

LA SUPERVISIÓN COMO CONJUNTO VARIABLE DE POTESTADES. UNA NUEVA FRONTERA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUPERVISION AS A VARIABLE SET OF POWERS. A NEW FRONTIER OF ADMINISTRATIVE LAW

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

Profesor de Derecho administrativo. UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA A LA GRAN CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERA. III. ¿AUTORIDADES DE SUPERVISIÓN? ¿POTESTAD DE SUPERVISIÓN?. IV. NORMAS TÉCNICAS DE REGULACIÓN (ARTS. 10 A 14). V. NORMAS TÉCNICAS DE EJECUCIÓN (ART. 15). VI. COMPETENCIA PARA DICTAR DIRECTRICES Y RECOMENDACIONES (ART. 16). VII. POTESTADES DE LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA INFRACCIÓN ORDINARIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN: 1. Potestad de investigación. 2. Potestad de recomendación. 3. Intervención de la Comisión. 4. Decisión individual de la ABE dirigida a la entidad financiera. VIII. DECISIONES DEL CONSEJO A INSTANCIAS DE LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN, DE LA COMISIÓN O DE LA JERS EN SITUACIONES DE EMERGENCIA DIRIGIDAS A LAS AUTORIDADES COMPETENTES O A LAS ENTIDADES FINANCIERAS (ART. 18). IX. POTESTAD ARBITRAL DE LA ABE EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS Y SU CARÁCTER VINCULANTE. X. OTRAS COMPETENCIAS Y FUNCIONES. XI. EL PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE POTESTADES POR LA ABE: 1. Derecho del destinatario específico de las decisiones a ser informado. 2. El objeto de la información. 3. El plazo para alegaciones. 4. La motivación de las decisiones e indicación de los recursos previstos en el Reglamento. 5. La publicidad de las decisiones. 6. Los recursos contra las decisiones. XII. LA POTESTAD DE SUPERVISIÓN Y SUS RIESGOS. XIII. ALGUNAS CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es intentar explicar algunas transformaciones que se están produciendo en el Derecho Administrativo de nuestros días, que tienen una plasmación paradigmática en el Derecho de la Unión Europea; en particular las transformaciones que se aprecian en los organismos, con personalidad jurídica, con competencias en la Unión Económica y Monetaria, a los que podría denominarse, con carácter genérico, *autoridades de supervisión*. Para comprender dichas transformaciones es necesario recordar algunos de los paradigmas que han regido el Derecho Administrativo hasta nuestros días.

La construcción del Derecho Administrativo, desde finales del siglo XIX, es fruto de las concepciones liberales que establecieron (o más bien pretendieron establecer) una línea divisoria clara, contundente, entre el Estado y la sociedad, separación de la que derivará una relación prototípica entre uno y otra que, con una serie de modulaciones, llega prácticamente hasta nuestros días.

El Estado, fruto de las concepciones liberales, no se considerará legitimado para intervenir en la sociedad (al margen de un intervencionismo acusado en el ámbito personal y familiar¹) más que cuando puedan ponerse en peligro los cimientos del orden liberal. Así, los ciudadanos, en la primigenia concepción liberal, adquieren los derechos como resultado de la aplicación de las leyes, y la Administración, a lo sumo, tiene encomendado verificar el cumplimiento de la Ley por los operadores jurídicos.

Pero, lo cierto es que la Administración en el Estado liberal no limitará sus funciones a las de mera verificación del cumplimiento por los operadores jurídicos de los requisitos previstos en las leyes. Y esto, fundamentalmente, porque las leyes (salvo las penales y gran parte de las civiles) no pueden ser cumplidas directamente sin la intermediación de disposiciones reglamentarias de los Gobiernos (particularmente cuando las leyes se elaboran previendo la existencia de los reglamentos de desarrollo de las mismas), cuya densidad no hará sino crecer a lo largo del tiempo. Así, bajo la apariencia de la estela del desarrollo de la ley, la potestad reglamentaria del poder ejecutivo creará su propio ámbito normativo, reconocido en las constituciones occidentales, que en gran número de casos hará irreconocible a la ley que aparentemente se desarrolla o completa.

De manera que, en el Estado liberal, con o sin habilitación legal expresa, las Administraciones públicas a partir de principios del siglo XX irán ampliando el ámbito de su intervención desde los que se consideran asuntos nucleares (orden público, defensa, justicia, protección de la propiedad privada...) hasta los más recónditos rincones de la actividad de los ciudadanos.

¹ Puede verse el número 22, primer semestre de 2012, de esta revista dedicado a la «Familia y persona en la Unión Europea: problemas actuales», que tiene su origen en el curso del mismo nombre dirigido por las profesoras Mónica GUZMÁN y Mónica HERRANZ el verano de 2011.

Las fricciones entre lo público y lo privado serán constantes durante las primeras décadas del siglo XX; como resultado de la confrontación entre las ideologías liberal y socialista. La concepción de los servicios públicos que se extiende desde las postrimerías del siglo XIX será la expresión más evidente del compromiso entre dos visiones diferentes de la intervención del Estado en la sociedad. Así, la intervención intensa de la Administración en la sociedad se condicionará a que el Estado publiquen, mediante ley, un determinado servicio. Y, a partir de la ley la Administración podrá regular de modo estricto la actividad publicada. Pero, lo cierto es que durante las primeras décadas del siglo XX, salvo excepciones, los márgenes de la intervención pública serán muy estrechos, fundamentalmente a través de los servicios públicos, construcción genial que debe mucho a Léon DUGUIT², y las limitaciones del ejercicio de los derechos; en todo caso desde la ley habilitante. Sólo después de la Segunda Guerra mundial se puede hablar con propiedad de Estado social por mucho que se quiera retroceder en el tiempo para cifrar su fecha de nacimiento³.

Si hacemos un repaso de las constituciones del siglo XIX y de principios del siglo XX, y las comparamos con las constituciones posteriores a la de la República de Weimar, constataremos una gran transformación de la función del Estado en la sociedad. En las constituciones del siglo XIX el Estado se atribuye, fundamentalmente, la protección de la libertad y la seguridad: Es el Estado policía que utiliza como instrumentos principales de su intervención en la sociedad la autorización administrativa. Esto es, un sistema de intervenciones previas a la realización de actividades, o al ejercicio de los derechos, que tiene por finalidad verificar el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios previamente establecidos. Bien es cierto, antes lo señalaba, que el incremento del peso de los reglamentos supone una interpretación particular de la posición de la Administración, que en algún modo desvirtúa los postulados liberales. Y es que la pureza de los sistemas jurídicos es inexistente; las pugnas, compromisos y cesiones ideológicas están siempre presentes en todas las legislaciones.

Así, el sistema autorizativo⁴, salvo excepciones, excluirá intervenciones posteriores de la Administración, o bien serán concebidas como intervenciones livianas en la esfera de los derechos de las personas. La potestad inspectora solo aparecerá en sectores muy sensibles como el financiero, el laboral, el fiscal, o en lo que atañe a la seguridad de los ciudadanos, o al uso y disfrute de los bienes públicos. La proliferación de sistemas inspectores o, mejor dicho, su generalización solo tendrá lugar en la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia de la irrupción de una nueva faceta de las personas; la de consumidores y usuarios.

² Ver su obra *Les transformations du Droit Public*, Paris, 1913.

³ Por ejemplo GARCÍA PELAYO, «Las transformaciones del Estado contemporáneo», *Obras completas*, II, Madrid, 2009, págs. 1585 y sigs.

⁴ Vid. mi artículo «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, primer semestre de 2008, págs. 83 y sigs.

El *status quo* heredado del siglo XIX, en que la intervención de la Administración se producirá a través de los servicios públicos y las autorizaciones administrativas, llegará hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX. La inflexión, en lo relativo a la posición del Estado en la sociedad, tendrá lugar como consecuencia de dos acontecimientos extraordinarios. En primer lugar, tras la Declaración Universal de Derechos de 1948 se inicia una nueva era, la de los derechos fundamentales en cuyo desarrollo todavía estamos inmersos. Los derechos fundamentales, lejos de toda concepción eufemística, inciden en los regímenes constitucionales y en particular en la configuración de las relaciones entre las personas y Administraciones públicas. Los administrados se convierten en ciudadanos, de modo que de ser considerados como «cosas» pasan a ocupar el centro del sistema, y la Administración, más allá de las proclamas retóricas, comienza a ser una organización vicarial al servicio de los ciudadanos. A partir de la segunda década del siglo XX irrumpe una nueva concepción de las funciones del Estado como Estado social de derecho.

Aunque el proceso no ha culminado, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un código de derechos a los que se corresponden otras tantas obligaciones de los poderes públicos, en definitiva, fundamentalmente de las Administraciones públicas. Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas son considerados por la Carta como derechos fundamentales, lo que no tenía precedente, pues si bien los derechos que se proclaman en el artículo 41 de la Carta (derecho a la buena administración) están, en su inmensa mayoría, consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, lo están solo como derechos de naturaleza legal sin punto de conexión directa con la Constitución.

Sin embargo, en los años 80 del siglo XX, se producirá el intento de ruptura del pacto liberal-socialista que había presidido la Europa democrática desde finales de la Segunda Guerra Mundial. Así, irrumpirá con fuerza, con violencia inusitada, el que se ha calificado de neoliberalismo impulsado desde el Reino Unido de TACHER y los EEUU de REAGAN. Aligerar el peso del Estado en la sociedad será el slogan. Menos regulación (desregulación), liberalización del comercio y de la industria, y política de privatizaciones de las empresas estatales⁵. Pero resulta curioso que el neoliberalismo coincida con el incremento de la demanda de mayor intervención del Estado en la sociedad por las clases medias que reclaman una mejor educación, una mejor sanidad, mejores servicios sociales, mejores servicios de transportes, mayor seguridad jurídica, etc. Aunque resulta paradójico, se da una coincidencia en el tiempo del desprestigio del Estado, del desprestigio de lo público, de la ruina de lo común propiciado por los neoliberales, y un mayor deseo de los ciudadanos de obtener protección, ventajas y servicios públicos.

Desde la ideología liberal no se dice a los ciudadanos que se vayan a despublificar los servicios públicos esenciales, aunque la tendencia es privatizarlos; privatización que se presenta en todo caso, eufemísticamente, como un modo de dotarlos

⁵ Una síntesis interesante puede verse en M. B. STEGER y R. K. ROY, *Neoliberalismo. Una breve introducción*, Alianza Editorial, Madrid, 2011.

de mayor eficiencia, de mayor calidad. En definitiva se trata del intento de volver al pasado, de volver a situar a la Administración en la posición que tenía entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX; aunque se trata de un intento que puede vaticinarse va a ser fallido, pues el Estado no va a poder eludir el carácter público de servicios esenciales de la sociedad que exigen mayoritariamente los ciudadanos que se revelan contra ese tipo de manipulación de los principios que han servido para construir la Unión Europea. Y tampoco será posible que no se incremente la intervención de la Administración en la sociedad en múltiples direcciones, con la finalidad de proteger a los ciudadanos y la estabilidad de la economía de los Estados.

La crisis económico-financiera ha acreditado que la desregulación ha sido un error de grandes proporciones que ha tenido como víctimas a los ciudadanos que tenían derecho a que los gobernantes les protegieran. Justamente, la creación de autoridades de supervisión supone una rectificación de las políticas no intervencionistas de décadas pasadas (de la no regulación a la ultraregulación), aunque todavía deben demostrar que los grandes poderes de que se les ha dotado sirven para cumplir los objetivos que deben alcanzar. Y lo que no es menos relevante, será preciso acreditar que los nuevos poderes de que se ha dotado a las autoridades de supervisión son compatibles con los principios y valores que presiden los ordenamientos jurídicos occidentales, en particular con los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

II. LA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA A LA GRAN CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERA

La gran crisis económico-financiera, que soporta en la actualidad la Unión Europea (2008-....) ha traído consigo desde la revisión del TFUE, hasta la revisión de los sistemas de supervisión de las políticas económicas de los Estados miembros. Así, por una parte se ha procedido a la modificación del artículo 136 del TFUE; se han adoptado decisiones de financiación de Estados miembros en dificultades, en el marco y al margen del TFUE; se ha creado un mecanismo europeo de financiación contra las situaciones de crisis; se ha creado un conjunto de organismos y autoridades de supervisión de diferente naturaleza, que integran el Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF)⁶; se ha incrementado la supervisión económica; y se proyectan medidas que suponen una mayor intervención en la política económica y monetaria de los Estados miembros, como es el proyecto de unión bancaria europea que ha empezado ya su andadura configurando al Banco Central Europeo como el

⁶ Sobre los cambios fundamentales en el Derecho originario puede verse mi artículo «La mutación de la Unión Europea y de su Derecho originario: La modificación del artículo 136 del TFUE, y otros Tratados (Tratados parásitos) suscritos por Estados de la Unión Europea, en particular el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Europea», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 23, segundo semestre de 2012, dedicado a «Reformas de los Tratados de la Unión Europea y Mutaciones de la Unión».

organismo único de supervisión de la zona euro, aunque con no pocas limitaciones, así como creando un mecanismo único de resolución de entidades de crédito.

El artículo 136 del TFUE no tenía precedente en el TCE. Dicho precepto, aplicable a los Estados cuya moneda es el euro, permitía en su redacción originaria: reforzar la coordinación y supervisión de la disciplina presupuestarias de los Estados miembros; así como la elaboración de orientaciones de política económica diferenciadas para los Estados de la eurozona. Pero antes de que dichas previsiones se pusieran en práctica el Consejo Europeo consideró conveniente añadir a dicho precepto un apartado tercero en que se prevé la posibilidad de establecer un *mecanismo de estabilidad* que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto, añadiéndose que la ayuda financiera que se suministre a los Estados miembros en virtud de dicho mecanismo *se supeditará a condiciones estrictas*. La reforma del artículo 136 del TFUE se acordó por el Consejo Europeo celebrado los días 16 y 17 de diciembre de 2010, de acuerdo con lo previsto en el apartado 6 del artículo 48 del TUE.

La grave situación por la que atravesaba la economía griega, determinó que los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona euro aprobarán la Declaración de 25 de marzo de 2010, a la que siguió la Declaración del Eurogrupo de 11 de abril de 2010. Y de conformidad con dichas declaraciones Grecia, el 23 de abril de 2010, solicitó préstamos bilaterales a los Estados miembros cuya moneda es el euro, pronunciándose los representantes de los Estados miembros cuya moneda es el euro favorablemente a su concesión el 2 de mayo de 2010, teniendo lugar su suscripción por prestamistas y prestatario el 8 de mayo de 2010. Por otra parte, se acordó conceder los préstamos en combinación con la financiación del Fondo Monetario Internacional. Tales préstamos no están previstos en los Tratados, de manera que se instrumentaron al margen del Derecho de la Unión, como resultado de un acuerdo intergubernamental. Sin embargo, los Estados prestamistas acordaron el 8 de mayo de 2010 confiar a la Comisión Europea la coordinación y gestión de los préstamos mancomunados, en el marco del que se denomina mecanismo de asistencia financiera de la Unión, denominado posteriormente *Acuerdo marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera a Estados miembros cuya moneda es el euro*, (también conocido como Fondo Europeo de Estabilidad Financiera), suscrito por los Estados miembros cuya moneda es el euro que han constituido una sociedad anónima en Luxemburgo denominada *European Financial Stability Facility, Société Anonyme*. El Acuerdo marco entró en vigor el 4 de agosto de 2010. El montante del primer préstamo a Grecia fue de 80.000 millones de euros (el Acuerdo puede verse en el *BOE* núm. 117 de 13 de mayo de 2010) y en la actualidad Grecia sigue necesitando la ayuda de la Unión y de los Estados miembros a través de los mecanismos que figuran en los Tratados de la Unión, así como mediante los nuevos instrumentos creados al margen de los mismos. Posteriormente ha sido rescatada también Irlanda (ver la Decisión del Consejo, de 7 de diciembre de 2010, sobre la concesión por la Unión Europea de ayuda financiera a Irlanda, *DO L* 30 de 4/2/2011) y más tarde Portugal. España también ha recibido la ayuda de sus socios de la Unión,

solo que dicha ayuda se ha articulado de modo exclusivo para salvar a las Cajas de Ahorros convertidas en bancos. Los Estados miembros de la zona euro se han comprometido a destinar hasta un total de 440.000 millones de euros, a los que hay que añadir los 250.000 millones de euros que se ha comprometido a aportar el Fondo Monetario Internacional.

El artículo 122.2 del TFUE contempla la posibilidad de que cuando un Estado miembro atraviese dificultades o un serio riesgo de dificultades graves «ocasionadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiese controlar» pueda recibir ayuda financiera de la Unión, acordada por el Consejo a propuesta de la Comisión. Pues bien, en virtud de lo allí dispuesto se adoptó el Reglamento (UE) 407/2010 del Consejo de 11 de mayo de 2010 por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera al que se ha dotado con 60.000 millones de euros, reglamento que deja vigente el Reglamento (CE) 332/2002 del Consejo, de 18 de febrero de 2002, por el que ese establece un mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a las balanzas de pagos de los Estados miembros.

La base jurídica del Reglamento 407/2010 no parece muy sólida, pues el mecanismo creado es difícilmente compatible con las severas prescripciones que se establecen en los artículos 123, 124 y 125 del TFUE. Probablemente, por estas razones, se ha procedido a la reforma del artículo 136 del TFUE, previendo de modo expreso la creación de un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros de la zona euro (el Tratado MEDE).

El Consejo Europeo que tuvo lugar los días 18 y 19 de junio de 2009, en consonancia con la Comunicación presentada por la Comisión de 27 de mayo de 2009 y las conclusiones del Consejo de 9 de junio de 2009, adoptó como conclusión la necesidad de crear un nuevo marco para la supervisión macro y micro prudencial, mediante la creación de un *Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF)*, integrado por:

- La Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS)⁷.
- La Autoridad Bancaria Europea (ABE)⁸
- La Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESP)⁹

⁷ Creada por el Reglamento (UE) 1092/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico (*DOUE* 331, de 15-12-2010).

⁸ Creada por el Reglamento (UE) 1093/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión (*DOUE* 331, de 15-12-2009).

⁹ Creada por el Reglamento (UE) 1094/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de diciembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), se modifica la Decisión 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/79/CE de la Comisión (*DOUE* 331, de 15-12-2009).

- La Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM)¹⁰
- El Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión¹¹,
- La participación de las Autoridades competentes o las Autoridades de Supervisión de los Estados miembros¹².

La *Junta Europea de Riesgo Sistémico* (JERS) tiene como cometido «controlar y evaluar el riesgo sistémico en períodos de normalidad con miras a atenuar la exposición del sistema a los riesgos de fallo de los componentes sistémicos y a mejorar la resistencia del sistema financiero en caso de crisis». La JERS, organización de coordinación de la totalidad de los operadores del sistema económico, está integrada por una Junta General, un Comité Director, una Secretaría, un Comité Científico Consultivo y un Comité Técnico Consultivo. La JERS estará presidida durante un período de 5 años posterior a la entrada en vigor del Reglamento 1092/2010 (entró en vigor el 16 de diciembre de 2010), en los períodos siguientes la presidencia corresponderá de acuerdo con la modificación del Reglamento 1092/2010 que deberá llevarse a cabo antes del 17 de noviembre de 2013. En los órganos colegiados de la JERS están representadas, además de las autoridades europeas de supervisión, las autoridades nacionales de supervisión, el BCE, la Comisión y, en algunos de ellos, organismos consultivos. Los instrumentos de que dispone la JERS son los avisos y las recomendaciones que tendrán por destinatarios la Unión en su conjunto, la Comisión, uno o varios Estados miembros, una o varias de las autoridades europeas de supervisión, o una o varias autoridades nacionales de supervisión. El incumplimiento de los avisos y recomendaciones tiene como efecto la información, siguiendo normas estrictas de confidencialidad, a los destinatarios, al Consejo y en su caso a la Autoridad Europea de Supervisión de que se trate. La Junta General del organismo, tras cumplir los requisitos previstos en los artículos 17 y 18 del Reglamento 1092/2010, podrá decidir que los avisos y recomendaciones se hagan públicos.

La *Autoridad Europea de Supervisión* (*Autoridad Bancaria Europea*, ABE) sustituye al Comité de supervisores bancarios europeos creado por la Decisión 2009/78/CE de la Comisión. La ABE tiene entre otros cometidos mejorar el funcionamiento del mercado interior, proteger la estabilidad del sistema financiero, la transparencia de los mercados y los productos financieros, así como la protección de depositantes e inversores. La ABE también puede prohibir o restringir temporalmente determinadas actividades financieras que amenacen el funcionamiento correcto y la integridad de los mercados financieros o la estabilidad de la totalidad o de parte de sistema financiero en la Unión.

¹⁰ Creada por el Reglamento (UE) 1095/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), se modifica la Decisión 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión (DOUE 331, de 15-12-2009).

¹¹ Previsto en el artículo 54 de los Reglamentos (UE) 1093/2010, 1094/2011 y 1095/2011.

¹² Las autoridades especificadas en el artículo 1, apartado 2 de los Reglamentos (UE) 1093/2010, 1094/2011 y 1095/2011.

La ABE es un organismo de la Unión con personalidad jurídica, compuesta por una Junta de supervisores, un consejo de administración, un presidente, un director ejecutivo y una sala de recurso. La junta de supervisores nombra al presidente de la autoridad.

Para cumplir con sus cometidos la ABE puede, entre otras competencias: elaborar proyectos de normas técnicas de regulación que adoptará la Comisión mediante actos delegados, proyectos de normas técnicas de ejecución que adoptará la Comisión; emitir directrices y recomendaciones dirigidas a las autoridades competentes o a las entidades financieras; adoptar decisiones individuales dirigidas a las autoridades competentes o a las entidades financieras; y emitir dictámenes destinados al Parlamento Europeo, al Consejo o a la Comisión.

La *Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados, (AEVM))* sustituye al Comité de Responsables Europeos de Reglamentación de Valores, creado por la Decisión 2009/77/CE de la Comisión. La AEVM es un organismo de la Unión con personalidad jurídica, compuesta por una Junta de supervisores, un consejo de administración, un presidente, un director ejecutivo y una sala de recurso. La junta de supervisores nombra al presidente de la autoridad. El objetivo de la AEVM es el de proteger el interés público contribuyendo a la estabilidad y eficacia del sistema financiero a corto, medio y largo plazo, para la economía de la Unión, sus ciudadanos y sus empresas. La ABE también puede prohibir o restringir temporalmente determinadas actividades financieras que amenacen el funcionamiento correcto y la integridad de los mercados financieros o la estabilidad de la totalidad o de parte de sistema financiero en la Unión. Para cumplir con sus cometidos la AEVM puede, entre otras competencias: elaborar proyectos de normas técnicas de regulación que adoptará la Comisión mediante actos delegados y proyectos de normas técnicas de ejecución que adoptará la Comisión; emitir directrices y recomendaciones dirigidas a las autoridades competentes o a los participantes en los mercados financieros; y emitir dictámenes destinados al Parlamento Europeo, al Consejo o a la Comisión.

La *Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación) (AESPJ)* sustituye al Comité Europeo de Supervisores de Seguros y de Pensiones de Jubilación, creado por la Decisión 2009/79/CE de la Comisión. La AESPJ es un organismo de la Unión con personalidad jurídica, compuesta por una Junta de supervisores, un consejo de administración, un presidente, un director ejecutivo y una sala de recurso. La junta de supervisores nombra al presidente de la autoridad. El objetivo de la AESPJ es el de proteger el interés público contribuyendo a la estabilidad y eficacia del sistema financiero a corto, medio y largo plazo, para la economía de la Unión, sus ciudadanos y sus empresas. La AESPJ también puede prohibir o restringir temporalmente determinadas actividades financieras que amenacen el funcionamiento correcto y la integridad de los mercados financieros o la estabilidad de la totalidad o de parte de sistema financiero en la Unión. Para cumplir con sus cometidos la AESPJ puede, entre otras competencias: elaborar proyectos de normas técnicas de regulación que adoptará la Comisión me-

diante actos delegados y proyectos de normas técnicas de ejecución que adoptará la Comisión; emitir directrices y recomendaciones dirigidas a las autoridades competentes o a los participantes en los mercados financieros; y emitir dictámenes destinados al Parlamento Europeo, al Consejo o a la Comisión.

El *Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión* es un órgano sin personalidad jurídica integrado por los Presidentes de las Autoridades Europeas de Supervisión (ABE, AEVM y AESPJ). A las reuniones del Comité se invitará a un representante de la Comisión y de la JERS, así como el Director Ejecutivo de las respectivas autoridades. El Comité funcionará como un foro que tendrá por finalidad asegurar la coherencia intersectorial de las AES. La presidencia corresponderá rotatoria y anualmente a un presidente de una autoridad de supervisión que será vicepresidente de la JERS.

Finalmente ha comenzado a plasmarse el proyecto de unión bancaria. La primera pieza de dicho proyecto es el *Reglamento (UE) 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de entidades de crédito (DOUE L 287, de 29-10-2013)*. Y a dicho instrumento sucederán otros relativos a la resolución de entidades de crédito y a la unión fiscal.

La Unión Europea, a la vista de su respuesta ante la gran crisis económico-financiera no ha dado pasos significativos hacia un gobierno común de la economía en la Unión. No podía hacerlo la Unión desde los Tratados vigentes, que no suministran los instrumentos adecuados para ello, y no parece que los líderes de los Estados miembros hayan adoptado la decisión de encaminarnos hacia un gobierno común de la economía en la Unión Europea. De manera que difícilmente se podrán erradicar las deficiencias de un modelo que integra 29 políticas económicas, las 28 de los Estados miembros, más la de la propia Unión Europea, pues los instrumentos creados tras la crisis siguen siendo insuficientes.

III. ¿AUTORIDADES DE SUPERVISIÓN? ¿POTESTAD DE SUPERVISIÓN?

Tanto si leemos los reglamentos de la Unión Europea antes citados (como otras muchas disposiciones europeas o nacionales que crean organizaciones en los mismos ámbitos materiales), observaremos que a las nuevas organizaciones europeas se les califica de supervisoras. De modo que resulta conveniente que respondamos a la pregunta ¿qué es supervisar? Pues sin actividad de supervisión no puede haber autoridades de supervisión, del mismo modo que no pueden existir autoridades inspectoras sin actividad inspectora, ni autoridades sancionadoras sin actividad sancionadora.

Para aproximarnos al concepto de supervisión vamos a analizar uno de los reglamentos por el que se crea una autoridad de supervisión. Me centraré en el *Reglamento (UE) 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviem-*

bre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea) por la que se modifica la Decisión 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión. Debiendo advertirse que este trabajo no tiene por objeto un análisis completo del mencionado reglamento, sino que se trata, por mi parte, de extraer de su articulado algunas de las notas que caracterizan a la actividad supervisora. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los tres reglamentos que crean las tres autoridades de supervisión en el ámbito financiero tienen una estructura interna y contenidos semejantes a salvo del objeto diferenciado de la supervisión.

En el Reglamento 1093/2010 abunda la retórica, tanto en su exposición de motivos como en su artículo primero en que se hace mención: al objetivo de proteger el interés público; a la mejora del funcionamiento del mercado interior, y a contribuir a velar por la integridad, la transparencia, la eficiencia y el correcto funcionamiento de los mercados financieros; al refuerzo de la coordinación de la supervisión internacionales; a la evitación del arbitraje regulatorio; a la promoción de la igualdad de las condiciones de competencia; a garantizar una regulación y supervisión adecuadas; o a reforzar la protección del consumidor. De modo insistente en el preámbulo se critica el modelo de supervisión preexistente, denunciado reiteradamente por el Parlamento y la Comisión, y se postula un nuevo modelo supervisor, mediante la creación de un *Sistema Europeo de Supervisores Financieros*.

La larga exposición de motivos del Reglamento 1093/2010 que reconoce de modo implícito, que no explícito, los errores en la configuración de la intervención de la Unión en la política económica de los Estados miembros, errores debidos, fundamentalmente, al diferente tratamiento de la política monetaria centralizada y la política económica descentralizada.

Una mayor aproximación a la Autoridad de Supervisión la proporciona el artículo 2 del Reglamento 1093/2011 que especifica que el objetivo de la supervisión persigue «garantizar la correcta aplicación de la normativa correspondiente al sector financiero» y conecta este objetivo a tres fines (objetivo mediano o último) los de «preservar la estabilidad financiera», «garantizar la confianza en el sistema financiero» y dar «una protección suficiente para los consumidores de los servicios financieros». Son, en definitiva, fines y causas de la intervención pública en el sistema financiero desde principios del siglo XX¹³.

Más allá de la finalidad de la supervisión, resulta relevante identificar las competencias que integran la supervisión. O, dicho de otro modo, los fines de la intervención pública en el sistema financiero se deben constatar analizando las competencias que se atribuyen a los organismos de supervisión, competencias cuyo ejercicio estará determinado positiva y negativamente por los fines que se persiguen. A tal efecto el Reglamento diferencia funciones y competencias. Las funciones de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento son doce, algunas de las cuales son complejas, es decir, incluyen varias funciones a su vez.

¹³ Un ejemplo elocuente es la intervención del Estado en los seguros privados desde tiempo inmemorial, ver al efecto E. Linde, *Derecho público del seguro*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

En primer lugar (art. 8.1.a) se hace referencia a una función normativa de alta calidad, para establecer normas y prácticas reguladoras. Función normativa a través de dictámenes, y elaboración de directrices, recomendaciones y proyectos de normas técnicas de regulación y ejecución. Estas funciones se regulan en los artículos 10 a 16 del Reglamento.

La segunda de las funciones (art. 8.1.b) es de naturaleza compleja pues, aunque trata de la contribución a la aplicación coherente de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, al explicar dicha función se hace referencia a otras funciones, difícilmente subsumibles en la anterior, así las de:

- contribuir a la instauración de una cultura de supervisión común;
- velar por la aplicación coherente, eficaz y efectiva de la normativa de supervisión;
- evitar el arbitraje regulatorio, mediando y resolviendo diferencias entre autoridades competentes;
- garantizar una supervisión eficaz y coherente de las entidades financieras;
- asegurar un funcionamiento coherente de los colegios de supervisores; y
- adoptar, entre otras, medidas en situaciones de emergencia.

La tercera de las funciones (art. 8.1.c) es de estímulo y facilitación de la delegación de funciones y responsabilidades entre autoridades competentes.

La cuarta función (art. 8.1.d) es la de cooperación con la JERS en dos líneas. Por una parte, proporcionado a la JERS la información necesaria para que lleve a cabo sus funciones y asegurando un seguimiento adecuado de sus alertas y recomendaciones.

La quinta función (art. 8.1.e) es la de organizar y llevar a cabo una evaluación *inter partes* de las autoridades competentes, y a tal efecto formular directrices y recomendaciones (art. 30).

La sexta función (art. 8.1.f) se denomina de supervisión y evaluación del mercado en su ámbito de competencia, incluidas las tendencias del crédito, en particular a hogares y PYME.

La séptima función (art. 8.1.g) es la de realizar análisis económicos de los mercados, con la finalidad de sustentar el desempeño de las funciones que le incumben.

La octava función (art. 8.1.h) es la promover la protección de los depositantes e inversores.

La novena función (art. 8.1.i) es la más compleja de las que se atribuyen a la ABE, ya que se integra por las funciones, que se desarrollan en los artículos 21 a 26 del Reglamento:

- de contribuir al funcionamiento consecuente y coherente de los colegios de supervisores,
- de gestión, evaluación y medición del riesgo sistémico,
- de elaboración y coordinación de planes de rescate y resolución,

– de ofrecer un elevado nivel de protección a depositantes e inversores en toda la Unión,

- de elaborar métodos de resolución de las entidades financieras en quiebra,
- de evaluación de la necesidad de instrumentos de financiación adecuados.

La décima función (art. 8.1.j) es la residual de cumplir cualquiera de las otras funciones que se les atribuya en el propio Reglamento o en otros actos legislativos.

La undécima función (art. 8.1.k) tiene que ver con la transparencia de la ABE, en la medida en que se le atribuye la función de publicar en su sitio de Internet la información relativa a su actividad en virtud del ejercicio de sus competencias, con objeto de garantizar que la información sea fácilmente accesible al público.

La duodécima función (art. 8.1.l) consiste en asumir las funciones que le corresponden a su antecesor, el Comité de Supervisores Bancarios Europeos (CSBE).

A estas funciones se añaden de modo explícito otras, como las de protección de los consumidores y las actividades financieras del artículo 9, desarrollo de lo dispuesto en el apartado 1.i) del artículo 8.

Las competencias de la Autoridad de Supervisión son diez de acuerdo con el artículo 8.2 del Reglamento, aunque son más de acuerdo con el conjunto del Reglamento. Veamos primero las competencias de acuerdo con el artículo 8.2.

1) Elaborar proyectos de *normas técnicas de regulación* en los casos específicos del artículo 10 (arts. 10-14);

2) Elaborar proyectos de *normas técnicas de ejecución* en los casos específicos mencionados en el artículo 15 (art. 15);

3) Emitir directrices y recomendaciones (art. 16);

4) Formular recomendaciones en los casos específicos contemplados en el artículo 17, apartado 3;

5) Adoptar decisiones individuales dirigidas a las autoridades competentes en los casos específicos contemplados en los artículos 18, apartado 3 y 19 apartado 3;

6) Adoptar decisiones individuales dirigidas a las autoridades competentes (arts. 18.3 y 19.3);

7) Emitir dictámenes destinados al Parlamento Europeo, al Consejo o a la Comisión, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 34;

8) Recopilar información necesaria respecto a las entidades financieras con arreglo al artículo 35;

9) Desarrollar métodos comunes para evaluar el efecto de las características del producto y los procesos de distribución en la situación financiera de las entidades y la protección de los clientes;

10) Facilitar una base de datos, con acceso centralizado, de entidades financieras registradas en el ámbito de su competencia cuando así lo especifiquen los actos mencionados en el artículo 1, apartado 2.

Sin embargo del articulado del Reglamento es posible deducir otras competencias, no siempre coincidentes con las funciones y competencias señaladas más atrás, estas serían al menos:

- 11) La que se derivan de las situaciones de emergencia (art. 18).
- 12) La solución de diferencias entre las autoridades competentes en situaciones transfronterizas (art. 19).
- 13) La solución de diferencias entre autoridades competentes en diferentes sectores (art. 20).
- 14) La promoción y verificación del funcionamiento eficiente, eficaz y coherente de los colegios de supervisión (art. 21).
- 15) La de prestar atención al riesgo sistémico (art. 22).
- 16) La de establecer criterios de determinación y medición de riesgo sistémico (art. 17).
- 17) La de respuesta a los riesgos sistémicos (art. 24).
- 18) La de contribuir y participar en la elaboración y coordinación de planes de rescate y resolución (art. 25 y 27).
- 19) La de contribuir a reforzar el sistema europeo de sistemas de garantías de depósitos (art. 26).
- 20) La de fomentar la delegación de competencias entre autoridades competentes (art. 28).
- 21) La de instaurar una cultura de supervisión común (art. 29).
- 22) La de organizar proceder periódicamente a evaluaciones *inter pares* (art. 30).
- 23) La de coordinar a las autoridades competentes (art. 31).
- 24) La de evaluar la evolución del mercado en su ámbito de competencia (art. 32).
- 25) La de informar de la evolución del mercado a las demás autoridades de supervisión (AESP y AEVM), a la JERS, al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión (art. 32).
- 26) La de entablar contactos y celebrar acuerdos administrativos con otras autoridades de supervisión, organizaciones internacionales y administraciones de terceros países (art. 33).
- 27) La de recopilar las informaciones que a su solicitud le suministren las autoridades competentes de los Estados miembros (art. 35).
- 28) La de elaborar su presupuesto, que será objeto de control por la Comisión y el Tribunal de Cuentas (arts. 63 a 66).

La separación entre funciones y competencias, que tiene lugar en los apartados primero y segundo del artículo 8, a los que me he referido, debe matizarse en el sentido de que las denominadas funciones son realmente competencias materiales y en algunos casos también formales, en el sentido de que indican competencias (organizar, supervisar, evaluar, etc.) que no siempre exigen los instrumentos forma-

les del apartado 2 del artículo 8, como por ejemplo, entre otras, la competencia del apartado g) del artículo 8.1 de realizar análisis económicos, o la del apartado k) del artículo 8.1 que prevé la publicación en Internet de la información relativa al sector de su actividad. En otros casos en el apartado 1 del artículo 8 se reiteran competencias como la del apartado a) en que se hace referencia a la competencia normativa a que se refiere tanto el apartado 2.a) del mismo artículo 8, como el artículo 10. No nos encontramos en lo relativo a las competencias de la ABE con un ejemplo de calidad normativa.

A los efectos que perseguimos en este trabajo es suficiente con analizar algunas de las competencias, tanto del artículo 8, como de otros preceptos del Reglamento para obtener las respuestas a las preguntas que nos formulábamos más atrás, es decir, que puede entenderse por supervisión.

IV. NORMAS TÉCNICAS DE REGULACIÓN (ARTS. 10 A 14)

El Reglamento atribuye a la Autoridad de Supervisión la competencia de elaborar proyectos de normas técnicas de regulación. Esta competencia está subordinada a la previa delegación del Parlamento Europeo y del Consejo a la Comisión para elaborar dichas normas técnicas mediante actos delegados del artículo 290 del TFUE.

No se atribuye, por tanto, potestad normativa propiamente dicha a la Autoridad de Supervisión sino potestad de iniciativa normativa, en los supuestos y con las particularidades que vamos a analizar. La potestad para dictar normas técnicas de regulación corresponde a la Comisión por delegación del Parlamento Europeo y del Consejo.

Pero no podemos dejar aquí el comentario ya que la competencia de iniciativa normativa de la Autoridad de Supervisión es singular. En primer lugar, hay que significar que una vez recibida por la Comisión la delegación del Parlamento Europeo y el Consejo, la Autoridad puede elaborar el proyecto, sin que sea necesario que la Comisión le inste a ello. Es decir, se trata de una potestad propia que la Autoridad puede ejercer o no ejercer. Los escenarios normativos son por tanto dos.

Si la Autoridad decide elaborar el proyecto éste debe cumplir una serie de requisitos. En primer lugar, las normas contenidas en el proyecto deben ser de carácter técnico, sin que puedan entrañar decisiones estratégicas o políticas. En segundo lugar, el contenido del proyecto está limitado por los actos legislativos en que se basen.

Es decir, no se produce ninguna deslegalización de la potestad normativa que reside en el Parlamento Europeo y en el Consejo, de acuerdo con el artículo 290 del TFUE. Si bien debe tenerse en cuenta que el artículo 290 del TFUE prevé la posibilidad de que los actos no legislativos que puede adoptar la Comisión, por delegación del Parlamento Europeo y del Consejo, pueden habilitar para «completar

o modificar elementos esenciales del acto legislativo». De manera que debe dilucidarse si la Comisión, al dictar el correspondiente acto legislativo, tiene que agotar el mandato de cumplimiento o modificación de los elementos esenciales del acto legislativo en un acto no legislativo, al margen de las normas técnicas de regulación o puede hacerlo al aprobar estas últimas.

La cuestión que planteamos es de gran relevancia, en la medida en que si a la pregunta anterior respondemos que la Comisión tiene que agotar el mandato legislativo mediante un acto legislativo, al margen de las normas técnicas de regulación, la competencia de la Comisión permanecería intacta. Por el contrario, si llegamos a la conclusión contraria, es decir si la Comisión puede agotar el mandato legislativo al aprobar las normas técnicas de regulación, la competencia de la Comisión no permanecería intacta, dada la competencia de la Autoridad de Supervisión en esta materia.

La elaboración de la propuesta por la Autoridad está sujeta a un procedimiento riguroso. Así, en primer término tiene que llevar a cabo consultas abiertas (sin que se especifique en qué y cómo se producen tales consultas). Asimismo, la Autoridad debe analizar los costes y beneficios potenciales de dictar dichas normas. No obstante, el cumplimiento de estos requisitos puede obviarse cuando la consulta sea desproporcionada, o por la urgencia del asunto concernido.

Se prevé también que la Autoridad consulte al «Grupo de partes interesadas del sector bancario» (art. 37), sin que quede suficientemente claro si en casos de urgencia, o cuando la índole de la consulta resulte desproporcionado, debe o no producirse la consulta del «Grupo de partes interesadas».

Elaborado el proyecto de normas técnicas de regulación y remitido dicho proyecto a la Comisión, de modo inmediato se enviará también al Parlamento Europeo y al Consejo. Esta previsión presenta algunas dificultades de comprensión, en la medida en que el Parlamento y el Consejo pueden establecer en la norma de delegación dicho trámite u otros trámites en virtud de lo dispuesto en el artículo 290 del TFUE, por lo que no parece que sea conveniente que el Reglamento que analizamos suplante al citado artículo del TFUE, o a la norma de delegación. En definitiva, el Reglamento que analizamos no puede sustituir lo dispuesto en el artículo 290 del TFUE, de manera que la norma de delegación que dicte el Parlamento y el Consejo podrá establecer requisitos más exigentes para ejercer los controles previstos en el citado precepto del TFUE.

La Comisión puede, recibida la propuesta de norma técnica que le remita la Autoridad, en el plazo de tres meses desde su recepción, aprobarla en su totalidad. Pero, igualmente, en el mismo plazo puede aprobarla parcialmente o no aprobarla. En estos dos últimos casos la Comisión debe devolver la propuesta a la Autoridad con las explicaciones pertinentes. La Autoridad podrá en el plazo de seis semanas modificar su propuesta a la vista de las explicaciones de la Comisión o no hacer observación alguna. Por su parte la Comisión, a la que la Autoridad debe remitir su proyecto modificado, podrá asumir dicho proyecto o no hacerlo. Es decir, la modificación de la propuesta por la Comisión está sometida a coordinación.

La Autoridad puede optar por no presentar propuesta alguna en el plazo de tres meses. En este caso la Comisión puede sustituir a la Autoridad siguiendo las mismas pautas procedimentales previstas para la Autoridad.

No obstante la Comisión debe enviar el proyecto de norma técnica a la Autoridad de Supervisión, y desde ese momento la Autoridad debe proceder como si hubiera sido la autora de la propuesta remitida por la Comisión. Es decir, puede proponer modificaciones a la misma que puede remitir a la Comisión que podrá aceptar o no, siguiendo el procedimiento antes señalado.

El Reglamento insiste en que el contenido del proyecto no puede ser modificado sin la coordinación de la Comisión con la Autoridad.

Por lo demás, la potestad normativa de la Comisión está determinada por lo dispuesto en el artículo 290 del TFUE que especifica el Reglamento (arts. 11 a 14). Así, se concede por un plazo de 4 años, contados a partir del 16 de diciembre de 2010, prorrogable automáticamente, salvo que sea revocada por el Parlamento Europeo y el Consejo. Además, de acuerdo con el artículo 290 el Reglamento prevé la posibilidad de que el Consejo y el Parlamento puedan presentar objeciones, en el plazo de 3 meses posterior a la notificación de la Comisión, si han existido discrepancias entre la Comisión y la Autoridad y de 1 mes si no han existido tales discrepancias.

En todo caso, la presentación de objeciones impide la aprobación final de la norma. En otro caso, es decir, si no se presentan objeciones el acto puede ser aprobado por la Comisión y publicado en el *DOUE*. Si bien, la norma técnica puede entrar en vigor antes de la finalización de los plazos antes señalados (3 meses y 1 mes) si el Parlamento Europeo y el Consejo comunican antes de la finalización de los mismos que no tienen la intención de presentar objeciones.

El Reglamento ha previsto una actividad arbitral del Parlamento y del Consejo (art. 14) para el caso de que la Comisión hubiera optado por no aprobar un proyecto de la Autoridad. La regulación es muy escueta pues tan solo se dice que se convocará una reunión puntual de la Comisión competente del Parlamento o del Consejo para que expliquen sus discrepancias.

V. NORMAS TÉCNICAS DE EJECUCIÓN (ART. 15)

El Reglamento atribuye a la Autoridad de Supervisión la *competencia para elaborar proyectos de normas técnicas de ejecución* en el marco del artículo 291 del TFUE.

Los actos de ejecución pueden ser adoptados por el Consejo, en casos excepcionales, o por la Comisión, con carácter general. El Reglamento de refiere, justamente, a los actos de ejecución de la Comisión. Y para su adopción establece un procedimiento prácticamente idéntico al previsto para las normas técnicas de regulación, referido anteriormente, al que me remito.

En conclusión, la Autoridad tiene la potestad de propuesta de las normas técnicas, tanto de regulación como de ejecución, cuya aprobación es competencia de la Comisión. Pero dicha facultad de propuesta debe considerarse especial en la medida en que condiciona y limita el ejercicio de la competencia no legislativa de la Comisión. Sin duda alguna nos encontramos ante una manifestación más de la debilitación de la Comisión Europea en un proceso de descentralización del poder normativo de la misma que es parejo a la descentralización de su poder ejecutivo.

VI. COMPETENCIA PARA DICTAR DIRECTRICES Y RECOMENDACIONES (ART. 16)

La competencia consistente en dictar directrices y recomendaciones tiene por finalidad *establecer prácticas de supervisión coherentes, eficaces y efectivas dentro del SESF*, así como *garantizar la aplicación común, uniforme y coherente del Derecho de la Unión*.

El procedimiento para establecer estas directrices y recomendaciones, que pueden dirigirse tanto a las autoridades competentes de los Estados miembros como a las entidades financieras, es mucho más liviano que el previsto para los proyectos de normas técnicas de delegación o de ejecución. Así, la Autoridad tiene plena libertad para llevar a cabo consultas abiertas o para solicitar el asesoramiento del Grupo de partes interesadas. Esta plena libertad debe deducirse de la mención que se hace en la norma en el sentido de que la Autoridad llevará a cabo dichas consultas «cuando proceda», sin que se establezca control alguno para verificar la interpretación llevada a cabo por la Autoridad para obviar consultas.

La cuestión que debemos afrontar ahora es la del grado de vinculación de los destinatarios de las recomendaciones y directrices de la Autoridad a las mismas. El Reglamento expresa que *las autoridades competentes y las entidades de financiación harán todo lo posible para atenerse a estas directrices y recomendaciones*. Es decir, no se establece una obligación incondicionada. Pero si seguimos leyendo el Reglamento veremos como la presunta caracterización de dichas disposiciones como no-obligatorias se tambalea.

Por de pronto, los destinatarios de recomendaciones y directrices de la Autoridad deben comunicarle en el plazo de dos meses posteriores a su entrada en vigor si las cumplen, si se proponen cumplirlas o si no las cumplen o han decidido no cumplirlas. Dicha comunicación, en todos los casos, debe ser motivada.

A la Autoridad se le proporcionan algunos instrumentos conminatorios livianos, obligatorios o potestativos, para todos aquellos casos distintos al cumplimiento de recomendaciones y directrices por sus destinatarios. Por una parte: A) La Autoridad debe hacer pública la identidad de las autoridades nacionales o las entidades financieras que no cumplen las recomendaciones y directrices. Publicidad de esta naturaleza, pese a su apariencia liviana, puede tener repercusiones importantes para los incumplidores; B) La Autoridad puede publicar los motivos aducidos para el in-

cumplimiento por los destinatarios de las recomendaciones o directrices. En ambos casos la publicación debe comunicarse previamente a la autoridad o a la entidad financiera como un recurso más de la autoridad para propiciar la rectificación de los destinatarios de recomendaciones o directrices; C) Además, la Autoridad debe comunicar al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión la autoridad que no cumple y, además, debe indicar «*de que forma se propone garantizar que la autoridad competente de que se trata siga sus recomendaciones y directrices*».

De manera que el carácter no obligatorio de recomendaciones y directrices queda en entredicho, hasta el punto de que la clasificación de las normas entre obligatorias y no obligatorias debe ser revisada. En otro lugar he estudiado las que he denominado recomendaciones conminatorias¹⁴, naturaleza que puede aplicarse a las directrices y recomendaciones de la Autoridad de Supervisión que pueden red denominarse como *directrices y recomendaciones conminatorias*. Así, el Reglamento pretende que las recomendaciones y directrices de la Autoridad sean cumplidas por sus destinatarios, aunque no les atribuya la naturaleza de obligatorias. Dicho carácter no obligatorio sería meramente eufemístico, hasta el punto de que no puede descartarse que el incumplimiento de las recomendaciones y directrices suponga una vulneración del Derecho de la Unión.

De manera que la Autoridad de Supervisión tiene competencias normativas de propuesta singular en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación y de ejecución y normativas plenas en forma de recomendaciones y directrices conminatorias.

VII. POTESTADES DE LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA INFRACCIÓN ORDINARIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Así como las potestades a las que nos referimos anteriormente tienen por objeto la complitud del ordenamiento jurídico en materia de supervisión, elaborando proyectos de normas técnicas de regulación o ejecución, o emitiendo dictámenes o recomendaciones, la Autoridad tiene igualmente atribuidas potestades en el caso de que las autoridades competentes o las entidades financieras infrinjan el Derecho de la Unión integrado por actos legislativos, normas técnicas de regulación, normas técnicas de ejecución, recomendaciones o directrices. Analizaremos las diferentes potestades al respecto.

1. Potestad de investigación

Cuando una o varias autoridades competentes, el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión o el Grupo de partes interesadas detecten que una autoridad com-

¹⁴ Ver «Las recomendaciones en el marco de la política económica y monetaria: un ejemplo de mutación normativa», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 6, julio/diciembre de 1999, págs. 3777 y sigs.

petente no haya aplicado el Derecho de la Unión o lo haya aplicado incorrectamente pueden ponerlo en conocimiento de la Autoridad de Supervisión para que investigue la infracción u omisión del Derecho de la Unión. La Autoridad de Supervisión podrá, también, de oficio investigar la infracción u omisión del Derecho de la Unión por las autoridades competentes de los Estados miembros.

En el ejercicio de la potestad de investigación la Autoridad de Supervisión podrá requerir a la autoridad investigada toda la información que considere necesaria. La obligación de las autoridades competentes de facilitar cuanta información les sea requerida por la Autoridad de Supervisión es independiente de la obligación de las autoridades competentes de facilitar información regular a la Autoridad de Supervisión, tal y como veremos más adelante (art. 35)

2. Potestad de recomendación

Como consecuencia de la investigación que lleve a cabo la Autoridad de Supervisión, ésta podrá dirigir a la autoridad competente investigada una recomendación en que se harán constar las medidas que deben adoptarse por la mencionada autoridad con la finalidad de que ajuste su actividad al Derecho de la Unión. La autoridad competente dispondrá de un plazo de 10 días para contestar a la Autoridad de Supervisión (art. 35).

3. Intervención de la Comisión

Si la autoridad competente incumple la recomendación, la Comisión puede emitir un *dictamen formal* (3 meses más uno de prórroga) instando a la autoridad competente al cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Dicho dictamen debe tener en cuenta la recomendación de la Autoridad de Supervisión. La autoridad concernida tiene un plazo de 10 días laborables a partir de la recepción del dictamen para informar al respecto a la Comisión.

4. Decisión individual de la ABE dirigida a la entidad financiera

En el caso de que el incumplimiento persista la Comisión puede interponer el correspondiente recurso por incumplimiento y si concurren ciertas circunstancias la Autoridad de Supervisión puede adoptar una decisión individual dirigida a la entidad financiera. Es decir, la ABE *per saltum* cuando la autoridad competente nacional no tutela el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, puede saltarse a la autoridad competente e imponer obligaciones e incluso el cese de una determinada práctica. En este caso, la ABE debe adaptar su decisión al dictamen de la Comisión.

VIII. DECISIONES DEL CONSEJO A INSTANCIAS DE LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN, DE LA COMISIÓN O DE LA JERS EN SITUACIONES DE EMERGENCIA DIRIGIDAS A LAS AUTORIDADES COMPETENTES O A LAS ENTIDADES FINANCIERAS (ART. 18)

El Reglamento ha dado una regulación específica a las actuaciones del Consejo, a instancias de la Autoridad de Supervisión, de la Comisión o de la JERS, en situaciones de emergencia. La particularidad más sobresaliente de tales actuaciones consiste en que las mismas no son consecuencia del incumplimiento del Derecho de la Unión. Así, dichas actuaciones se pueden adoptar en caso de «evoluciones adversas que puedan comprometer gravemente el correcto funcionamiento y la integridad de los mercados financieros o la estabilidad del conjunto o una parte del sistema financiero de la Unión», en caso de «situaciones de emergencia», o «para responder a situaciones adversas», siempre de acuerdo con el tenor literal del artículo 18. A este artículo se remite también el apartado 5 del artículo 9 que permite a la ABE «prohibir o restringir temporalmente determinadas actividades financieras que amenacen el funcionamiento correcto y la integridad de los mercados financieros o la estabilidad de la totalidad o parte del sistema financiero de la Unión... o si así se requiere en caso de una situación de emergencia...».

El procedimiento previsto para adoptar tales medidas es especialmente riguroso. Así, el Consejo para declarar una situación de emergencia mediante una decisión destinada a la ABE, debe hacerlo a instancias de la ABE, de la Comisión o de la JERS y debe consultar a la JERS y en su caso a las Autoridades de supervisión. La Comisión debe revisar la decisión adoptada con periodicidad oportuna y en todo caso una vez al mes, considerándose caducada automáticamente en el caso de que no se renueve al cabo del mes desde que fue adoptada.

Incluso se prevé la posibilidad de anticiparse a la producción de una situación de emergencia, instando, la JERS o la Autoridad, al Consejo la necesidad de adoptar una decisión de esta naturaleza. Y lo que es más relevante a los efectos que nos ocupan, si el Consejo adopta la decisión de emergencia, la Autoridad de Supervisión puede adoptar decisiones individuales (art. 18.3) dirigidas a las autoridades competentes.

Pero, además, la ABE cuando los actos normativos sean aplicables a las entidades financieras, podrá adoptar una decisión individual (art. 18.4) dirigida a las mismas instándoles a cumplir el Derecho de la Unión Europea, e incluso puede obligarles a cesar en una determinada práctica («para que se tomen las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de dicha legislación, incluido el cese de una práctica»). Estas decisiones de la ABE prevalecen sobre las decisiones anteriores que pueda adoptar una autoridad competente en la materia.

IX. POTESTAD ARBITRAL DE LA ABE EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS Y SU CARÁCTER VINCULANTE (ART. 19)

El Reglamento ha previsto que la ABE en los casos en que existan discrepancias entre autoridades nacionales, en lo concerniente a las acciones u omisiones relacionadas con el incumplimiento del Derecho de la Unión, tanto a instancias de las mencionadas autoridades competentes como de oficio, podrá ayudar a las autoridades a llegar a un acuerdo de conformidad con el procedimiento establecido en los apartados 2 a 4 del artículo 19. El procedimiento se divide en dos fases, una de conciliación y, a continuación, si fracasa la anterior, otra de decisión. En la primera fase de mediación la ABE puede establecer un plazo en que adoptará su posición de mediación. Si las partes no se conforman con la posición de la ABE, ésta podrá adoptar una decisión del tipo de las reguladas en el artículo 44 en que se instará a las autoridades concernidas a adoptar medidas específicas o a abstenerse de actuar, lo que tendrá carácter vinculante para las autoridades arbitradas.

X. OTRAS COMPETENCIAS Y FUNCIONES

No menor relevancia tienen las competencias y funciones a que hacen referencia los artículos 21 a 35, que completan las competencias de la ABE, a saber: Promoción y verificación del funcionamiento coherente de los colegios de supervisores (art. 21), que se desdobra en numerosas competencias de recopilación y compartición de información, iniciación y coordinación de pruebas de solvencia a escala de la Unión, fomento de actividades de supervisión, evaluación de riesgos, verificación de las tareas realizadas por las autoridades nacionales competentes, elaboración de proyectos de normas técnicas, y ejercicio de la función mediadora entre autoridades competentes; actuación ante el riesgo sistémico (art. 22 a 25), que se articula a través de disposiciones generales, disposiciones sobre la determinación y medición del riesgo sistémico, disposiciones sobre la capacidad de respuesta a los riesgos sistémicos, así como disposiciones sobre los procedimientos de rescate y resolución de entidades de crédito; sistema europeo de sistemas de garantía de depósitos (art. 26); sistema europeo de mecanismos de resolución y de financiación bancaria (art. 27); delegación de funciones y competencias (art. 28); cultura de supervisión común (art. 29); evaluaciones *inter pares* de las autoridades competentes (art. 30); Función de coordinación (art. 31); evaluación de la evolución del mercado (art. 32); relaciones internacionales (art. 33); recopilación de información (art. 35); y otras funciones (art. 34).

Las competencias que se atribuyen a la ABE en los artículos 21 a 35 suponen un nivel de incursión de dicha autoridad, junto con las autoridades nacionales de supervisión, de tal naturaleza que debe considerarse que estamos asistiendo a una mutación de la naturaleza de las entidades de crédito (lo que es extensible a las entidades del entero sistema financiero, habida cuenta de que las competencias de

las otras autoridades de supervisión en el ámbito del mercado de valores y de los seguros y pensiones son idénticas a las atribuidas a la ABE). Se tratan de *entidades privadas tuteladas por las autoridades de supervisión* (ahora también sujetas a la supervisión del Banco Central Europeo). Así, su creación su funcionamiento y, en su caso, su extinción dependen del conjunto de competencias de que disponen las autoridades de supervisión.

XI. EL PROCEDIMIENTO DE EJERCICIO DE POTESTADES POR LA ABE

En los artículos 10 a 16 el Reglamento regula los procedimientos de adopción de actos de preparación de actos normativos o de actos normativos propiamente dichos. Ahora corresponde analizar el procedimiento de elaboración de las decisiones, o mejor dicho los procedimientos de adopción de decisiones de los artículos 17, 18 y 19 del Reglamento.

Los artículos 17, 18 y 19 regulan algunos elementos del procedimiento, lo que se completa con lo dispuesto en los artículos 38 y 39.

1. Derecho del destinatario específico de las decisiones a ser informado

De acuerdo con el artículo 19.1 del Reglamento, el que se denomina *destinatario específico* tiene el derecho a ser informado de la «intención» de la ABE de adoptar una determinada decisión. Se advierte una ambigüedad considerable tanto en la determinación de quién puede ser el titular del derecho a la información como del objeto de la información. La denominación «destinatario específico» parece conducir a una restricción del ámbito subjetivo de los que en el derecho español entendemos por interesados. Por ejemplo, en el artículo 17 existe un destinatario directo de la decisión que es la autoridad competente que no haya aplicado el derecho de la Unión a que se refieren los artículos 1.2 y 10 a 15 del Reglamento. Pero el incumplimiento de la autoridad competente puede consistir en no asegurarse de que una entidad financiera cumple unos determinados requisitos a los que se refieren los artículos antes citados. La cuestión es por tanto, si puede o no considerarse *destinatario específico* a la entidad o entidades financieras incumplidoras.

2. El objeto de la información

El artículo 39.1 para designar el objeto de la información hace referencia a «intención de adoptar la decisión». Es decir, con arreglo a la norma resulta difícil determinar de qué documento va a darse traslado al destinatario específico. Se quiere decir que se va a informar del procedimiento que ha tenido lugar previamente, así como de cuanta información obre en poder de la ABE y del proyecto elaborado o,

por el contrario, el propósito de utilizar la denominación «intención de adoptar la decisión» es el de que la ABE se pueda limitar a indicar de modo breve cuales son los rasgos generales de lo que se pretende adoptar. A estas preguntas no responde el Reglamento que analizamos.

3. El plazo para alegaciones

El artículo 39.1 prevé que la ABE fijará un plazo para que el destinatario específico pueda expresar sus opiniones, algo similar a lo que en nuestro derecho denominamos alegaciones.

4. La motivación de las decisiones e indicación de los recursos previstos en el Reglamento

Las decisiones se notificarán a los destinatarios específicos. No se hace mención en el Reglamento al procedimiento de notificación. Solo se hace mención a que las decisiones deben motivarse así como que deben indicar los recursos previstos contra las mismas en el Reglamento.

5. La publicidad de las decisiones

El Reglamento prevé la publicidad de las decisiones con la indicación de la autoridad competente o la entidad financiera concernida, así como el contenido principal de la decisión.

Sin duda, la precariedad del procedimiento es sobresaliente. En materias como esta se advierte la ausencia de cultura procedimental en el Derecho de la Unión. El Reglamento se ha limitado a incluir los derechos del artículo 41, apartado 2, subapartados a) y c) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y se ha olvidado incluir el derecho de acceso al expediente del subapartado b) del artículo citado. La exigencia de un reglamento de procedimiento común en el Derecho de la Unión cobra aquí una especial relevancia¹⁵.

6. Los recursos contra las decisiones

El Reglamento prevé dos instancias de recurso frente a las decisiones adoptadas por la ABE. Por una parte se configura una instancia que llamaremos administrativa y otra jurisdiccional ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 60).

¹⁵ Me remito a la comparación de la escueta regulación del Reglamento que analizamos con la Ley 30/1992 LRJAP y PAC que evidencia las carencias del Derecho de la Unión en materia de procedimiento administrativo.

Los legitimados para poder recurrir las decisiones de la ABE son las personas físicas o jurídicas, así como las autoridades competentes destinatarias de la decisión, así como las personas físicas o jurídicas y las autoridades competentes a las que, aunque no sean destinatarias de la decisión, les afecte directa e individualmente. Por tanto se trata de una formulación amplia de legitimación comparable a la prevista en nuestra Ley 30/1992.

La circunstancia de que se haya ampliado la legitimación más allá de los destinatarios directos de la decisión debiera aplicarse también al procedimiento de elaboración de las mismas.

Sin embargo, no se prevé por el Reglamento el recurso contra los actos normativos de la ABE. No trataremos en este lugar la regulación de las garantías de los afectados por la adopción de decisiones por la ABE, salvo mencionar la innovación más relevante en esta materia, a saber la creación de la Sala de Recurso. La Sala de Recurso es un órgano común de las tres Autoridades Europeas de Supervisión que se caracteriza por el carácter de órgano colegiado dotado de independencia funcional e imparcialidad (arts. 58 y 59).

XII. LA POTESTAD DE SUPERVISIÓN Y SUS RIESGOS

De acuerdo con el Reglamento 1093/2010 la ABE es un organismo de la Unión con personalidad jurídica. La atribución de personalidad jurídica a las Autoridades de supervisión, así como la atribución de la capacidad jurídica más amplia que se conceda a las personas jurídicas en el Derecho nacional de cada Estado miembro, y en particular la capacidad para adquirir o enajenar bienes muebles o inmuebles (art. 5 del Reglamento), equipara las Autoridades de supervisión, en estatus jurídico, a la propia Unión Europea (arts. 47 del TUE y 335 del TFUE). Pero lo cierto es que el estatus jurídico de las Autoridades de Supervisión no es susceptible de indicar los rasgos significativos que más nos interesan de su naturaleza y competencias.

En el Reglamento 1093/2010 no se dedica ninguno de sus preceptos para definir que es la supervisión. Es más, en su redacción se hace mención en numerosas ocasiones a supervisión como competencia sin indicar en que consiste la supervisión (por ejemplo, entre otros, el apartado f del artículo 8.1). Sin embargo, es posible referirnos a alguna norma de la Unión que ha intentado una definición. Así, por ejemplo la *Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, sobre el Seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y reaseguro y su ejecución*. En efecto, el artículo 29 de dicha directiva que titula «Principios generales de supervisión», dice en su apartado primero que: «La supervisión se basará en un planteamiento prospectivo y orientado al riesgo. Comprenderá la verificación continua del correcto ejercicio de la actividad de seguro o de reaseguro y del cumplimiento de las disposiciones de supervisión por parte de las empresas de seguros y de reaseguros». Y sigue diciendo en su apartado segundo: «La supervisión de las

empresas de seguros y de reaseguros comprenderá una combinación adecuada de inspecciones *in situ* y actividades realizadas en otro lugar».

No se trata de una definición completa, pues de dichos preceptos deduciríamos que supervisar sería equivalente a verificar, es decir, comprobar que los supervisados cumplen lo previsto en el ordenamiento jurídico, y son muchas más las competencias a que nos hemos referidos más atrás. Con ello quiero poner de evidencia que el legislador de la Unión ha incorporado a su lenguaje jurídico un concepto, el de supervisión, cuyo contenido y contornos son difusos, incluso confusos.

Las autoridades de supervisión serían administraciones especializadas en razón de la materia a las que se habrían atribuido un conjunto de potestades que no permitiría la utilización de las denominaciones al uso. Así, una primera posibilidad sería la de considerar que la supervisión hay que entenderla como conjunto de potestades. Es decir, la supervisión no sería propiamente una potestad, sino que indicaría que a las autoridades que se denominan «supervisoras» se han atribuido un conjunto de potestades que incluyen, entre otras, potestades normativas, ejecutivas, inspectoras, coordinadoras, verificadoras, sancionadoras y un largo etcétera de potestades que pudieran considerarse menores. Es decir, el calificativo de «supervisoras» tendría la función de expresar un conjunto complejo, tipo acordeón, en el sentido de que es posible concebir varios tipos de supervisión en función del mayor o menor número de potestades atribuidas a dichas autoridades. Pero en todo caso, la supervisión llevaría implícita la atribución al supervisor de un conjunto de potestades.

Pero, la anterior no dejaría de ser una aproximación parcial al concepto y significado de las autoridades de supervisión, porque lo que caracteriza a dichas autoridades es la atribución a las mismas de ciertas potestades de carácter discrecional. Entre estas potestades discrecionales sobresalen las de poder prohibir o restringir determinadas actividades financieras por la circunstancia de que la autoridad de supervisión considere que dichas actividades financieras «amenacen el funcionamiento correcto y la integridad de los mercados financieros o la estabilidad de la totalidad o parte del sistema financiero de la Unión en casos especificados» (art. 9.5 del Reglamento 1093/2010). Sin duda, las potestades discrecionales de naturaleza preventiva que se han otorgado a la ABE tienen su origen causal en la crisis económico-financiera que sufre la Unión Europea desde 2008. Crisis que ha producido una oscilación pendular desde la tendencia a la no regulación, en que las potestades administrativas en el sector financiero se contrajeron prácticamente al estricto ámbito de las potestades regladas, a la expansión de las potestades regladas y a la creación en las autoridades de supervisión con un abanico muy amplio de potestades discrecionales.

Y la cuestión que debemos plantearnos es si dichas potestades discrecionales se ajustan al principio de legalidad que debe imperar en una organización política como la Unión Europea regida por el derecho. Yendo al núcleo de la cuestión, lo que debe dilucidarse es si dichas potestades discrecionales son susceptibles de control efectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues en otro caso la potestad discrecional sería en realidad una potestad arbitraria. Por supuesto que en

dicha potestad discrecional existen elementos reglados (fundamentalmente normativa reguladora, competencia del órgano, extensión, procedimiento y finalidad) que son susceptibles de control.

El control jurisdiccional sustancial, en los casos que nos ocupan, debiera recaer sobre los hechos determinantes de la intervención. Y justamente en este punto es donde aparecen las dificultades de control, pues si como hemos visto se ha atribuido a la AEB una potestad preventiva, es decir, una potestad que se ejerce antes de que se produzcan determinados hechos que pudieran ser contrarios al ordenamiento jurídico. La autoridad de supervisión está autorizada para prohibir determinadas actividades por la concurrencia de determinados hechos que no son en sí mismos contrarios al ordenamiento jurídico, pero que la autoridad considera (que «amenacen» dice el artículo 8.5 del Reglamento 1093/2010) que pueden ser el origen de hechos que sí serían contrarios al ordenamiento jurídico de la Unión. Incluso, estos últimos hechos como por ejemplo «integridad de los mercados financieros» son de difícil concreción, pero podríamos considerar que se trata de conceptos jurídicos indeterminados y, por tanto, determinables y controlables por el TJUE. Pero ¿cómo es posible el control posterior de un tribunal sobre prohibiciones de la autoridad de supervisión determinadas por hechos iniciales detectados por la autoridad de supervisión que no son contrarios al ordenamiento jurídico? (hechos que «amenazan» la integridad de los mercados financieros).

Habida cuenta de que la autoridad de supervisión puede prohibir determinadas actividades financieras de un determinado o de varios operadores, que por principio no son contrarias al ordenamiento jurídico, no es posible saber si de no haberse prohibido dichas actividades hubieran afectado a la integridad de los mercados financieros. Estamos hablando de un control del TJUE posterior que resulta imposible, ya que se trataría del control de una mera presunción de la autoridad de supervisión, aunque tal presunción se basara en informes, estudios e incluso precedentes. Es decir, al margen del control de los elementos reglados del ejercicio de dicha potestad por la autoridad de supervisión, el control material de los hechos determinantes puede ser imposible, pues un tribunal difícilmente puede sustituir la posición de responsabilidad de una autoridad de supervisión a la que se ha encomendado que se anticipe, adoptando medidas, a la producción de hechos que sean contrarios al ordenamiento jurídico de la Unión.

XIII. ALGUNAS CONCLUSIONES

Las transformaciones del Derecho administrativo, en el marco de la política económica y financiera de la Unión Europea, tienen su origen en la crisis económico-financiera iniciada en 2008, que puso de evidencia que la desregulación del sector financiero, que tiene lugar en la Unión Europea desde finales de los años 80 del siglo XX, es incompatible con la estabilidad financiera, con la confianza en el sistema financiero y con la protección de los consumidores europeos.

Las autoridades de supervisión se caracterizan por la atribución a las mismas por el ordenamiento jurídico de la Unión de un conjunto complejo y variable de potestades administrativas, entre las que destacan las potestades discrecionales de naturaleza preventiva. La atribución de potestades discrecionales de naturaleza preventiva, y en particular las dificultades para controlar los hechos determinantes de la actuación de dichas potestades, son difícilmente compatibles con la concepción del principio de legalidad, al no proporcionar el ordenamiento jurídico de la Unión parámetros efectivos de control de los mismos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Las entidades financieras de la Unión han mutado su naturaleza como consecuencia de la sumisión de las mismas a las autoridades de supervisión dotadas de un complejo sistema de competencias, hasta el punto de que se puede decir que son entidades tuteladas por las autoridades de supervisión, que soportan grandes limitaciones en lo relativo a la autonomía de la voluntad que caracteriza a las entidades privadas en el contexto de la Unión Europea.

Debe tenerse en cuenta que las autoridades de supervisión, en particular el Banco Central Europeo, no están sujetas a controles democráticos (tan solo tienen ciertas obligaciones de información a las Instituciones de la Unión)¹⁶, sino tan solo al control jurisdiccional del TJUE (art. 61 del Reglamento 1093/2010). Se han concebido como personas jurídicas con un alto nivel de autonomía orgánica y funcional (art. 42, 46, 49 y 52 del Reglamento 1093/2010) y en sus reglamentos no se prevé, como sería razonable, la rendición de cuentas ante el Consejo, la Comisión Europea o el Parlamento Europeo. Y la proliferación este tipo de personas jurídicas independientes comienza a ser un problema dentro de la Unión que debiera enfrentarse.

¹⁶ Una crítica a la independencia del Banco Central Europeo se puede encontrar en R. MARTÍNEZ DALMAU, *La independencia del Banco Central Europeo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005 y en *Constitución, legitimidad democrática y autonomía de los Bancos Centrales*, Tirant lo blanch, 2005. Sobre el Banco Central Europeo se han escrito numerosos trabajos, entre los más rigurosos puede citarse M. A. ORROILS I SALLÉS, *El Banco Central Europeo y el Sistema Europeo de Bancos Centrales. Régimen jurídico de la autoridad monetaria de la Comunidad Europea*, Comares, Granada, 2004; A. MALATESTA, *La Banca Centrale Europea. Gli aspetti istituzionali della banca centrale de la Comunità europea*, Giuffrè editore, Milan, 2003; F. BELLI y V. SANTERO, *La Banca Centrale Europea*, Giuffrè editore, Milan, 2003; Ch. ZILIOLI y M. SELMAYR, *The Law of the European Central Bank*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregón, 2001.

RESUMEN: Las transformaciones del Derecho administrativo, en el marco de la política económica y financiera de la Unión Europea, tienen su origen en la crisis económico-financiera iniciada en 2008, que puso de evidencia que la desregulación del sector financiero, que tiene lugar en la Unión Europea desde finales de los años 80 del siglo XX, es incompatible con la estabilidad financiera, con la confianza en el sistema financiero y con la protección de los consumidores europeos.

Las autoridades de supervisión se caracterizan por la atribución a las mismas por el ordenamiento jurídico de la Unión de un conjunto complejo y variable de potestades administrativas, entre las que destacan las potestades discrecionales de naturaleza preventiva. La atribución de potestades discrecionales de naturaleza preventiva, y en particular las dificultades para controlar los hechos determinantes de la actuación de dichas potestades, son difícilmente compatibles con la concepción del principio de legalidad, al no proporcionar el ordenamiento jurídico de la Unión parámetros efectivos de control de los mismos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Las entidades financieras de la Unión han mutado su naturaleza como consecuencia de la sumisión de las mismas a las autoridades de supervisión dotadas de un complejo sistema de competencias, hasta el punto de que se puede decir que son entidades tuteladas por las autoridades de supervisión, que soportan grandes limitaciones en lo relativo a la autonomía de la voluntad que caracteriza a las entidades privadas en el contexto de la Unión Europea.

Debe tenerse en cuenta que las autoridades de supervisión, en particular el Banco Central Europeo, no están sujetas a controles democráticos (tan solo tienen ciertas obligaciones de información a las Instituciones de la Unión), sino tan solo al control jurisdiccional del TJUE (art. 61 del Reglamento 1093/2010). Se han concebido como personas jurídicas con un alto nivel de autonomía orgánica y funcional (art. 42, 46, 49 y 52 del Reglamento 1093/2010) y en sus reglamentos no se prevé, como sería razonable, la rendición de cuentas ante el Consejo, la Comisión Europea o el Parlamento Europeo. Y la proliferación este tipo de personas jurídicas independientes comienza a ser un problema dentro de la Unión que debiera enfrentarse.

PALABRAS CLAVE: Autoridades supervisoras, crisis económico-financiera, desregulación, potestad de supervisión, principio de legalidad, transformaciones del Derecho administrativo, ultrarregulación.

ABSTRACT: Transformations of administrative law in the context of economic and financial policy of the European Union, are rooted in the economic and financial crisis that began in 2008, which put in evidence that deregulation of the financial sector, which takes place in the Union European since the late 80s of XX century, is inconsistent with financial stability, with confidence in the financial system and the protection of European consumers.

Supervisory authorities are characterized by attributing to them by the legal system of the Union of a complex and variable administrative powers, among which the discretionary powers of preventive nature stand out. The allocation of discretionary powers of preventive nature, and in particular the difficulties in controlling the determining factors of the performance of such powers, are hardly compatible with the conception of the rule of law, by failing to provide effective control of the legal system parameters Union thereof to the Court of Justice of the European Union.

Financial institutions of the Union have mutated their nature as a result of the submission of the same to the authorities equipped monitoring a complex system of skills to the point that you can say that entities are supervised by the supervisory authorities, which support major

limitations regarding the autonomy that characterizes private entities in the context of the European Union.

It should be noted that the supervisory authorities, including the European Central Bank, are not subject to democratic controls (only have certain reporting requirements on the institutions of the Union), but only to judicial review by the ECJ (Art. 61 of Regulation 1093/2010). They are intended as legal persons with a high level of organizational and functional autonomy (art. 42, 46, 49 and 52 of Regulation 1093/2010) and its regulations are not expected , as would be reasonable , accountability to the Board of European Commission or the European Parliament. And the proliferation of such independent legal entities is becoming a problem within the EU may have to face .

KEYWORDS: Supervisory authorities, economic and financial crisis, deregulation, power monitoring , rule of law, administrative law transformations, ultrarregulation.