

ESTUDIOS

REGULACIÓN BANCARIA: TRANSFORMACIONES Y ESTADO DE DERECHO

MARÍA AMPARO SALVADOR ARMENDÁRIZ
DIRECTORA

ENDRIUS COCCIOLO
M. MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA
JOSÉ ESTEVE PARDO
JORGE GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ
ROSARIO LEÑERO BOHÓRQUEZ
DIEGO PELLEGRINO
MARÍA AMPARO SALVADOR ARMENDÁRIZ



ics
Universidad
de Navarra
Instituto Cultura y Sociedad

THOMSON REUTERS
ARANZADI

57.936

MARÍA AMPARO SALVADOR ARMENDÁRIZ
(Directora)

Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho

ENDRIUS COCCIOLO
M. MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA
JOSÉ ESTEVE PARDO
JORGE GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ
ROSARIO LEÑERO BOHÓRQUEZ
DIEGO PELLEGRINO
MARÍA AMPARO SALVADOR ARMENDÁRIZ



 ics
Universidad
de Navarra
Instituto Cultura y Sociedad

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Sumario

	<u>Página</u>
ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	15
PRESENTACIÓN.....	19
CAPÍTULO I	
EL NUEVO MODELO DE REGULACIÓN BANCARIA Y SU ENCAJE CONSTITUCIONAL	
María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ	
1. El modelo de regulación bancaria: punto de partida y objeto de reflexión	33
1.1. Evolución de la regulación bancaria española y su explicación doctrinal hasta 2008	33
1.2. Los modelos de regulación de actividades económicas. ¿Hacia dónde se dirige la regulación bancaria?.....	40
2. Crisis y riesgo sistémico: consecuencias en la regulación	44
2.1. La crisis como detonante y el riesgo sistémico como fundamento	44
2.2. Ámbito de análisis y método	48
3. El control de acceso a la actividad bancaria	51
3.1. La autorización bancaria: ¿autorización reglada?	52
3.2. La autorización bancaria en la Ley: entre el contenido de la reserva de Ley y el complemento indispensable del reglamento.....	55
3.3. El alcance de la autorización bancaria: banca de hecho y «banca en la sombra»	61
4. La ordenación de la actividad bancaria	67
4.1. Herramientas para garantizar la solvencia.....	69

	Página
4.2. <i>Las herramientas para hacer frente al riesgo sistémico</i>	74
4.3. <i>Reforzamiento del control sobre los aspectos personales</i>	79
4.3.1. <i>Control de idoneidad</i>	79
4.3.2. <i>Control de la política de remuneraciones</i>	86
4.4. <i>El gobierno corporativo de las entidades de crédito: del Derecho privado al Derecho público</i>	90
5. Reestructuración y resolución de las entidades de crédito	98
5.1. <i>Paraconcursalidad e intervención en las entidades de crédito: aspectos generales</i>	98
5.2. <i>Creación de instituciones ad hoc con atribución de potestades públicas</i>	107
5.3. <i>Instrumentos de intervención: plan de actuación temprana, reestructuración y resolución</i>	116
6. Reflexiones finales	125

CAPÍTULO II

LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE REGULACIÓN BANCARIA EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

M. Mercè DARNACULLETA I GARDELLA

1. Nuevos instrumentos normativos derivados de la europeización y la internacionalización de la regulación bancaria	131
2. Los estándares internacionales aprobados por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria	137
3. Las normas técnicas elaboradas por la autoridad bancaria europea	145
3.1. <i>Las funciones de la Autoridad Bancaria Europea en su condición de red transnacional europea de supervisores bancarios</i>	145
3.2. <i>Antecedentes: el papel de la Comitología en el sistema de fuentes multinivel previsto en el Informe Lamfalussy</i>	150
3.3. <i>Las nuevas categorías de actos jurídicos tras la reforma del Tratado de Lisboa: actos delegados y actos de ejecución</i>	156
3.4. <i>Las normas técnicas de regulación y las normas técnicas de ejecución</i>	160
4. Los estándares internacionales y las normas técnicas de regulación y de ejecución en el sistema de fuentes del derecho	166

4.1. <i>La incorporación de los estándares internacionales en el Código normativo único europeo de regulación bancaria</i>	170
4.2. <i>El desarrollo del Código normativo único europeo a través de normas técnicas de regulación y de ejecución</i>	172
5. Las transformaciones en el origen, la tipología y los criterios de aplicación de las normas jurídicas ante los principios del Estado de Derecho	176

CAPÍTULO III

EL COMITÉ DE BASILEA COMO PODER PÚBLICO GLOBAL PARA LA ARMONIZACIÓN NORMATIVA BANCARIA. IMPLICACIONES PARA EL DERECHO PÚBLICO

Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ

1. Introducción	184
1.1. <i>La globalización financiera como reto para la supervisión bancaria</i>	184
1.2. <i>La respuesta regulatoria internacional a la globalización financiera como reto para el Derecho público</i>	192
2. El Comité de Basilea como principal estructura para la armonización normativa de la ordenación y supervisión bancaria	198
2.1. <i>Los orígenes del Comité de Basilea y su progresiva consolidación como instancia única para la estandarización bancaria global</i> ...	198
2.2. <i>Características institucionales del Comité de Basilea</i>	208
2.3. <i>El diseño organizativo del Comité de Basilea</i>	216
2.4. <i>La producción del Comité de Basilea: tipología de disposiciones</i>	220
2.5. <i>La elaboración de las disposiciones en el Comité de Basilea: en especial, la participación en el procedimiento</i>	224
3. El Comité de Basilea como poder público global: análisis crítico desde la perspectiva del Derecho público	233
3.1. <i>La legitimación del Comité de Basilea desde una perspectiva global: el dudoso papel del Derecho administrativo en esta tarea</i> ...	236
3.2. <i>La legitimación de la participación de los supervisores nacionales en el Comité de Basilea</i>	240
3.2.1. <i>La insuficiencia del vigente marco jurídico para legitimar la actuación del Banco de España como miembro del Comité de Basilea</i>	240

3.2.2. La infrarrepresentación de los intereses de la Unión Europea: la necesaria adaptación de los esquemas de participación institucional en el Comité de Basilea	246
4. Consideraciones finales	247

CAPÍTULO IV

EL SISTEMA MONETARIO EN UNA UNIÓN EUROPEA DE DERECHO

Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ

1. Introducción	252
1.1. Planteamiento	252
1.2. La transformación jurídica del BCE sin alterar los Tratados	254
2. La crisis pone en cuestión los presupuestos constitucionales de la moneda única	256
2.1. La configuración institucional del BCE frente a otros modelos de banca central	256
2.1.1. Dos modelos diferentes en función del grado de discrecionalidad reconocido a la autoridad monetaria	257
2.1.2. El desafío de una moneda única para una pluralidad de Estados	261
2.1.3. Las piezas fundamentales del modelo monetario europeo	263
2.2. La ruptura del consenso sobre el papel del BCE	264
2.2.1. La ruptura del consenso sobre el modelo monetario	264
2.2.2. Reglas explícitas y principios implícitos en el modelo monetario	266
2.2.3. La discutible interpretación de los Tratados desde la creación de la moneda única	268
3. La garantía institucional de una banca central	269
3.1. La falta de regulación del préstamo de última instancia y la interpretación del BCE	269
3.1.1. La omisión de esta cuestión en los Tratados	269
3.1.2. La interpretación del BCE acerca de la autoridad competente en el Eurosistema	271
3.2. Visión crítica de la interpretación de los Tratados sobre la determinación del prestamista de última instancia	275

	Página
3.2.1. ¿Son algunas de las medidas heterodoxas del BCE manifestación del préstamo de última instancia?	275
3.2.2. Los aspectos controvertidos en la interpretación del BCE sobre el préstamo de última instancia.....	277
3.2.2.1. El préstamo de última instancia como responsabilidad nacional que forma parte de la estabilidad financiera	277
3.2.2.2. Una competencia nacional cuyo ejercicio fiscaliza el BCE	279
3.2.2.3. Las exigencias de independencia y discrecionalidad en el ejercicio de una función de competencia nacional	281
3.2.2.4. La prohibición de financiación a los Estados por los bancos centrales	285
3.3. <i>Los Tratados contienen la garantía institucional de que exista un banco central de la UEM</i>	287
3.3.1. La garantía institucional de un banco central	288
3.3.2. Un mismo sujeto para distintas funciones: emisión y financiación; banca central; y política monetaria	289
3.3.3. La función definitoria de un banco central: la financiación de última instancia	293
3.3.4. El BCE como proveedor de liquidez de emergencia de último recurso	295
4. La regla de la estabilidad de precios como límite a la discrecionalidad monetaria	298
4.1. <i>Política monetaria y economía de mercado: la opción por una intervención pública limitada</i>	298
4.2. <i>La definición del BCE sobre la estabilidad de precios</i>	300
4.2.1. El BCE concreta la estabilidad a través de la evolución de los precios del consumo	300
4.2.2. Inflación, precios del consumo y precios de los activos	301
4.3. <i>El mandato de los Tratados</i>	302
4.3.1. El estallido de la crisis y la interpretación económica de una regla jurídica	302
4.3.2. La interpretación jurídica del mandato de los Tratados	304
4.3.2.1. La interpretación jurídica de los conceptos económicos	304

	Página
4.3.2.2. Una categoría jurídica compuesta por un elemento indeterminado y otro cierto	306
4.3.2.3. La interpretación sistemática de los Tratados.....	307
4.3.2.4. La realidad constitucional.....	307
4.3.2.5. La reformulación del ámbito objetivo de aplicación de los Tratados.....	312
5. La incardinación del sistema monetario en una Unión Europea de Derecho.....	313
5.1. <i>Un diseño institucional deficiente</i>	313
5.2. <i>La fragmentación del poder ejecutivo sin controles suficientes</i> ...	315
5.3. <i>Conclusión</i>	319

CAPÍTULO V

LOS DERIVADOS EXTRABURSÁTILES. RETOS Y CONTRADICCIONES DE SU REGULACIÓN

José ESTEVE PARDO

1. Planteamiento. Los productos financieros derivados y su trasfondo.....	321
2. Realidad y polémica de los derivados.....	324
3. Elementos y categorías de los derivados.....	326
3.1. <i>Objeto</i>	326
3.2. <i>Estructura contractual</i>	326
3.3. <i>Tipos de derivados atendiendo al subyacente que toman como referencia</i>	327
3.4. <i>La ausencia de las garantías propias de los mercados organizados</i>	327
4. La tipología de los derivados y las fórmulas de gestión de sus riesgos característicos	328
4.1. <i>Derivados sobre materias primas (Commodity Derivatives)</i>	328
4.2. <i>El Credit Default Swap (CDS)</i>	329
4.3. <i>Derivados sobre acciones (Equity Derivatives)</i>	331
4.4. <i>Derivados sobre tipos de intereses (interest rate derivatives)</i>	333
4.5. <i>Derivados sobre divisas (Foreing Exchange Derivatives)</i>	334
5. La funcionalidad jurídica de los productos derivados	335
5.1. <i>El drenaje de los riesgos de otras operaciones</i>	335

5.2. <i>Sus puntos críticos. Los riesgos endógenos de los propios derivados. El problema de su cobertura</i>	336
6. Las posibles coberturas frente a los riesgos de los derivados	338
6.1. <i>Las vías institucionales y las contractuales</i>	338
6.2. <i>La regulación y la autorregulación</i>	339
7. La reacción regulatoria	340
7.1. <i>La reacción en Estados Unidos de América. La Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act</i>	341
7.2. <i>Los objetivos comunes de la regulación europea y norteamericana</i>	341

CAPÍTULO VI

BANCA EN LA SOMBRA, AGENCIAS DE CALIFICACIÓN Y DERECHO. UNA VISIÓN SOBRE LA REGULACIÓN Y EL LADO OSCURO DEL SISTEMA FINANCIERO GLOBAL

ENDRIUS COCCIOLO

1. Introducción. Crisis y Derecho	346
2. Banca en la sombra y Derecho	352
3. Banca en la sombra y capitalismo financiero	356
4. Banca en la sombra: un ámbito de regulación difícil	359
4.1. <i>Concepto, sujetos y funciones de la banca en la sombra</i>	359
4.2. <i>Factores jurídicos del desarrollo de la banca en la sombra: intervención pública, desregulación, arbitraje regulatorio y rating</i>	368
5. Agencias de calificación como autoridades del mercado financiero	371
5.1. <i>La regulación del las agencias de calificación como factor esencial de su transformación</i>	375
5.2. <i>El problema de la naturaleza de las agencias y del rating</i>	386
6. Conclusiones. Disipar las sombras del capitalismo regulador	389

CAPÍTULO VII

LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL SECTOR BANCARIO. APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL

Diego PELLEGRINO

1. <i>Introducción</i>	397
------------------------------	-----

	Página
2. La relación entre el supervisor y las entidades de crédito, ¿una relación de sujeción especial?	400
3. Principio de legalidad. La reserva de ley. La problemática de las Circulares del Banco de España	403
4. Principio de tipicidad	410
4.1. <i>Exigencias del principio y cuestiones conflictivas. La fijación del tipo infractor a través del complemento de las Circulares del Banco de España</i>	410
4.2. <i>La utilización de conceptos jurídicos indeterminados</i>	415
5. Principio de culpabilidad	416
5.1. <i>Las infracciones de peligro abstracto</i>	416
5.2. <i>Modulaciones del principio respecto a las personas jurídicas y de la responsabilidad de las personas que ocupan cargos directivos</i>	420
6. Consideraciones finales	424