



Algunas incógnitas esenciales en la supervisión de los mercados

Autor/a

Alberto Palomar Olmeda

Magistrado de lo Contencioso-Administrativo

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Carlos III

***REVISTA LEX
MERCATORIA.***

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº1 | Año 2016

Artículo nº 18

Páginas 87-92

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

SUMARIO.- I.- PLANTEAMIENTO GENERAL. II.- DOS GRANDES DEBATES. III.- LAS FACULTADES DEL SUPERVISOR Y SUS LÍMITES. LA RESPONSABILIDAD Y EL CONTROL PARLAMENTARIO COMO ELEMENTO DE CIERRE DEL CONJUNTO DEL SISTEMA

I.- Planteamiento general

La supervisión de los mercados económicos se ha convertido en los últimos años en un elemento central de la vida social y econó-

mica. De un lado, la publicación de la 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión nacional de los Mercados y de la competencia ha supuesto una inflexión evidente sobre el modelo previo al reunificar en una misma entidad las responsabilidades comunes sobre el conjunto de operadores del sistema económico (que correspondía a la Comisión Nacional de la Competencia) ha transformado el panorama de la responsabilidades diferenciadas de entes, igualmente, diferentes y con dinámicas propias a un ente con una cierta visión de con-

junto más allá de su especialización y ordenación interna diferenciada.

Es probable que sea muy pronto aún para hacer una evaluación con fundamento de la decisión de unificación de los reguladores de mercados y de la competencia en un mismo órgano. Las noticias de prensa y la lectura de resoluciones con votos particulares ciertamente significativos y curiosos hacen presagiar que el funcionamiento no es tan operativo ni fluido como cabía esperar de la unificación que, al menos, debía abundar en la fijación de criterios más armónicos en su conjunto en relación con las necesidades sociales. Igualmente el conflicto en relación con el funcionamiento de la Autoridad Independiente de Responsabilidad fiscal

De otro lado, la crisis bancaria, la existencia de productos tóxicos como las preferentes o las cláusulas suelo, la anulación de la salida a bolsa de *Bankia* han tenido como esencia que los ciudadanos españoles tengan o empiecen a tener dudas sobre la función de supervisión y la seguridad que esta función y quienes la ejercen deben desarrollar en la vida pública española.

Desde esta consideración podemos indicar que se ha introducido en la sociedad española una duda sobre el forma de ejercicio de la función de supervisión que va más allá del cuestionamiento de la figura y de la propia necesidad se centra, esencialmente, en el modelo y en su funcionalidad que son, sin duda, las cuestiones esenciales que están planteadas.

II.- Dos de los grandes debates

Situados en el plano propuesto en el apartado anterior podríamos plantearnos algunas de las causas o de los debate en relación con la operatividad de los órganos de supervi-

sión. Del conjunto de los debates que podrían plantearse podemos referirnos, en este momento, a dos.

A) La extracción y el nombramiento de los órganos de dirección

Sin lugar a dudas este es uno de los problemas no resueltos desde la aparición de las Administraciones Independientes es el relativo a la forma de nombramiento, a las cualificaciones profesionales de quienes acceden a estos cargos y a las reglas de cese y actuación de los mismos.

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los mercados y de la competencia, el propio Real Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de valores, la Ley 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad independiente de responsabilidad fiscal y, en general, las normas que regulan el nombramiento del personal que dirige los entes en cuestión es designada por el gobierno entre personas que cumplan la característica de ser personas de reconocido prestigio y experiencia en el sector con una experiencia que se determina en cada una de las respectivas normas.

Este esquema se completa con la posibilidad de veto de alguna de las dos cámaras parlamentarias.

El sistema, en su conjunto, ha planteado serias dudas en el conjunto de supervisores, probablemente, porque los respectivos gobiernos no han hecho o puesto el suficiente énfasis en el nombramiento de personas que actúen con independencia funcional que es lo que dicen las respectivas normas de organiza-

ción y funcionamiento de los supervisores. No supone ninguna ayuda, en este sentido, el sistema de propuesta ni que, finalmente, se consiga que el voto y la actuación en la respectiva institución coincidan con los intereses del partido político proponente en la designación inicial como miembro del órgano.

Un análisis más profundo de esta disfuncionalidad nos lleva a reconocer que, ciertamente, es muy difícil encontrar un sistema de reconocimiento de la profesionalidad y la experiencia que no pase por el elemento subjetivo de la propuesta y valoración de alguna institución y la aprobación de otras. Es cierto, sin embargo, que en lo que es funcionamiento, el comportamiento y la actividad existe una sensación generalizada de que no se ha conseguido despegar a los designados de los intereses de los designantes o proponentes y eso ha condicionado la percepción social de muchas de sus conductas y, por ende, de las propias instituciones.

En este punto y reconociendo las dificultades de separar ambos intereses (los de proponentes y los designados) cabe indicar que éste es, sin duda, uno de los grandes déficits del funcionamiento de estas instituciones y, por ende, la que más ha minado su credibilidad funcional.

En consideración a lo anterior es preciso postular la necesidad de conseguir que el funcionamiento y los aciertos y las equivocaciones de estos órganos consigan someterse a un sistema en el que sus intereses sean únicamente los de la institución que representa y que se refuerce su independencia, su transparencia, orden y una visión centrada, únicamente, en su función.

Más allá del debate sobre los objetivos y la función propia de las entidades de supervisión cabe indicar que la función de supervisión es una función de cada vez mayor complejidad. El mercado global, las relaciones económicas en todo el mundo, con elementos y operaciones que, ciertamente, se han vuelto más complicadas y difíciles hace que la función de supervisión sea una labor, esencialmente, difícil.

En este punto resulta muy relevante el debate sobre los medios y los fines. La financiación presupuestaria estricta y el sometimiento de los entes supervisores a políticas comunes como las de empleo público han supuesto un deterioro evidente de la propia capacidad de actuación.

La congelación de plantillas y de presupuestos ha supuesto qué duda cabe una merma de la capacidad real de funcionamiento y algunas de las instituciones no han tardado en expresarlo así de forma, incluso, pública.

De alguna forma podríamos decir que la independencia real queda condicionada por la propia capacidad material de actuación y, en tiempos de crisis como los que estamos viviendo la mayor complejidad e intensidad de los mercados supervisados no se ha visto reforzada con una política decidida de apoyo material. Las limitaciones materiales condicionan, de facto, la función real y su efectividad.

En este sentido y reconociendo que el principio de equilibrio presupuestario admite pocas soluciones individuales que escapen de la disciplina general del ciclo presupuestario son, sin duda, una aventura difícil de admitir si cabe indicar la necesidad de dotar al supervisor de los medios suficientes para el cumplimiento de los fines que tiene asignados.

B) La dotación de fines y medios

Es cierto que la problemática de los medios es, ciertamente, diferente según el supervisor que analicemos y, especialmente, menos intensa en aquellas instituciones que, por su propio funcionamiento, tienen posibilidades de obtener ingresos propios que puedan ser afectados a la financiación del mismo. Más allá de la idoneidad de las respectivas fórmulas lo que no es menor es el concepto: la necesidad de que la independencia operativa no pueda ser condicionada por una política de asfixia en los medios necesarios para el ejercicio de la actividad. La independencia exige medios y su provisión o su elusión son elementos esenciales para comprender la esencia del modelo.

III.- Las facultades del supervisor y sus límites

Otro de los grandes debates que está planteado en la actualidad es, precisamente, el de las facultades que deben corresponder al supervisor. Las respectivas leyes de creación de los mismos establecen lo que podemos considerar como un amplio deber de colaboración de los supervisados, una amplia facultad de solicitar información y documentos y un fuerte régimen sancionador que incluye, de un lado, el incumplimiento de los deberes expresamente establecidos y, de otro, la obstrucción o la falta de colaboración activa en la función de supervisión.

Este esquema de supervisión tenía ya alguna tradición en algunos sectores fuertemente controlados por la Administración directa (por ejemplo en seguros, en los auditores, o en las mutuas patronales) pero de alguna forma busca superar las formas convencionales de funcionamiento porque se considera que la actuación “previo requerimiento” puede ser un instrumento que no consiga la eficacia necesaria.

De ahí que la mayor parte de las normas prevean sistemas de acción directa y la posibilidad de entrada en los domicilios sociales de los agentes supervisados bien sea con el consentimiento del mismo o bien con la autorización judicial para conseguir la información en la propia fuente.

A partir de esta premisa puede decirse que la mayor parte de estas actuaciones giran sobre la autorización judicial y que los términos de otorgamiento de la misma no tienen una precisión suficiente en nuestro Ordenamiento. Recordemos que el artículo 8.6. de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa que constituye el soporte de la autorización judicial que deben solicitar los supervisores para el ejercicio de su función estaba pensado únicamente para la ejecución forzosa de los actos administrativos de carácter firme. Las autorizaciones específicas incluidas en las leyes sectoriales han ido ampliando y, secuencialmente, desdibujando el papel inicial atribuido al juez de lo contencioso-administrativo para convertirlo en un juez autorizador de la incidencia en la esfera de la libertad y la intimidad de los agentes supervisados.

Esta facultad judicial debe tener reglas diferentes a las que tenía la mera autorización para la ejecución de un acto administrativo en el que el procedimiento y el propio expediente y la participación del interesado eran elementos centrales de la propia proporcionalidad de la medida. Sin embargo, ahora, lo que se requiere del juez es que valide la “sorpresa” como elemento central de la eficacia de la actuación administrativa.

Sin negar que para cualquier sistema represivo la sorpresa puede ser un elemento realmente importante de su eficacia es lo cierto que la sorpresa debe compaginarse con la proporcionalidad de la medida. A mayor inci-

dencia en los ámbitos de protección constitucional mayor debe ser la proporcionalidad. En el presente caso la proporcionalidad pasa por la justificación de la medida no en términos de mayor operatividad sino en términos de inviabilidad de la utilización de los procedimientos ordinarios.

En este sentido puede llegar a tenerse la sensación de que existe un intento de conseguir que lo extraordinario (inaudita parte) sea lo ordinario y, en ese punto, hay que llamar la atención de que la regulación que se contiene en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa es, claramente, insuficiente si la generalización se produce realmente. En este sentido la autorización judicial inaudita parte debería rodearse de mayores garantías, de mayores certezas administrativas, de mayor motivación. La autorización judicial fundada en la sospecha o como mecanismo de investigación responde a otra filosofía estructural que la prevista en el artículo 8.6 que no puede dar cobertura a esta actuación investigadora efectuada, recordémoslo, sin contradicción y, en la mayor parte de los casos, sin expediente ni documentación que justifique la sospecha y la necesidad de la utilización de esta medida y no de otras.

Es probable que lo que aquí se apunta sea solo el principio – la punta del iceberg- de un problema más grande como es la necesidad o no de la reformulación de las potestades de investigación y supervisión de mercados y, en general, de la actividad de los ciudadanos cuando el responsable de aquellas funciones es la Administración Pública. Es este un debate apasionante en el que, en nombre de la eficacia, se postula abiertamente la posibilidad de que las Administraciones Públicas tengan facultades que, realmente, son las propias de la investigación judicial. Entradas en domicilio,

afección de correspondencia o interceptación de las comunicaciones parecen instrumentos de la sociedad actual que prácticamente condicionan a quienes no los tienen a un ostracismo que probablemente no se entiende desde sectores no iniciados.

Sin embargo, debemos recordar que es al legislador al que corresponde la calificación de los ilícitos y que, por tanto, situar en el plano penal o administrativo un reproche es una decisión que tiene consecuencias en todos los órdenes. En unos hay privación de libertad, en otros no. En unos hay posibilidad de afección – con autorización judicial- de los derechos fundamentales. En unos hay actuación policial y, en otros de funcionarios o empleados públicos. La diferencia entre la potestad sancionadora administrativa y la penal es evidente y, por tanto, no puede extrañar a nadie que el legislador ante un planteamiento diferencial como el propuesto, también, diferencie los medios y las formas de averiguación. Las técnicas, medios y formas de la actuación judicial penal no son extrapolables sin más al ámbito administrativo porque el legislador no lo admite y porque la proporcionalidad de la actuación permite diferenciar uno y otro ámbito de actuación en función del bien jurídico protegido en cada caso.

A partir de esta simple referencia cabe, por tanto, indicar que sería preciso articular un esquema más completo sobre la admisión en el procedimiento administrativo de supervisión de medios de investigación y prueba que afecten derechos fundamentales sobre la base de la excepcionalidad, la proporcionalidad y la ponderación de intereses.

IV.- La responsabilidad y el control parlamentario como elemento de cierre del conjunto del sistema

Más allá de las consideraciones operativas que acaban de hacerse podemos señalar, para concluir, que el entero sistema de supervisión exige, sin duda, una reformulación del control parlamentario de sus miembros y del establecimiento de formas de determinación de la responsabilidad por la gestión de los miembros de la supervisión.

En muchas de las normas reguladoras de los mercados se contiene formas de reprobación por incumplimiento de la función esencial. La característica central es situar – de alguna forma y en algún estadio- la responsabilidad de la remoción en el propio ente o en el gobierno.

Desde nuestra consideración estos instrumentos deben completarse con alguna forma de control parlamentario más intenso en comisiones específicas o en las comisiones generales pero con una intensidad muy superior a la actual y, finalmente, en la posibilidad de reprobación que para evitar su uso partidista puede rodearse de la necesidad de una mayoría reforzada que evite aquel uso pero que refuerce el papel del parlamento en el control de esta actividad.

La intensificación del papel de control por el Parlamento puede matizar mucho la discusión sobre la independencia de órganos administrativos en el contexto constitucional que establece al Gobierno como el directo órgano de la legitimación democrática y respecto del cual se articula el conjunto de instrumentos de control que la Constitución establece. Esta referencia a la legitimación democrática directa es, precisamente, la que ha llevado a cuestionarse el alcance de la independencia de estos órganos a los que sus propias normas de creación otorgan independencia funcional del Gobierno.

En razón a estas circunstancias que, por otro lado, es realmente necesaria para el cumplimiento de la función podemos indicar el punto de equilibrio de la desafección funcional puede encontrarse, precisamente, en el establecimiento de mecanismos específicos de control parlamentario del funcionamiento y de la actividad de los órganos de supervisión.

Es cierto, eso sí, que el Parlamento debería articular una forma de control – en comisión o en comisión mixta Congreso-Senado- que realmente pueda tener una intensidad y un alcance que, realmente, es difícil de reconocer en la formulación actual de los sistemas de control parlamentario muy pensados – se diga o no- en la figura del Gobierno y en el establecimiento de mecanismos cuya última referencia es la moción de censura como sistema de control.

Desde nuestra consideración es preciso superar esta tendencia a hacer al gobierno el eje único del control parlamentario y establecer un sistema específico para este tipo de entes a los que, funcionalmente, se separa de la responsabilidad del gobierno para atribuirles la entera responsabilidad sobre un sector económico y sobre la posición de los agentes en el mismo.