derecho de excepción"²⁷), para poner el borrón y cuenta nueva y que la próxima vez -que la habrá: el mundo financiero, como ya se ha indicado, funciona, como el corazón de los seres humanos, con sístole y diástole- no haga falta echar mano del bolsillo del contribuyente? Para solventar toda duda desde el inicio ¿no hubiera sido mejor elevar esos porcentajes hasta, por ejemplo, el doble, el triple o el cuádruple?

Gobernar el sistema financiero significa hacer a diario eso que los anglosajones llaman un "ejercicio de calibración" (*risks assesment*: valoración de riesgos, en el sentido antes

²⁶ El tantas veces citado Real Decreto-Ley 24/2012, de esa última fecha, dio nueva redacción, mediante su Disposición Final Séptima, y como se indicó más arriba, al Art. 1 del Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero. Es en el apartado 1 donde se contiene la regla general del 9 por ciento. Pero se trata sólo de un mínimo. El apartado 3 añade que "el Banco de España podrá exigir a las entidades o grupos citados en este artículo, el cumplimiento de un nivel de capital principal superior al previsto en (el) apartado 1 si la entidad no alcanza, en el escenario más adverso de una prueba de resistencia del conjunto del sistema, el nivel de recursos propios mínimos exigido en dicha prueba y hasta el límite de dicha exigencia". La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, hace lo mismo.

A ello hay que añadir que dos entidades españolas (Santander y BBVA) están hoy entre las (veintiocho) sistémicas a nivel mundial, según dispuso el 1 de noviembre de 2012 el Consejo de Estabilidad Financiera, que es como se llama la agencia de supervisión del G-20.

²⁷ Esta última expresión es la empleada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE en su reciente trabajo "Una última amenaza para el Estado de Derecho", con el subtítulo de "La normalización del derecho de excepción en la intervención de entidades de crédito en crisis. En *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, número 32, 2012.

apuntado, o sea, determinación del nivel de riesgo que se considera asumible). Por supuesto que, si se trata de que las entidades de crédito dispongan de capital suficiente para absorber las pérdidas y hacer frente a los compromisos, dos es mejor que uno y tres mejor que dos. El problema está en que no se puede llegar al infinito, porque el capital que se dedique a eso queda ahí *enterrado* y no se puede emplear para otros propósitos. Por eso tiene que ser todo el que resulte necesario (sabiendo, se insiste, que el riesgo cero no existe), pero no más. Hay que dar con *el punto*: que nos hayamos quedado cortos en el pasado no significa que ahora no debamos tener cuidado para no pecar por exceso. Por eso digo que regular -y supervisar- consiste, sobre todo, en *calibrar*: ponderar todos los escenarios y elegir aquel que cumpla con los requerimientos esperables (aun en el escenario que pueda antojarse más crítico, o de máximo *stress*, como suele decirse), pero que, además, responda a los imperativos de la eficiencia en el manejo de algo que, como el dinero, va a ser siempre escaso. Dar, en suma, con “el punto”. Bien lo dijo (otra vez) GRACIÁN: “(NO) se han de emplear más fuerzas de las que son menester. No aya desperdicios, ni de saber, ni de valer. No echa a la presa el buen cetrero más rapiña que la que ha menester para darle caça” (Aforismo 58).

En pocas palabras: ese ejercicio de calibración -por qué precisamente 8, 9, 10, o 15 por ciento como correlación entre capital y activos; cómo se valora este último, sobre todo si es inmueble; y, en fin, por qué tal o cual activo pondera lo que en efecto pondera entre 0 y 1, y no una cifra mayor o menor- consiste en algo tan delicado y complejo como traducir una noción esencialmente huidiza, como es el riesgo (donde al final todo es imprevisible y, se quiera o no, lo que juega es el azar) al lenguaje matemático -el lenguaje de la ciencia, que diría GALILEO- que es propio de la contabilidad. Un empeño nada sencillo. **Hay que ser no ya un científico, sino, sobre todo, un auténtico artista. Todo el mundo sabe que muchos activos (inmobiliarios y no sólo) son tóxicos, en el sentido de que valen menos de lo que costaron en su día. El problema es determinar a punto fijo qué tanto tóxicos. Y no sólo mediante normas generales, sino también en su proyección a cada concreto caso. Por eso todo regulador tiene que comenzar por ser humilde y reconocer que lo mejor (aun si acaso fuese alcanzable) es enemigo de lo bueno. KEYNES: “That is better to be roughly right that precisely wrong”.**

¿Por qué digo que las matemáticas –las valoraciones, al cabo- no terminan de servir? Por dos razones. La primera es de orden general y ya la conocemos. Expliquémosla de nuevo con las palabras de un libro que ya hemos citado:

“A partir del siglo XVI, el avance intelectual en los desarrollos matemáticos trató de aplicarse a los juegos de azar y desde ahí saltaron a la medición de los riesgos empresariales, al principio a los seguros y a la banca más adelante. El deseo de convertir el comportamiento económico humano en una abstracción que pudiera ser tratada matemáticamente se convertiría a finales del siglo XX en una actividad académica casi adictiva. Pero el deseo humano de cuantificación aplicado a la vida económica y financiera tiene sus límites. La crisis financiera desatada en los primeros años del siglo XXI mostraría que no se debe depositar demasiada confianza en las matemáticas cuando la relevancia empírica, tal y como esta se entiende en las ciencias experimentales, no significa nada. Sin duda el comportamiento económico humano es una actividad fascinante, pero en las finanzas de la última parte del siglo XX se convirtió cada vez más en un juego intelectual sin atender a las consecuencias prácticas de llevarlo adelante. El sometimiento al grado de abstracción y sistematización que se reclama de las ciencias experimentales, para hacer encajar el comportamiento económico en un patrón fiable, es difícil de lograr –imposible, casi me atrevería a decir- por lo ilógico de la conducta humana y el ilimitado número de matices que tiene”²⁸.

Pero a esas razones generales, que valen tanto en la salud como en la enfermedad, se añaden, en los momentos malos, consideraciones adicionales. Porque, como se indicó al inicio, siempre hemos de recordar que retocar las cifras a la baja (o sea, *anotar* que lo que tenemos ha perdido valor, que, en contra de lo que se piensa en las épocas de burbuja, es lo que sucede en las recesiones –las “quitas”-, siendo así que, por el contrario, las deudas siguen incólumes o incluso, por los intereses, crecen) es algo a lo que todos desplegamos una tendencia institutiva a no reconocer (ya se sabe: “no estamos en crisis”, o, si acaso lo

²⁸ JORGE PÉREZ RAMÍREZ, op. cit., páginas 23 y 24. En página 462 se profundiza en la misma idea con las siguientes palabras: “Los modelos matemáticos de valoración financiera son intentos de representar, de una manera simplificada, una realidad económica y social muy compleja. La pretensión de aportar con ellos verdades científicas marcó el rumbo académico de los últimos treinta años, con un cierto deseo de ganar prestigio social ante los deslumbrantes modelos de la física y otras ciencias experimentales. Ello fue posible porque existen algunos puramente formales, entre las ciencias experimentales y las disciplinas sociales. Por ejemplo, la ecuación en derivadas parciales que Albert Einstein había formulado en 1905 sobre el *movimiento browniano* -coincidente con la *ecuación de difusión del calor* publicada por Joseph Fourier en 1812- es la misma que la utilizada en el modelo de valoración de opciones de Black-Scholes-Merton en 1973. Estas coincidencias contribuyeron a que una parte de la comunidad académica se sintiera fuerte y creara un discurso muy apoyado en protocolos y formulaciones matemáticas, pero carente de la posibilidad de recurrir a la experimentación en un laboratorio, como en el caso de la física”. A tan lúcida denuncia tendría yo que añadir que, además, cabe negar la mayor: también en las ciencias más exactas se ha terminado imponiendo la evidencia de que nada es (del todo) predecible.

estamos, vamos a salir pronto)²⁹. El tantas veces citado Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, y luego la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, dedica uno de sus preceptos de cabecera, el Art. 5, a la *valoración* de las cosas. El apartado 1 establece que “con carácter previo a la adopción de cualquier medida de reestructuración o de resolución y, en particular, a efectos de aplicación de los instrumentos previstos en este real decreto-ley, el FROB determinará el valor económico de la entidad o de los correspondientes activos y pasivos sobre la base de los informes de valoración encargados a uno o varios expertos independientes”. El apartado 2 explica que “el objetivo de la valoración será determinar el valor económico de la entidad o de los correspondientes activos y pasivos de manera que puedan reconocerse las pérdidas que pudieran derivarse de la aplicación de los instrumentos que se vayan a utilizar”, puntualizándose a continuación que “esta valoración servirá de base siempre que se conceda apoyo financiero público a una entidad”³⁰.

²⁹ Y, si hay una resistencia tan numantina a no reconocer las catástrofes cuando ya las tenemos encima, lo lógico será, cuando se diseñan los modelos, no contemplar siquiera la mera hipótesis: “La crisis financiera iniciada en 2007 se enmarca dentro del entorno de desregulación e innovación financiera iniciado a partir de la ruptura de los Acuerdos de Bretton Woods en 1971. Los nuevos productos financieros se diseñaron con la promesa de que ayudarían a los bancos a gestionar los riesgos financieros y a hacer sus actividades más eficientes. Como resultado de ello, desde los últimos años del siglo XX una buena parte de la población obtuvo financiación para consumo y compra de vivienda de una manera más fácil que en el pasado. Pero la promesa de la eficiente gestión de los riesgos de los bancos se convirtió en una ilusión. Los riesgos no habían desaparecido, y en su lugar, en muchos casos, se habían incrementado. La clave de la crisis estuvo en que los eventos que ocurrieron se habían considerado antes de la crisis como de práctica imposibilidad de ocurrencia, por lo que era difícil estimarlos sobre la base de métodos estadísticos aplicados a la economía. Los bancos confiaban unos en otros tanto porque los incumplimientos de bancos de los países occidentales eran *eventos raros* como por la creencia de que la financiación a corto plazo minimizaría el riesgo. El conocimiento, la experiencia y (el) juicio profesional habían sido superados por los modelos matemáticos de estimación de riesgos”. JORGE PÉREZ RAMÍREZ, op. cit., pág. 23.

A esos “eventos raros”, en el sentido de altamente improbables, se les suele mencionar ahora con una metáfora (a las que, por cierto, la literatura sobre economía es muy proclive, como pone de relieve la bien conocida referencia a la *mano invisible*): la del *cisne negro*. El libro de referencia al respecto es el del mismo nombre, “El cisne negro” (con el subtítulo de “El impacto de lo altamente improbable”), de NASSIM NICHOLAS TALEB, versión en castellano en Paidós, Barcelona, 2008.

³⁰ El muy reciente Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, citado al inicio, dedica su Art. 10 a los *criterios de valoración específicos para bienes inmuebles*. El apartado 2 establece que “la estimación del valor económico de un bien inmueble deberá considerar su capacidad de generar flujos de efectivo sobre la base de su uso más probable y financieramente sostenible. El uso más probable se determinará de acuerdo con su situación legal y con las condiciones de mercado, sin que necesariamente tenga que coincidir con su calificación urbanística en el momento de la valoración. Se considerará uso financieramente sostenible aquel a través del cual el bien sea capaz de generar flujos de efectivo que produzcan una rentabilidad adecuada a la inversión requerida en ese bien inmueble”. De inmediato, el apartado 3 añade que “en los bienes inmuebles propiedad de la entidad mantenidos en régimen de obtención de rentas por su alquiler, el valor económico se obtendrá a partir de las proyecciones de flujos de efectivo futuros adecuadamente descontados, considerando su nivel de ocupación en la fecha de valoración”.

Esas sociedades son en efecto los llamados “bancos malos” (*bad banks*), que no son instituciones privativas de España. Sobre la regulación en Alemania, KAI LIEBRICH y JÖRG WULFKEN, *Konzeption und Funktion einer Bad Bank*, en “Bankenaufsicht nach der Finanzmarktkrise”, citada en la Nota 2.

Ni que decir tiene que todo eso es la clave del famoso “Banco malo”, el SAREB, en el que ahora no podemos entrar, pero del que sí se debe destacar que, una vez purificado el sistema financiero con la erradicación de los políticos, intenta terminar de desarticular el otro elemento de la triple alianza nociva: la confusión –han estado, en efecto, juntos y también revueltos- de banqueros y los ladrilleros³¹.

Debe indicarse además que el 28 de noviembre de 2012 la Comisión Europea aprobó los planes de restructuración de los bancos BFA-Bankia, NCG Banco, Catalunya Banc y Banco de Valencia. En la correspondiente nota de prensa se indica que se ha establecido que dichas entidades “abandonarán las líneas de crédito a favor de promociones inmobiliarias”. A las entidades que han sido más adictos es a quienes hay que someter a las curas de intoxicación de mayor severidad. Si todas las entidades de crédito deben abstenerse en lo sucesivo de arrimarse a los ladrilleros, lo que a esas cuatro se les impone es algo muy parecido a todo un cordón sanitario, al modo de lo que sucede cuando las autoridades sanitarias tratan de lucha contra, por ejemplo, la peste porcina: la prevención por encima de todo.

Ni que decir tiene que el Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, y más tarde la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, pueden ser vistos como una verdadera confesión de la insuficiencia de las medidas, meramente cuantitativas, que se habían adoptado, en materia de provisiones (o sea, de valoraciones a la baja de los activos inmobiliarios), por las dos normas

³¹ Pero los políticos no han terminado de irse de la escena. En noviembre de 2012, como se indicó más arriba, se desató la ira popular contra los lanzamientos de los deudores hipotecarios incursos en mora y el Gobierno no tuvo más remedio que dictar el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, también ya citado, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. La Disposición Final Primera, *Fondo social de viviendas*, estipula lo siguiente: “Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario, cuando concurren en ellas las circunstancias previstas en el artículo 1 del presente real decreto-ley. Este fondo social de viviendas tendrá por objeto facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban”.

Obsérvese que tan beatífica norma se publicó en el BOE de 16 de noviembre de 2012, o sea, el mismo día que el citado Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, cuyo Art. 10, en relación con la valoración de inmuebles, establece, como acabamos de ver, justo lo contrario: que habrá de tenderse al “uso financieramente sostenible” de dichos bienes, o sea, “aquel a través del cual el bien sea capaz de generar flujos de efectivo que produzcan una rentabilidad adecuada a la inversión requerida en ese bien inmueble”.

No hará falta decir que esa “rentabilidad adecuada a la inversión”, que tira al alza, y “las rentas asumibles en función de los ingresos que (los inquilinos) perciban” –Disposición Adicional única del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre-, que fuerzan a la baja, son cosas radicalmente contradictorias. Ambas normas se publicaron, se insiste, en el mismo BOE. La política social tiene sin duda su espacio, sobre todo en épocas de tantas dificultades, pero no conviene confundirla con la regulación bancaria. Si quien así mezcla los objetivos no fuera el legislador, sino la Administración, todos diríamos que se ha producido una desviación de poder y sería objeto de la correspondiente denuncia. Faltaría más.

que lo precedieron, ambas ya del Gobierno del PP: los (sin duda, en la buena dirección, como suele decirse) Reales Decretos-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, y 21/2012, de 13 de julio, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, luego sustituido por la Ley 8/2012, de 30 de octubre, de la misma denominación.

Una última puntualización: si, en el esquema que hemos expuesto, los activos de los Bancos -lo que tienen prestado o lo que por razón de impago se han cobrado- les "consumen" capital, forma parte de la naturaleza más elemental del negocio bancario (y de la raza humana) que, para maximizar los beneficios, se intente "sacar" determinados activos del correspondiente balance -si disminuyo el divisor, recupero cociente: no hace falta ser PITÁGORAS para saberlo-, mediante su (teórica) venta a quien formalmente es ya otra entidad: el abigarrado mundo de las personas jurídicas ofrece la suficiente creatividad (no en vano es ahí donde con más frecuencia se encuentran las invocaciones jurisprudenciales al fraude de ley y al abuso de derecho) como para haber conocido, bajo el nombre inglés de *vehículos*, toda suerte de criaturas, hasta el grado de haber terminado dando lugar, en Estados Unidos, a lo que se conoce como *Shadow banking system (SBS)* o "sistema bancario en la sombra"³². Una de las circunstancias en las que el supervisor tiene que extremar su olfato de fino sabueso es a la hora de detectar ese tipo de mangas y capirotos. También ahí resulta indispensable que una buena regulación se vea aplicada por un supervisor dotado de la suficiente agudeza: de sus interlocutores -los supervisados- puede decirse aquello que "se las saben todas".

V. Accionistas y directivos: los “malditos”

Y, si los *buenos* -los héroes- son el depositante y el contribuyente, nos queda aludir, aunque sea ya de manera mucho más breve -otra vez la "penitencia del escritor"-, a los llamados a desempeñar con carácter objetivo el papel de *villanos*. En primer lugar, por supuesto, los accionistas: son ellos los llamados por las nuevas normas (también en Estados Unidos) a pagar el pato, con la consecuencia de la pérdida de valor de su inversión, sin que su nulo protagonismo en la gestión de la entidad, o incluso su ausencia de toda información, tenga efecto paliativo alguno. Moraleja: si a alguien no perito le da la ventolera de poner sus

³² Una puntualización: todos o casi todos los vehículos pertenecen al sistema bancario en la sombra, pero no sucede igual a la inversa, porque en dicho sistema, además de vehículos, hay otras muchas cosas, empezando por los *hedge funds*.

ahorrillos en renta variable, mejor que elija otro sector de la economía que no sea el bancario. Y lo mismo vale decir, aun sin llegar a ser accionista del todo, de los titulares más o menos análogos, como, en España, las famosas participaciones preferentes, de tan infausta memoria en tantos sectores, y, sobre todo, en el crediticio, en el que, queramos o no, los directores de sucursal están sometidos –como empleados del emisor y al tiempo asesores de los clientes- a un conflicto de interés verdaderamente estructural e insoluble. Casi tan grosero como el de las denostadas Agencias de Calificación (“quien es objeto de mi análisis es mi cliente”).

A las viudas y a los jubilados habría que decirles de una vez por todas que sigue siendo cierto eso de que *a mayor rentabilidad, mayor riesgo*, por mucho que les pretenda embaucar el director de su sucursal. Y, en cualquier caso, hay que tener claro que eso de ser accionista de una entidad de crédito, o titular de un valor análogo, no es algo pensado para gente con el colmillo tan poco retorcido como el suyo. Estamos ante una actividad de alto riesgo, como se desprende de todo lo que se ha dicho, y, por tanto, llamada a desempeñarse por profesionales. Que la inversión colectiva -los Fondos, compuestos, eso sí, de miles de pequeñas participaciones- vaya acaparando cada vez más cuota es lo más natural del mismo. En España y no sólo en España. Zapatero a tus zapatos ³³.

Y luego nos queda el otro *malo* de esta película: el directivo o ex-directivo de las entidades en crisis pero con el bolsillo muy lleno, y que la crisis era imprevisible y que es el objeto de las iras populares. La historia la conocemos: él invoca (no sin razón) que sus retribuciones, sobre todo si arrancan de contratos anteriores a la reforma de 2011, se acordaron por los órganos competentes y cuentan, en suma, con todas las bendiciones. Pero a quien se ha quedado sin sus ahorros ese tipo de cantinelas no sólo no le alivian, sino que le encienden aún más: la pancarta de la manifestación crece hasta convertirse ante una verdadera sábana.

³³ Otra vez resulta obligado mencionar lo acordado por la Comisión Europea el reciente 28 de noviembre de 2012 en relación con los planes de reestructuración de Bankia y las otras tres entidades en la peor de las situaciones. La nota de prensa indica que “la absorción de las pérdidas soportadas por los bancos y sus titulares de capital (acciones y capital híbrido) garantizará, junto con las medidas de reestructuración, un reparto satisfactorio de las cargas y una aportación propia adecuada a la financiación de los significativos costes de reestructuración”. Al día siguiente, 29 de noviembre de 2011, el Banco de España hizo saber que los 413.000 accionistas de Bankia “deberán asumir pérdidas muy significativas”. Ciclópeas, pudiera decirse sin exagerar. En fin, no será necesario extenderse mucho para argumentar que, si nos plegamos a los llantos de quienes suscribieron las preferentes, estaremos yendo, una vez más, contra quien, como el contribuyente, tuyo aún menos culpa en el asunto. Escuchemos, una vez más, a GRACIÁN: “Nunca por la compasión del infeliz se ha de incurrir en la desgracia del afortunado. Es desventura para unos la que suele ser ventura para otros, que no fuera uno dichoso si no fueran muchos otros desdichados” (Aforismo 163).

Pero el Derecho Administrativo -la regulación y la supervisión de entidades de crédito- no ha terminado de ponerle el cascabel a ese gato: la LDIEC estableció, sí, un sistema de sanciones personales, pero sólo ha funcionado en los casos de infracción, acompañada o no de deshonestidad, no en los supuestos de mala gestión, que ontológicamente es otra cosa³⁴. Los otros remedios, los mercantiles (la responsabilidad personal de los administradores, que en efecto está genéricamente proclamada), tampoco han demostrado que sirvan. La consecuencia es que la ira popular -la búsqueda del chivo expiatorio, que es una receta muy antigua-, que en la sociedad de Twitter es mucho más incontenible que cuando los pogromos contra los judíos, ha ido a fluir por el único cauce que queda, el establecido para cuando se atascan los ordinarios: el de la justicia penal. Es, *mutatis mutandi*, lo que ha sucedido con la disciplina urbanística o con tantas otras manifestaciones de ineficacia de la Administración o de nuestros ínclitos jueces civiles y mercantiles. Sin que la experiencia esté demostrando, dicho sea de paso, que los órganos judiciales penales -pirotecnia mediática al margen- cumplan medianamente bien la función de lo que, en la terminología futbolística de hacer unos años, se llamaba el "defensa escoba". Y aquí todo hace pensar que va a suceder lo mismo, porque, queramos o no reconocerlo, y sin exonerar a nadie de sus culpas individuales, que a veces han sido muy graves, lo cierto es que en el *casino* de la burbuja inmobiliaria nos hemos beneficiado (de forma más o menos y en uno u otro grado, por supuesto), todos y cada uno de los españoles: recordemos que en las épocas de la burbuja a los probos funcionarios -no contaminados por el vil metal- se nos subían los sueldos sin mayor problema, o al menos nadie discutía que se actualizaran con el IPC de cada año.

No sé si con aquella música hemos terminado saliendo todos a la pista de baile, pero sin duda la prosperidad (aparente, pero en aquel entonces contante y sonante) que trajo aquella melodía acabó permeando, antes o después, a toda la sociedad. Con la rueda del ladrillo (y -ojo- del denostado cemento: tampoco nos olvidemos de las obras públicas) giró todo el cuerpo social, y no sólo el político, sin excepciones, ni geográficas ni ideológicas.

VI. Puntualizaciones sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas

³⁴ FERNANDO GONZÁLEZ BOTIJA, "La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de los cargos de Administración y Dirección por infracción a la Ley 26/1988, de 29 (de) julio, e disciplina e intervención de las entidades de crédito", en *Administración y Justicia, un análisis jurisprudencial*, el *Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández*, Civitas Thomson Reuters, 2012, tomo I, página 1285 y siguientes.

Sólo queda por preguntarse algo que, cuando se analiza cualquier potestad que sigue en manos de la Administración estatal, aunque sea a través de una entidad diferenciada y dotada de independencia, resulta inevitable: ¿qué avatares ha tenido y en qué situación se encuentra el acoso al que inevitablemente está siendo sometido, tanto desde abajo -las CCAA- como desde arriba, o sea, la Unión Europea?

Sobre lo primero -las competencias de las CCAA para la supervisión de algunas entidades de crédito, sobre todo las Cajas de Ahorro- contamos con muchísimos datos normativos (empezando, por supuesto, por los Estatutos), jurisprudenciales (las innumerables Sentencias del Tribunal Constitucional, ya tengan su objeto inmediato en esos mismos Estatutos o en otras disposiciones, así estatales o territoriales) y, por supuesto, doctrinales, empezando por el trabajo de GASPAR ARIÑO ORTIZ que se mencionó al inicio. No procede ahora entrar en la letra pequeña, que, además, resulta en este extremo particularmente tediosa. Tan sólo ha de bastar poner sobre la mesa que los Estatutos, ya los de primera generación y con más énfasis los de la legislatura 2004-2008, pretendieron la interiorización autonómica de esas entidades con carácter absoluto, o sea, tanto en lo que hace a la organización -literalmente, metiéndose dentro, aunque fuera a martillazos- como en lo que concierne a la vigilancia: se trataba, en suma, de conseguir eso tan maravilloso como ser al mismo tiempo supervisado y supervisor: examinarse a uno mismo. Así aprueba cualquiera.

Lo primero se terminó cumpliendo antes o después y de manera más o menos intensa (a veces, incluso grosera). Pero, quizá por eso mismo, lo otro -lo que ahora nos concierne- se quedó en el Banco de España. Que, eso sí, se vio sin duda torpedeado a diario por presiones políticas de todo signo. Los políticos de cada lugar consideraban a su Caja, o a sus Cajas, como cosa verdaderamente propia y no admitían nada que se pudiera interpretar como una injerencia en lo que ellos consideraban poco menos que un santuario inviolable: el “cortijo” del que se habló más arriba.

El juego ha durado bastante -aproximadamente veinticinco años- y ha tenido el final, nada feliz, que ya conocemos y al que también se aludió al inicio de este trabajo. Los preceptos de los Estatutos que hablaban de sus competencias (“exclusivas” e incluso blindadas) con objeto en las Cajas con sede en su territorio han acabado quedando, en muchas ocasiones, sin

substrato material, porque ha habido fusiones interregionales -con la escala efímera de los fantasmales SIP o "fusiones frías"- o, pura y simplemente, porque lo que ha terminado sucediendo es que la Entidad ha devenido, incluso en lo formal, un Banco, a veces además con el capital cotizando en la Bolsa. Si me abstengo de poner ejemplos es porque hay tantos que quedarme en uno solo, o en un par de ellos, podría interpretarse como un acto de discriminación. Y además todo el mundo conoce nombres y apellidos de personas que estuvieron especialmente cerca de las causas más concretas que dieron lugar a las calamidades que hemos sufrido (y pagado) los españoles a ese respecto.

VII. Europa: Vuelva usted mañana

En cuanto a la Unión Europea, sólo puedo recordar ahora que el asunto es sin duda muy importante, pero que, como en tantos otros extremos relativos a la integración continental, todo sigue estando muy abierto. Las normas sobre la Autoridad Bancaria Europea que menciona IZQUIERDO en el trabajo que se ha citado son sólo de 2009, pero, dado lo intenso de la historia financiera de los últimos años, hoy nos suenan a algo tan remoto como el mismísimo Código de HAMMURABI. De “Unión bancaria” como tal (o sea, con un único supervisor y, como es obvio, y con carácter previo, un único regulador) se habló por primera vez en el Consejo Europeo de 29 de junio de 2012, en directa relación, por cierto, con el rescate de las entidades financieras españolas. Ya sabemos sin embargo que en octubre se cayó en la cuenta, como suele suceder en las cumbres continentales, que el 1 de enero de 2013 estaba demasiado cerca y se pronunció la amarga receta que MARIANO JOSÉ DE LARRA empleó para definir lo que siempre pasaba en España (“Vuelva usted mañana”) y que, al parecer, ha acabado cundiendo también al norte de los Pirineos. Y, ¡ay!, de los Alpes. El mal ejemplo ha terminado por expandirse. Europa es, sí, la solución, pero, vive el cielo, se hace esperar tanto como el mismísimo GODOT³⁵.

Sólo quiero añadir que Bruselas ha optado (quizá porque *a la fuerza ahorcan*) por dar prioridad a los remedios individuales, o sea, país por país. Cuando digo eso, estoy pensando,

³⁵ Por supuesto que no desprecio la importancia de los acuerdos del Consejo Europeo de 14 de diciembre de 2012. Pero sabemos que todo queda deferido a marzo de 2014 y que para entonces habrán de estar aprobadas dos normas que hoy son meras propuestas: a) El “que modifica el Reglamento (UE) nº 1039/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea)” y b) El “que atribuye funciones específicas al Banco Central Europeo en lo que respecta a las medidas relativas a la supervisión prudencial de las entidades de crédito”.

por supuesto, en España: el Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, así como la posterior Ley 9/2012, de 14 de noviembre, son, como el Memorandum de Entendimiento de junio, la avanzadilla, por así decir, de las normas generales que, con uno u otro ritmo, y en desarrollo de Basilea III, acabarán aprobándose como marco de la Unión bancaria. Las terapias de choque hay que testarlas antes de lanzarlas “a la ciudad y al mundo”, *urbi et orbe*, y a nosotros nos ha tocado (¿por qué será?) el nada brillante papel de “conejiillo de Indias”.

VIII. Final

Termino ya este repaso por la supervisión bancaria española desde la perspectiva de la jurisprudencia de intereses, especialmente idónea, en efecto, para analizar las averías que merecen ser calificadas de gruesas. Allí donde el análisis ceñido a lo puramente jurídico-formal (que si la Ley, que si el Decreto, que si detalle arriba detalle abajo) se revela especialmente pobre e insuficiente.

Bajo la pregunta inicial se emboscaba, en realidad, y como se dijo, otra cosa: una auténtica denuncia. ¿por qué ha fallado de manera tan estrepitosa la supervisión de las entidades de crédito, con las cataclísmicas consecuencias que de ahí se han generado para los contribuyentes?

No niego, por supuesto, la existencia de causas por así decir privativamente nuestras, o sea, *castizas*. La mezcla de ladrillo y Estado de las Autonomías (con las Cajas de Ahorros como coagulante) nos dio a todos muchas satisfacciones durante varias décadas –sin discriminación, insisto, de territorios ni de colores políticos-, pero, al cabo, se ha mostrado, en efecto, letal, porque era sólo una droga, o, si se prefiere decir así, una apariencia: vistas las cosas con ojos de hoy, cuando la prima de riesgo hubiera debido estar especialmente alta era precisamente en las épocas del esplendor de la burbuja. Y, lo que es peor, la búsqueda de responsabilidades individuales (sin que esto signifique, por supuesto, exonerar de sus culpas a quienes las tengan) no va a resultar sencilla si es que por ventura se quiere actuar de verdad con justicia. Con minúscula, que es la buena.

Pero, aunque sea un pobre consuelo, quiero dejar dicho que en la catástrofe también han concurrido causas universales, así en el tiempo como en el espacio. SCHUMPETER, al hilo

de la “destrucción creativa”, explicó que en el capitalismo los elementos de crisis –a modo de *efectos colaterales* del progreso- son del todo estructurales. Y habría que añadir que, en el mundo financiero, que sólo sabe funcionar a espasmos, cuando no abiertamente con histerias (histerias eufóricas e histerias depresivas, que de los dos tipos las hay), debemos aceptar, aunque nos cueste, que los problemas que hoy tenemos estaban poco menos que cantados³⁶. Con eso no quiero decir, por supuesto, que en esta materia no haga falta una regulación exigente y una supervisión aún más puntillosa. Antes al contrario, como creo haber explicado con todo tipo de razones y de ejemplos. Pero, por lo que también he indicado (empezando por el hecho de que las matemáticas tampoco son una ciencia exacta: si los juristas, estupefactos ante la imprevisibilidad de las decisiones judiciales, nos queremos consolar, ahí tenemos, por cierto, un clavo ardiendo al que agarrarnos), resulta igualmente indiscutible, a mi juicio, que aun la mejor de las supervisiones bancarias sólo va a servir como mero paliativo.

Concluyo con una cita de autoridad: nada menos que WALTER BAGEHOT, el gran iuspublicista de la era victoriana, cuyo libro clásico *La Constitución inglesa*, ha visto la luz, en el reciente 2010, y merced al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en una cuidadísima versión castellana. Pero el mismo BAGEHOT, entre 1870 y 1873, estudió también el sistema financiero británico de su tiempo, dando lugar un libro que lleva el nombre, *Lombard Street*, de la calle londinense que se llama así precisamente en favor de quienes, provenientes del Norte de Italia, importaron las técnicas crediticias a orillas del Támesis³⁷. Y es en dos ideas de ese libro en donde me quiero fijar. La una aparece nada más empezar, en página 29, y es, por así decir, una receta contra los pensamientos demasiado abstractos: “Me aventuro a llamar a este ensayo *Lombard Street* y no el *mercado monetario*, o cualquier otro título por el estilo, porque deseo ocuparme de realidades concretas, y mostrar que esa es mi intención”.

Lo otro se encuentra justo al final (páginas 202 y 203). El maestro se ocupa de la pieza esencial de la regulación bancaria de aquella circunstancia (la reserva obligatoria –y única- en el Banco de Inglaterra, del que por cierto debe destacarse que siguió siendo una entidad privada hasta 1946) y, luego de exponer otras alternativas, termina con las siguientes frases

³⁶ No falta quien incluso ve ahí ventajas. Otra vez es de cita obligada el “Oráculo” del maestro GRACIÁN: “Continuada felicidad fue siempre sospechosa: más segura es la interpolada, y que tenga algo de agridulce, aun para la fruición” (Aforismo 38).

³⁷ “Lombard Street”, con el subtítulo “Una descripción del mercado de dinero”. La edición española es de Marcial Pons, Madrid, 2012.

que suenan a resignadas y lapidarias: “(...) no hay nada que se pueda hacer salvo sacar el máximo provecho de nuestro sistema bancario, y hacerlo funcionar de la mejor forma posible. Sólo podemos usar paliativos, y el asunto es conseguir el mejor paliativo que podamos. Me he esforzado por mostrar por qué me parece que los paliativos que han propuesto son los mejores que tenemos a nuestra disposición”. Y, tras exponer lo que a la sazón existía en Francia y en Estados Unidos, se reafirmaba en que tampoco allí se encontraban soluciones mágicas y perfectas: “Por lo tanto, creo que tenemos que recurrir a paliativos débiles y humildes como los que he sugerido. Con buen sentido, juicio y cuidado, no tengo duda de que pueden ser suficientes. Pero habrá que decir ahora que el problema es delicado, que la solución es diversa y difícil, y que el resultado es inestimable para todos nosotros”

ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ

9 de enero de 2013