

Derecho mercantil y administraciones públicas

MERCEDES VÉRGEZ
ALICIA ARROYO APARICIO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

ÍNDICE

<i>Introducción</i>	11
---------------------------	----

PARTE GENERAL

INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

<i>Lección 1.^a LA ADMINISTRACIÓN, EMPRESARIO PÚBLICO</i>	
<i>Mercedes Vérguez</i>	15

I. Empresa pública	17
II. Sometimiento de la actividad económica empresarial de la administración al ordenamiento mercantil	21
III. Sociedades mercantiles estatales	24
IV. Empresa pública y administración local y autonómica	28
V. Empresas públicas y el Derecho de la Unión Europea.	30
VI. Empresa pública y privatización	31

<i>Lección 2.^a LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES</i>	
<i>Alicia Arroyo Aparicio</i>	35

I. Introducción: antecedentes y nociones generales.	37
II. Principio de protección de los consumidores	39
1. En la Constitución española	39
2. Política europea de protección de los consumidores.	40
III. La LGDCU	44
1. Relevancia de la LGDCU	44
2. Contenido del TRLGDCU.	48

IV. Influencia en el ordenamiento jurídico	51
1. Influencia de las normas de la UE.	51
2. Normas imperativas y refuerzo de la posición contractual	52
3. Potestad sancionadora de la Administración	53
4. Resarcimiento y acciones por daños	54
5. Organismos y Asociaciones de Consumidores y Usuarios.	55

SEGUNDA PARTE

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ORDENACIÓN DEL MERCADO

*Lección 3.^a LAS NORMAS SOBRE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA
Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS*

Alicia Arroyo Aparicio 59

I. Nociones previas, antecedentes y régimen legal actual	61
1. Nociones previas básicas	61
2. Antecedentes y régimen actual	63
2.1. Antecedentes	63
2.2. Régimen español y europeo	64
2.3. Contenido básico.	67
II. Sistema español y europeo de protección de la libre competencia	70
1. Coexistencia de ambos sistemas	70
2. Criterio delimitador	71
III. Administraciones públicas y Defensa de la Competencia	72
1. Aplicación a las empresas públicas	72
2. Ayudas públicas	75
3. Promoción.	78

*Lección 4.^a LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS DERECHOS DE PROPIEDAD
INDUSTRIAL*

Alicia Arroyo Aparicio 81

I. Introducción	83
II. La propiedad industrial como conjunto de instituciones relacionadas con el Derecho de la competencia	85

III. Régimen jurídico básico	90
1. Patentes y modelos de utilidad	90
2. Diseños industriales (dibujos o modelos)	92
3. Marcas y nombres comerciales (signos distintivos)	93
4. Denominaciones de origen e Indicaciones Geográficas Pro- tegidas.	95
5. Otros derechos	95
IV. Otorgamiento de los derechos	96
1. Registro	96
2. Procedimiento de registro	99
3. Exclusividad del derecho	102
V. Procedimientos administrativos y acciones civiles	104

Lección 5.^a LA ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA

<i>Alicia Arroyo Aparicio</i>	109
I. Introducción	111
II. Previsiones constitucionales sobre el comercio	111
III. Distribución competencial en materia de comercio interior . .	113
IV. La LOCM	114
1. Introducción	114
2. Noción de comercio minorista: ámbito de la Ley	115
3. Intervención de la Administración	118

TERCERA PARTE ESPECIAL

LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN DETERMINADOS SECTORES DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Lección 6.^a INTERVENCIÓN EN EL SECTOR DEL SEGURO

<i>Mercedes Vérguez</i>	127
I. Consideración general	129
II. El seguro privado y su marco normativo general	130
1. Caracter internacional del seguro y su tratamiento en la Unión Europea	130
2. Marco normativo de la regulación del seguro privado en Derecho español	132

III. Intervención de los poderes públicos en las operaciones a través de las cuales se presta el seguro	133
IV. Intervención de los poderes públicos en la gestión del seguro por las empresas aseguradoras	137
1. Intervención de la Administración en el momento de constitución de las entidades aseguradoras.	138
2. Intervención de la Administración durante el ejercicio de la actividad de las entidades aseguradoras.	140
3. Actuación de la Administración en relación con las empresas aseguradoras que presenten situaciones de deterioro financiero y con la revocación de la autorización, su disolución y liquidación.	142
<i>Lección 7.^a EL CONTROL PÚBLICO EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE</i>	
<i>Mercedes Vérguez</i>	143
I. Consideraciones generales	145
II. Transporte terrestre.	146
1. Introducción	146
2. Transporte terrestre por carretera.	149
3. Transporte terrestre por ferrocarril.	152
III. Transporte marítimo.	156
1. Introducción	156
2. Intervención pública desde el punto de vista del contrato	157
3. Intervención administrativa en la gestión del transporte marítimo.	158
IV. Transporte aéreo	162
1. Introducción	162
2. Régimen de los aeropuertos	162
3. La intervención en la gestión del transporte aéreo	165
<i>Lección 8.^a INTERVENCIÓN EN EL LLAMADO MERCADO FINANCIERO: CONTROL DEL SISTEMA CREDITICIO, CONTROL DEL SERVICIO DE PAGOS Y CONTROL DEL MERCADO DE VALORES</i>	
<i>Mercedes Vérguez</i>	169
I. Consideraciones generales	171
II. Ámbito normativo general	172

III. Entes Estatales con competencias en el mercado financiero. .	175
IV. El mercado crediticio	176
1. Introducción	176
2. Entidades de crédito en sentido estricto.	177
3. Control público de las entidades de crédito	179
3.1. Ordenación supervisión y solvencia de las entidades de crédito	179
3.2. Recuperación y resolución de las entidades de crédito	181
3.3. El Fondo de Garantía de Depósitos	185
4. Control público de los contratos realizados por entidades de crédito	185
V. El mercado de pagos: control sobre los servicios de pagos . . .	186
VI. El mercado de valores.	189
1. Introducción	189
2. Características del mercado de valores	192
3. Intervención pública en el mercado de valores	193

Lección 8.^a

Intervención en el llamado mercado financiero: control del sistema crediticio, control del servicio de pagos y control del mercado de valores

Mercedes Vérguez

- I. Consideraciones generales
- II. Ámbito normativo general
- III. Entes Estatales con competencias en el mercado financiero
- IV. El mercado crediticio
 - 1. Introducción
 - 2. Entidades de crédito en sentido estricto
 - 3. Control público de las entidades de crédito
 - 3.1. Ordenación supervisión y solvencia de las entidades de crédito
 - 3.2. Recuperación y resolución de las entidades de crédito
 - 3.3. El Fondo de Garantía de Depósitos
 - 4. Control público de los contratos realizados por las entidades de crédito
- V. El mercado de pagos: control sobre los servicios de pagos
- VI. El mercado de valores
 - 1. Introducción
 - 2. Características del mercado de valores
 - 3. Intervención pública en el mercado de valores

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La intervención de la Administración en la actividad económica tiene una proyección especialmente importante en otro sector de dicha actividad como es el sistema financiero. Considerado en líneas generales el sistema financiero de un país está formado por el conjunto de instituciones, medios y mercados, cuyo fin principal es canalizar el ahorro que generan los prestamistas o unidades de gasto con superávit, hacia los prestatarios, unidades de gasto con déficit, así como otorgar seguridad al movimiento de dinero y al sistema de pagos.

A diferencia del mercado de bienes o servicios se funciona en este ámbito en un mercado en el que, como se ha dicho en nuestra doctrina, lo que se negocia es el dinero o el derecho a obtenerlo a cambio de conferir a quien lo proporciona, financiador, determinados derechos patrimoniales, sean estos derechos de crédito pecuniario, sean derechos de participación en las entidades prestatarias, a través de los cuales pueda lograrse la recuperación y la retribución de la financiación que es lo que persigue el financiador.

El mercado financiero crea unos activos propios, activos financieros, que, a diferencia de los activos reales no contribuyen ellos mismos a crear riqueza general de un país, ya que no se contabilizan en el producto interior bruto, pero los recursos dinerarios que suministran contribuyen y facilitan la creación y la movilización de los recursos reales de la economía contribuyendo así a crear riqueza. Por otro lado, como se ha insinuado ya, a través del mercado financiero las autoridades monetarias, otorgando seguridad al movimiento de dinero, controlan la política monetaria cuyo objetivo básico es el control de la inflación y la estabilidad de los precios, del mismo modo que a través de la prestación de servicios de pago que realizan los entes que en él participan, se realiza un importante papel en el régimen general de los pagos aportando seguri-

dad y ahorro. De ahí la importancia del mercado financiero que tiene unas características propias.

La idea central y básica de este mercado es la necesidad de proteger y promover el ahorro que en él se invierte y de los ahorradores y si se tiene en cuenta que las características de los activos financieros son de liquidez, riesgo y rentabilidad, está claro que su protección necesita información, normas que impongan información objetiva de determinados datos y de los sujetos que demandan información; transparencia; una regulación adecuada de las entidades financieras que actúan en este mercado; una regulación precisa del funcionamiento de dicho mercado, a través de la regulación de las relaciones entre las partes que es decisiva para garantizar la eficiencia y la seguridad de las transacciones y por supuesto el control y la supervisión por parte de las autoridades administrativas. Todo esto determina un conjunto de normas imperativas que hacen que los mercados financieros sean mercados regulados y por ello sometidos a inspección administrativa y que la infracción de sus normas den lugar a sanciones administrativas.

Nos encontramos, pues ante un sector de la actividad económica en relación con el cual el poder público reconoce abiertamente su interés general, lo que determina que se trata de un sector regulado, en el que la libertad de empresa y la autonomía de la voluntad encuentran importantes limitaciones que garanticen la licitud de los comportamientos, y su sometimiento a importantes controles de supervisión administrativa.

Estudiado ya en temas anteriores el sector del seguro, que podría integrarse también en el sector financiero, pero que posee unas características propias, como mercado del riesgo, el sector financiero tiene dos polos determinantes: el mercado del crédito y el mercado de valores, y también el mercado de los pagos, en el que intervienen las entidades de crédito y otras entidades y que determina el control de los servicios de pago.

II. ÁMBITO NORMATIVO GENERAL

Del mismo modo que los sectores hasta ahora analizados, el sector financiero en nuestro país cuenta, por un lado, con su integración en el

mercado único europeo, y por otra parte, con su integración en un Estado autonómico.

En la Unión Europea no solo se ha logrado la unificación de la política monetaria y se ha instaurado el principio del reconocimiento de las entidades financieras sometidas a la supervisión y control por parte de su país de origen, si no que se han tomado decisiones muy importantes en materia de coordinación de la supervisión de los mercados financieros y de las entidades que actúan en ellos, mediante la creación de las Autoridades Europeas de Supervisión, fundamentalmente la Autoridad Bancaria Europea, ABE, creada el 1 de enero de 2011 entre cuyas funciones está la de llevar a cabo pruebas de resistencia de los bancos para aumentar la transparencia del sistema financiero europeo y la Autoridad Europea de Valores y Mercados AEVM que entró en funcionamiento el 1 de enero de 2011 y cuya función fundamental es asegurar la integridad funcionalidad y transparencia de los mercados de valores en la Unión Europea. Al propio tiempo que se han aprobado numerosas directivas de armonización, avanzando en la creación de una normativa bancaria única en materia de solvencia y que resultan imprescindibles de frente a la creación de la Unión Bancaria para la constitución de mecanismos únicos de supervisión y resolución de entidades de crédito de la zona euro.

En la actualidad, el «Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios» (Basilea III), presentado por el Comité de Basilea de Supervisores Bancarios en 2010, es el eje sobre el que se establece la normativa prudencial internacional. Y la implantación a la UE se ha realizado a través de dos normas fundamentales: El Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y la Directiva 2013/36/ del Parlamento Europeo de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y empresas de inversión. Así como también la Directiva 2014/ 59 del Parlamento y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión, y el Reglamento 806/2014 por el que se establecen normas uniformes y procedimientos uniformes para la resolución de las entidades de crédito y de empresas de servicios de inversión en el marco del Mecanismo Único y el Fondo Único de Resolución.

La Unión Europea se asienta, pues, en este momento en dos pilares fundamentales: un Mecanismo Unificado de Supervisión (MUS), compuesto por el Banco Central Europeo y las Autoridades Nacionales de supervisión, entre las que se encuentra el Banco de España y un Mecanismo unificado de Resolución (MUR) que permite liquidar bancos problemáticos de la zona euro, desde una autoridad central, y financiar las operaciones con un fondo de euros aportado gradualmente por las propias entidades. Un elemento clave de la Unión Bancaria Europea y de este mecanismo de resolución es la Junta Única de Resolución cuya función es garantizar la resolución ordenada de los bancos en crisis con el menor impacto sobre la economía y las finanzas públicas de los países de la Unión y terceros.

Desde el punto de vista de la integración del sistema financiero en el estado de las autonomías, aunque el artículo 148.13 de la Constitución atribuye a las comunidades autónomas «el fomento del desarrollo económico de la comunidad autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional», es el artículo 149 1. 11.^a el que se ha considerado como determinante de la correspondiente cuota de competencia. En efecto en él se establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre el sistema monetario, divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación del crédito, la banca y seguros»; diferenciando entre competencia exclusiva y competencia para establecer las bases de la ordenación. La interpretación de estas competencias que ha hecho el Tribunal Constitucional, y el contenido de los estatutos autonómicos han determinado que el Ministerio de Economía ejerza potestades normativas y ejecutivas, sobre la totalidad del sistema financiero, sobre las entidades de crédito y su actividad, sobre las entidades que operan en el mercado de valores y su actividad.

En el ámbito señalado, el Banco de España ejerce facultades normativas y ejecutivas sobre el entero sistema Crediticio y la Comisión Nacional del Mercado de Valores ejerce facultades normativas y ejecutivas sobre el conjunto de los operadores y mercado de valores. Las Comunidades Autónomas ejercen potestades normativas de acuerdo con las normas básicas del Estado y potestades ejecutivas que comparten sobre cajas de ahorro, sometidas en la actualidad a un proceso de reestructuración, cooperativas de crédito y sociedades de garantía recíproca.

III. ENTES ESTATALES CON COMPETENCIAS EN EL MERCADO FINANCIERO

Los entes estatales con competencia en el mercado financiero son: el Banco de España; la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y el Fondo de Resolución Ordenada Bancaria (FROB).

A) **El Banco de España** es actualmente el Banco Central Español integrado en el sistema europeo de Bancos Centrales. Se trata de una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad jurídica pública y privada para el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus fines, actúa con autonomía de la administración del Estado, desempeñando sus funciones administrativas con arreglo al régimen jurídico de las administraciones públicas y quedando sometido al ordenamiento privado en sus demás actuaciones (artículo 1 de la ley 13/1.994 de 1 de junio de autonomía del Banco de España, reformada últimamente por la Ley 30 de diciembre de 2014).

Tiene una doble condición institucional: por un lado, está integrado en la administración institucional del Estado, y por otro, es parte integrante del sistema Europeo de Bancos Centrales y en esta condición está sometido a las disposiciones del Tratado de la Unión Europea y a los Estatutos del sistema. Debe ajustarse a las instrucciones y orientaciones del Banco Central Europeo que se creó como órgano director de la política monetaria de la zona euro, y cuyo objetivo principal es el mantenimiento de la estabilidad de los precios, teniendo además importantes funciones relativas al control y supervisión de las entidades de crédito.

B) **La Comisión Nacional del Mercado de Valores** es también un ente de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Como el Banco de España, en el ejercicio de sus funciones actúa de conformidad con el régimen jurídico de las Administraciones públicas, mientras que en sus adquisiciones patrimoniales está sujeta a las normas de derecho privado y los contratos que celebre se ajustaran a lo dispuesto en la Ley de Contratos de la Administración del Estado.

Le corresponde la inspección y control de los mercados de valores, debiendo velar por su transparencia y la correcta formación de los pre-

cios (artículos 16 y sigs. del R.D. Legislativo 4/ 2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores.

C) **El FROB** es una entidad de derecho público, creada como consecuencia de la crisis por el Decreto-Ley 9/2009; encargada de la resolución de las entidades de crédito y de las empresas de servicios de inversión en su fase ejecutiva, tiene por objeto gestionar los procesos de resolución de dichas entidades en dicha fase ejecutiva relativa a la transmisión de la entidad, en todo o en parte, a un tercero; creación de una sociedad de gestión de activos «deteriorados o dañados», etc . Su régimen jurídico se establece en los artículos 52 y siguientes de la Ley 11/2015 de 18 de junio de recuperación y resolución de las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

IV. EL MERCADO CREDITICIO

1. Introducción

El llamado mercado crediticio está constituido por un conjunto de entidades cuya función principal consiste en promover medios de pago y suministrar créditos a la economía. Desarrollan, pues, una actividad financiera que consiste en captar fondos del público mediante depósitos, préstamos u otros contratos que lleven consigo la obligación de devolver los fondos recibidos. Fondos que a su vez se emplean en la concesión de crédito por cuenta propia .Las entidades de crédito realizan pues una actividad de intermediación y asumen el riesgo crediticio.

Hay que destacar, no obstante que quienes actúan de la forma anteriormente señalada son las que la doctrina califica como entidades de crédito, en sentido estricto, o material, distintas de las entidades de crédito en sentido amplio, pero a las que no les está permitido captar fondos del público, es el caso del Instituto de Crédito Oficial, de la confederación Española de Cajas de Ahorro, de los Establecimientos Financieros de Crédito, y de las denominadas Entidades de Comercio Electrónico.

2. Entidades de crédito en sentido estricto

Las entidades de crédito en sentido estricto, también denominadas entidades de depósitos son, de acuerdo con la ley, las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos y otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia, teniendo la consideración de tales:

- Los bancos constituidos necesariamente como sociedades anónimas, especiales, constituidas por fundación simultánea, con un capital no inferior a 18 millones de euros íntegramente desembolsados en efectivo y representado por acciones nominativas, tienen limitado estatutariamente el objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito y están sometidos, como veremos, a una serie de exigencias propias que determinan el control de los poderes públicos sobre el sector.
- Las Cajas de Ahorro, configuradas en su origen como entidades de beneficencia, orientadas al fomento y protección del ahorro y a la generalización del acceso al crédito de las clases más desfavorecidas, con una función social vinculada a los territorios en los que actúan y creadas con una especial naturaleza fundacional. Su evolución ha venido marcada por una continua expansión, motivada por la progresiva liberalización de su régimen jurídico y su asimilación al resto de las entidades de crédito, fundamentalmente los bancos, lo que, de cara a la crisis financiera última, ha determinado la necesidad de resolver en ellas cuestiones que hubieran encontrado una solución clara en una estructura social mercantil y que sin embargo ha sido objeto de una muy amplia regulación autonómica.

La crisis financiera puso de manifiesto los límites del modelo, y ha determinado que las Cajas de Ahorro hayan emprendido un proceso de reestructuración, proceso que ha contado con el apoyo del Fondo de Reestructuración Organizada Bancaria (FROP) y de la constitución de Sistemas Institucionales de Protección, que superando las dificultades de cualquier proceso de fusión en estas entidades, permitiera su agrupación y cooperación, también, con entidades crediticias de otra naturaleza, y se estableciera un compromiso de

solvencia y liquidez en los términos propuestos en el artículo 4 del RDL 11/2010 de 9 de julio.

El objetivo fue lograr la capitalización de las cajas y profesionalizar sus órganos de gobierno en la línea de lo que sucede con las demás entidades de crédito, ofreciendo distintas alternativas. Se permite a la Caja el ejercicio de toda la actividad financiera a través de un banco controlado por ella, o bien se permite a la Caja su transformación en una fundación de carácter especial, conservando la obra social y traspasando todo su negocio financiero a un banco. El RDL de 2010 fue modificado por el RDL 2/2012 de 3 de febrero de saneamiento del sector financiero, y la ley 9/2012 de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Las dificultades para garantizar la viabilidad de ciertas Cajas de ahorro hay que reconocer que han supuesto un esfuerzo extraordinario de ahí que realizado este esfuerzo se haya aprobado finalmente una ley que, como señala su E. M., recoge con vocación de estabilidad en un único texto el régimen jurídico de las Cajas de ahorro, centrando su regulación, de acuerdo con lo que exigen las competencias autonómicas en la materia, en aquellas cuestiones definidas como básicas para la regulación del sector crediticio español, relativas a la organización interna y funciones de las Cajas, o la determinación de los aspectos fundamentales de su actividad, así como aquellas que afectan a su solvencia y a la supervisión a que quedan sometidas, porque son aspectos que exigen un tratamiento unitario en todo el territorio nacional. Se trata de la ley 26/2013 de 27 de diciembre de Cajas de ahorro y fundaciones bancarias.

- Cooperativas de crédito, reguladas en la ley de 26 de mayo de 1989 y su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto de 22 enero de 1993. La ley de 1.989 ha sido modificada por el Real Decreto Ley 11/2017 de 23 de junio de Medidas Urgentes en Materia Financiera, con la finalidad necesaria y urgente de dotar estas cooperativas, con la mayor celeridad posible, de los instrumentos que, teniendo en cuenta las experiencia recientes, les permitan abordar las situaciones de dificultad a las que tengan que enfrentarse con agilidad y eficazmente.

Su objeto social se refiere al ejercicio de las actividades propias de las entidades de crédito, con atención especial a las necesidades financieras de sus socios, sin que el conjunto de operaciones con terceros pueda alcanzar al 50% de los recursos totales de la entidad. Se clasifican en dos grandes grupos «cooperativas de crédito agrícola» y «cooperativas de crédito no agrario» de carácter industrial.

3. Control público de las entidades de crédito

El hecho de que la especial naturaleza de estas entidades determine que tienen un papel clave en la economía, en la medida en que facilitan la circulación del crédito al resto de los sectores de la actividad económica, pone de manifiesto que los intereses que confluyen en su buen funcionamiento no sean solo privados sino públicos. De ahí que estén sometidas a una serie de normas administrativas que tienden a garantizar su solvencia y liquidez, fundamentales para su funcionamiento.

3.1. Ordenación supervisión y solvencia de las entidades de crédito

Hasta fecha reciente el control público de las entidades crediticias estaba sometido a una normativa dispersa que regulaba y establecía los distintos controles administrativos; últimamente la Ley 10/2014 de 26 de junio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, que ha refundido en un único texto las principales normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito y contiene el núcleo esencial de las principales normas de ordenación y disciplina, sin perjuicio de la existencia de regulaciones especiales. Esta Ley ha sido modificada por la Disposición final sexta del Real Decreto-Ley 19/2.018 de 25 de noviembre de servicios de pagos y otras medidas urgentes en materia financiera; así como por la Disposición final duodécima de la Ley 5/ 2.019 de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

La regulación contenida en la ley antes mencionada se conecta con el Reglamento (UE) n.º 575 /2013 de 26 de junio, y con la incorporación de la Directiva 2013/36/UE de 26 de junio; Reglamento y Directiva que constituyen el régimen jurídico fundamental de la solvencia y acceso a la ac-

tividad de las entidades de crédito. Su objeto es adaptar nuestro ordenamiento a los cambios normativos motivados por la incorporación de las normas de la UE y que han determinado cambios importantes en las normas aplicables a las entidades de crédito como son el régimen de supervisión, los requisitos de capital, el régimen de sanciones, profundamente modificado.

En la línea señalada la ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito regula:

1. La definición de las entidades de crédito, el contenido de su actividad y las su régimen jurídico.
2. El régimen de autorización y revocación de su autorización.
3. El régimen y el control de las participaciones significativas en dichas entidades.
4. El régimen de idoneidad e incompatibilidades de los miembros del Consejo de Administración de estas entidades, y el régimen de gobierno corporativo. Controles que, como señala la propia E.M. de la ley surgen porque es claro que una regulación prudente de estas entidades debe promover prácticas de gestión más eficientes y óptimas para el desarrollo de una actividad compleja y arriesgada como es la financiera.

Dos son los aspectos que se abordan: el establecimiento de sistemas de gobierno corporativo eficaces y el desarrollo de una política de remuneraciones más acorde con los riesgos en el medio plazo de la entidad.

5. El régimen de solvencia, estableciendo las disposiciones que en línea con el Reglamento de la UE se deben mantener en el ordenamiento nacional. Disposiciones que regulan: la evaluación de la adecuación del capital de las entidades para el riesgo que asumen; los criterios que han de tenerse en cuenta por el Banco de España para fijar los requisitos de liquidez en el marco de revisión de las estrategias y sistemas implantados por las entidades, para que se cumplan los márgenes de solvencia; los llamados «colchones» de capital que se irán aplicando sucesivamente, y que unos responden a la necesidad de contar con suplementos de capital frente a pérdi-

das o por la necesidad de cubrir riesgos originados por el carácter sistémico de ciertas entidades; y otros son herramientas a disposición del Banco de España al objeto de atenuar el efecto procíclico sobre el crédito de los requerimientos de capital y, en su caso, abordar la aparición de riesgos que puedan afectar al sistema financiero en su conjunto.

6. El Banco de España es la entidad supervisora de las entidades de crédito a la que se dota de las facultades y de los poderes necesarios. Debe resaltarse que la labor supervisora del Banco de España se desarrollara dentro de un marco ordenado y sistemático y se prevé que su ámbito de supervisión será el más amplio posible. En caso de incumplimiento de la normativa de solvencia se otorgan al Banco de España poderes y facultades para intervenir en la actividad de la entidad, introduciendo exigencias mayores de capital, provisiones y suprimiendo el reparto de dividendos, y si la situación fuera de excepcional gravedad llegando, incluso, a la intervención de la entidad y a la sustitución de sus órganos.

Se establece igualmente un procedimiento sancionador en la línea del establecido ya en nuestro derecho por la ahora derogada ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito, introduciendo las modificaciones precisas para trasponer la Directiva 2013/36/UE de 26 de junio.

3.2. Recuperación y resolución de las entidades de crédito

El otro aspecto del control administrativo de las entidades de crédito, es el representado por las normas de recuperación y resolución de las entidades de crédito.

Como consecuencia de la crisis económica surgió la necesidad de crear mecanismos especiales de apoyo a las entidades de crédito: el importante papel que juegan en el sistema financiero, hace que los procedimientos concursales tradicionales no sean útiles para resolver los problemas de la reestructuración o del cierre de entidades de crédito afectadas por la crisis y que sea necesario articular un procedimiento más riguroso

y flexible que permita a las autoridades públicas dotarse de poderes extraordinarios para obtener soluciones eficientes.

A esta idea respondió la Ley 9/2012 de 14 de noviembre de reestructuración y resolución de entidades de crédito y la creación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) con la finalidad de gestionar procesos de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Pero esta ley que respondía al reconocimiento de las necesidades que pueden tener las entidades de crédito en determinadas condiciones, de apoyos financieros públicos, ha sido derogada por la Ley 11/ 2.015 de 18 de junio de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, desarrollada por el Real Decreto 1012/2015 de 6 de noviembre, y que ha sido modificada a su vez por el Real Decreto Ley 11/2017 de 23 de junio de medidas urgentes en materia financiera y por la disposición final octava del Real Decreto-Ley 19/ 2.018 de 23 de noviembre de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera.

La nueva ley en la línea de la anterior, en el sentido de utilizar los mecanismos especiales frente a los procedimientos concursales judiciales tradicionales, responde, además, a una idea fundamental la de evitar para afrontar las situaciones de dificultad todo impacto sobre los fondos públicos y por tanto de los contribuyentes.

Desde el planteamiento señalado, como se expresa en su propia Exposición de Motivos, responde a los siguientes principios:

Primero, distinguir entre la liquidación y la resolución de una entidad financiera. La primera supone la finalización de las actividades de la entidad en el marco de un proceso judicial que se dará principalmente en el caso de entidades que por su reducido tamaño y complejidad su tratamiento en el ámbito judicial no produzca alteraciones en el interés público. La resolución, por el contrario, es un procedimiento administrativo por el que se gestiona la inviabilidad de aquellas entidades que por su incidencia en el interés público y en la estabilidad financiera no puede ser acometida a través de una liquidación concursal.

Este procedimiento administrativo, procura la máxima celeridad en la intervención para facilitar la continuidad de sus funciones esenciales,

al mismo tiempo que minimiza su impacto sobre el sistema económico y los recursos públicos.

Segundo, separar las funciones de supervisión de las de resolución, pero a la función supervisora, que consiste fundamentalmente en asegurar el cumplimiento de la normativa de disciplina y de solvencia, se le añade un nuevo mandato a la supervisión, llamado a garantizar que si una entidad se vuelve incapaz de mantenerse activa con sus propios medios a pesar de la regulación y la supervisión tradicionales, su cierre se producirá con las mínimas distorsiones sobre el sistema financiero y sin impacto sobre las finanzas públicas.

Se trata en esta línea no de prever un enfoque novedoso de la supervisión, sino de establecer también un nuevo área de intervención que exija a las entidades el ejercicio de su actividad, a través de una fase de «actuación temprana», adoptando una serie de medidas, cuando la entidad aunque incumple o puede incumplir en un futuro próximo las normas de solvencia, se encuentra, sin embargo en condiciones de volver a su cumplimiento por sus propios medios.

Se prevé también una fase de «resolución preventiva» dentro del proceso de resolución, que supone exigir a las entidades el ejercicio de su actividad de tal manera que si efectivamente se produce la crisis, su resolución sea factible y respetuosa con el interés general. Se establece, en esta línea un modelo que será sometido a evaluación en aras de su eficiencia y que distingue entre funciones de resolución en la fase preventiva que se encomienda al Banco de España y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y las funciones de resolución en la fase ejecutiva que se asignan al FROB.

Tercero, se toma en consideración la conveniencia de que se articulen tanto la fase preventiva, como la fase de actuación temprana dentro del procedimiento resolutorio. Lo que se pretende es integrar en la en la vida ordinaria de la entidad la reflexión sobre su posible resolubilidad y en definitiva que sus gestores presten atención a garantizar que si la entidad tuviera que ser resuelta, su estructura o forma de funcionamiento permitan realizar esa resolución sin poner en riesgo la estabilidad financiera de la economía y muy particularmente los depósitos y el dinero público. Y sobre todo se trata de manifestar la

necesidad de que las autoridades de supervisión y de resolución actúen sobre la entidad desde el primer momento cuando la entidad aún es solvente y viable.

Partiendo de estas premisas de planificación preventiva y de actuación temprana, se establecen una serie de medidas como los planes de recuperación y de resolución temprana, pudiendo suceder que se impongan modificaciones estructurales y organizativas a entidades solventes con la finalidad de que si la entidad es inviable su resolución pueda hacerse de forma ordenada y sin costes para el contribuyente.

Cuarto, se establece la necesidad de que los recursos públicos y de los ciudadanos no pueden verse afectados durante el proceso de resolución de una entidad, si no que son los accionistas y los acreedores o en su caso la industria financiera, los que deben asumir las pérdidas. En esta línea se diseñan tanto los mecanismos internos de absorción de pérdidas por los accionistas y acreedores de la entidad en resolución, como alternativamente la constitución de un fondo de resolución financiado por la propia industria financiera.

Hay que decir, no obstante, que uno de los principios de esta ley es la especial protección de los depósitos bancarios. En caso de recapitalización interna de la entidad, estos serían los últimos créditos que pueden verse afectados, quedando además cubiertos en buena medida por el Fondo de Garantía de Depósitos. Se prevé, además, el Fondo de Resolución Nacional, llamado a integrarse en un futuro próximo en un fondo de escala europea sufragado por las contribuciones de las entidades de crédito.

La ley que comentamos hay que decir, también, que acomete la transposición de la Directiva 2014/59 UE del Consejo y del Parlamento Europeo de 15 de mayo, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y de empresas de servicios de inversión, abriendo la vía a la constitución de un Mecanismo Único de Resolución Europeo.; así como también la de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento y del Consejo de 16 de abril de 2014 relativa a los sistemas de garantía de depósitos y se introducen las previsiones que permitan coordinar el sistema español de resolución con el europeo que deberá estar operativo a partir de 2016.

3.3. El Fondo de Garantía de Depósitos

En relación con la solvencia de las entidades de crédito se sitúa, como acabamos de ver, la actuación tradicional del Fondo de Garantía de Depósitos, que regulado por el RD-L 16/ 2011 de 14 de febrero ha sido objeto de distintas modificaciones. Se trata de una entidad de personalidad jurídica pública con plena capacidad para desarrollar sus fines en régimen de derecho privado a la que deben adherirse todas las entidades de crédito.

La función principal del Fondo es garantizar la devolución de los depósitos constituidos en entidades de crédito hasta una cantidad máxima de cien mil euros por depositante, cuando la entidad de crédito se encuentre en situación de insolvencia. Hasta esa misma cifra cubre también a los inversores que hayan entregado a la entidad de crédito recursos dinerarios, valores, u otros instrumentos financieros para que les presten algún servicio de inversión.

El Fondo podrá realizar otras funciones previstas en las normas que lo regulan. Especialmente cuando se tenga que devolver los depósitos puede adoptar medidas preventivas de saneamiento dentro de un plan de actuación que tienen que aprobar el Banco de España.

4. Control público en los contratos realizados por las entidades de crédito

No existe una regulación propia de los contratos realizados por las instituciones de crédito, pero esto no quiere decir que dichos contratos no estén sometidos a determinados controles a través de normas imperativas en defensa de los intereses que en ellos confluyen dignos de protección. Desde un punto de vista general ha de decirse que por la forma en que estos contratos se realizan, a través de contratos de adhesión y por la condición de quien percibe los servicios financieros como consumidores o usuarios, estos contratos están sometidos a las normas imperativas de la Ley de Condiciones generales de la contratación y a las que establece el Texto refundido de Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

Desde el punto de vista particular de las características de estos contratos y sus prestaciones están las normas de protección del cliente pre-

vistas en el artículo 5 de la Ley 10/ 2014 entre las que tienen una importancia especial las que se refieren a:

- Información precontractual que debe facilitarse a los clientes, la información y contenido de los contratos y las comunicaciones posteriores que permiten su seguimiento, reflejando de forma explícita con la máxima claridad los derechos y obligaciones de las partes, los riesgos derivados del producto o servicios para el cliente y las demás circunstancias que le permitan evaluar si se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera.
- Transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que se ofrecen y especialmente las relativas a las condiciones básicas de obligado cumplimiento para las entidades de crédito que, en particular, solo podrán percibir comisiones o repercutir gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o que puedan acreditarse.

Una importancia especial tienen las normas establecidas en la Ley 16/ 2011 de 24 de junio de Contratos de crédito al Consumo; la protección establecida para los consumidores de servicios financieros comercializados a distancia por la Ley 22/2007 de 11 de julio y la prevista en la Ley 2/2009 de 31 de marzo por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamos o crédito. Así como las normas previstas en la Ley 5/2.019 de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. También la Orden ECE/482/2019 de 26 de abril por la que se modifica la Orden EHA/1718/2010 de 11 de junio de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección de los servicios bancarios.

V. EL MERCADO DE LOS PAGOS: CONTROL SOBRE LOS SERVICIOS DE PAGOS

Como ya se ha señalado, junto a la función del sistema financiero de suministrar recursos dinerarios a las personas que lo necesiten, tiene

también otras funciones, entre las cuales no es de poca importancia la relativa el papel que juega en el régimen general de los pagos que tienen que realizar los distintos operadores económicos.

La importancia de esa función es clara si se tiene en cuenta la cantidad de operaciones que se realizan tanto en el mercado de bienes y servicios como en el mercado financiero, y cuyo importe, por razones económicas y de seguridad, no se satisface en efectivo más que en una parte muy reducida, ya que la mayor parte de las veces se lleva a cabo a través de las entidades de crédito y otras entidades que prestan servicios de pago.

Pero esta situación que presenta ventajas de seguridad y de ahorro de gastos, para que funcione correctamente, exige que lo haga dentro de un marco jurídico de control y de transparencia; y también que dentro de mercado único europeo, dada la creación del euro como moneda única, al menos en los países den los que han adoptado la nueva divisa, tenga una regulación uniforme. Solo así la mediación en los pagos ofrecerá las garantías necesarias. En esta línea la Unión Europea aprobó la Directiva 2007/ 64 / CE del parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, cuyo objetivo principal era que los pagos realizados dentro de la UE, en concreto las transferencia, los adeudos en cuenta, y las operaciones realizadas mediante tarjetas de crédito, puedan llevarse a cabo con garantías suficientes y con la misma facilidad. Esta directiva se ha incorporado a nuestro ordenamiento por la ley 16/ 2009 de 13 de diciembre de servicios de pago, que ha sido objeto de algunas modificaciones. Los objetivos de esta ley en la línea de la directiva han sido:

- primero, estimular la competencia en los mercados nacionales, asegurando la igualdad de condiciones para permitir la creación, junto a las entidades de crédito, de nuevas entidades de pago que, aunque sometidas igualmente a importantes exigencias y garantías para su funcionamiento, supongan un aumento de los proveedores de servicios de pago en beneficio de los usuarios de estos servicio;
- segundo, aumentar la transparencia en el mercado, tanto para los prestadores de los servicios de pago, como para los usuarios;
- tercero, establecer un sistema común para proveedores y usuarios en relación con la prestación Y con la utilización de los servicios, sin el cual es imposible la existencia de un mercado único de pagos.

Pero la Ley 2009 ha sido recientemente derogada. La Directiva 2.007 fue modificada por una nueva Directiva, la UE 2.015/ 2366 del Parlamento y del Consejo de 25 de noviembre de 2.015 sobre servicios de pagos en el mercado interior; y esta directiva que está en vigor desde el 12 de enero de 2.016 y que tenía como plazo de incorporación a nuestro derecho el 13 de marzo de 2.018, después de un largo periodo de tramitación ha sido al fin incorporada a través del Real Decreto-Ley 19/ 2.018 de 23 de noviembre de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera.

La nueva regulación responde a la idea de avanzar dentro del contexto de un mercado más amplio que el nacional, en la adaptación de la regulación a los nuevos cambios tecnológicos que permitan a los usuarios disponer de formas más seguras de nuevos servicios de pagos y de nuevos agentes que progresivamente se vayan implantando en el mercado. La finalidad del decreto ley es la de facilitar y mejorar la seguridad en el uso de sistemas de pago a través de internet, reforzar el nivel de protección del usuario contra fraudes y abusos potenciales y promover la innovación en los servicios de pago a través del móvil y de internet.

Como aspectos fundamentales de la nueva regulación pueden destacarse los siguientes:

Entre los servicios de pagos regulados se incluyen dos que hasta ahora no habían sido objeto de regulación, Uno, los servicios de iniciación en los pagos que permiten al proveedor del servicio de pago dar al beneficiario de la orden de pago la seguridad de que el pago se ha iniciado. Estos servicios favorecen la entrega, por parte del beneficiario, del bien o de la prestación del servicio correspondiente y garantizan la posibilidad de hacer compras en línea aunque no se posean tarjetas de pago. Otro, los servicios de información sobre cuentas que proporcionan al usuario del servicio de pago información en línea sobre una o varias cuentas de pago mantenidas en sus proveedores de servicios de pago, lo que le permite tener en todo momento una información global e inmediata de su situación financiera.

En cuanto al ámbito de aplicación de las normas se mantiene la idea de que el Real Decreto es de aplicación a todos los servicios que se presen-ten en territorio español cualquiera que sea el origen o el destino de las operaciones.

Se amplía la protección prevista para los consumidores y las microempresas en lo que se refiere a la transparencia de las condiciones y los requisitos de información aplicables a los servicios de pago, la modificación y resolución del contrato marco y los derechos y obligaciones en relación con la prestación y la utilización de los servicios de pago.

La nueva ordenación, regula, evidentemente el régimen de autorizaciones de las entidades de pago, con la novedad de que se atribuyen al Banco de España las competencias relativas a su tramitación, siendo él el responsable último de la autorización y su control e inspección. En el caso de servicios de iniciación de pagos y de información sobre cuentas, será condición necesaria para obtener la autorización tener contratado un seguro de responsabilidad profesional.

Por supuesto se regulan los derechos y obligaciones de los proveedores y de los usuarios, estableciéndose sistemas de protección de los fondos de los usuarios, y se hace una nueva regulación de los riesgos operativos y de la seguridad de los proveedores de servicios de pago. El Real Decreto recoge, finalmente un régimen sancionador aplicable a los proveedores de servicios de pago.

VI. EL MERCADO DE VALORES

1. Introducción

Dentro del sistema financiero, así como en el llamado mercado del crédito el suministro de recursos dinerarios a los sujetos que los necesitan por aquellos otros que disponen de ellos y están dispuestos a invertirlos, se realiza a través de la intermediación de las entidades de crédito, puede suceder que el intercambio llegue realizarse, como se ha señalado en la doctrina, de forma desintermediada; pero en este caso lo que sucede es que la negociación individualizada, a través de puros contratos bilaterales, no sirve para satisfacer las exigencias de un sector, muy complejo, que para funcionar adecuadamente necesita de un sistema de actuación que facilite y objetive este tipo de operaciones. Aparece así el mercado de valores, como un mercado organizado en el que lo que se negocian son instrumentos financieros, emitidos por los sujetos que necesitan recursos dinerarios, que reúnen unas determinadas características de homogeneidad,

tipicidad, y transmisibilidad, que hacen posible su adquisición por los inversores y su posterior transmisión cuando ellos necesiten liquidez.

Cabe señalar, en relación con lo expuesto, que existe un mercado primario de valores que se refiere al momento de constitución o de emisión de los nuevos activos financieros que se suscriben o adquieren, y un mercado secundario de valores, en el que se transmiten los activos ya constituidos, y cuya función fundamental es la de facilitar liquidez a las inversiones ya realizadas por los ahorradores.

En estos mercados en los que se trata de casar las posiciones de quienes quieren vender y quienes quieren comprar los correspondientes activos, sobre todo en los mercados secundarios, hay que decir que resulta fundamental la presencia de entidades profesionales, que faciliten la negociación y sobre todo, también, es imprescindible que se habiliten sistemas organizados de negociación que permitan realizar de forma continuada y en el menor tiempo posible la concertación de las correspondientes operaciones. Todo lo cual supone que es necesario el establecimiento de reglas y mecanismos de contratación y de ejecución o liquidación que faciliten la negociación.

Se trata, pues, de mercados organizados. A esta idea responde la regulación del mercado de valores establecida en el Texto refundido de la Ley de mercado de valores aprobado por Real Decreto Legislativo 4 / 2015 de 23 de octubre, así como también en el Real Decreto Ley 21/ 2017 de 29 de diciembre de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de mercado de valores y cuya finalidad tal como se establece en su artículo 1 es regular determinados aspectos del régimen jurídico de los centros españoles de negociación de instrumentos financieros con la finalidad de garantizar su total homologación con los estándares contenidos en las Directiva 2014/65/UE de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la 2011/ 61/UE, y por el Reglamento (U.E) 600/2.014 del Parlamento y del Consejo de 15 de mayo de 2.014, relativo a los mercados de instrumentos financieros.

Es preciso resaltar además que tanto el texto refundido de la ley de mercado de valores, como el de el Real Decreto-Ley de medidas urgentes han sido modificados por el Real Decreto Ley 14/2.018 de 21 de diciembre,