



Algunas consideraciones sobre la eficacia jurídica de la supervisión bancaria

JULIA NARBÓN FERNÁNDEZ

Investigadora predoctoral de Derecho Administrativo
Universitat de València

SUMARIO

I. Introducción	3
II. La jurisprudencia del Tribunal Supremo:	5
1. La responsabilidad patrimonial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo	5
2. La doctrina del Tribunal Supremo en la responsabilidad patrimonial en la Supervisión:	6
2.1. <i>No ha habido ningún incumplimiento por parte del supervisor en sus obligaciones, por lo tanto, no existe daño antijurídico</i>	6
2.2. <i>Se rompe el nexo causal: el daño se habría producido, aunque los supervisores hubiesen actuado</i>	7
III. Análisis crítico	10
IV. Conclusiones	13
Bibliografía	14

I. Introducción

La eficacia del derecho -y las normas que lo conforman-, como advertía Kelsen, consiste en que los hombres sean llevados a observar la conducta prescrita, gracias a la representación de la norma. De este modo, la connotación que se le da al término eficacia es que la conducta real de los hombres se ajusta a lo establecido en las normas, y al hecho de que, en caso contrario, los órganos del Estado aplican las sanciones previstas para tal hipótesis.

Dicho de otro modo, las normas son efectivas cuando se cumple con el propósito por el que fueron aprobadas. Así, por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 6/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, que regula en el Título V el régimen sancionador, y en concreto, las sanciones administrativas por superar los límites de velocidad en los artículos 80 y 81, se entenderá eficaz si se cumple con el objetivo previsto, que no es otro que la moderación de la velocidad en la carretera; en caso contrario, la norma sería ineficaz jurídicamente.

Lo mismo sucede cuando las normas van dirigidas a la Administración: éstas se entenderán eficientes si cumplen con su propósito. En este sentido, la responsabilidad patrimonial es una institución reconocida en el artículo 106 CE, que obliga a la Administración a tener un nivel óptimo de precaución en su actuación y a cumplir con las obligaciones impuestas por las normas, so pena de responder por los daños antijurídicos producidos (por acción u omisión).

Dentro de las amplias potestades con las que cuenta la Administración pública en el ámbito de la economía, se encuentra la supervisión bancaria. En efecto, existen determinadas Administraciones independientes, como el Banco de España y la Comisión Nacional del mercado de Valores (CNMV), -que cuentan con unas potestades de supervisión sobre las entidades financieras para garantizar la solvencia de éstas, el cumplimiento de las normas de conducta, y defensa de los intereses generales, así como garantizar la protección de los inversores.

Estos órganos son entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia y quedan sometidos al Derecho público en el ejercicio de sus funciones públicas (art. 1.1 LABE, art.16); por lo tanto, quedan sometidos a lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En lo que ahora nos interesa, quedan sujetos al Derecho Administrativo los actos en los que el Banco de España ejerza competencias supervisoras (art. 1.2 LABE en relación con el art. 7.6 LABE), sancionadoras (art. 19 LDIEC) o normativas. Lo mismo sucede con los actos de supervisión, inspección y sanción de la CNMV (art. 16TRLMV en relación con el artículo 17TRLMV).

Sin embargo, la responsabilidad patrimonial de estos entes supervisores se ve menguado por el amplio margen de apreciación para decidir.

Precisamente, esta libertad en su actuación se justifica para garantizar el interés general sin obstáculos excesivos que no harían más que demorar su actuación. No obstante, parece haberse traducido en una irresponsabilidad en su actuación: basta con demostrar un cumplimiento formal en su función de supervisión para entender que las entidades supervisoras han cumplido y no existe responsabilidad.

En este sentido, todas las sentencias del Tribunal Supremo han fallado desestimando las pretensiones de responsabilidad patrimonial por los daños causados ante el incumplimiento de los reguladores de sus actividades de supervisión, inspección y sanción. Los motivos son siempre los mismos: o bien no se ha incumplido obligación alguna, o bien se rompe el nexo causal, ya que, el daño se hubiese producido igualmente.

Esta laxitud del Tribunal Supremo en la responsabilidad de los órganos reguladores puede suponer en la práctica, la ineficacia jurídica de dicha supervisión al no cumplir con la finalidad de estas normas que no es otra que garantizar el buen funcionamiento del sistema financiero, la transparencia y la protección de los inversores.

En el siguiente trabajo, tras exponer la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la responsabilidad patrimonial en la supervisión bancaria, analizaremos los problemas que ello plantea para garantizar la eficacia jurídica de sus normas.

II. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

1. *La responsabilidad patrimonial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

No existe ninguna norma de Derecho positivo que excluya la aplicación de las reglas generales de responsabilidad en el caso de supervisión de las entidades reguladoras. Por lo tanto, se aplican las reglas generales de responsabilidad patrimonial recogida en los artículos 34 y ss. de la ley 39/2015, de 1 de octubre.

La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos viene proclamada por el artículo 106.2 de la Constitución en cuanto establece que "los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes, y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos" al amparo del principio de responsabilidad de los poderes públicos ex artículo 9.3 CE.

Este precepto es desarrollado en los artículos 34 y siguientes de la ley 39/2015, donde se recogen los requisitos que deben cumplirse para reconocer el derecho a ser indemnizado:

Como sabemos, la responsabilidad se produce como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración que implique:

- Daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o grupo de personas
- Que la lesión constituya un perjuicio antijurídico, en el sentido de que no se tenga el deber jurídico de soportar,
- Que exista una relación de causalidad entre el daño producido y la actividad u omisión de la Administración.
- Ausencia de fuerza mayor.

En definitiva, de lo visto hasta ahora: basta que haya un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente, e individualizado respecto de una persona o grupo de personas, para que surja la obligación de indemnizar, sin que se requiera otro requisito que la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto originario del daño. Como elemento básico, que éste no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

2. La doctrina del Tribunal Supremo en la responsabilidad patrimonial en la Supervisión

El Tribunal Supremo ha desestimado todas las pretensiones de responsabilidad patrimonial en la actividad supervisora por dos motivos:

2.1. No ha habido ningún incumplimiento por parte del supervisor en sus obligaciones, por lo tanto, no existe daño antijurídico

En la supervisión bancaria, la mayoría de supuestos de responsabilidad son por omisión, que supone que sólo existe un derecho a ser indemnizado por funcionamiento anormal, pues se exige el incumplimiento de una obligación, y ese incumplimiento representa un comportamiento contrario a la ley, y por tanto, antijurídico. Sin embargo, el TS entiende que los supervisores no han incumplido ninguna y excluyen la responsabilidad del regulador por haber actuado en el "ejercicio ponderado y razonable" de sus facultades.

Este argumento fue utilizado en la sentencia 121/2009, caso GESCARTERA, donde los recurrentes consideraban que hubo omisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en el ejercicio de sus funciones de vigilancia e intervención, pues, si bien la CNMV sí actuó e intervino, lo hizo tardíamente a juicio de los demandantes, cuando la situación era irreversible. Con ello, se entendió que se incumplía su obligación de actuar preventivamente para proteger a los inversores.

En realidad, los recurrentes reconocen que sí hubo una vigilancia especial por parte de la CNMV, al haber detectado incumplimientos a la hora de contabilizar las operaciones, e irregularidades puesto que sabía que no registraba a nombre de sus clientes los valores adquiridos por los mismos, ni informaba de la actividad de gestión de carteras. Sin embargo, consideran que la CNMV omitió la adopción de medidas cautelares, limitándose a requerir a la agencia el cumplimiento de las normas de disciplina de mercado, no tomando la medida cautelar de intervención hasta la reunión de su Consejo el 14 de junio de 2001.

El Tribunal Supremo, en cambio, entendió que no había incumplimiento por parte de la CNMV. En este sentido, advierte que:

Dicha facultad de intervención se configura como una medida verdaderamente extraordinaria, que sólo puede y debe adoptarse cuando la entidad se encuentre en la situación excepcional que se describe en el precepto, a cuyo efecto la CNMV, como órgano competente, goza del margen de apreciación necesario para evaluar las circunstancias del caso de acuerdo con su experiencia y conocimientos técnicos, ponderando la conveniencia y oportunidad de llevar a cabo aquellas actuaciones que aconseja el prudente ejercicio de una facultad de incidencia tan importante en el mercado de valores como es la intervención de una empresa operadora, de manera que el art. 31 de la LDIEC "sólo impone un deber jurídico de intervenir a la CNMV en aquellos casos en que sea absolutamente evidente que no cabe adoptar otra medida alternativa".

En este caso, el TS concluye que la actuación de la CNMV sobre GESCARTERA se mantuvo de manera constante desde 1995, llevando a cabo sucesivas visitas de inspección y subsiguientes requerimientos, y finalmente con la intervención el 14 de junio de 2001.

En definitiva, el TS afirma que la responsabilidad del órgano de control ha de ponerse en relación con un ejercicio ponderado y razonable de dichas facultades, para lo que ha de tenerse en cuenta, además de la actitud e intervención de los distintos operadores, la naturaleza de las mismas y su incidencia en el funcionamiento del mercado, así como los intereses de los inversores, que trata de proteger, y que pueden exigir y justificar una valoración del riesgo que el ejercicio de dichas facultades pueda representar para el mercado y los perjuicios desproporcionados que pueda representar para los intereses de los distintos afectados y todo ello en congruencia con el criterio general en relación con supuestos en los que se invoca la inactividad de la Administración, en el sentido que no resulta exigible una conducta exorbitante, siendo una razonable utilización de los medios disponibles en garantía de los riesgos relacionados con el servicio, lo que en términos de prevención y desarrollo del servicio se traduce en una prestación razonable y adecuada a las circunstancias como el tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, estado de la técnica, capacidad de acceso, distribución de recursos, en definitiva lo que se viene considerando un funcionamiento estándar del servicio.

Con ello, se concluye que sí existe un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, pero éste no era antijurídico, es decir, existía un deber jurídico de soportarlo porque la Administración cumplió con su obligación de supervisión.

En el mismo sentido, la STS 2396/2008, de 16 de mayo, asunto de AVA, en la que se exigía una indemnización por las pérdidas patrimoniales sufridas debido a que los valores que AVA había adquirido para los inversores se hallaban pignorados, por lo que no pudieron entrar en la masa de la suspensión de pagos de la citada entidad. En esta sentencia, aunque finalmente tiene un fallo desestimatorio por ruptura del nexo causal, se manifiesta que "Las potestades de inspección sólo habilitan a la Administración para investigar hechos, sin que ello comporte automáticamente que la Administración pueda hacer uso de cualesquiera instrumentos que repunte útiles para esclarecer los hechos" y "la actividad de inspección se encuentra circunscrita a los documentos que los operadores bursátiles pongan a su disposición, pudiendo ejercer potestades sancionadoras en caso de ocultación u obstrucción, pero no ostentando facultades compulsivas en la recabación de datos".

2.2. Se rompe el nexo causa: el daño se hubiese producido aunque los supervisores hubiesen actuado.

Para la determinación del nexo causal, el Tribunal Supremo diferencia entre los casos de acción de la Administración y los de omisión de ésta. Cuando se trata de una acción basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquélla.

En cambio, la determinación del nexo causal se complica, puesto que, ya no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad, porque siempre se da esa conexión y esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Para exigir una responsabilidad por omisión es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar (SSTS 2574/2014, de 17 de junio y 861/2012, de 21 de febrero de 2012).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 4496/2012 de 3 de julio de 2012, CASO FORUM FILATÉLICO, insiste en dicha jurisprudencia a propósito de la conducta omisiva sobre la actividad supervisora -en concreto, la defectuosa supervisión de la actuación de la entidad- y alude al deber jurídico de actuar en un concreto y determinado asunto a fin de poder establecer el criterio de causalidad adecuada entre la acción, en este caso omisión. La indicada sentencia dice así: "Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar. Pues bien, respecto de la existencia de esa obligación o deber legal de dictar una norma reglamentaria, únicamente es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación "no de una mera habilitación".

También podemos destacar la STS 343/2015, de 6 de febrero, en la que se analizó la posible responsabilidad patrimonial de la CNMV por la descapitalización de la entidad LA SEDA DE BARCELONA, con los perjuicios que de ello se les derivaron como accionistas, sin que se ejerciera por la CNMV la potestad sancionadora correspondiente. El TS entendió descartada la concurrencia de nexo causal, por considerar que no podía aceptarse que la descapitalización de la Seda de Barcelona hubiera traído su causa en una omisión de las funciones de la CNMV o del ICAC.

En efecto, se afirma que la intervención de la CNMV es posible cuando los hechos sean puestos en su conocimiento, y que no se vio una valoración irracional o arbitraria de la prueba que se hubiera puesto en conocimiento de la CNMV o ICAC, determinadas actuaciones generadoras de una omisión en sus funciones, que fuera determinante de la descapitalización producida.

El TS concluyó que el resultado lesivo venía determinado por la descapitalización de la entidad por los administradores de la misma; que eran éstos -los administradores- y no otros los hechos causantes de la lesión patrimonial.

Esta sentencia aplica la misma argumentación dada en la antes mencionada STS 2396/2008, caso AVA. En este caso, se reconoce que la CNMV violó el deber jurídico que deriva del art. 89 LMV al no poner en conocimiento del público la información de la doble prenda de determinados valores -información que era esencial- tan pronto como tuvo conocimiento, que fue el 25 de noviembre de 1997.

Posteriormente, con fecha de 9 de diciembre de 1997, la CNMV sí instó a AVA a que pusiese en conocimiento de sus clientes la mencionada circunstancia, pero ya habían pasado más de dos semanas desde que se tuvo conocimiento de la pignoración. Además, cuando AVA finalmente atendió al requerimiento, la CNMV no procedió por sí misma a hacer pública la información, como prevé el art. 89 LMV.

Sin embargo, el TS entendió, al igual que la sentencia recurrida, que no concurre el requisito relativo al nexo de causalidad entre la omisión y la pérdida patrimonial sufrida por los recurrentes, pues el 25 de noviembre de 1997 –que es cuando la CNMV tuvo conocimiento de los hechos- los valores ya estaban pignorados y los recurrentes no habrían podido hacer nada para evitar las consecuencias.

En definitiva, en este supuesto el Tribunal reconoció que: se daba el primer requisito, existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; el segundo requisito, que se había sufrido un daño antijurídico por el funcionamiento anormal de la Administración al no cumplir con una de sus obligaciones; sin embargo, entendió que no se cumplía el tercer requisito -la relación de causalidad- ya que la pérdida patrimonial de los accionistas se hubiese producido de igual modo. En el caso de las preferentes emitidas por numerosas cajas de ahorro en el caso Bankia, donde las entidades bancarias ofrecieron las acciones preferentes a los inversores, muchos de ellos inexpertos, dando a entender que se trataba de renta fija cuando no lo era, se ha entendido que no hay responsabilidad patrimonial por incumplimiento del deber de supervisión y que la CNMV autorizó la OPA (Oferta Pública de Adquisición) de buena fe, confiando en la información depositada.

En el Dictamen del Consejo de Estado 1059/2014 (Economía y Competitividad) se afirma que no existe nexo causal entre la actuación de la CNMV y el daño ocasionado porque la CNMV actuó conforme a la normativa. En el dictamen se determina que la CNMV desplegó una actividad comprobatoria del cumplimiento de todos los requisitos que en los procesos de salida a bolsa de una entidad establece la legislación del mercado de valores; en concreto dice que "La CNMV acordó exonerar, en virtud de lo previsto en el artículo 12.2.c) del Real Decreto 1310/2005 a Bankia de la obligación de aportar las cuentas anuales auditadas correspondientes a los ejercicios 2008, 2009, 2010 prevista en el apartado 12.1 del citado Real Decreto, a solicitud de la entidad y al entender que los inversores disponían en el folleto informativo de la información necesaria para formarse un juicio fundado sobre el emisor y sobre los valores objeto de la oferta".

La función de supervisión se limita, con ello, a una función de control administrativo del cumplimiento de una serie de requisitos legalmente previstos y de carácter formal y que llegue la información suficiente a los inversores que les permita formarse un juicio sobre la compañía; y que esta información descansa en la proporcionada por el propio emisor y administradores, y en la revisión que efectúan los auditores independientes y las entidades de procedencia, como el Banco de España, los inversores institucionales (principales agentes del mercado) o las agencias de calificación, que en este caso consideraron que la situación de la compañía era la adecuada para su salida a bolsa, "proceso que fue analizado por la CNMV a la luz de los requisitos legales establecidos al efecto de que los inversores dispusiesen de una información suficiente para adoptar una decisión racional en cuanto a su inversión".

III. Análisis crítico

Lo que caracteriza la actuación de los reguladores (Banco de España o la CNMV) es la discrecionalidad. Estos órganos poseen un amplio margen en su actuación para cumplir con las funciones encomendadas, que son principalmente, la solvencia del mercado y la protección de los inversores.

Para garantizar esa libertad de actuación, las normas en las que se recogen sus obligaciones de supervisión, control, sanción y en su caso, intervención, son muy laxas y genéricas. No se establecen obligaciones concretas, y su contenido es de mera habilitación para que los órganos puedan decidir su actuación según las circunstancias.

El problema que se plantea, como hemos visto en el apartado anterior, es que, con base en la jurisprudencia del **TS**, es muy difícil determinar la responsabilidad patrimonial de los órganos supervisores, ya que es suficiente que no haya un incumplimiento de una obligación normativa expresa para eximir a la Administración de responsabilidad patrimonial. Efectivamente, el Tribunal Supremo entiende que para que exista obligación de indemnizar tiene que haber un incumplimiento de una obligación "no de mera habilitación"; algo difícil de determinar al no existir obligaciones concretas a estos órganos sino una "obligación genérica" de supervisión y control, concediendo para ello un conjunto de facultades para cumplir con esa "obligación genérica".

La consecuencia en la práctica es la irresponsabilidad de los órganos supervisores, por la dificultad para determinar un incumplimiento en su actuación o que ese incumplimiento sea la consecuencia del daño ocasionado.

Además, se entiende que no incurren en responsabilidad si ejercen sus funciones y potestades de forma razonable, y parece que la actuación es siempre razonable salvo casos de arbitrariedad o manifiesta ilegalidad, siempre que exista un cumplimiento formal de la supervisión.

A nuestro juicio, podría resultar más efectivo si se añadiesen matices de carácter subjetivo en la responsabilidad y que no se les exija un resultado concreto, que sería imposible, pero sí una obligación de medios: Si bien es cierto que no

puede exigirse que estas entidades supervisoras garanticen que los clientes no sufran pérdidas económicas por decisiones ilegales o imprudentes de los entes reguladores, si se les ha de exigir un resultado de medios, es decir, el obligado debe poner los medios para alcanzar ciertos fines atendiendo precisamente a la finalidad de la normativa, pero sólo y nada menos que eso.

Un ejemplo lo tenemos en el ámbito sanitario, donde se modula el carácter objetivo de la responsabilidad e introduce elementos de subjetividad que desnaturalizan el instituto de la responsabilidad patrimonial exigiendo el concurso de una suerte de imprudencia o culpa, por muy lata que sea, en el sujeto causante del daño para exigirle responsabilidad. Además, como tiene dicho el TS en numerosas sentencias "la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica (...) o a procurar por todos los medios su restablecimiento" (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril, 3 y 13 de julio y 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 2010).

Con ello, lo que se exigiría a los órganos supervisores es la de poner todos los medios para alcanzar la finalidad perseguida por las normas, que sería, entre otros, proteger al inversor de posibles fraudes.

En este sentido, cabe destacar el voto particular de Puente Prieto a la STS 2396/2008, caso AVA, que afirma lo siguiente:

A mi entender, cuando la Ley apodera a un determinado órgano administrativo, -que expresamente crea, además, con esa finalidad-, para encomendarle la supervisión e inspección del mercado de valores, así como de la actividad de cuantas personas físicas o jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, y le atribuye el ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora y las demás funciones que la Ley de 28 de julio de 1988 expresa, está imponiendo a esa Comisión la obligación de actuar para el cumplimiento de sus fines, que se concretan en el artículo 13 párrafo 2º en velar por la transparencia en los Mercados de Valores, la correcta formación de los precios en los mismos, así como la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines.

Es por ello que, si a la Comisión se le atribuyen dichas funciones supervisoras, inspectoras y sancionadoras con la finalidad antedicha, pesa sobre la misma la obligación de responder por los daños derivados de su inactividad (...)

Contrariamente, cuando un órgano como es la Comisión Nacional del Mercado de Valores, conoce en toda su gravedad, en enero de 1997, las graves irregularidades existentes en un operador del mercado de valores, viene obligada, porque así lo exige el respeto al principio de legalidad, y por ello, de su obligación de velar por la seguridad del Mercado para el que ha sido creada, a hacer uso en términos razonables de las facultades que el ordenamiento jurídico le atribuye, incurriendo en otro caso en responsabilidad por omisión en los términos que posteriormente precisaremos, puesto que para ello el ordenamiento jurídico le atribuye una potestad sancionadora e incluso de simple información al público, llegando, en el caso más grave, a la propia intervención de empresa y a la medida cautelar de suspensión de los Consejeros de la empresa que irregularmente actúa.

Este criterio, en el que se matiza la responsabilidad objetiva y se incluyen notas subjetivas, se ha aplicado por el Tribunal Supremo indirectamente en los supuestos de supervisión analizados, es decir, si bien no lo reconoce abiertamente, en su argumentación utiliza de facto un canón culpabilístico. Esto se puede apreciar, a modo de ejemplo, en la STS 2396/2008, caso AVA, en la que se afirma que "la mera causalidad lógica se detiene allí donde el sentido de las normas reguladoras de un determinado sector, impiden objetivamente reprochar a la Administración el resultado lesivo padecido por un particular". O en la STS 12/2009 o 782/2012, en el caso GESCARTERA cuando se dice que "no resulta exigible una conducta exorbitante, siendo una razonable utilización de los medios disponibles en garantía de los riesgos relacionados con el servicio, lo que en términos de prevención y desarrollo del servicio se traduce en una prestación razonable y adecuada a las circunstancias como el tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, estado de la técnica, capacidad de acceso, distribución de recursos, en definitiva lo que se viene considerando un funcionamiento estándar del servicio."

También en el Dictamen del Consejo 1059/2014 Estado (Economía y Competitividad), donde se advierte que la CNMV ha actuado correctamente y desplegó una actividad comprobatoria adecuada con la exigencia del cumplimiento de todos los requisitos que en los procesos de salida a bolsa de una entidad establece la legislación del mercado de valores.

Realmente, en estos casos en los que la Administración tiene que llevar a cabo una actividad de control ex ante y ex post puede ayudar la utilización de un canon de responsabilidad subjetiva para exigir una actuación continua incluso excesiva- y diligente de la administración en la consecución de sus fines, ya que los costes de esta actuación excesiva son menores que las consecuencias que pueden derivarse de una actuación excesivamente reducida o precaria, que sería en este caso la desprotección de los consumidores o la inestabilidad del sistema financiera, que es precisamente lo que pretende evitarse.

Sin embargo, a diferencia de lo establecido para el ámbito sanitario, donde se exige actuar conforme a la *lex artis*, -que incluye unos de "protocolos de actuación" que suponen la fijación de pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico según el estado de la ciencia y la técnica, que resultan especialmente útiles como parámetro para comprobar la correcta o incorrecta actuación médica ad hoc -en la supervisión bancaria no hay criterio establecido: la regla es que las funciones de control son básicamente formales.

Para cumplir con el objeto de las normas de supervisión, debería exigirse una diligencia conforme a una "*lex artis*" en este ámbito donde se determinasen unos parámetros de conducta que sirviesen de referencia para comprobar la diligencia en la actuación de los reguladores.

No es suficiente con que la actuación no sea arbitraria, es necesario que, en virtud del principio de eficacia en la actuación de la Administración (103 CE), ésta ponga todos los medios posibles para asegurar la consecución de sus fines.

IV. Conclusiones

La jurisprudencia del Tribunal Supremo exime, por regla general, a los supervisores de responsabilidad patrimonial en el cumplimiento de sus obligaciones de supervisión.

Las razones son: **1.** no ha existido incumplimiento de una obligación, sino, en todo caso, de una facultad otorgada por el ordenamiento jurídico para la consecución de la finalidad de las normas de supervisión. **2.** Que no existe relación de causalidad entre la omisión y el daño causado.

El motivo de esta irresponsabilidad generalizada es la dificultad para determinar un incumplimiento cuando no existen obligaciones concretas sino, más bien, facultades de actuación para la consecución de unos fines concretos.

Ante esta situación, parece razonable que exista una obligación de medios donde lo que se exige es la aportación de todos los medios posibles para conseguir la eficacia jurídica de las normas, que es, entre otros proteger a los consumidores de posibles fraudes.

Para ello, deberían actuar conforme a una "lex artis" como sucede en el ámbito sanitario, esto es, dentro de unos márgenes razonables conforme a unos criterios determinados y con respecto a unos aspectos reglados, donde se acotase la actuación de los supervisores y donde se exigiese una actuación, no sólo formal, donde basta con hacer requerimientos o con analizar la información aportada aun bajo la sospecha de que pueda ser falsificada, sino también un "deber hacer material".

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MAS, M.J., *Once estudios sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones locales*, CEMCI, 2017.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. "La Comisión Nacional del Mercado de Valores como administración independiente", en *Derecho de la Regulación Económica: Mercado de Valores*, Santiago Muñoz Machado (dir.), Vol. II, 2010.

CABALLERO GARCÍA, F., "Doctrina jurisprudencial sobre las participaciones preferentes", en *Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes*, coord. por Enrique Sanjuán y Muñoz, José María López Jiménez; Antonio Caba Tena (aut.), 2013.

DOMÉNECH PASCUAL.G. "La responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales: ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?", *Revista de Administración Pública*, 183, 2010.

"Responsabilidad patrimonial de la Administración por el ejercicio ilegal de potestades de intervención en la economía", *La regulación económica, en especial, la regulación bancaria: actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, coord. Por Manuel Rebollo Puig, Iustel, 2012

GÓMEZ PUENTE, M., "La responsabilidad por inactividad de la Administración, Responsabilidad por inactividad de la Administración", *Documentación administrativa*, 237-238, 1994.

GONZÁLEZ MORAJUDO, R., "La posible falta de diligencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y/o Banco de España en relación con los instrumentos de capital híbridos (participaciones preferentes)", *Revista de Derecho UNED*, 13, 2013.

KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1949.

LAGUNA DE PAZ, J.C., El mecanismo Europeo de Supervisión Bancaria, *Revista de Administración Pública*, 194, 2014.

VEGA SERRANO, J.M., "El banco de España y el Sistema Europeo de Supervisión", en *Derecho de la Regulación Económica: Sistema Bancario*, Santiago Muñoz Machado (dir.), Vol. X, 2013.



VNIVERSITAT
D VALÈNCIA

