

MARÍA LIDÓN LARA ORTIZ*

Los límites de la tutela judicial efectiva al impugnar las decisiones de la autoridad de resolución bancaria Española

1. La tutela judicial efectiva en España

La tutela judicial efectiva encuentra su base en el artículo 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales en el que se reconoce el derecho de toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados a acceder a la tutela judicial efectiva en los términos que se configuran en el mismo artículo, y que permite incluir el derecho a ser oído equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. En España, el artículo 24.1 de la Constitución española reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión¹.

La concreción de la extensión del derecho a la tutela judicial efectiva requiere hacer una reflexión sobre las limitaciones para acceder a la jurisdicción correspondiente en defensa de los derechos e intereses legítimos, así como una reflexión sobre cuándo se debe entender producida esa indefensión por quedar limitado

* PROF. MARÍA LIDÓN LARA ORTIZ – Associate Professor of Administrative Law, Public Law Department, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana (Spain); e-mail: mlara@uji.es

¹ El texto constitucional habla literalmente de “personas” motivo por el que se deben incluir no sólo las personas físicas, sino también las personas jurídicas e incluso las jurídico-públicas. En este sentido vid. RIU I FORTUNY R., “El dret fonamental a la tutela judicial efectiva de les administracions públiques” en *El Clip* nº 24, Ed. Institut d’Estudis Autònoms (Generalitat de Catalunya), Catalunya 2003, pag. 7

el acceso a la decisión judicial de una controversia². Siendo esta extensión diferente según los casos, como veremos, pues esta extensión depende de la configuración legal del acceso a la jurisdicción en la regulación de cada derecho o interés legítimo.

En el derecho español ha sido el Tribunal Constitucional el que en diversos pronunciamientos ha interpretado la extensión de la tutela judicial efectiva configurándolo como un derecho genérico que se descompone en otros³, y teniendo “un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos”⁴. El derecho alcanza también la ejecución de la sentencia obtenida en un proceso declarativo, de modo que también debe garantizarse a través de la tutela judicial efectiva el derecho a que “el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ellos, por el daño sufrido”⁵. Todas estas consideraciones son aplicables, en general, al derecho a la tutela judicial efectiva considerado desde su perspectiva tradicional, en la que el conflicto surge entre dos sujetos de derecho individuales que ejercen acciones individuales, ya que si estuviéramos tratando acciones colectivas o de clase, es decir aquellas que se ejercen por un grupo de afectados, la configuración de la tutela judicial efectiva afronta otras dificultades añadidas en las que no vamos a tratar en esta sede⁶.

² El concepto de indevésión es tratado en SÁNCHEZ RUBIO A., “Derecho a la tutela judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXI, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 2003, págs. 601-616.

³ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 89/1985, de 19 de julio, en su Fundamento Jurídico Primero.

⁴ Así lo declara la Sentencia del Tribunal Constitucional número 26/1983, de 13 de abril, en su Fundamento Jurídico Segundo. De todos los aspectos que forman la tutela judicial efectiva, el derecho de acceso a la jurisdicción se considera el “elemento primario” (Sentencia del Tribunal Constitucional número 258/2000), “el elemento esencial” (Sentencia del Tribunal Constitucional número 226/2002), “sustancia medular” (Sentencia del Tribunal Constitucional número 164/2002) del derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo destaca, MORALES ORTEGA J.M., “Derecho al recurso y valor de cosa juzgada: algunos comentarios a la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Temas Laborales* nº 69/2003, España 2003, pág. 70.

⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional número 32/1982.

⁶ Para una idea de la problemática que se da en este caso vid. PLANCHADELL GARGALLO A., “La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva”, en *Revista para la integración del Derecho InDret* 4/2015, Barcelona 2015, págs. 8 y ss.

2. La resolución bancaria: las facultades del fondo de reestructuración ordenada bancaria

2.1. La potestad de resolución bancaria

La Ley 11/2015, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, contempla supuestos excepcionales que permiten gestionar la inviabilidad de entidades de crédito por parte del poder público y en defensa de los intereses generales, concretados en la posibilidad de que la inviabilidad de la entidad en crisis pueda afectar a la estabilidad financiera.

De este modo, del Preámbulo de la referida ley declara que se trata de «una nueva función público-financiera dirigida a garantizar que las entidades sean, de facto, liquidables sin que arrastre un impacto económico de tal magnitud que pueda perjudicar al conjunto de la economía. No se trata, por tanto, de un simple enfoque supervisor novedoso, sino de una nueva área de intervención pública que, de manera autónoma, exigirá a las entidades el ejercicio de su actividad de tal forma que su resolución resulte factible y respetuosa con el interés general, en el supuesto en que la supervisión tradicional resulte insuficiente»⁷.

Esta nueva potestad se confiere en la Unión Europea a las autoridades integradas en el Mecanismo Europeo de Resolución. La autoridad de resolución española es el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (en adelante, FROB)⁸.

El FROB fue creado por el Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, con la principal finalidad de regular los procesos de reestructuración de entidades de crédito que se realizaron en el contexto de la crisis bancaria del momento, incluyendo un doble objeto de servir de mecanismo de resolución y de fondo de capitalización para las entidades de crédito⁹, yuxtaponiéndose al régimen que regulaba anteriormente la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito (en adelante, LDIEC), al que se remitía en algunos puntos la nueva regulación¹⁰, pero con el que tiene diferencias esenciales.

⁷ El Preámbulo de la Ley 11/2015 especifica que con esta nueva función se pretende «garantizar que si una entidad se torna incapaz de mantenerse activa por sus propios medios, a pesar de la regulación y supervisión tradicionales, su cierre se producirá con las mínimas distorsiones sobre el conjunto del sistema financiero y, en particular, sin impacto alguno en las finanzas públicas».

⁸ De conformidad con la Disposición adicional octava de la Ley 11/2015 el FROB es la autoridad de resolución española en el ámbito del Mecanismo Único de Resolución, a los efectos de lo previsto en el Reglamento (UE) n° 806/2014, de 15 de julio de 2014, y representará a las autoridades de resolución españolas en la Junta Única de Resolución del MUR. El sistema de resolución europeo se crea para evitar que una futura crisis financiera pueda conllevar costes elevados a las economías nacionales.

⁹ ALBUERNE C., «La reestructuración de entidades de crédito», en *Actualidad Jurídica Uriá – Menéndez, Especial reformas estructurales / Extraordinario-2012*, Madrid 2012, pág. 9.

¹⁰ VEGA SERRANO J.M., *La regulación bancaria*, Ed. La Ley, Madrid 2011, pág. 275.

La finalidad que fundamenta la amplitud de las capacidades del FROB, descansa en la idea de posibilitar la intervención de entidades de crédito en situaciones excepcionales. Sólo desde este punto de vista, en el marco de la emergencia económica se entiende la configuración del mismo¹¹, pues se le dotan de unas facultades administrativas y mercantiles exorbitantes¹², justificadas en un criterio instrumental y teleológico¹³, que se orientan a la consecución del fin para el que se crea¹⁴. Estas facultades calificadas de “exorbitantes”¹⁵, lo son porque le permiten invadir la esfera de la libertad de empresa, bajo la justificación de la responsabilidad pública en mantener la estabilidad económica general en situaciones de emergencia.

La regulación definitiva de su estatuto jurídico la contiene actualmente la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que deroga parcialmente la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, la cual reforzó los poderes de intervención originarios del FROB¹⁶, en cumplimiento de los compromisos asumidos en virtud del MoU¹⁷, y que en su artículo 52, números 2 y 3, lo define como una entidad de Derecho público con

¹¹ Su carácter excepcional determina que la interpretación de su regulación deba ser restrictiva. Vid. MARTÍNEZ CAÑELLAS A., “Principios de reestructuración y resolución de entidades de crédito en España y Ley Concursal”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra) 2014, pág. 256.

¹² SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., y TAPIA HERMIDA A., “Aspectos mercantiles del régimen legal del Fondo De Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)”, en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* n° 2014/84, Ed. EPrints Complutense, Madrid 2014, pág. 6. Disponible en <http://eprints.ucm.es/>. Respecto al carácter excepcional de las medidas de intervención previstas en el Ley 11/2015 respecto de las de la actual LOSSEC, vid. MELÉNDEZ HUELIN, O., “La supervisión, inspección y sanción de las entidades de crédito”, en CAMPUZANO, CONLLEDO y PALOMO (Dirs.), *Los mercados financieros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 272. También, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., “Aspectos controvertidos del régimen jurídico del FROB” en COLINO MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ (Dirs.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada 2014, pág. 163.

¹³ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., “Una aproximación a las facultades mercantiles del FROB”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi, Navarra 2014, pág. 200.

¹⁴ El artículo 62 de la Ley 11/2015 declara que el “El FROB ejercerá las facultades necesarias para la aplicación de los instrumentos y medidas previstos en esta Ley. Dichas facultades serán de naturaleza mercantil o administrativa”.

¹⁵ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, n° 1837/2016, de 23 de mayo, en su Fundamento de Derecho Décimo.

¹⁶ En este sentido el número III del Preámbulo de la Ley 11/2015.

¹⁷ PÉREZ RIVARÉS J.A., “Instrumentos de coordinación en la Unión Europea en materia de rescate y resolución de entidades financieras”, en *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año n° 32, N° 131, Madrid 2013, pág. 116. También, CONLLEDO LANTERO, F., “El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito”, en *Revista de derecho de la Unión Europea*, N° 27-28, Madrid 2014-2015, pág. 170.

personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada para el desarrollo de sus fines, que se regirá por lo establecido en dicha ley, en el resto del ordenamiento jurídico nacional y en el Derecho de la Unión Europea, quedando sometido al ordenamiento jurídico-privado, salvo que actúe en el ejercicio de las potestades administrativas conferidas por su ley reguladora u otras normas con rango de ley.

El FROB, dada su finalidad, queda revestido de unos poderes exorbitantes que nos hacen pensar en el desvanecimiento de algunas de las garantías clásicas del Derecho administrativo, motivo por el cual es imprescindible que se reconsidere su régimen jurídico. A tal efecto, nos referiremos a continuación, a las facultades que integran esta nueva potestad administrativa, para analizar cómo se ve afectada la tutela judicial efectiva en su configuración clásica, cuando se debe aplicar a los casos de resolución bancaria.

2.2. Las facultades del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria

El peculiar régimen jurídico del FROB radica en que su ley reguladora atribuye un carácter mixto a las facultades que le adjudica, y además conforme al artículo 52.4 de la Ley 11/2015, el FROB no queda sometido a las previsiones contenidas en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, aunque la Disposición Adicional Décima de esta última lo considera como uno de los organismos públicos a los que supletoriamente se les aplica esta última norma, en defecto de lo que su normativa específica pueda contener.

Estas particularidades en su estatuto orgánico se consideran consecuencia de su configuración como organismo público singular, y del hecho de que concentra facultades administrativas y mercantiles¹⁸, cuestión esta que lo convierte, para algunos, en una institución de naturaleza mixta en parte pública

¹⁸ De acuerdo con el artículo 63 de la Ley 11/2015, el FROB ejercerá las facultades que la legislación mercantil confiere con carácter general: a) Al órgano de administración de la entidad, cuando asuma tal condición. b) A los accionistas o titulares de cualesquiera valores o instrumentos financieros, cuando el FROB haya suscrito o adquirido tales valores o instrumentos. c) A la junta o asamblea general en los supuestos en los que esta obstaculice o rechace la adopción de los acuerdos necesarios para llevar a efecto las medidas de reestructuración o de resolución, así como en los supuestos en que por razones de extraordinaria urgencia no sea posible cumplir los requisitos exigidos por la normativa vigente para la válida constitución y adopción de acuerdos por la junta o asamblea general. En tales supuestos, se entenderán atribuidas al FROB todas aquellas facultades que legal o estatutariamente pudieran corresponder a la junta o asamblea general de la entidad y que resulten necesarias para el ejercicio de las funciones previstas en la Ley en relación con la reestructuración y resolución de entidades de crédito.

y en parte privada¹⁹, y para otros en un “organismo apátrida” situado entre el Derecho público y el privado, que permite calificarlo como organismo bifronte, entendiéndose justificada esta calificación por sus funciones²⁰.

En nuestra opinión, el hecho de tener un régimen jurídico particular, que lo somete tanto a normas de Derecho público como privado, no permite mantener la tesis de que su naturaleza jurídica es mixta o intermedia, al contrario, su naturaleza es claramente pública²¹, no sólo por declararlo expresamente el artículo 52.2 de la Ley 11/2015, sino por la finalidad a la que sirve, a pesar de ser su particular régimen jurídico híbrido consecuencia de ostentar funciones tanto administrativas como mercantiles, y de la posibilidad de que actúe sometido al ordenamiento jurídico-privado – ex artículo 52.3-.

Esta afirmación determina las consecuencias y régimen jurídico de sus actos, y entre ellos afecta al control judicial de los mismos, pero no altera su naturaleza jurídica pública, pues es lógico pensar que en el ejercicio de las facultades clasificadas como administrativas por su norma reguladora, debe quedar sujeto al Derecho administrativo en toda su extensión, salvo las excepciones previstas en el artículo 52.4 de la Ley 11/2015²², y en el ejercicio de las facultades clasificadas como mercantiles por la misma norma, dado que su ejercicio se subroga o interviene en relaciones de Derecho privado, especialmente enmarcadas en el ámbito societario y contractual, debe quedar sujeto a las normas reguladoras de esas relaciones jurídicas que son de Derecho privado.

En estos términos se deben considerar algunas de las herramientas que se le confieren para tomar la dirección de entidades en crisis, pues sin su aplicación los procesos de reestructuración llevados a cabo desde 2009, no hubieran sido los mismos. Concretamente, dentro de lo que se consideran facultades mercantiles, fue la posibilidad de que el FROB asumiera el control de la asamblea general de las entidades bancarias intervenidas, en los casos en que fuese necesario, y que pudieran los administradores nombrados por él, acordar la emisión de cuotas

¹⁹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., “Una aproximación a las facultades mercantiles del FROB”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi, Navarra 2014, pág. 200.

²⁰ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R., “El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria: Naturaleza, estructura y régimen jurídico”, en TEJEDOR BIELSA J.C. y FERNÁNDEZ TORRES I., *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas, Navarra 2014, pág. 31.

²¹ En este sentido, también se ha puesto de manifiesto que el FROB es una autoridad administrativa aunque sujeta a un *ius publicum singulare*, expresamente diseñado para él. Vid. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R., ob. cit. “El Fondo de Reestructuración...”, pág. 35.

²² FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R., ob. cit. “El Fondo de Reestructuración...”, pág. 35. Precisamente, se ha destacado que su sometimiento al Derecho Administrativo deriva de su consideración como autoridad administrativa, a pesar de las especialidades, que lo sujetan a lo que podríamos considerar un *ius publicum singulare*, y a la aplicación de las normas de Derecho privado que se consideran de carácter instrumental.

participativas, que concedían derechos económicos y políticos en proporción a su participación en el patrimonio neto de la entidad²³, las previsiones que hicieron posible que el FROB llevara a cabo las modificaciones estructurales necesarias para instrumentar la venta del negocio bancario de algunas entidades a un tercero²⁴.

En estos casos el FROB está hizo uso de la nueva potestad de resolución²⁵, entendida como potestad administrativa, pues en el nº I del Preámbulo de la misma ley, expresamente recoge que «la resolución de una entidad financiera es un proceso singular, de carácter administrativo». Del mismo modo, las intervenciones de entidades de crédito que queden sujetas a los artículos 70 y ss. de la LOSSEC, son consideradas actuaciones de carácter administrativo, como resulta de su propia configuración, y como también resultaba de la anterior LDIEC, que contenía su antecedente. Los artículos 72 a 74 de la LOSSEC contienen reglas especiales sobre procedimiento administrativo aplicables al acuerdo de intervención de una entidad en el supuesto ordinario y que afectan a las intervenciones que acuerde el Banco de España al margen de los casos de la Ley 11/2015. A tales preceptos se remite esta última en su artículo 10.1, de modo que, con alguna variante que resulta de los mismos, este procedimiento administrativo especial se aplicará cuando el FROB acuerde medidas de actuación temprana. Sin embargo, los artículos 22 a 24 de la Ley 11/2015, que regulan las particularidades del acuerdo de resolución, no contienen la misma remisión, y ello conlleva alguna consecuencia esencial, como el hecho de que en este último caso, no se contempla trámite de audiencia (en el procedimiento administrativo) de la entidad que se va a intervenir por la vía de la resolución, mientras que en los casos- de intervención ordinaria y de actuación temprana, sí se contempla este trámite. No queda claro si esta omisión es un descuido del legislador o si es una previsión intencionada, pero tiene sus consecuencias en relación con el derecho de contradicción y en lo referente a una posible indefensión del ciudadano frente a la Administración, cuestión esta tan vinculada a la tutela judicial efectiva, como se ha expuesto, pues lo actuado en la vía administrativa condiciona el ulterior control judicial de sus actos.

A pesar de todo, el acuerdo inicial de intervención, de actuación temprana o de resolución bancaria, tal y como se regulan en la LOSSEC, que contiene su

²³ En este sentido, la Disposición final tercera del Real Decreto-ley 9/2009, modificó la Ley 13/1985, de 25 de mayo, en relación con el artículo 7.8 del Real Decreto-ley 9/2009.

²⁴ Se aplicó en la resolución de la entidad Cajasur. Vid. ALBUERNE C., “La reestructuración de entidades de crédito”, en *Actualidad Jurídica Uría – Menéndez, Especial reformas estructurales / Extraordinario-2012*, Madrid 2012, pág. 10.

²⁵ A esta nueva potestad se refiere la Ley 11/2015 que la define como un nuevo mandato «llamado a garantizar que si una entidad se torna incapaz de mantenerse activa por sus propios medios, a pesar de la regulación y supervisión tradicionales, su cierre se producirá con las mínimas distorsiones sobre el conjunto del sistema financiero y, en particular, sin impacto alguno en las finanzas públicas».

regulación básica, y tal y como se regulaban anteriormente en la LDIEC, tienen un carácter indiscutiblemente administrativo.

Sólo desde este punto de vista, puede admitirse el carácter mixto de sus funciones, ya que el ejercicio tanto de las funciones administrativas como de las mercantiles va a derivar de un acuerdo previo administrativo que debe ser válido conforme al Derecho administrativo²⁶. Junto con facultades calificadas como mercantiles y que tendrán su incidencia en el ámbito societario, al FROB se le dotan de una serie de facultades de carácter administrativo por la Ley 11/2015, para su aplicación a los distintos procesos de intervención²⁷.

²⁶ Precisamente, la misma Ley 11/2015 en su Preámbulo declara que el «régimen establecido en esta Ley constituye, en consecuencia, un procedimiento administrativo, especial y completo, que procura la máxima celeridad en la intervención de la entidad, en aras de facilitar la continuidad de sus funciones esenciales, al tiempo que se minimiza el impacto de su inviabilidad en el sistema económico y en los recursos públicos».

²⁷ De acuerdo con el artículo 64 de la Ley 11/2015, y además de las restantes previstas de forma dispersa en la misma Ley, al FROB se le atribuyen con este carácter facultades para: a) Determinar el valor económico de la entidad o de sus correspondientes activos y pasivos, a efectos de la aplicación de las medidas e instrumentos previstos en la Ley. b) Requerir a cualquier persona cualquier información necesaria para preparar y adoptar o aplicar una medida o instrumento de reestructuración o de resolución. c) Ordenar la transmisión de las acciones, cuotas participativas o aportaciones al capital social o, con carácter general, instrumentos representativos del capital o equivalente de la entidad o convertibles en ellos, cualesquiera que sean sus titulares, así como de los activos y pasivos de la entidad. d) Realizar operaciones de aumento o reducción de capital, y de emisión y amortización total o parcial de obligaciones, cuotas participativas y cualesquiera otros valores o instrumentos financieros, así como las modificaciones estatutarias relacionadas con estas operaciones, pudiendo determinar la exclusión del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital y en la emisión de obligaciones convertibles, incluso en los supuestos previstos en el artículo 343 de la Ley de Sociedades de Capital, o emisión de cuotas participativas. e) Realizar acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada. f) Determinar los instrumentos en que se concreten las medidas de reestructuración o resolución, incluyendo, en particular, las que supongan modificaciones estructurales de la entidad, las de disolución y liquidación de la entidad. g) Disponer de forma inmediata, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el traslado de los valores depositados en la entidad a otra entidad habilitada para desarrollar esta actividad, incluso si tales activos se encuentran depositados en terceras entidades a nombre de la entidad que presta el servicio de depósito. A estos efectos, el FROB, en su condición de administrador de la entidad, adoptará las medidas necesarias para facilitar el acceso de la entidad a la que vayan a cederse los depósitos de los valores o su custodia a la documentación y registros contables e informáticos necesarios para hacer efectiva la cesión. h) Ejercitar, en relación con la transmisión de valores, instrumentos financieros, activos o pasivos de la entidad, todas o alguna de las facultades siguientes: i) Obligar a la entidad y al adquirente a facilitar la información y asistencia necesarias. ii) Requerir a cualquier entidad del grupo al que pertenezca la entidad a que proporcione al adquirente los servicios operativos necesarios para permitir a este operar de manera efectiva el negocio transmitido. Cuando la entidad del grupo ya viniera prestando dichos servicios a la entidad, continuará prestándolos en los mismos términos y condiciones, y, en caso contrario, los prestará en condiciones de mercado.

3. Los límites de la tutela judicial efectiva al impugnar los acuerdos adoptados en los procedimientos administrativos de resolución bancaria

La tutela judicial efectiva en relación con los procesos de resolución bancaria tiene diferencias con la configuración del mismo derecho en otros casos, y es más restrictiva. Las diferencias indicadas respecto a la normativa ordinaria podrían hacernos pensar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, cuestión que, sin embargo, no puede ser planteada en abstracto, dado que el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, de modo que sólo implica, en esencia, el derecho a obtener un pronunciamiento judicial conforme a la ley.

Si la ley excluye directa o indirectamente el acceso a la jurisdicción, careceremos de acción y no podemos entender técnicamente vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, a pesar de las consecuencias. Así, sólo se vulnera esta garantía cuando no se observa en un caso concreto lo previsto en las normas procesales para poder obtener dicho pronunciamiento, y la opción del legislador, en algunos casos, cierra las puertas por completo a la posible revisión judicial, en particular a aquellos actos que resultan no impugnables en el ámbito privado, y que sin embargo, en el contexto de la resolución son adoptados a través de los poderes públicos por subrogación de la posición jurídica de los administradores sociales o de los propietarios.

3.1. El acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en la demanda inicial y en la fase de recurso

La Ley 11/2015 regula en sus artículos 71 y ss, bajo el epígrafe “Régimen procesal”, las «particularidades de los recursos contra los actos dictados por el FROB y de las decisiones adoptadas en los procesos de actuación temprana y resolución»²⁸. La regulación que se efectúa en la Ley 11/2015 sobre esta cuestión, está plagada de defectos técnicos que acaban potenciando el carácter exorbitante de los poderes del FROB, hasta el punto que nos planteemos si son admisibles en un Estado de Derecho porque limitan el control judicial de los actos del FROB a una parte de ellos, excluyendo otros, y porque el régimen procesal es continuación, en vía judicial, de una vía administrativa especial que supone para el particular afectado un punto de partida, ya de por sí, limitativo de sus derechos frente a la Administración.

De entrada, en el procedimiento administrativo que se regula en la Ley 11/2015 para llegar a declarar la procedencia e inicio del procedimiento de resolución,

²⁸ Según especifica la misma Ley 11/2015 en su Preámbulo, en número III.

se produce la valoración de la entidad o de sus activos y pasivos y la evaluación de la resolubilidad de la entidad, pero no se da audiencia a los interesados. En relación con los acuerdos del FROB adoptados como acto administrativo (según la clasificación que hace la Ley 11/2015), sólo cabe en vía administrativa interponer recurso potestativo de reposición, o ya en vía judicial interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, por tratarse de acuerdos finalizadores de la vía administrativa –ex artículo 72.1 de la Ley 11/2015-. Teniendo esto en cuenta, y también el hecho de que la garantía patrimonial debe mantenerse aunque no estemos ante un supuesto de ejercicio de la potestad expropiatoria, nos encontramos que con la configuración legal actual, para el particular afectado por una decisión del FROB, ya sea la entidad de crédito, los titulares de acciones o participaciones y otros derechos similares, o los acreedores en general, es esencial el control judicial que vamos a analizar como medio para controlar la actividad administrativa invasiva en la esfera de sus derechos.

Además, hay otros acuerdos que el FROB dicta en el ejercicio de sus facultades mercantiles (según la clasificación que hace la Ley 11/2015), que afectan a la esfera de los derechos particulares, y que no siempre están vinculados con los procedimientos de resolución, ya que pueden ser acordados también en los casos de actuación temprana, menos invasiva de la esfera de los derechos de los particulares, pero que según el artículo 71.1 de la misma ley, «serán únicamente impugnables de acuerdo con las normas y los procedimientos previstos para la impugnación de acuerdos sociales de las sociedades de capital que sean contrarios a la ley».

Los actos mercantiles serán objeto de control judicial en el orden civil, por el cauce procesal del juicio ordinario y de conformidad con lo previsto para el mismo en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la vista de lo regulado en el artículo 207 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante TRLSC).

El artículo 204.1 del TRLSC considera acuerdos impugnables en el ámbito societario los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social (societario) en beneficio de uno o varios socios o de terceros. La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios. El éxito de la impugnación en estos casos, por tanto, radica en la posibilidad de probar la lesión al interés social o la imposición abusiva del acuerdo²⁹.

²⁹ De ello depende, incluso, que realmente se llegue a obtener un pronunciamiento judicial, ya que el artículo 204 *in fine* TRLSC dispone que presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter

La prueba de estos extremos encuentra una dificultad práctica, y es que en estos casos, se concede un reducido plazo de caducidad a la acción de impugnación, que es de 15 días a contar desde el momento en el que el FROB proceda a dar publicidad a dichos acuerdos –ex artículo 71.1-³⁰. Este plazo es mucho más reducido que el que se prevé para estos casos en el TRLSC, para la impugnación ordinaria de tales acuerdos, que es de 1 año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá de conformidad con el artículo 205 TRLSC. Hay una diferencia abismal entre los plazos previstos, ya que ni siquiera se puede aplicar el último inciso de este artículo en los casos en que el acuerdo de la sociedad se haya adoptado con ocasión de una intervención administrativa del FROB, ya que el artículo 71.1 de la Ley 11/2015, lo que prevé es que el plazo de 15 días sea aplicable “en todo caso”. Esto determinará en la práctica, y en la mayoría de supuestos, la imposibilidad de impugnar estos acuerdos con éxito³¹. Además, en el TRLSC encontramos que algunos de los acuerdos considerados mercantiles no son impugnables³².

esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento, por lo que si se considera que no se trata de un motivo esencial o determinante, quedará excluida su revisión judicial.

³⁰ Se prevé que la acción de impugnación caduque, en todo caso, en el plazo de quince días a contar desde el momento en el que el FROB proceda a dar publicidad a las citadas actuaciones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69. Sobre la publicidad, de acuerdo con los art. 24 y 69 de la Ley 11/2015 y 23 del RD 1012/2015, resulta que el FROB notificará las medidas adoptadas a la entidad, al Ministerio de Economía y Competitividad y a la autoridad de supervisión y resolución preventiva competentes, y publicará los acuerdos de sustitución del órgano de administración de la entidad, en BOE y en el Registro Mercantil.

³¹ En este sentido, se ha destacado que tanto la reducción del plazo como la limitación de la materia impugnable, y que ya se recogía en la Ley 9/2012, reducen mucho la posibilidad de impugnar los acuerdos mercantiles adoptados en nombre del FROB, a pesar de que la legitimación activa es la misma que en los casos ordinarios de impugnación de acuerdos societarios, pudiendo estos ser impugnados por los socios, administradores y terceros que acrediten un interés legítimo en el grupo. Vid. LUCAS MARTIN, E.P., “Competencias mercantiles del FROB”, en COLINO MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, (Eds/Dirs.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada 2014, pág. 211.

³² De conformidad con el apartado 3 del artículo 204 TRLSC “No procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos: a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante; b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación; c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano; d) La invalidez de uno o varios votos

De entrada, las diferencias en los plazos para formular la impugnación y la exclusión de algunos acuerdos de la revisión judicial, porían hacernos pensar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva³³, cuestión que, sin embargo, no puede ser planteada en abstracto, dado que el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, de modo que sólo supone el derecho a obtener un pronunciamiento judicial conforme a la ley³⁴. Así, sólo se vulnera esta garantía cuando no se observa en un caso concreto lo previsto en las normas procesales para poder obtener dicho pronunciamiento, y la opción del legislador de aplicar a este tipo de acuerdos las normas indicadas, cierra las puertas por completo a la posible revisión judicial, a aquellos actos que el TRLSC considera no impugnables.

Dado que la merma de la garantía del control judicial no puede ser solucionada por asimilación con la vulneración de la tutela judicial efectiva³⁵, la

o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

³³ La tutela judicial efectiva debe entenderse, según la define el mismo Tribunal Constitucional, como un derecho genérico que se descompone en otros, según STC 89/1985, de 19 de julio, en su Fundamento Jurídico Primero. Y de conformidad con la STC 26/1983, de 13 de abril (Fundamento Jurídico Segundo): “tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y, como precisa la Sentencia núm. 32/1982 de este Tribunal, también el derecho «a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ellos, por el daño sufrido». Esta complejidad, (...) no hace, sin embargo, de este derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales un concepto genérico dentro del cual haya de entender insertos derechos que son objeto de otros preceptos constitucionales distintos”.

³⁴ En este sentido la STC 99/1985, de 30 de septiembre en su Fundamento Jurídico Cuarto.

³⁵ En la práctica así ha ocurrido, siendo ejemplo de ello, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo nº 10978/2016, de 3 de noviembre de 2016, que entre niega el acceso al recurso a la Asociación Activa Preferentes contra la resolución del FROB de 21 de julio de 2014, por la que se acordó, tras el estudio de las ofertas vinculantes recibidas en el proceso de venta de Catalunya Banc, S.A., la adjudicación de esta entidad al Banco Bilbao, Vizcaya, Argentaria, S.A.. Aunque en este caso de lo que se trataba era de dilucidar la legitimación activa de los mismos, la argumentación de la Sala, hace una referencia a la configuración de la tutela judicial efectiva que resulta totalmente predicable respecto a la limitación para obtener un pronunciamiento judicial si la ley reguladora no permite acceder a ello por excluir la impugnación. En su Fundamento Jurídico Quinto, destaca: “Finalmente, debe decirse que no se quebranta el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución porque un proceso contencioso-administrativo quede resuelto definitivamente en única instancia. En este sentido, sobre el acceso a los recursos, existe una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que, reiterada en su Sentencia nº 252/2004, de 20 de diciembre, puede resumirse en lo siguiente: ... como hemos sintetizado en la STC 71/2002, de 8 de abril, “mientras que el derecho a una respuesta judicial sobre las pretensiones esgrimidas goza de naturaleza constitucional, en tanto que deriva directamente del art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, como hemos precisado en el fundamento jurídico 5 de la STC 37/1995, ‘ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de

única posibilidad es reconducir el problema a un caso de privación singular de derechos, en relación con la privación del control o cuota de control de la entidad en relación con el conjunto de derechos que la titularidad de acciones o participaciones sociales otorga a su titular³⁶.

Pero, en estos casos, al no quedar identificado el sujeto actuante con una Administración pública, sino con un sujeto particular, que es la entidad de crédito, quien se encuentre perjudicado en sus bienes y derechos privados por el acuerdo adoptado³⁷, sólo podrá reclamar una indemnización por la vía de la responsabilidad civil a la entidad de crédito intervenida – contractual o extracontractual.

impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988). En fin, ‘no puede encontrarse en la Constitución “hemos dicho en el mismo lugar” ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983)’ (STC 37/1995, FJ 5). Como consecuencia de lo anterior, ‘el principio hermenéutico pro actione no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión’ que ‘es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos’ (SSTC 37/1995, 58/1995, 138/1995 y 149/1995”.

³⁶ Precisamente, la intervención en general y la adopción de acuerdos sociales en particular, puede suponer para los titulares de acciones o participaciones, la privación de todos o alguno de los derechos a los que se refiere el artículo 93 del TRLSC, que son aquellos inherentes a la condición de socio que derivan de la ley -son los derechos que, como mínimo tendrá, sin perjuicio de que los estatutos sociales atribuyan a todos los socios o a algunas clases de ellos, otros derechos-: a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación; b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones; c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales; d) El de información.

³⁷ MUÑOZ MACHADO, S., “Regulaciones económicas y privaciones patrimoniales (sobre los límites de la intervención de entidades de crédito por el Banco de España el ejemplo de las Cajas de Ahorros)”, en REBOLLO PUIG, M. (Coord.) *La regulación económica: en especial, la regulación bancaria (actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo)*, Madrid 2012, pág. 134. El autor se refiere a esta cuestión comparando los casos de intervención de Banesto y CajaSur y en relación con la catalogación de las intervenciones como casos de no expropiación forzosa, destacando que todo depende de que la intervención afecte al 100% de los derechos políticos de la entidad o que sólo sea parcial. De este modo, la STS de 14 de marzo de 2006 dictada en el caso Banesto se refirió a la intervención como un caso que no tenía naturaleza expropiatoria por no haberse privado a los accionistas de sus derechos en beneficio de otros, mientras que en el caso de CajaSur, la intervención administrativa sí afecta al 100% de los derechos políticos de la entidad, perdiendo el control de la misma. El criterio que permite asimilar a la expropiación forzosa los casos de intervención según la afectación total o parcial de la entidad se recogieron por el Tribunal Supremo Norteamericano en el caso *Munn v. Illinois* (1877). Aunque la doctrina que resulta de la referida Sentencia se aplicó para admitir el poder regulador de los Estados Norteamericanos, existiendo en ella un voto disidente en el que se afirma que al aceptarse semejante invasión de los derechos privados “todas las propiedades y empresas se encuentran a merced de la mayoría de cada legislatura”. Vid. ESTEVE PARDO, J., “Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos”, en *Regulación económica, en*

La tutela judicial efectiva también plantea problemas en lo referente a la impugnación de los actos clasificados como administrativos por la ley por razones de autotutela. Los artículos 72 a 74 de la Ley 11/2015 regulan las especialidades de la impugnación de los actos administrativos dictados en el marco de procesos de actuación temprana y resolución. La consideración de qué actos son administrativos a este efecto, tiene su base en la clasificación que hacen los artículos 63 y 64 de la misma ley, y de los que, en definitiva, resulta aplicable un régimen especial para aquellos actos que se consideran mercantiles.

Sin embargo, incluso estos últimos están fundamentados en un acto administrativo anterior del FROB, de modo que aplicando la doctrina de los actos separables, el acto administrativo inicial del que deriva el acto clasificado como mercantil podrá ser impugnado separadamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa³⁸, de forma análoga a como hasta ahora se contempla en el artículo 21.1 al Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público³⁹, o en el artículo 110.3 de la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas⁴⁰.

especial, regulación bancaria, Ed. Iustel, Madrid 2012, pág. 42. Existen otros pronunciamientos de la Corte Suprema Norteamericana que excluyen estas actuaciones de las autoridades reguladoras de todo control judicial (por ejemplo, la sentencia dictada en el caso *Minneapolis and St. Paul Railroad Co. v. Minnesota*, de 1890). Finalmente merece ser mencionado, pues en realidad, es en ella donde se ve la vinculación de los límites del poder estatal de regulación con la garantía patrimonial de la propiedad, la Sentencia dictada en el caso *Smyth v. Ames* de 1898, que declaró que los tribunales no sólo podían decidir sobre la razonabilidad de las medidas impuestas, sino a si las mismas otorgaba a la empresa una rentabilidad justa sobre una valoración justa de su inversión (en este caso se discutía la procedencia y proporcionalidad de unas tasas). Vid. Comentario de las sentencias referidas en el apartado Documents, de *American History, from Revolution to Reconstruction and beyond*, última consulta el 7 de enero de 2017 en <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1876-1900/supreme-court-case-munn-v-illinois-1877.php>. También en relación con un supuesto semejante, encontramos la Sentencia *Georgia Railroad & Nanking Co. v. Smith* de 1888, y la Sentencia *Cincinnati New Orleans & Texas Pacific Railway v. Interstate Commerce Commission* de 1897, comentadas en MUÑOZ MACHADO S. (2012), “Regulaciones económicas y privaciones patrimoniales (sobre los límites de la intervención de entidades de crédito por el Banco de España: el ejemplo de las Cajas de Ahorros)” en REBOLLO PUIG (coord.), *La regulación económica, en especial la regulación bancaria*, Iustel, Madrid 2012, pág. 116.

³⁸ Vid. SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n°2539/2016, de veintisiete de junio de dos mil dieciséis.

³⁹ Según el cual corresponderá al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas.

⁴⁰ Según el cual: “El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan sobre estos contratos entre las partes. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con su preparación y adjudicación y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con su normativa reguladora.”

En consecuencia, el artículo 71.3 de la Ley 11/2015 prevé que en el caso de que se hubiera interpuesto recurso contencioso-administrativo contra alguno de los actos que pueda dictar el FROB, el órgano judicial competente deberá suspender el procedimiento de impugnación de acuerdos societarios según lo previsto en el artículo 71 al que pudiera afectar, hasta la resolución del recurso contencioso-administrativo, cuando el acto administrativo impugnado diera cobertura a las decisiones adoptadas por el FROB como actos de naturaleza mercantil. En este caso, además se prevé una regla procesal especial pues el órgano judicial competente (el del orden civil que esté conociendo la impugnación de acuerdos sociales por aplicación del artículo 71 de la Ley 11/2015) quedará vinculado por la decisión que adopte el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo sobre la cuestión prejudicial planteada, –contiene la regla inversa a la prevista para incidentes procesales en el artículo 4.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa-.

Con la regulación actual, debe considerarse que, a salvo lo previsto para la impugnación de acuerdos sociales, considerados mercantiles, todo lo demás debe quedar sujeto al régimen jurídico-público de impugnación de actos administrativos, y que en lo que estos sean el presupuesto de aquellos, podrá quedar resuelta la impugnación de los actos mercantiles, si estos deben desaparecer por acordarse la nulidad del acto administrativo en el que se basan⁴¹. A pesar de todo, en la práctica, no será tan fácil dejar sin efecto las consecuencias del acto anulado, ya sea administrativo o mercantil, pues cabe que el mismo se haya ejecutado durante la tramitación del proceso, dado su carácter inmediatamente ejecutivo, previsto en el artículo 65 Ley 11/2015, con la única posibilidad de que, en el caso de obtener una sentencia estimatoria de las pretensiones de quien lo impugne, pueda ser indemnizado, situación ésta que prevé la ley expresamente, porque es muy probable que así ocurra.

Respecto a la regulación especial que contiene la Ley 11/2015 para impugnar los actos del FROB clasificados como administrativos, la ley contempla, además de un régimen especialísimo para la impugnación de la amortización o conversión de instrumentos de capital y recapitalización interna (artículo 73), la impugnación de la aprobación de los planes de recuperación y de resolución, y de los actos y decisiones del supervisor y de las autoridades de resolución

⁴¹ Es más, expresamente el Tribunal Supremo ha admitido la indudable naturaleza jurídico-administrativa de las resoluciones del Banco de España y del FROB. Vid. STS, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, nº 939/2016, de 4 de marzo (Fundamento de Derecho Sexto). En el mismo sentido, la SAN nº 2548/2016, de 23 de junio de 2016, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta, en Fundamento de Derecho Cuarto, al indicar “ya no estamos en el escenario propio de la relación privada entre el cliente y la entidad bancaria pues no es BFA BANKIA quien adopta la resolución recurrida sino el FROB, de acuerdo con las facultades que le otorga la Ley 9/2012, posterior en el tiempo al Código Civil. El FROB actúa como la autoridad de reestructuración en ejecución del plan que fue aprobado por la Unión Europea el 28 de noviembre de 2012”.

competentes dictados en el marco de procesos de actuación temprana y las fases preventiva y ejecutiva de la resolución (artículo 72).

La impugnación de la aprobación de los planes de recuperación y de resolución, por parte del supervisor competente o la autoridad de resolución preventiva competente, y los actos y decisiones del supervisor y de las autoridades de resolución competentes dictados en el marco de procesos de actuación temprana y las fases preventiva y ejecutiva de la resolución, pondrá fin a la vía administrativa y será recurrible ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional – ex artículo 72.1 y 2 Ley 11/2015-. Sin embargo, se prevé que la valoración que acompañe a los actos y decisiones del supervisor y de las autoridades de resolución competentes, no pueda ser objeto de recurso separado, siendo únicamente impugnable en los recursos que se planteen contra aquellos actos y decisiones. Considerando que al interesado no le han dado audiencia en vía administrativa para su determinación⁴², el hecho de excluir la posibilidad de

⁴² Así, se aprecia en la reciente práctica judicial derivada de las impugnaciones de las resoluciones del FROB, que se ha alegado en diversas ocasiones la inobservancia del cauce procedimental necesario por falta de esta audiencia al interesado, pero sin obtener éxito sobre esta argumentación, pues se ha pretendido asimilar ese defecto a la inobservancia de los trámites regulados para la expropiación forzosa, cuando realmente, al negarse que lo sea, se está negando la premisa mayor de la que deriva la consecuencia de conceder la audiencia al mismo. Si bien el planteamiento es erróneo por este motivo, sí es acertado mantener que en estos casos la falta de audiencia al interesado va en detrimento de sus derechos generales frente a la Administración (ex artículo 53.1.f Ley 39/2015). Ejemplo de ello, es en la materia que nos ocupa, la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, nº 939/2016, de 4 de marzo, y en la que, de conformidad con lo indicado en su Fundamento Jurídico Tercero valora la posible infracción del artículo 125 LEF, en relación con el artículo 101 de la Ley 30/1992 y el artículo 33 CE, el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos, asimilando la omisión de dicho trámite a la vía de hecho, en lo referente a su impugnabilidad. Ciertamente, como precisa la misma Sentencia en su Fundamento de Derecho Tercero “que la jurisprudencia y la doctrina han ido afinando el concepto originario de vía de hecho, y en esta evolución se ha llegado a equiparar la vía de hecho con la omisión, no ya de todo el procedimiento, sino de alguno de los trámites esenciales del mismo, como sucede en el presente caso, en el que los incumplimientos de procedimiento eludieron tramites tan esenciales como el derecho a la audiencia y a ser oído en la valoración, tramites ligados a las garantías de la institución expropiatoria”. En este caso, la parte recurrente (Cabildo de la Santa Iglesia Catedral de Córdoba), al impugnar la valoración hecha por el FROB y asumida por el Banco de España, reconduce a la vía de hecho, la omisión del trámite de audiencia en dicho procedimiento, argumentando que la valoración de los activos intervenidos en el procedimiento de reestructuración ordenada de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba (Caja Sur), fue “un aprecio administrativo que no ha sido sometido a contradicción, quebrándose con ello una garantía esencial del procedimiento expropiatorio, o dicho de otro modo, se ha producido un supuesto de expropiación material subsumible en el objeto de esa potestad (artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa), que por tanto, debería haber venido acompañado de la valoración de dichos activos y pasivos y del correspondiente procedimiento contradictorio de aprecio y determinación del justiprecio, y al no haberse hecho así, se ha producido una confiscación contraria al artículo 33.3 CE y a los demás preceptos citados como infringidos”. En este caso el Tribunal Supremo inadmite el recurso al entender que ya estaba resuelta la cuestión planteada en el recurso desde la óptica

impugnar la valoración por sí sola, sigue limitando lo que hemos considerado garantía esencial de la propiedad afectada por las medidas de resolución, porque se hace depender que las diferencias en la valoración afecten a los demás presupuestos que han permitido acordar la actuación administrativa, y que en esencia son: que afecte a la procedencia del procedimiento de resolución en detrimento de una liquidación concursal ordinaria, que afecte a la resolubilidad de la entidad, que afecte a los estándares de solvencia que permitan acordar una actuación preventiva de la autoridad de resolución, o que afecte a los niveles de solvencia que permitan acordar la inviabilidad de la entidad.

En los demás casos en que el interesado no esté de acuerdo con la valoración de la entidad intervenida o de los activos o pasivos afectados por las medidas de resolución, no podrá impugnar tal valoración de forma autónoma, siendo este otro de los puntos criticables de la regulación del sistema procesal de impugnación de los actos del FROB.

En definitiva, el ejercicio del nuevo poder de resolución debe quedar sujeto al control judicial como medio para garantizar el derecho de propiedad privada, configurado como constitucional en el artículo 33.3 CE, y como Derecho Fundamental en el artículo 17.1 la Carta Europea de Derechos Fundamentales, aunque la cobertura que se le da es insuficiente a la vista del sistema establecido, porque su impugnabilidad se hace depender de que existan otros motivos de impugnación, cuestión esta que hace desmerecer un derecho de esta importancia, porque aparece configurado como derecho de segundo orden al eliminar su autonomía como motivo de impugnación.

Podemos llegar a la conclusión de que en lo referente a la regulación bancaria y tratándose de proteger la estabilidad financiera, el derecho a la propiedad privada y los mecanismos tradicionales para su protección aparecen como algo secundario⁴³. Las limitaciones prácticas o jurídicas para efectuar un verdadero control judicial de las decisiones de la autoridad de resolución, implican, en la

de una incongruencia omisiva de la sentencia de 13 de noviembre de 2012, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 670/2010, recurrida en este caso, por entender que ya estaba resuelta la cuestión en la misma, dado que esta sentencia declaró que “las actuaciones llevadas a cabo por el Banco de España y el FROB no constituían un supuesto expropiatorio, ni una vía de hecho, como sostenía la parte recurrente, sino un proceso de reestructuración de una entidad de crédito, que encontraba cobertura jurídica en el artículo 9 del RDL 9/2009”. Como vemos, si se enfoca como expropiación forzosa para justificar la necesidad de concurrencia del trámite de audiencia, al negarse la identificación con esta institución, esto último parece perder su fundamento, pero se debe, como hemos indicado, a que el planteamiento es erróneo.

⁴³ De hecho, se ha señalado incluso que la entidad de crédito, en el nuevo sistema, se encuentra “en gran parte, en manos del supervisor”. Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ M.A., “Transformaciones en la regulación bancaria. Una perspectiva desde el Derecho Público”, en COLINO MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ (Dirs.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada 2014, pág. 143.

práctica, una merma de la tutela judicial efectiva, a pesar de emanar de su configuración legal, y por tanto ser conformes a la interpretación que el Tribunal Constitucional hace del derecho que aquí estamos tratando. Por todo lo expuesto, debería ser reconsiderado el sistema de impugnaciones de los actos del FROB, y en este punto cabe reconsiderar no sólo la vía judicial cuyos defectos se han expuesto, sino incluso la vía administrativa, que es bastante limitativa para el particular afectado, y es previa al posible control judicial.

En nuestra opinión el problema sobre cómo mejorar la revisión en vía administrativa, dejando al margen los problemas específicos de las normas reguladoras del proceso de resolución, debe ser abordado desde un punto de vista mucho más novedoso, tan novedoso como lo es el poder de resolución y las inmensas facultades que confiere. No parece adecuado que el control administrativo y judicial vayan por los cauces tradicionales en la medida en que pueden ir, que es lo que resulta de la Ley 11/2015, que utiliza un sistema de recursos administrativos comunes (sólo cabrá el recurso potestativo de reposición en relación con los actos clasificados como administrativos), porque la ley olvida que, por ser el FROB y el Banco de España, organismos públicos dotados de autonomía y que siguen el modelo de las agencias independientes, la revisión tanto administrativa como judicial deberían ser configuradas siguiendo dicho modelo, y nuevas soluciones deben ser importadas de aquellos sistemas jurídicos en donde esta figura tiene una tradición más arraigada.

Simplemente fijándonos en la regulación que el Derecho europeo hace del control administrativo de los actos de las Autoridades Europeas de Supervisión a través de una Sala de Recurso específica, al que se refiere el art. 58 de los Reglamentos (UE) nº 1093/2010, nº 1094/2010, y nº 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, y que se encargará de velar por la legalidad en vía administrativa de las actuaciones de las Autoridades Europeas de Supervisión, podemos apreciar que una sala semejante sería necesaria en España para poder someter a un control administrativo las decisiones del FROB y del Banco de España. Merece ser destacado que, la Sala de Recurso a la que se refieren los Reglamentos (UE) nº 1093/2010, nº 1094/2010, y nº 1095/2010, sirven con tal finalidad respecto de las resoluciones de las autoridades del MUS, pero no existe en ella competencia para revisar en vía administrativa las actuaciones de la Junta Europea de Resolución (JUR), que es la autoridad de resolución de la Unión Bancaria Europea. La JUR se regula por el Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución, que no prevé la revisión en vía administrativa de las decisiones de la JUR por una Sala semejante, sino que en su Considerando nº 24,

se establece en base a lo previsto en el artículo 291 TFUE que la evaluación de los aspectos discrecionales de las decisiones de resolución tomadas por la Junta deba ser efectuada por la Comisión y por el Consejo.

La regulación paralela del control de los actos de la autoridad de resolución, al menos de la que lo es desde el punto de vista ejecutivo, esto es del FROB, no prevé un control administrativo enalzado, y es esto lo que debe ser mejorado. Para ello, lo que hay que comenzar por considerar es que si el poder de resolución, cuyo ejercicio motiva la actuación administrativa recurrible, es de nueva creación, nada impide que se configure *ex novo* un sistema de recursos que sea adecuado por contemplar las particularidades de ese poder administrativo novedoso, que, si bien se ha configurado como un poder exorbitante por el interés general al que sirve, nada impide que en contrapartida, se dote a los particulares de un sistema específico de recursos que se cree *ad hoc*, y que equilibre las posiciones en la relación Administración actuante – particular.

Por su parte, la regulación de lo previsto como sistema de impugnaciones en vía judicial es mejorable también. Sobre esta cuestión cabe destacar que ya con el sistema anterior se habían puesto de relieve las limitadas facultades de control judicial, frente a las actuaciones de intervención que el Banco de España realizó en otros casos⁴⁴, y que con el FROB todavía se ven más constreñidas ante la configuración de una potestad de resolución excesiva que, en gran parte, se basa en la indefinición de la ley sobre los elementos concurrentes en los que se cimientan sus decisiones, cuestión ésta a la que nos referiremos más adelante.

El control judicial se prevé, cuando estemos ante las decisiones de la JUR, en el Reglamento UE 806/2014, y en este caso, de conformidad con su Considerando nº 120 y artículo 37.2 *in fine*, el Tribunal de Justicia de la UE es competente para controlar la legalidad de las decisiones adoptadas por la JUR, el Consejo y la Comisión, de conformidad con el artículo 263 del TFUE, así como para determinar su responsabilidad extracontractual. Además, el Tribunal de Justicia, de conformidad con el artículo 267 del TFUE, y también es competente para pronunciarse con carácter prejudicial, a petición de las autoridades judiciales nacionales, sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. El mismo Considerando nº 120 se refiere a la competencia de las autoridades judiciales nacionales «de

⁴⁴ Se ha destacado que el control judicial de ciertos extremos que fundamentan las intervenciones de entidades bancarias es prácticamente imposible de realizar ante la discrecionalidad reconocida al regulador, como se puso de manifiesto en las Sentencias dictadas en el caso Banesto, la primera de 5 de mayo de 2004 (sobre intervención del banco y remoción de los administradores), y la segunda de 14 de marzo de 2006 (en la que se conmina a los accionistas a renunciar a su derecho de suscripción de acciones en la ampliación de capital, evitando que se recuperara por los anteriores accionistas el control de la entidad). Vid. ARIÑO ORTIZ, G., *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, Ed. Iustel, Madrid 2011, págs. 934-936. El autor pone de manifiesto que el control judicial en estos casos deja patente la incapacidad del Tribunal para juzgar una situación consumada y ya irreversible.

conformidad con su legislación nacional, para controlar la legalidad de las decisiones adoptadas por las autoridades de resolución de los Estados miembros participantes en el ejercicio de las funciones (...), así como para determinar su responsabilidad extracontractual».

3.2. Particularidades de la ejecución de las sentencias estimatorias

La posición del FROB como autoridad con potestades exorbitantes se ve reforzada por la regla contenida en el artículo 74 de la Ley 11/2015, que contempla que si se hubiera interpuesto el recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, competente en estos casos (artículo 72.1 de la Ley 11/2015), y la sentencia hubiera sido estimatoria de las pretensiones del particular, el supervisor y las autoridades de resolución competentes podrían alegar ante la autoridad judicial causas de imposibilidad material de ejecución de dicha sentencia.

En estos casos, el Juez o Tribunal si aprecia la concurrencia de las causas alegadas⁴⁵, fijará la indemnización que deba satisfacerse. Por este motivo, la responsabilidad patrimonial que se recoge en este caso, es el último reducto de las garantías de los particulares frente a la actuación administrativa, que para tener alguna virtualidad dependerá de la valoración de los activos y pasivos de las entidades de crédito en el momento del acuerdo administrativo, y de conformidad con lo previsto en los artículos 5 de la Ley 11/2015 y concordantes del Real Decreto 1012/2015, que desarrolla dicha ley.

4. Conclusiones

La tutela judicial efectiva es un Derecho Fundamental de base constitucional pero de configuración legal. De este modo, será la ley la que determinará el acceso a la jurisdicción en primera instancia, así como la extensión de ese acceso a través de recursos, a una segunda instancia o de revisión judicial.

En relación con los procedimientos administrativos de resolución bancaria, las decisiones administrativas quedan ampliamente amparadas por la autotutela administrativa, que sitúa al administrado en una posición en la que aparece des-

⁴⁵ Las causas alegadas que determinan la imposibilidad material de ejecutar una sentencia, y que deberán ser valoradas por el Juez o Tribunal, se recogen en el artículo 74.2 de la Ley 11/2015, y son: a) El volumen especialmente significativo o la complejidad de las operaciones afectadas o que pudieran verse afectadas; b) La existencia de perjuicios que, de ejecutarse la sentencia en sus estrictos términos, se derivarían para la entidad y para la estabilidad del sistema financiero; c) La existencia de derechos o intereses legítimos de otros accionistas, socios, obligacionistas, acreedores o cualesquiera otros terceros, amparados por el ordenamiento jurídico.

provisto de ciertas garantías y en dónde el acceso a la jurisdicción y la forma en que se configura son decisivas para salvaguardar sus derechos como ciudadano.

Es necesario revisar el sistema de impugnaciones de los acuerdos del FROB para facilitar el recurso en vía administrativa de todas las decisiones del FROB, sin que algunas queden al margen de su posible impugnación judicial, y que en fase de ejecución se introduzcan mayores garantías para llegar a adoptar la decisión de imposibilidad de ejecución de las sentencias estimatorias, ya que con el sistema actual algunas decisiones quedan al margen de su posible revisión tanto en vía administrativa, como incluso judicial, por la aplicación combinada de todas las normas expuestas en este trabajo, y en los casos en que la normativa específica de la regulación de la resolución bancaria posibilita la impugnación judicial del acto administrativo o mercantil realizado de la autoridad de resolución, el acceso a la jurisdicción es limitado por cuestiones prácticas (como la reducción de plazos en los casos de actos calificados como mercantiles), o jurídicas (como la inexistencia de revisión judicial a través de una segunda instancia).

La configuración del acceso a la jurisdicción en estos casos, tan limitada como se regula actualmente, unido al hecho de que los recursos en vía administrativa también tienen sus propias limitaciones en la regulación actual, unido al hecho de que incluso tras acceder a la vía judicial y haber obtenido un pronunciamiento favorable, las expectativas del interesado pueden verse frustradas por la oposición del Banco de España y de la autoridad de resolución a la ejecución de la sentencia estimatoria, alegando imposibilidad material, ofrecen un derecho a la tutela judicial efectiva, que de conformidad a su configuración en el derecho español, no queda vulnerado, pero sí conduje a situaciones que podrían considerarse injustas.

Bibliografía

- Albuérne C., "La reestructuración de entidades de crédito", en *Actualidad Jurídica Uría – Menéndez, Especial reformas estructurales / Extraordinario-2012*, Madrid 2012, pág. 9.
- Albuérne C., "La reestructuración de entidades de crédito", en *Actualidad Jurídica Uría – Menéndez, Especial reformas estructurales / Extraordinario-2012*, Madrid 2012, pág. 10.
- Ariño Ortiz, G., *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, Ed. Iustel, Madrid 2011, págs. 934-936.
- Conlledo Lantero, F., "El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito", en *Revista de derecho de la Unión Europea*, Nº 27-28, Madrid 2014-2015, pág. 170.
- Fernández Rodríguez T.R., "El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria: Naturaleza, estructura y régimen jurídico", en TEJEDOR BIELSA J.C. y FERNÁNDEZ TORRES I., *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas, Navarra 2014, pág. 31.
- González Vázquez, J.C., "Aspectos controvertidos del régimen jurídico del FROB" en Colino Mediavilla y González Vázquez (Drs.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada 2014, pág. 163.

- Lucas Martín, E.P., "Competencias mercantiles del FROB", en COLINO MEDIAVILLA y González Vázquez, (Eds/Dirs.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada 2014, pág. 211.
- Martínez Cañellas A., "Principios de reestructuración y resolución de entidades de crédito en España y Ley Concursal", en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra) 2014, pág. 256.
- Meléndez Huelin, O., "La supervisión, inspección y sanción de las entidades de crédito", en Cam-puzano, Conlledo y Palomo (Dirs.), *Los mercados financieros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 272.
- Morales Ortega J.M., "Derecho al recurso y valor de cosa juzgada: algunos comentarios a la doctrina del Tribunal Constitucional", en *Temas Laborales* nº 69/2003, España 2003, pág. 70.
- Muñoz Machado S. (2012), "Regulaciones económicas y privaciones patrimoniales (sobre los límites de la intervención de entidades de crédito por el Banco de España: el ejemplo de las Cajas de Ahorros)" en REBOLLO PUIG (coord.), *La regulación económica, en especial la regulación bancaria*, Iustel, Madrid 2012, pág. 116.
- Pérez Rivarés J.A., "Instrumentos de coordinación en la Unión Europea en materia de rescate y resolución de entidades financieras", en *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 32, Nº 131, Madrid 2013, pág. 116.
- Planchadell Gargallo A., "La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva", en *Revista para la integración del Derecho InDret* 4/2015, Barcelona 2015, págs. 8 y ss.
- Riu i Fortuny R., "El dret fonamental a la tutela judicial efectiva de les administracions públiques" en *El Clip* nº 24, Ed. Institut d'Estudis Autònoms (Generalitat de Catalunya), Cataluña 2003, pag. 7
- Salvador Armendáriz M.A., "Transformaciones en la regulación bancaria. Una perspectiva desde el Derecho Público", en COLINO MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ (Dirs.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada 2014, pág. 143.
- Sánchez Rubio A., "Derecho a la tutela judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXI, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 2003, págs. 601-616.
- Sánchez-Calero Guilarte J., "Una aproximación a las facultades mercantiles del FROB", en Recalde, Tirado y Perdices (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi, Navarra 2014, pág. 200.
- Sánchez-Calero Guilarte J., y Tapia Hermida A., "Aspectos mercantiles del régimen legal del Fondo De Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)", en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* nº 2014/84, Ed. EPrints Complutense, Madrid 2014, pág. 6. Disponible en <http://eprints.ucm.es/>.
- Sánchez-Calero Guilarte J., "Una aproximación a las facultades mercantiles del FROB", en Recalde, Tirado y Perdices (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi, Navarra 2014, pág. 200.
- Vega Serrano J.M., *La regulación bancaria*, Ed. La Ley, Madrid 2011, pág. 275.

Sumario

La tutela judicial efectiva se configura como un derecho fundamental cuyo núcleo esencial es el acceso a la jurisdicción. La dicción literal del artículo 24.1 de la Constitución española ofrece una apariencia de un amplio acceso para los ciudadanos a efectos de obtener la protección de sus derechos en los procedimientos judiciales, y en realidad, no es tan amplio como parece, ya que incluye el derecho a obtener un pronunciamiento judicial de conformidad con lo previsto en la ley, el cual puede ser de inadmisibilidad de la impugnación o de la demanda inicial, si la pretensión no se basa

en los presupuestos legales que permiten el ejercicio de la acción. En consecuencia, existen áreas jurídicas en las que la configuración legal del acceso a la justicia es tan restrictiva que entraña quedar al margen de la jurisdicción a efectos de poder impugnar algunos actos o resoluciones. Este trabajo pretende analizar los límites de las impugnaciones de actos y pronunciamientos emitidos por la autoridad bancaria de resolución en España, con la finalidad de verificar si la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva queda vulnerada o es admisible, a pesar de la reducción del ámbito de tal derecho en los procedimientos de resolución bancaria.

Palabras clave: Tutela judicial efectiva, resolución bancaria, demanda inicial, impugnaciones, ejecución de sentencia.

The limits of effective judicial protection by challenging the decisions of the spanish banking resolution authority

summary

Effective judicial protection is considered a fundamental right which essence is access to jurisdiction. The literal diction of Article 24.1 of the Spanish Constitution gives an appearance of a broad civil access to protection of civil rights in judicial proceedings. However, it is not as broad as it may seem, as it only includes the right to obtain a judicial pronouncement in accordance with the provisions of the law that can be of inadmissibility of the challenge or of the initial claim, if the claim is not based on the legal presuppositions that allow the exercise action. Thus, there are areas in which the legal configuration of access to justice is so restrictive that it entails being locked out of jurisdiction in order to challenge many acts or settlements. This paper aims to analyse the limits of the challenges of the acts and pronouncements of the banking resolution authority in Spain, in order to verify whether – in spite of these limits – the constitutional guarantee of the effective judicial protection is undermined in these cases, or if such reduction in the scope of the banking regulation is admissible.

Keywords: Effective judicial protection, banking resolution, initial demand, challenges, sentences' execution.
