

DERECHO APLICABLE EN EL ÁMBITO DEL MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISIÓN. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE NORMAS NACIONALES POR EL BANCO CENTRAL EUROPEO

Por

JAVIER ESTEBAN RÍOS
Investigador predoctoral contratado (FPU)
Área de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

jestebanrios@unizar.es

Revista General de Derecho Europeo 44 (2018)

RESUMEN: El Derecho de la Unión Europea no proporciona un marco normativo completo y cerrado sobre regulación y supervisión bancaria, estando en gran parte atribuidas las competencias para definir la materia a los Estados miembros. Habida cuenta de esta realidad, cuando el Banco Central Europeo (BCE), en marco del Mecanismo Único de Supervisión proceda a ejercer sus competencias supervisoras, habrá de aplicar un ordenamiento mixto, integrado tanto por normas nacionales como comunitarias. Así, el BCE habrá de aplicar la normativa nacional derivada de la transposición de directivas y de la elección de opciones que expresamente se contengan en reglamentos, lo que plantea algunos problemas de índole práctica. En este sentido, podría optarse por una interpretación funcional que permitiera considerar al BCE como Estado, como vía para integrar plenamente la doctrina del efecto directo, cuando sea la institución de la Unión la que supervise teniendo en cuenta disposiciones nacionales. Sin embargo, ante las dudas que se suscitan, especialmente en lo referido a la aplicación de opciones contenidas en reglamentos, sería deseable que el legislador comunitario arrojará luz sobre los extremos dudosos. En otro orden de cosas, se introduce una nueva dimensión a la función de control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ya no comprobará solamente que las normas locales no colisionen con el derecho de la Unión, sino que habrá de dictaminar sobre si el derecho nacional se ha interpretado y aplicado en sus justos términos por los operadores jurídicos comunitarios.

PALABRAS CLAVE: Mecanismo Único de Supervisión; Banco Central Europeo; normativa aplicable; aplicación de normas nacionales por instituciones de la Unión Europea; opciones contenidas en reglamentos y directivas.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. PERSPECTIVA GENERAL DE LAS NORMAS A APLICAR POR EL BANCO CENTRAL EUROPEO.- III. EL BANCO CENTRAL EUROPEO COMO AUTORIDAD COMPETENTE: EL EJERCICIO DE OPCIONES.- IV. ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE APLICACIÓN Y ALCANCE.- 4.1. Algunos problemas jurídicos de aplicación y alcance: las directivas comunitarias: 4.1.1 El efecto directo de las directivas comunitarias: precisiones iniciales. 4.1.2 El Banco Central Europeo como destinatario del efecto directo de las directivas comunitarias.- 4.2. Algunos problemas jurídicos de aplicación y alcance: los reglamentos comunitarios.- 4.3 Algunos problemas jurídicos de aplicación y alcance: primacía del Derecho comunitario y procedimientos de impugnación.- V. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN.

THE APPLICABLE LAW IN THE FIELD OF SINGLE SUPERVISORY MECHANISM. INTERPRETATION AND APPLICATION OF NATIONAL REGULATION BY THE EUROPEAN CENTRAL BANK

ABSTRACT: European Union law does not provide a complete and closed regulatory framework on banking regulation and supervision. In fact, Member states have wide competence in order to define and configure the matter under consideration. In view of the above, when the European Central Bank (ECB), within the Single Supervisory Mechanism, exercises its supervisory powers, it will have to apply a mixed legal system integrated by both national and European Union rules. Thus, ECB will have to apply national rules transposing directives or choosing between different options that are explicitly included in EU regulations. This situation raises some practical problems and questions. In this respect, a functional interpretation could be chosen so as to consider the ECB as a State when this institution supervises taking into account national provisions, as a way to fully integrate the doctrine of direct effect of European Union law. However, it would be desirable that European legislator sheds light on the questionable situations given the doubts that arise, especially considering the application of options contained in EU regulations. Moreover, the Court of Justice of the European Union will no longer only check that national rules do not conflict with European Union law, conversely it will also monitor that Community bodies apply national law in its right terms.

KEY WORDS: Single Supervisory Mechanism; European Central Bank; applicable law; application of national regulation by European Union institutions; regulations and directives contemplating options.

Fecha de recepción: 2.12.2017

Fecha de aceptación: 23.01.2018

I. INTRODUCCIÓN

El establecimiento de la Unión Bancaria, que pretende acabar con las asimetrías que favorecieron la severa crisis financiera vivida y garantizar un sector bancario seguro y fiable, ha de apoyarse sobre en una serie de elementos fundamentales, comúnmente conocidos como pilares: un Código Normativo Único, un Mecanismo Único de Supervisión (MUS), un Mecanismo Único de Resolución (MUR) y un Fondo de Garantía de Depósitos Único (FGDU)¹. No obstante lo anterior, se observa como este

¹ Respecto de los pilares de la Unión Bancaria, el Código Normativo Único, pretende hacer frente a una regulación prudencial bancaria dispersa y con notables divergencias entre los distintos Estados miembros. Por lo que se refiere al Mecanismo Único de Supervisión, que comienza a operar el 4 de noviembre de 2014, la asunción de competencias supervisoras específicas por el Banco Central Europeo, busca limitar las diferencias en la aplicación de la regulación vigente. Por su parte, el Mecanismo Único de Resolución, en funcionamiento desde enero de 2015, aunque sujeto a prolongados periodos transitorios, ha de hacer frente a las crisis de entidades que no sean viables, partiendo de criterios comunes y minimizando el compromiso de fondos públicos. Por último, el Fondo de Garantía de Depósitos Único (FGDU), pilar que se encuentra todavía pendiente de implantación y desarrollo, ha de servir para unificar las coberturas de los depositantes y mutualizar los riesgos a escala europea.

procedimiento de convergencia se encuentra todavía en proceso de configuración y desarrollo, quedando de momento distante una plena armonización en la materia.

Así, actualmente, el derecho comunitario no proporciona un marco normativo completo y cerrado sobre regulación prudencial y supervisión bancaria, estando en gran parte atribuidas las competencias para definir la materia a los Estados miembros.

Habida cuenta de esta realidad, cuando el Banco Central Europeo (BCE) proceda a ejercer sus competencias supervisoras, habrá de aplicar este ordenamiento mixto, integrado tanto por normas nacionales como comunitarias. Se produce una inversión del modo habitual de actuación, en el que son los particulares e instituciones de los Estados miembros quienes deben aplicar normas de fuente europea, además de las promulgadas por sus legisladores nacionales².

Esta situación, en la que se procede a la aplicación del derecho nacional por parte de una institución comunitaria, deriva del característico modelo supervisor implantado, el MUS, a caballo entre la supervisión nacional y la transferida plenamente a instancias comunitarias. Tanto la regulación como la supervisión de nivel comunitario coexisten con sus paralelos nacionales, en un marco propio y característico de las competencias compartidas. Pese a que existe una densa regulación comunitaria en la materia, la misma no alcanza a todo detalle y permite la colaboración de los legisladores nacionales, que completarán los extremos no previstos y ejercerán las opciones que se prevean³.

El proceso de Unión Bancaria y la progresiva comunitarización de la materia permiten augurar un incremento del peso de la regulación comunitaria. Es probable que este auge de la normativa de la Unión vaya paulatinamente cerrando el paso a la libertad de configuración de los Estados miembros para, quizás, alcanzar la regulación y supervisión plenamente comunes en el largo plazo. De compartirse tal diagnóstico la aplicación de normativa nacional por el BCE sería en este sentido transitoria.

En cualquier caso, la asunción y el ejercicio de competencias de supervisión a nivel comunitario se han visto reforzados por la existencia de previas normas jurídicas de la Unión destinadas a las entidades de crédito, pues resultaría en cierto modo controvertido

² Sobre la novedad de este marco de actuación se ha pronunciado SENKOVIC, P., "Introduction on The coexistence of national and EU law and the ne bis in idem principle with a focus on the supervisory powers of the European Central", en *ECB Legal Conference 2015: From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union New opportunities for European integration*, Banco Central Europeo, Fráncfort del Meno, 2015, pp. 99-102, p. 100.

³ Además de las opciones brindadas y el desarrollo de ámbitos no regulados, en principio, la regulación comunitaria deja un ámbito adicional de actuación a los Estados miembros. Dicha normativa trata de proteger la estabilidad financiera mediante reglas de mínimos, que no deberían impedir que los Estados miembros adoptasen medidas más restrictivas si lo consideraran necesario para garantizar su estabilidad financiera, y siempre que respeten los principios de mercado interior y las normas mínimas comunes. En este sentido, se pronuncia la recomendación nº 10 del Informe del grupo de expertos sobre supervisión financiera en la Unión Europea, presidido por Jacques Larosière, hecho en Bruselas el 25 de febrero de 2009, p. 35.

que una entidad europea actuará exclusivamente de acuerdo con normas nacionales. En este sentido, se ha afirmado que, de no existir un entramado normativo comunitario, el BCE debería limitar sus actividades a la colaboración recogida en el artículo 127.5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁴.

A continuación, se analizará el fenómeno de la aplicación de normativa nacional por parte del Banco Central Europeo, tratando de identificar algunos de los problemas que pudieran plantearse y proponiendo vías para su solución.

II. PERSPECTIVA GENERAL DE LAS NORMAS A APLICAR POR EL BANCO CENTRAL EUROPEO

El BCE para llevar a cabo sus funciones procede a aplicar normas sustantivas de un ordenamiento que se presume completo, aunque integrado por normas tanto comunitarias como nacionales⁵.

La normativa comunitaria en la materia se compone básicamente de reglamentos directamente aplicables⁶ y de directivas, siendo paradigmáticos los casos de la directiva referida a requisitos de capital de entidades de crédito⁷ o la relativa a conglomerados financieros⁸.

⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "Problemas de cobertura jurídica de la supervisión bancaria del BCE en la nueva Unión Bancaria y Apuntes para su solución", *Revista de Estudios Europeos*, nº. 63, 2013, pp. 79-114, p. 87.

⁵ El imperativo de aplicar las normas comunitarias y las nacionales de desarrollo se recoge en el artículo 4.3 del Reglamento (UE) nº 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (DO L 287 de 29 de septiembre de 2013, p. 63/89).

⁶ Con especial mención al Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 (DO L 176, 27 de junio de 2013, p. 1-337), una de las normas cabecera en la materia, los reglamentos delegados de la Comisión que lo desarrollan y, más concretamente, los reglamentos y decisiones de la Comisión en los que se plasman normas técnicas elaboradas por la Autoridad Bancaria Europea (ABE), agencia encargada de promover la armonización regulatoria y supervisora en materia de entidades de crédito a escala de la Unión.

⁷ Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (DO L 176 de 27 de junio de 2013, p. 338/436) (CRD IV).

⁸ Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero, y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE y 93/22/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 35 de 11 de febrero de 2003, p. 1/27), modificada más recientemente vía Directiva 2011/89/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por la que se modifican las Directivas 98/78/CE, 2002/87/CE, 2006/48/CE y 2009/138/CE en lo relativo a la supervisión adicional de las entidades financieras

Por lo que respecta a las reglas nacionales que ha de aplicar el BCE, que coexisten con las anteriores, serán las normas de transposición de las directivas citadas, tanto de la CRD IV⁹ como de la relativa a conglomerados financieros¹⁰. A su vez, también será necesaria la observancia de las normas nacionales derivadas de las opciones contenidas en reglamentos. Estas últimas disposiciones pueden resultar más controvertidas, en tanto en cuanto la tradicional concepción del reglamento como norma de directa aplicación casa mal con la posibilidad de dotar de un margen de discreción a los Estados miembros. No obstante lo anterior, lo cierto es que, cuando los reglamentos otorguen expresamente opciones a los Estados miembros, situación no habitual pero tampoco infrecuente¹¹, el BCE habrá de aplicar la legislación nacional que incorpore tales opciones a los ordenamientos territoriales¹².

que formen parte de un conglomerado financiero (DO L 326 de 8 de diciembre de 2011, p. 113/141).

⁹ Para el caso español, la Directiva 2013/36/UE se transpondría en un primer momento en sus elementos más urgentes mediante el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras (BOE nº 287, de 30 de noviembre de 2013, p. 95352). Dicho Real Decreto-ley sería sustituido, para incorporar plenamente las disposiciones de la Directiva, por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE nº 156, de 27 de junio de 2014, p. 49412). Esta última norma se vería complementada por el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE nº 39, de 14 de febrero de 2015, p. 12319).

También es necesaria a estos efectos la referencia a la Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) nº 575/2013 (BOE nº 34, de 9 de febrero de 2016, p. 9942), así como a la Circular 2/2014, de 31 de enero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre el ejercicio de diversas opciones regulatorias contenidas en el Reglamento (UE) nº 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 (BOE nº 31, de 5 de febrero de 2014, p. 8929).

¹⁰ En España, las novedades de la Directiva 2011/89/UE se han transpuesto en lo fundamental mediante las modificaciones que la Ley 10/2014 y el Real Decreto 84/2015, han introducido respectivamente en la Ley 5/2005 de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero (BOE nº 97, de 23 de abril de 2005, p. 13901), y en el Real Decreto 1332/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero (BOE nº 280, de 23 de noviembre de 2005, p. 38317). Aspectos adicionales se regulan en la Circular 2/2014, de 31 de enero, del Banco de España.

¹¹ Sobre la posibilidad de localizar tales previsiones, pese a su no habitualidad, se pronuncia GARCÍA URETA, A., "Consideraciones sobre la posición del Banco Central Europeo y las Autoridades Estatales en el Mecanismo Único de Supervisión Prudencial Bancaria" en BAÑO LEÓN, J.M., (coord.), *Memorial para la reforma del Estado Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, Tomo III, pp. 2405-2426, p. 2417.

¹² Las normas que recogen la adaptación del Reglamento (UE) nº 575/2013 a nuestro ordenamiento nacional son la Ley 10/2014, de 26 de junio, el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, la Circular 2/2014, de 31 de enero, y la Circular 2/2016, de 2 de febrero, ambas circulares del Banco de España.

Un punto que ha de ser objeto de aclaración es el referido a la aplicación por el BCE de la normativa interna de los Estados miembros que participan en el MUS mediante el establecimiento voluntario de una cooperación estrecha. En estos casos, los Estados miembros ajenos a la eurozona pasan a considerarse Estados miembros participantes, con las solas excepciones que expresamente se prevean¹³.

Esta equiparación, sin incluirse excepción explícita para el supuesto de aplicación de normas nacionales, haría que el BCE también hubiera de tener en cuenta las disposiciones locales de estos particulares Estados miembros cuando actuara sobre entidades establecidas en los mismos¹⁴. Ni el artículo 4.3 ni el considerando 34, ambos del Reglamento (UE) nº 1024/2013 y referidos a la aplicación de legislación nacional por el BCE, recogen que tal ejecución del ordenamiento estatal se circunscriba a los Estados miembros cuya moneda es el euro. De hecho, la remisión normativa a la legislación de los Estados miembros se realiza en términos generales¹⁵. Asimismo, no debería plantearse especial problema para aceptar lo anterior si además tenemos en cuenta que las normas comunitarias de supervisión, que son la base para el derecho nacional que se desarrolle, tienen por ámbito territorial toda la Unión y no solo la eurozona.

A modo de ejemplo, otro ámbito relacionado donde puede observarse la aplicación por parte del BCE de normativa nacional es el relativo a la ejecución de los instrumentos macroprudenciales de los que tal institución dispone. Así, cuando los instrumentos macroprudenciales se contengan en directivas, el BCE habrá de aplicarlos respetando la incorporación de esas directivas al derecho nacional interno¹⁶. Por el contrario, en un mecanismo afín, como pudiera ser el Mecanismo Único de Resolución (MUR), no hay

¹³ De acuerdo con el artículo 7.1 del Reglamento (UE) nº 1024/2013.

¹⁴ En este sentido se pronuncia WITTE, A., "The Application of National Banking Supervision Law by the ECB: Three Parallel Modes of Executing EU Law", *Maastricht journal of European and comparative law*, nº 21, 2014, pp. 89-109, p.95.

¹⁵ El artículo 7.1 del Reglamento (UE) nº 1024/2013, regulador del régimen de los Estados miembros que se adhieran voluntariamente al MUS, remite a las funciones a desarrollar por el BCE en los artículos 4.1 y 4.2 del mismo texto, preceptos a los que se refiere el artículo 4.3 al establecer la aplicación del derecho nacional por parte del BCE. Dicho artículo 4.3 no se limita en ningún momento a la aplicación de la legislación de los Estados miembros pertenecientes a la zona euro, más bien se pronuncia al contrario al establecer que: "(...) otorguen expresamente opciones a los *Estados miembros (...)*" (cursiva propia).

¹⁶ Según se dispone en el artículo 102 del Reglamento (UE) nº 468/2014 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas (DO L 141 de 14 de mayo de 2014, p. 1/50).

paralela previsión de sumisión al derecho nacional dictado en desarrollo de normas comunitarias¹⁷.

III. EL BANCO CENTRAL EUROPEO COMO AUTORIDAD COMPETENTE: EL EJERCICIO DE OPCIONES

Como se ha afirmado, el BCE habrá de aplicar la normativa nacional derivada de la transposición de directivas y de la elección de opciones que expresamente se contengan en reglamentos¹⁸. En ambos casos, las disposiciones, cualquiera que sea su rango¹⁹, son emitidas por los cuerpos con poder normativo de los distintos Estados miembros, ya sean Estados unitarios o de estructura federal²⁰.

¹⁷ El Reglamento (UE) n° 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 y se modifica el Reglamento (UE) n° 1093/2010 (DO L 225 de 30 julio de 2014, p. 1/90) no recoge previsiones idénticas, pese a existir también posibilidad de transposición en la materia a través de la integración de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (DO L 173 de 12 de junio de 2014 p. 190/348). Si se incluye, por el contrario, la consideración de la Junta Única de Resolución como autoridad nacional competente a determinados efectos, de acuerdo con el artículo 5.1 del Reglamento (UE) n° 806/2014.

¹⁸ La referencia expresa a las opciones contenidas en reglamentos parece descartar que el BCE pueda ejecutar opciones cuando las mismas se contienen en directivas. El hecho de que las directivas tengan por destinatarios directos a los Estados miembros, y que el BCE no haya procedido efectivamente a ejercer opciones para autoridades supervisoras contenidas en directivas, refuerzan tal consideración. A continuación, se prestará más atención a este extremo.

¹⁹ Se impone a los Estados una obligación de resultado, siendo irrelevante el rango formal de la normativa de transposición mientras se garantice el efecto útil de las directivas. Tal interpretación se sostiene desde antiguo, siendo un ejemplo la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de abril de 1976, Jean Noël Royer, 48/75, EU:C:1976:57, apartados 73 y 75.

²⁰ La estructura competencial y territorial de un Estado miembro es irrelevante a efectos de cumplir con las obligaciones de Derecho comunitario. En cualquier caso, los eventuales incumplimientos constatados se sustanciarán frente al Estado, único sujeto responsable ante la Unión. Lo anterior de acuerdo con reiterada jurisprudencia: Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 2003, Comisión/Italia, C-143/02, EU:C:2003:178, apartado 11; de 28 de noviembre de 2002, Comisión/España, C-392/01, EU:C:2002:721, apartado 9; de 12 de diciembre de 1996, Alemania/Comisión, C-297/95, EU:C:1996:500, apartado 9 o de 14 de enero de 1988, Comisión/Bélgica, 227/85 a 230/85, EU:C:1988:6, cuyo apartado 9 se transcribe: "Todo Estado miembro es libre para distribuir, como considere oportuno, las competencias internas y de ejecutar una Directiva por medio de disposiciones de las autoridades regionales o locales. Esta distribución de competencias, sin embargo, no puede dispensarle de la obligación de garantizar que las disposiciones de la Directiva sean fielmente reflejadas en el Derecho interno".

En el caso español, para tratar de acomodar la responsabilidad del Estado frente a la Unión y el mantenimiento del marco competencial propio de la organización autonómica, se ha introducido la posibilidad de repercutir las sanciones comunitarias por incumplimiento a las Administraciones públicas que hayan generado efectivamente el incumplimiento. Reforma operada vía Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (BOE n° 103, de 30 de abril de 2012, p. 32653) (artículo 8 y DA 2ª), y desarrollada por Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE n° 161, de 6 de julio

Sin embargo, existe una excepción al manejo de reglas nacionales en la materia por parte del BCE. Así, se prevé expresamente la no sumisión a las normas nacionales en las que se concrete el ejercicio de opciones, contenidas en reglamentos, por parte de las autoridades nacionales²¹.

El Reglamento (UE) nº 575/2013 recoge alternativas entre las que pueden escoger, según los casos, tanto los Estados miembros como las autoridades nacionales de los mismos²². Cuando se prevea que la concreción, dentro del abanico previsto, ha de ser llevada a cabo por parte del Estado miembro, el BCE habrá de respetar lo dispuesto en la norma nacional que lo recoja. Por el contrario, cuando en la opción se prevea que ha de ser la autoridad nacional quien elija, el BCE no quedará vinculado, y ello por al menos dos motivos.

En primer lugar, porque en el Reglamento (UE) nº 1024/2013 se localiza un pronunciamiento específico en ese sentido²³ y, en segundo lugar, porque de la propia mecánica de funcionamiento del MUS así se desprende. Las autoridades nacionales son responsables de la supervisión de entidades consideradas como menos significativas, pudiendo concretar para ellas las opciones regulatorias contenidas en los reglamentos²⁴.

de 2013, p. 50508). La cuestión ha sido analizada por ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., "Comunidades autónomas y repercusión económica ad intra de las sanciones pecuniarias en el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista catalana de dret públic*, nº. 47, 2013, pp.40-60.

²¹ Para aproximarse a las distintas opciones existentes, se recomienda la consulta del Anexo del Reglamento de Ejecución (UE) nº 650/2014 de la Comisión, de 4 de junio de 2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta al formato, la estructura, el índice de contenidos y la fecha de publicación anual de la información que deben revelar las autoridades competentes, de conformidad con la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 185 de 25 de junio de 2014, p. 1/50). Dicho Anexo contiene la información acerca del modo de ejercitar las opciones previstas en la normativa, básicamente la Directiva 2013/36/UE y Reglamento (UE) nº 575/2013, por parte de las autoridades competentes, según dispone el artículo 143.1.b) de la Directiva 2013/36/UE.

²² A modo de aclaración, debe tenerse en cuenta que la distinción entre Estados miembros y autoridades nacionales competentes pretende diferenciar a los Estados en su función legislativa, o en ocasiones reglamentaria, de las autoridades a las que, dentro de tales Estados, se atribuyen funciones supervisoras ejecutivas, que suelen incluir también potestades reglamentarias. En este sentido, el artículo 4, apartado 1, punto 40, del Reglamento (UE) nº 575/2013 considera como autoridad competente a: "una autoridad pública o un organismo oficialmente reconocido en el Derecho nacional, con facultades con arreglo al Derecho nacional para supervisar entidades como parte del sistema de supervisión vigente en el Estado miembro de que se trate".

²³ A efectos hermenéuticos es de especial relevancia la previsión contenida en el considerando nº 34 del Reglamento (UE) nº 1024/2013: "Se entenderá que dichas opciones (las contenidas en reglamentos y que, una vez escogidas, han de aplicarse por el BCE) excluyen las opciones que únicamente son accesibles para las autoridades competentes o designadas". Además, el artículo 4.3 del mismo texto se refiere únicamente a opciones otorgadas a Estados miembros, y no a autoridades: "Cuando la legislación aplicable de la Unión esté compuesta por Reglamentos y en los ámbitos en que en la actualidad dichos Reglamentos otorguen expresamente opciones a los *Estados miembros* (...)" (cursiva propia).

²⁴ En el caso español, para el ejercicio de las opciones regulatorias contenidas en el Reglamento (UE) nº 575/2013, el apartado tercero de la Disposición Final decimotercera de la Ley 10/2014

De forma paralela, el BCE es competente para supervisar a las entidades calificadas como significativas, siendo cabal que sea el encargado de fijar las opciones para tales entidades.

Así pues, existe una bipartición competencial que implica que este tipo de opciones contenidas en reglamentos comunitarios se fijarán, bien por el BCE o bien por parte de las autoridades nacionales, según se califique a una entidad como significativa o como menos significativa. El BCE no deberá, por lo tanto, aplicar las elecciones realizadas por las autoridades supervisoras de los Estados miembros. Derivando lo anterior de que, cuando el mismo actúa, bien con carácter general o bien por avocación, lo hará respecto de entidades no sometidas al alcance de potestades nacionales.

Que el BCE pueda realizar por sí mismo la elección dentro del abanico de opciones planteadas por el legislador comunitario, en el ámbito de sus competencias sobre las entidades calificadas como significativas, deriva de su consideración como autoridad competente a tal efecto²⁵. El derecho de la Unión, en el área de supervisión microprudencial, recoge la atribución de ciertas facultades a las autoridades nacionales competentes. En caso de que estas facultades se encuentren dentro de las funciones de supervisión del BCE, dicha institución habrá de ser considerada autoridad competente a los efectos de ejercitar las potestades que se prevean²⁶.

Que esta interpretación es la correcta se confirma por la elaboración por parte del BCE de una norma específica en la que se contienen las discutidas opciones, me refiero

establece que: “Sin perjuicio de lo previsto en esta Ley, el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrán hacer uso, de conformidad con sus respectivos ámbitos de competencia, de las opciones que se atribuyen a las autoridades competentes nacionales en el Reglamento (UE) n.º 575/2013 (...). Previamente, esta habilitación se contenía en la Disposición Final quinta del Real Decreto-ley 14/2013.

Haciendo uso de tal habilitación, el Banco de España ha procedido a ejercitar opciones mediante la publicación de la Circular 2/2014 y, posteriormente, de la Circular 2/2016. Es expresivo el preámbulo de esta última, al establecer que: “La presente circular tiene como objetivo fundamental completar, en lo relativo a las entidades de crédito, la transposición de la Directiva 2013/36/UE al ordenamiento jurídico español. Además, se recoge una de las opciones que el Reglamento (UE) n.º 575/2013 atribuye a las autoridades nacionales competentes, adicional a las que el Banco de España ya ejerció en la Circular 2/2014”.

²⁵ Puede localizarse una variedad de argumentos en sentido contrario, en el interesante estudio de LAMANDINI, M., “Limitations on supervisory powers based upon fundamental rights and SSM distribution of enforcement competences”, en *ECB Legal Conference 2015: From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union New opportunities for European integration*, European Central Bank, Fráncfort del Meno, 2015, pp. 121-137, pp. 122-128.

²⁶ Así se establece en el artículo 9.1 del Reglamento (UE) n.º 1024/2013, que se reproduce a continuación: “A los efectos exclusivos del ejercicio de las funciones que le atribuyen el artículo 4, apartados 1 y 2, y el artículo 5, apartado 2, el BCE será considerado, según proceda, la autoridad competente o la autoridad designada en los Estados miembros participantes con arreglo a lo establecido por el Derecho aplicable de la Unión. Asumirá asimismo todas las competencias y obligaciones que el Derecho aplicable de la Unión confiera a las autoridades competentes y designadas, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa. En particular, el BCE asumirá las competencias enumeradas en las secciones 1 y 2 del presente capítulo”.

al Reglamento (UE) nº 2016/445 del Banco Central Europeo, de 14 de marzo de 2016, sobre el ejercicio de las opciones y facultades que ofrece el derecho de la Unión (DO L 78 de 24 marzo de 2016, p. 60/73). Mediante la aprobación de esta norma el BCE cumple con la obligación de hacer pública²⁷ la elección realizada de entre las opciones y facultades de las que dispone como autoridad competente²⁸, para supervisar a las entidades de crédito que se clasifiquen como significativas²⁹.

Las opciones reguladas por esta disposición, que siempre se refieren a alternativas cuyo destinatario es la autoridad nacional y no el Estado miembro³⁰, son muy diversas. Derivando las mismas tanto del Reglamento (UE) nº 575/2013³¹, como del Reglamento delegado (UE) nº 2015/61 de la Comisión, de 10 de octubre de 2014, por el que se completa el Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe al requisito de cobertura de liquidez aplicable a las entidades de crédito (DO L 11 de 17 de enero de 2015, p. 1/36)³².

No obstante lo anterior ha de realizarse una matización, pues el BCE no se verá sometido a las opciones escogidas por las autoridades nacionales, y podrá él mismo ejercer el derecho de elección, solamente en el ámbito de los reglamentos comunitarios. Por contra, cuando las alternativas se contengan en directivas, parece que el BCE pierde tal potestad y ha de plegarse a lo decidido en el plano local.

Se alcanzaría tal conclusión en atención al carácter de las directivas, cuyos destinatarios son los distintos Estados miembros, a los que se brinda una libertad de

²⁷ La referida obligación se contiene en el artículo 43.1.b) de la Directiva 2013/36/UE.

²⁸ Sobre el particular, como concreción de lo dispuesto en artículo 9.1 del Reglamento (UE) nº 1024/2013, puede ser ilustrativa la lectura del considerando nº 3 del Reglamento (UE) nº 2016/445: "Por consiguiente (el BCE), asume las competencias y obligaciones otorgadas a las autoridades competentes conforme al derecho aplicable de la Unión y, en particular, está facultado para ejercer las opciones y facultades que ofrece el derecho de la Unión".

²⁹ El artículo 1 del Reglamento (UE) nº 2016/445, referido al objeto, establece que las opciones contenidas en el mismo solo se aplicarán a las entidades clasificadas como significativas. Por el contrario, cabría sostener un alcance de las opciones del BCE a toda entidad supervisada, evitándose así una preocupante dispersión normativa, de acuerdo con LAMANDINI, M., *op. cit.*, nota 23, pp. 126-127.

³⁰ En este sentido, como elemento interpretativo, es relevante lo recogido en el considerando nº 8 del Reglamento (UE) nº 2016/445: "Entre dichas opciones y facultades no se incluyen aquellas que solo se ofrecen a las autoridades competentes y que el BCE es exclusivamente competente para ejercer y debe ejercer según proceda".

³¹ Por lo que respecta al Reglamento (UE) nº 575/2013, se atiende a las opciones contenidas en el artículo 89, apartado 3, el artículo 178, apartado 1, el artículo 282, apartado 6, el artículo 327, apartado 2, el artículo 380, el artículo 395, apartado 1, el artículo 400, apartado 2, el artículo 415, apartado 3, el artículo 420, apartado 2, el artículo 467, apartado 3, el artículo 468, apartado 3, el artículo 471, apartado 1, el artículo 473, apartado 1, el artículo 478, apartado 3, el artículo 479, apartados 1 y 4, el artículo 480, apartado 3, el artículo 481, apartados 1 y 5, el artículo 486, apartado 6, así como en el artículo 495, apartado 1.

³² En cuanto al Reglamento delegado (UE) nº 2015/61, las alternativas se disponen en el artículo 12, apartado 3, el artículo 23, apartado 2 3, y los apartados 4 y 5 del artículo 24 3.

configuración de la realidad jurídica. No parece, por lo tanto, que el BCE deba sustituir directamente a los emisores de normas nacionales cuando se recurre a esta herramienta de derecho derivado, pues el Banco Central Europeo no puede entenderse como sujeto receptor encargado de transponer una directiva. En este sentido apunta el tenor literal de las disposiciones reguladoras del mecanismo analizado, que permiten excluir las opciones y facultades accesibles para las autoridades nacionales competentes, pero solo refiriéndose expresamente a opciones y facultades cuando se contienen en reglamentos³³. En cualquier caso, cuando el BCE ha optado efectivamente entre alternativas, solo lo ha hecho entre las recogidas en reglamentos³⁴.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE APLICACIÓN Y ALCANCE

La aplicación por parte del BCE de la normativa nacional plantea algunas cuestiones de índole práctica que es conveniente explicitar, y para las que tratará de buscarse respuesta y solución³⁵.

En primer lugar, cuando nos referimos a la transposición de directivas a ordenamientos nacionales y a la aplicación por parte del BCE de las disposiciones implementadas, surgiría la cuestión de qué alcance ha de darse al concepto de

³³ Así el artículo 4.3 del Reglamento (UE) nº 1024/2013 y, para su exégesis, el considerando nº 34 de la misma norma, que establece que "Se entenderá que dichas *opciones* excluyen las *opciones* que únicamente son accesibles para las autoridades competentes o designadas", y ello "Cuando la legislación aplicable de la Unión esté compuesta por reglamentos y en los ámbitos en que dichos reglamentos, en la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento, otorguen expresamente *opciones* (...)" (cursivas propias). El ámbito donde cabe la exclusión de la obligación de seguir la normativa nacional se refiere únicamente a los supuestos de opciones dadas a las autoridades competentes, y solamente se mencionan tales opciones al hacerse referencia a los reglamentos. Cuando en el mismo considerando se mencionan las directivas, no hay plasmación explícita de tal opcionalidad: "Cuando las normas sustantivas relativas a la supervisión prudencial de las entidades de crédito estén establecidas en Directivas, el BCE deberá aplicar la legislación nacional que incorpore dichas Directivas".

Con la misma realidad nos encontramos en los considerandos 7 y 8 del Reglamento (UE) nº 2016/445, pero en este caso haciendo referencia a "opciones y facultades", apareciendo tales opciones y facultades vinculadas exclusivamente a reglamentos.

³⁴ Así, el Reglamento (UE) nº 2016/445, que plasma las alternativas escogidas por el BCE, no recoge ningún vestigio de opciones contenidas en las directivas reguladoras de la materia, y se limita a las previstas en reglamentos. Concretamente, y como se ha afirmado, en el Reglamento (UE) nº 575/2013 y en el Reglamento delegado (UE) nº 2015/61.

³⁵ Algunos problemas puntuales de aplicación han sido, mínimamente, puestos de manifiesto por FERNANDEZ-BOLLO, É., "Coexistence of national and European regulations with regard to the *ne bis in idem* principle", en *ECB Legal Conference 2015: From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union New opportunities for European integration*, European Central Bank, Fráncfort del Meno, 2015, pp. 143-146, p. 143-144.

normativa de transposición³⁶. Una interpretación restrictiva, llevaría a cubrir solamente las disposiciones nacionales que incluyeran las directivas de forma prácticamente literal.

Sin embargo, atendiendo a los fines de lograr una aplicación lo más uniforme posible de la supervisión microprudencial en los países que forman parte del MUS, debería acogerse una postura que incluyera toda previsión nacional que pretenda dar cumplimiento a la obligación de transposición de las directivas y que incorpore en alguna medida sus previsiones. Al no introducir el Reglamento (UE) nº 1024/2013 condicionantes adicionales³⁷, no debería limitarse tampoco el concepto de normativa nacional de incorporación.

También podrían suscitarse dudas acerca de si el BCE, cuando aplique derecho nacional, es competente para actuar por sí mismo, dirigiendo actos a las entidades supervisadas. O si el mismo debe, por contra, remitir instrucciones a las autoridades nacionales para que sean estas las que se relacionen con las supervisadas³⁸. En este sentido, el directo manejo de la normativa por parte del BCE y su potestad de dirigir actos de aplicación de la misma a las supervisadas no deberían coartarse, al no recoger el Reglamento (UE) nº 1024/2013 previsión en sentido contrario. Bastará para aceptar lo anterior con que se cumplan al menos tres requisitos: que el sujeto destinatario sea una entidad directamente supervisada por el BCE (significativa o menos significativa en un procedimiento común), que las competencias ejercidas sean de las materialmente conferidas al BCE y que la normativa nacional a implementar esté estrechamente relacionada con las directivas y reglamentos comunitarios en el ámbito.

Teniendo en cuenta el reparto competencial entre autoridades nacionales y BCE y la estructura de los procedimientos de toma de decisiones en el seno del MUS, la aplicación de derecho nacional por la institución comunitaria se realizará sobre dos tipos de entidades supervisadas. Así, se extenderá el mecanismo en todo caso a la actuación sobre entidades significativas. Si bien, también se amplía el mismo al ámbito de los procedimientos comunes, donde el BCE actúa con independencia de la condición de significativa o menos significativa de la entidad. La inclusión de las entidades

³⁶ Problema esbozado por Sabine LAUTENSCHLÄGER, miembro del Comité ejecutivo del BCE y vicepresidenta del Consejo de Supervisión, en su discurso: Single Supervisory Mechanism - Single Supervisory Law?, en la conferencia del European Banking Institute (EBI), celebrada en Fráncfort del Meno el 27 de enero de 2016: "The question is therefore: what does "transposition" mean? Does it just cover national provisions that strictly implement CRD IV word for word? Or does it cover any national provisions that are rooted in CRD IV?", disponible en https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2016/html/sp160127_2.en.html (consultado por última vez el 09/10/2017).

³⁷ El artículo 4.3 del Reglamento (UE) nº 1024/2013 proporciona un concepto genérico de normativa nacional a aplicar en caso de incorporación de directivas, sin incluir restricciones adicionales "(...) en los casos en que dicha legislación esté integrada por Directivas, la legislación nacional que las incorpore al ordenamiento jurídico nacional".

³⁸ A este aspecto también se refiere LAUTENSCHLÄGER, S, *loc. cit.*, nota 34.

consideradas menos significativas supone la extensión de los problemas de aplicación que se observen, en mayor o menor medida, a todos los sujetos supervisados.

La dotación de poderes ejecutivos directos en favor de las instituciones comunitarias no es novedosa. Sin embargo, la especialidad contenida en el ámbito del MUS, de ser necesaria la observancia de normas nacionales, requiere de matización en los supuestos de surgimiento de conflictos y lagunas en el sistema de fuentes a observar. Así, ha de tenerse en cuenta que nos encontramos ante un particular y complejo mecanismo, en el que pueden localizarse al menos dos migraciones normativas en direcciones opuestas³⁹. En primer lugar, desde el ordenamiento comunitario (directivas y reglamentos) al nacional mediante transposición o elección de opciones y, posteriormente, del nacional al comunitario para que el BCE valore las disposiciones implementadas al llevar a cabo sus funciones.

4.1. Algunos problemas jurídicos de aplicación y alcance: las directivas comunitarias

4.1.1. El efecto directo de las directivas comunitarias, precisiones iniciales

Por lo que respecta a la existencia de directivas en la materia, es de sobra conocida la institución del efecto directo de las mismas.

Esta figura de creación jurisprudencial y profusamente estudiada por la doctrina⁴⁰, ha sido objeto, caso por caso, de relevantes aportaciones y matizaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que han configurado lo que podría calificarse como

³⁹ WITTE, A., *op. cit.*, nota 13, pp. 107-108, realiza una interesante aproximación a las teorías sobre la relación entre el ordenamiento internacional y el interno, para tratar de dotar de un marco teórico a la aplicación del derecho nacional por el BCE. Afirma que, de acuerdo con las tesis dualistas imperantes en la concepción del derecho internacional actual, las disposiciones de derecho internacional son directamente eficaces a nivel internacional, pero que, para exigirse una aplicación a nivel local, se requiere de su implementación a través de normas nacionales. En el caso concreto del BCE, en cuanto a cómo esta implementación tiene lugar, cabría entender que se produce una transformación del Derecho comunitario en nacional mediante la aprobación de normas locales. Como alternativa, también sería posible suponer que se produce una mera adopción sin alterarse la naturaleza última de la norma implementada, que sería aplicable por el BCE.

Asimismo, sobre el fenómeno de la doble migración, WITTE, A., *op. cit.*, nota 13, p. 108.

⁴⁰ Pese a que el efecto directo es predicable de otras normas de la Unión, destacan los estudios sobre el efecto directo de las directivas comunitarias. En este sentido atender a las obras de ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994, pp. 267-275; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., "El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea", *Revista de Administración Pública*, nº. 109, 1986, pp. 119-140; o, analizando el concreto supuesto de la contratación pública, GIMENO FELIÚ, J.M., "El efecto directo de las nuevas directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las directivas en España", *Revista Galega de Administración Pública*, nº.52, 2016, pp. 265-317.

una teoría del efecto directo⁴¹. Desde un punto de vista general, el efecto directo en materia de derecho comunitario sería la cualidad de las normas que permite la generación de derechos subjetivos en la esfera jurídica de los particulares de forma autónoma y directa, siendo tales derechos invocables ante los tribunales nacionales⁴². Por lo que respecta a las directivas en particular, para estimar que existe este efecto directo, que permite que las mismas sean directamente aplicables, se requiere que sus disposiciones sean claras, precisas e incondicionadas, y que haya finado el plazo de transposición⁴³.

Esta lectura general ha de matizarse puesto que, en el ámbito del MUS, no nos encontramos frente al tradicional supuesto de efecto directo por no transposición o por una transposición defectuosa⁴⁴. Por ello, habrán de analizar las especialidades surgidas.

En primer lugar, conviene prestar atención a un supuesto cuya interpretación no debiera suscitar demasiada controversia. Me refiero a las situaciones de inexistencia de transposición en plazo de las directivas, cuando su texto no cumple los requisitos para desplegar efectos directos, por no ser claro, preciso e incondicionado⁴⁵. Es bastante habitual que las directivas regulen opciones a adoptar por los Estados miembros o remitan totalmente a la transposición para aspectos sustanciales. En los enumerados casos la transposición resulta fundamental para que la norma comunitaria despliegue sus particulares efectos. En estas situaciones, y ante la falta de normativa nacional, no existirá efecto directo y el texto de la directiva no resultará de aplicación. Así, ni el BCE ni los particulares podrán recurrir directamente a la disposición de derecho derivado.

⁴¹ Se critica la falta de sistematización en los pronunciamientos jurisprudenciales, que adolecen de un casuismo, falta de claridad y, en ocasiones, de calidad, que impide alcanzar las deseadas generalidad y seguridad. En este sentido, BENGOTXEA CABALLERO, J.R., "Los efectos diversos del Derecho comunitario: el caso de las directivas", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº. 31, 2008, pp. 55-72, p. 59.

⁴² Definición, para el efecto directo del Derecho comunitario en general, extraída de ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., "Desarrollos recientes de la eficacia directa de las normas comunitaria", en SÁIZ ARNAIZ, A. y ZELAIA GARAGARZA, M. (eds.), *Integración Europea y Poder Judicial*, Instituto Vasco de Administraciones Públicas, Oñati, 2006, pp. 131-156, p. 134.

⁴³ La doctrina del efecto directo encuentra desarrollo en la jurisprudencia comunitaria, con inicio en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos/Nederlandse administratie der belastingen, 26/62, EU:C:1963:1. A partir de la misma, sin ánimo de exhaustividad, pueden referirse: las Sentencias del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 1974, Yvonne van Duyn/Home Office 41/74, EU:C:1974:133, apartados 12 y 13; de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo SpA/Municipio de Milán, C-103/88, EU:C:1989:256, apartados 29 y 30; de 17 de septiembre de 1996, Cooperativa Agricola Zootechnica S. Antonio y otros/Amministrazione delle finanze dello Stato, C-246/94 a C-249/94, EU:C:1996:329, apartado 17, o la sentencia de 1 de junio de 1999, Antoine Kortas, C-319/97, EU:C:1999:272, apartados 21 y 22.

⁴⁴ WITTE, A., *op. cit.*, nota 13, p. 106.

⁴⁵ GIMENO FELIÚ, J.M., *op. cit.*, nota 38, p. 293, señala la distinción entre aplicabilidad directa con integración en el ordenamiento nacional, que se produce desde la entrada en vigor de la norma comunitaria, y el efecto directo, que tiene lugar desde la transposición formal o desde el vencimiento del plazo de incorporación si las previsiones son claras, precisas e incondicionadas.

El remedio tradicional para poner fin a estas situaciones de ausencia de transposición pasa por el recurso a los procedimientos de incumplimiento⁴⁶. Dichos procedimientos podrán desembocar en sanciones para el Estado miembro en cuestión, por no haber cumplido el mismo con sus obligaciones. También cabría invocar la figura de la interpretación conforme a la directiva de las normas nacionales previamente existentes⁴⁷, en los casos en que dichas reglas internas concedan un margen de apreciación. De entre todas las soluciones posibles que puedan surgir para resolver una controversia jurídica habría de adoptarse la interpretación más favorable a la norma comunitaria, y ello aun cuando las directivas no posean las características para ser directamente aplicadas⁴⁸. Pese a que esta doctrina de la interpretación conforme tenga por destinatarios tradicionales a los poderes públicos y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, puede defenderse su extensión al BCE. Y ello en tanto en cuanto esta entidad opera como exégeta y aplicador del derecho nacional en el supuesto concreto⁴⁹, en sustitución de la autoridad nacional competente.

Por lo que respecta a los supuestos en los que tampoco existe transposición en plazo, pero sí encontramos disposiciones claras, precisas e incondicionadas en las directivas, afirmar que debería existir efecto directo de las mismas. Si bien, ha de recordarse que el aludido efecto directo de las directivas solamente se refiere a las relaciones de tipo vertical, Estado-particular, y no a las horizontales, entre particulares. A su vez, dichos efectos tampoco alcanzan a toda relación vertical, pues ha de distinguirse entre efectos verticales ascendentes y descendentes. Solamente los primeros están amparados por el efecto directo. Así, cuando un particular tenga un derecho o interés reconocido en un precepto claro, preciso e incondicionado que impone una paralela

⁴⁶ Los procedimientos de incumplimiento se recogen en los artículos 258 y 259 del TFUE, según sea la iniciativa de la Comisión o de los Estados miembros, culminando los mismos, ante la persistencia en el incumplimiento, con la intervención del TJUE.

⁴⁷ La herramienta de la interpretación conforme ha sido desarrollada por la jurisprudencia comunitaria, entre otras, en Sentencias del Tribunal de Justicia, de 20 de mayo de 1976, *Impresa Costruzioni comm. Quirino Mazzalai/Ferrovia del Renon*, C-111/75, EU:C:1976:68, apartados 10 y 11; de 10 de abril de 1984, *Dorit Harz v Deutsche Tradax GmbH*, C-79/83, EU:C:1984:155, apartados 26 a 28; de 5 de octubre de 1994, *Simon J. M. van Munster/Rijksdienst voor Pensioenen*, C-165/91, EU:C:1994:359, apartado 34, o de 26 de septiembre de 2000, *Rijksdienst voor Pensioenen/Robert Engelbrecht*, C-262/97, EU:C:2000:492, apartado 39.

Puede obtener una sistematización de tal doctrina en la obra de ALONSO GARCÍA, R., "La interpretación del derecho de los Estados conforme al Derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº. 28, 2008, pp. 385-410.

⁴⁸ Defiende la especial relevancia del principio de interpretación conforme en los supuestos de directivas que no cumplen las características para surtir efectos directos, TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., "El efecto directo de las directivas comunitarias: El papel de la Administración y de los Jueces en su aplicación", *Revista de Administración Pública*, nº. 125, 1991, pp. 227-280, p. 262.

⁴⁹ Sobre la consideración del BCE como intérprete y aplicador del derecho nacional se incidirá a continuación.

obligación al Estado, podrá oponerlo frente al mismo, que habrá de plegarse a la pretensión del particular.

Por el contrario, se proscribía el efecto directo vertical descendente, mediante el que el Estado pretendería la imposición al particular de una obligación prevista en una directiva. Así, el particular es inmune frente a la directiva no implementada, de la que no es destinatario, y la cual no puede suponer el nacimiento de obligaciones a integrar en su patrimonio jurídico⁵⁰. La norma comunitaria resulta exigible y oponible por parte de los particulares contra el Estado incumplidor, y no al revés. En otras palabras, la directiva no puede generar obligaciones para los particulares si el Estado no ha sido diligente, no pudiendo ampararse el mismo en su propio incumplimiento para aplicar la directiva⁵¹.

4.1.2. El Banco Central Europeo como destinatario del efecto directo de las directivas comunitarias

Llegados a este punto han de realizarse una serie de puntualizaciones, derivadas de que el BCE sea en este caso la autoridad encargada de aplicar la regulación analizada. La normativa de supervisión prudencial contendrá mayoritariamente obligaciones y medidas restrictivas de derechos de los particulares⁵², pero también puede recoger derechos para los mismos⁵³. Existiendo disposiciones en uno y otro sentido, se plantea si la consolidada doctrina del efecto directo es extrapolable a las relaciones entre el BCE y los particulares.

⁵⁰ Sobre la inmunidad de los particulares frente a las directivas no transpuestas se pronuncia BENGOTXEA CABALLERO, J.R., *op. cit.*, nota 39, p. 67. Lo anterior se confirma atendiendo a la reiterada jurisprudencia en la materia, a modo de ejemplo se citan las Sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, 80/86, EU:C:1987:431, apartado 9; de 14 de julio de 1994, *Paola Faccini Dori/Recreb Srl.*, C-91/92, EU:C:1994:292, apartado 20, y de 24 de enero de 2012, *Maribel Domínguez/Centre informatique du Centre Ouest Atlantique*, C-282/10, EU:C:2012:33, apartado 37.

Por todas se reproduce el apartado 22 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2013, *Portgás-Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA/Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território*, C-425/12, EU:C:2013:829: "Una directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada como tal contra dicha persona ante un tribunal nacional".

⁵¹ Referencia la prohibición del efecto directo vertical descendente, para no permitir al Estado incumplidor beneficiarse de su propio incumplimiento, en la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 5 de abril de 1979, *Tullio Ratti*, 148/78, EU:C:1979:110, apartados 22 y 23, o en la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de julio de 1990, *Luciano Arcaro*, C-168/95, EU:C:1996:363, apartado 36. En este sentido se reproduce parcialmente el apartado 23 de la citada Sentencia del Tribunal de Justicia *Portgás*, C-425/12: "(...) hay que evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión".

⁵² Requisitos de solvencia, fondos propios, liquidez, obligaciones de suministro de información, deberes registrales...

⁵³ Requisitos para el acceso a la actividad tasados, procedimiento de defensa, garantías frente a poderes públicos...

Las directivas no tiene por destinatarias a las instituciones comunitarias sino a los Estados miembros⁵⁴. De hecho, cuando el Reglamento (UE) nº 1024/2013 aborda la existencia de directivas en la materia, se refiere a la normativa nacional de transposición⁵⁵, estableciendo que será esta la que haya de aplicarse y no recogiendo por el contrario la observancia directa de la propia directiva. Si se partiera solamente de estas premisas parece que debería descartarse la aplicación de directivas por el BCE, aun mediante efecto directo. La negativa se basaría en no ser el BCE el sujeto al que las directivas van destinadas, y en tener el mismo el deber expreso de observar las normas nacionales en las que se concreten dichas directivas. Sin embargo, esta aproximación inicial ha de ser objeto de corrección y matización en aras de lograr mayores niveles de coherencia, en atención a argumentos y exigencias adicionales.

La doctrina del efecto directo de las directivas se ha construido para responder a las situaciones de falta de transposición por parte de los Estados miembros, partiéndose además de que los aplicadores de tales normas iban a ser poderes públicos nacionales. Por ello, la jurisprudencia siempre ha señalado que el efecto directo de las directivas permite la oponibilidad de preceptos claros, precisos e incondicionados frente a los respectivos Estados.

Se cuestiona, con la novedad que supone la aplicación de la normativa local por parte del BCE, si la noción tradicional de Estado habría de alterarse, para incluir a dicha institución comunitaria en su seno. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el concepto de Estado es comunitario y no depende de las distintas calificaciones y definiciones que empleen los Estados miembros. A estos efectos, a la referida noción comunitaria se le han otorgado perfiles y límites amplios, a través de una interpretación finalista que tiende a lograr la mayor eficacia posible de las directivas⁵⁶. Dicha concepción amplia ha permitido incluir progresivamente bajo su paraguas a los poderes del Estado, a las Administraciones territoriales, a las Administraciones independientes, a la Administración institucional o, bajo ciertos requisitos, al sector público empresarial⁵⁷.

⁵⁴ De acuerdo con el artículo 288 del TFUE.

⁵⁵ Según se dispone en el artículo 4.3 del Reglamento (UE) nº 1024/2013.

⁵⁶ Propugna esta interpretación finalista MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., "La noción de Estado en relación al efecto directo vertical de las Directivas. Aplicación al caso español", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 6, 1999, pp. 465-496, p. 473.

⁵⁷ Algunas sentencias relativas a la calificación de determinados sujetos o entidades como Estado son: las Sentencias del Tribunal de Justicia, de 12 de diciembre de 2013, *Portgás-Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA/Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território*, C-425/12, EU:C:2013:829, apartados 23 y 24; de 19 de abril de 2007, *Elaine Farrell y Alan Whitty/ Minister for the Environment*, C-356/05, EU:C:2007:229, apartado 40; de 5 de febrero de 2004, *Rieser Internationale Transporte GmbH/Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG*, C-157/02, EU:C:2004:76, apartado 24; de 14 de septiembre de 2000, *Renato Collino and Luisella Chiappero/Telecom Italia SpA*, C-343/98, EU:C:2000:441.

Para tratar de extraer algunos indicadores que se han venido empleando para proceder a la calificación de una entidad u organismo como Estado resulta pertinente, por su carácter sintetizador, la reproducción literal del apartado 26 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2006, *Andrea Vassallo/Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, C-180/04 (EU:C:2006:518): "según reiterada jurisprudencia, una directiva puede invocarse no sólo frente a las autoridades del Estado, sino también frente a organismos sino también frente a organismos o entidades que estén sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de poderes exorbitantes en relación con los que se derivan de las normas aplicables en las relaciones entre particulares, tales como las entidades territoriales o aquellos organismos a los que, con independencia de su forma jurídica, se les haya encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última". Así, las notas fundamentales que caracterizan a un sujeto como Estado serían la existencia de control público por parte de otra entidad calificada como Estado o la disposición de poderes exorbitantes⁵⁸, relacionados con el ejercicio de poderes y funciones públicas. Ambos criterios base pueden entenderse como alternativos, siendo cada uno de ellos suficiente para considerar a un sujeto como Estado a los efectos de resultarle de aplicación las reglas sobre efecto directo⁵⁹.

En cuanto a la eventual consideración del BCE como Estado, atendiendo a los criterios delimitadores existentes, resultaría discutible considerar que dicha institución, a estos efectos, se encuentra bajo control del Estado. Y ello no solamente por ser el mismo una institución de nivel comunitario no incardinada en la organización administrativa nacional, sino por su estatus de independencia que pretende alejar al organismo de

apartado 23; de 14 de septiembre de 2000, Renato Collino and Luisella Chiappero/Telecom Italia SpA, C-343/98, EU:C:2000:441, apartado 23, o remontándonos en el tiempo la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de julio de 1990, A. Foster/British Gas, C-188/89, EU:C:1990:313, apartados 17 a 20.

⁵⁸ Acerca de la noción de poder exorbitante, sobre la que tradicionalmente se ha apoyado el Derecho administrativo, destacar la contribución de Maurice HAURIOU y la escuela de Toulouse, que configurarían la "*puissance publique*" como instrumento de actuación de la Administración, partiendo de una situación asimétrica respecto de los administrados. A modo de resumen sobre su obra: HAURIOU, M., *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, París, 1933 o SFEZ, L., *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1966.

⁵⁹ Sobre la interpretación de los criterios de existencia de control por parte del Estado y ejercicio de poderes exorbitante como alternativos, basándose en la conjunción disyuntiva "o" presente en la jurisprudencia comunitaria, se han manifestado tanto MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., *op. cit.*, nota 54, p. 477, como PRECHAL, S., *Directives in European Community Law. A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 83-84.

cualquier tipo de intromisión o control externo⁶⁰. Sí parece concurrir, por el contrario, la segunda condición enunciada, relativa al ejercicio de facultades exorbitantes distintas de las que regirían una relación *inter privados*. En este sentido, no puede negarse que el BCE está dotado de una serie de poderes y potestades susceptibles de interferir directamente en la esfera de derechos los particulares, y que tienen un marcado carácter público. Se encontrarán manifestaciones de estas potestades tanto en sede de supervisión microprudencial, como para la definición y ejecución de la política monetaria⁶¹.

Así, de traspasarse la barrera nominal existente y considerarse identificable una institución comunitaria con el concepto de Estado, el BCE habría de quedar encuadrado en tal noción. Es indiscutible que lo anterior supone forzar la tradicional doctrina comunitaria introduciendo un elemento totalmente ajeno⁶². Sin embargo, no es menos cierto que el BCE, estando obligado a aplicar normativa nacional derivada de directivas, no se aleja demasiado de los requisitos que históricamente se han exigido a los organismos nacionales para considerarlos Estado. El desarrollo del proyecto comunitario, y la asunción de potestades supervisoras por el BCE, plantean que haya de sustituirse una interpretación formal y rigorista del concepto de Estado en materia de efecto directo, por una interpretación puramente funcional.

La equiparación entre el BCE y otras autoridades o Administraciones que ejercen como Estado debería suponer la extensión al mismo del efecto directo de las directivas, debiendo extenderse tal efecto directo con sus habituales elementos caracterizadores.

⁶⁰ Este último argumento, relativo a la evitación de intromisiones, sería también compartido por las autoridades independientes nacionales. Por lo que respecta al nivel nacional, para autoridades independientes, la consideración como Estado no dependerá tanto del control ejercido por el poder público, pues se dota a estos sujetos de un régimen de autonomía, como del efectivo ejercicio de funciones públicas, de acuerdo con MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., *op. cit.*, nota 54, p. 480.

En este sentido, que una entidad sea constitucionalmente independiente no es motivo suficiente para evitar que se considere Estado, desde el punto de vista de la aplicación del efecto directo, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de Mayo de 1986, Marguerite Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, 222/84, EU:C:1986:206, apartado 56: "Una autoridad pública de tal naturaleza, encargada por el Estado del mantenimiento del orden público y de la seguridad pública, no actúa en calidad de particular, cualesquiera que sean, por otra parte, sus relaciones con otras instituciones del Estado".

⁶¹ Baste enunciar algunas de las potestades de las que dispone el BCE para confirmar su consideración como exorbitantes, dados sus efectos limitativos sobre la actuación y derechos de los particulares: requerimientos de información, inspecciones in situ, imposición de sanciones, imposición de requisitos específicos de solvencia, liquidez o estructura...

⁶² Para evitar tales fricciones, como vía alternativa a la equiparación del BCE a un Estado, para sostener su sujeción al efecto directo podría defenderse también una suerte de interpretación contextual. Partiendo del actual estado de desarrollo del Derecho de la Unión Bancaria, en el que el BCE ha de cumplir en parte funciones que antes correspondían a las autoridades supervisoras de los Estados miembros, cabría entender que lo que obligaba y obliga a esas autoridades supervisoras, obligará al BCE en cuanto afecte a su función específica actual de supervisión de determinadas entidades crediticias.

Por una parte, seguiría sin existir un efecto directo horizontal que permitiera su aplicación entre particulares, pero sí sería necesario atender a los dos sentidos del efecto directo vertical. Por lo que respecta al efecto directo vertical ascendente, los sujetos supervisados podrían argüir frente al BCE cualquier precepto claro, preciso e incondicionado que se contenga en la directiva, una vez haya vencido el plazo de transposición de la misma. También sería extrapolable la prohibición del efecto directo vertical descendente, no resultando posible que el BCE aplicara disposiciones de directivas no transpuestas en perjuicio de los particulares.

Podría, no obstante, no entenderse suficientemente justificado el referido encuadramiento del BCE como Estado, mediante el recurso a una interpretación del derecho comunitario que posibilite conseguir su máxima funcionalidad. A modo de refuerzo, existe al menos otro argumento que permitiría extender la doctrina sobre el efecto directo de las directivas a la institución comunitaria, centrándose en este caso en el derecho a la igualdad y no discriminación⁶³.

Partiendo de la bipartición entre entidades significativas y menos significativas, se observa como las entidades menos significativas continúan bajo directa supervisión de las autoridades nacionales de supervisión⁶⁴. Estas autoridades nacionales podrán calificarse sin duda como Estado, de acuerdo con los requisitos previamente señalados. Las mismas vienen a ejercer poderes exorbitantes en cumplimiento de funciones públicas, y en consecuencia les será oponible la consolidada jurisprudencia existente sobre efecto directo. Por el contrario, respecto de las entidades significativas el supervisor competente es el BCE, sustituyendo desde la implantación del MUS a las señaladas autoridades nacionales.

De no considerarse aplicables las reglas sobre efecto directo cuando la supervisión sea llevada a cabo por el BCE, estaríamos creando un régimen dual. Esta dualidad supondría una aplicación total de la doctrina comunitaria por lo que respecta a las entidades menos significativas. Mientras que, por el contrario, se descartaría esta figura, que es garantía para los particulares, para las entidades significativas. La directiva a aplicar sería en ambos casos la misma, y las funciones materialmente desarrolladas

⁶³ La relevancia comunitaria de la igualdad de trato, y su necesario respeto por parte del BCE, se recuerdan en el artículo 1 del Reglamento (UE) nº 1024/2013: "El presente Reglamento atribuye al BCE funciones específicas (...) partiendo de la base de la igualdad de trato para las entidades de crédito (...)".. A modo de refuerzo, el considerando nº 9 del Reglamento (UE) nº 2016/445 del Banco Central Europeo viene a apuntar en el mismo sentido: "Al ejercer las opciones y facultades, el BCE, en calidad de autoridad competente, debe tener en cuenta los principios generales del derecho de la Unión, en particular la igualdad de trato, la proporcionalidad y las expectativas legítimas de las entidades de crédito supervisadas".

⁶⁴ Recuérdese que, en sede de procedimientos comunes, la problemática de la aplicación de normativa nacional por parte del BCE se extiende a las entidades consideradas menos significativas.

también serían idénticas, sin embargo, el solo cambio del sujeto supervisor dejaría inerte a un supervisado significativo que quisiera acogerse al efecto directo de una directiva no transpuesta. No parece que la alteración de la entidad supervisora, por más que esta trascienda del plano nacional al comunitario, sea motivo y causa suficiente para permitir una modificación tan relevante. Se estaría produciendo una discriminación desde el punto de vista de la aplicación del ordenamiento jurídico, restringiéndose de forma indebida la igualdad de los participantes en el mercado.

De hecho, de no procederse a extender el ámbito de aplicación de la teoría del efecto directo para alcanzar al BCE, surgirían también asimetrías desde el punto de vista de la tutela judicial. Las entidades menos significativas podrían alegar ante los tribunales nacionales la no aplicación de la doctrina señalada. Sin embargo, sería cuestionable que las entidades significativas pudieran obtener la tutela del TJUE⁶⁵, puesto que el BCE actuaría correctamente inaplicando las directivas al no estar sometido a la doctrina comunitaria del efecto directo por no considerarse Estado.

Una interpretación restrictiva llevaría, a su vez, a favorecer a los Estados miembros incumplidores. En un momento previo al MUS, de no transponerse una directiva, todo operador afectado podría oponer el efecto directo frente al Estado. No obstante, con el inicio de la supervisión por parte del BCE el ámbito subjetivo de oposición se estrecharía, excluyendo a las entidades significativas. Si además tenemos en cuenta que las entidades que quedarían al margen del efecto directo son las más relevantes⁶⁶, estaríamos premiando al Estado miembro incumplidor, que dejaría a la mayor parte de su sector bancario fuera de las directivas.

Las conclusiones obtenidas para los supuestos de no transposición en plazo son también válidas para los casos en lo que hay implementación en el ordenamiento nacional, pero la misma es defectuosa⁶⁷. En estos casos se intentará, en primera

⁶⁵ Incluso aunque el TJUE pudiera entrar sobre el fondo y entender que son aplicables los preceptos claros, precisos e incondicionados de las directivas, se seguiría generando una importante asimetría. Así, mientras en el nivel nacional las disposiciones con efecto directo serían aplicables por cualquier entidad considerada Estado, en el plano comunitario sería necesario el recurso a la vía jurisdiccional, imponiendo una carga al supervisado, dilatándose la aplicación de las directivas hasta la resolución judicial y cargando al tribunal con un mayor volumen de trabajo.

⁶⁶ De hecho, el BCE supervisa directamente a 127 entidades o grupos a nivel consolidado, que se concretan en 951 entidades a nivel individual y suponen 21,11475 billones de euros en activos, lo que representa un nada modesto 79, 77 % del activo total de las entidades integradas en el MUS. Todo ello de acuerdo con Informe Anual sobre las actividades de supervisión del BCE, ejercicio 2016, de marzo de 2017, Banco Central Europeo, Fráncfort del Meno, p. 38 Para el caso español los resultados son todavía más rotundos, pues se clasifican como significativos 14 grupos o entidades individuales a nivel consolidado, que representan el 94,3 % de los activos totales, según se dispone en la Memoria de Supervisión Bancaria en España, correspondiente al año 2016, Banco de España, Madrid, p.35.

⁶⁷ La extensión del efecto directo a supuestos de defectuosa transposición, cuando las reglas son claras, precisas e incondicionadas, ha sido afirmada por la jurisprudencia de forma reiterada. Entre

instancia, una interpretación de la norma nacional conforme con la directiva, que permita desplegar efectos a la disposición comunitaria. Pero, de no ser esto posible, habrá de inaplicarse la regulación nacional contraria a la directiva. Tanto los supervisores nacionales como el BCE habrían de aplicar la directiva en lo claro preciso e incondicionado si la legislación nacional es contraria, pues la obligación de aplicar las directivas incumbe no solo a los tribunales, sino a todo sujeto aplicador del derecho⁶⁸.

Así, y por todo lo anterior, debería extenderse la noción de Estado a la figura del BCE, a los solos efectos de aplicar la doctrina sobre el efecto directo. Siendo esta la única vía para lograr la efectiva aplicación de las directivas comunitarias sin generar asimetrías, impidiendo, al mismo tiempo, que los Estados se beneficien del incumplimiento de su obligación de transponer correctamente y en plazo dichas directivas.

En cualquier caso, y pese a la conclusión obtenida, habrán de tenerse en cuenta los diversos argumentos que de contrario puedan oponerse. Lo cierto es que, aunque el razonamiento empleado pueda resultar plausible, esta interpretación parece separarse de los principios que tradicionalmente han informado la aplicación del derecho

otras, atender a las sentencias del Tribunal de Justicia de 24 de mayo de 2012, *Amia SpA/Provincia Regionale di Palermo*, C-97/11, EU:C:2012:306, apartado 33; de 5 de octubre de 2004, *Bernhard Pfeiffer y otros/Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, (C-397/01 a C-403/01), EU:C:2004:584, apartado 103 y de 26 de febrero de 1986, *M. H. Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, 152/84, EU:C:1986:84, apartado 46. Se reproduce parcialmente, a efectos ilustrativos el numeral 33 de la STJUE, 24 de enero de 2012, *Maribel Dominguez/Centre informatique du Centre Ouest Atlantique*, C-282/10, EU:C:2012:33: "(...) en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haya hecho una adaptación incorrecta".

Se recogen diversos tipos o clases de incumplimiento en el documento del Consejo de Estado de diciembre de 2010: Informe sobre las garantías del cumplimiento del derecho comunitario, pp. 52 a 54.

⁶⁸ En este sentido, es especialmente expresiva la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo SpA/Municipio de Milán*, 103/88, EU:C:1989:256, cuyos apartados 30 y 31 se plasman a continuación:

"30: Se debe señalar que, si los particulares están legitimados para, en las condiciones arriba apuntadas, invocar lo dispuesto en una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, es porque las obligaciones contempladas en la misma se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros".

"31: Sería, por otra parte, contradictorio considerar a los particulares legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y en contra de la Administración Pública, las disposiciones de una directiva que respondan a las condiciones arriba mencionadas; y estimar, no obstante, que a la referida Administración Pública no le incumbe la obligación de aplicar la directiva y de inaplicar las disposiciones de Derecho nacional que las infrinja. De lo dicho se desprende que, cuando se den los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como pueda ser el caso de un Municipio, están obligados a aplicar dichas disposiciones."

comunitario, produciéndose una cierta equiparación entre las directivas y los reglamentos, que sí son de directa aplicación por las instituciones⁶⁹.

Asimismo, hay riesgo de que se produzca una alteración del papel de los legisladores nacionales, que podrían quedar desplazados por la institución comunitaria. El desplazamiento se originaría si el BCE optara por aplicar e interpretar la directiva como norma principal, haciendo un uso torticero del efecto directo, relegando a la normativa nacional a un segundo plano. De obrarse de tal modo no se estaría respetando la autonomía proporcionada a los Estados miembros en la configuración de sus ordenamientos internos, operada precisamente mediante transposición de las reglas comunitarias marco⁷⁰.

Al mismo tiempo, es posible que existan interpretaciones paralelas y divergentes de la normativa nacional, no solamente en lo relativo al efecto directo sino en lo que respecta al fondo de lo regulado. Y ello porque un mismo cuerpo regulatorio nacional será objeto de interpretación y aplicación tanto por parte del BCE, como de las autoridades y tribunales nacionales⁷¹.

Para que el BCE pueda aplicar derecho nacional sin que esto sirva para alterar el sistema de fuentes existente, dicha institución deberá hacer uso de la facultad referida de forma leal. El organismo comunitario no puede convertirse en legislador, conculcando el papel configurador de los distintos cuerpos reguladores nacionales⁷². No cabrá por tanto que, mediante una extensión abusiva de su labor como exégeta del derecho nacional, el BCE se constituya en legislador, trascendiendo el papel de aplicador del derecho de los distintos Estados miembros que el Reglamento (UE) nº 1024/2013 le ha otorgado.

4.2. Algunos problemas jurídicos de aplicación y alcance: los reglamentos comunitarios

⁶⁹ Alerta sobre esta equiparación WITTE, A., *op. cit.*, nota 13, p. 109.

⁷⁰ Para hacer frente a estas situaciones podría considerarse el recurso al procedimiento de anulación previsto en el artículo 263 del TFUE, considerando legitimado al Estado miembro afectado, por existir un exceso de celo en la salvaguarda de las directivas por parte del BCE.

⁷¹ Otra cuestión adicional relevante que se plantea es la referida a si el BCE debería atender, además de a la normativa nacional, a la jurisprudencia de los tribunales nacionales que la interpretan. Destacar la gran complejidad que supondría tal planteamiento, máxime si se tienen en cuenta la diversidad de enfoques jurisprudenciales existentes en los distintos Estados miembros.

⁷² El riesgo de que el Banco Central Europeo actúe no como supervisor sino como juez ha sido puesto de manifiesto por SENKOVIC, P., *op. cit.*, nota 1, p. 101. Asimismo, la necesidad de evitar extralimitaciones se apunta por D'AMBROSIO, R., "Due Process and Safeguards of the Persons Subject to SSM Supervisory and Sanctioning Proceedings", *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, nº 74, 2013, p. 51.

Por lo que respecta a los reglamentos comunitarios (herramienta de derecho derivado regulada en el artículo 288 del TFUE) se ha concluido que, de existir opciones a favor de las autoridades competentes, será el BCE quien pueda ejercitar directamente tales opciones. Por el contrario, en los casos en que se prevean alternativas a favor de los Estados miembros corresponderá a los mismos tal elección, sin que puedan ser suplidos por la institución comunitaria. Se abordará a continuación la problemática que subyace a la puesta en práctica de este segundo supuesto, en el que el BCE ha de inhibirse y estar a lo dispuesto por cada Estado miembro participante en el MUS.

De ceñirse el Estado miembro a una de las distintas opciones planteadas dentro del abanico reglamentario no surgirían mayores problemas. Sin embargo, en caso de que se escoja una alternativa no prevista en el reglamento o no se realice ninguna elección, habríamos de plantearnos el modo en el que ha de proceder el BCE.

De constatarse un vacío normativo, difícilmente podrá aplicarse la normativa nacional, pues no existirá. Además, en estos casos el BCE tampoco podrá sustituir al legislador nacional en su potestad de elección⁷³, dado que el reglamento no es susceptible de generar efectos directos, al no ser incondicionado, por haberse decidido otorgar al Estado miembro un papel relevante en la configuración de la realidad jurídica. La vía de actuación procedente para estas situaciones será la de recurrir a los procedimientos de incumplimiento, para instar al Estado miembro a colmar la laguna existente mediante el pertinente desarrollo normativo⁷⁴.

Por el contrario, podría darse el hipotético caso de que el Estado miembro incluyera una alternativa distinta de las previstas en el reglamento, y por tanto no válida por ser contraria a derecho comunitario. Esta situación es en principio poco probable, puesto que la elección de una alternativa no prevista en el correspondiente reglamento representaría un incumplimiento flagrante del mismo, y conllevaría casi con total seguridad la oportuna responsabilidad. Ante esta eventualidad se oscilaría entre la inaplicación de tal norma por parte del BCE y la aplicación aún a sabiendas de su injusticia. Los reglamentos, a diferencia de las directivas, son obligatorios en sus propios términos y directamente aplicables tanto por los Estados miembros como por las instituciones comunitarias. La introducción de un abanico de alternativas a favor de los Estados miembros, aunque pueda resultar anómala, no debería alterar la naturaleza del

⁷³ Por su configuración estos reglamentos más parecen directivas, que otorgan un margen de apreciación y decisión al Estado miembro, que reglamentos en sus habituales términos.

⁷⁴ Como vimos, los procedimientos de incumplimiento se recogen en los artículos 258 y 259 del TFUE, según sea la iniciativa de la Comisión o de los Estados miembros, y culminan, ante la persistencia en el incumplimiento, con la intervención del TJUE. En particular podría incumplirse la obligación contenida en el artículo 291.1 del TFUE, que establece que los Estados miembros “adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión”.

acto analizado⁷⁵. Dicha norma de derecho derivado seguirá siendo vinculante, si bien lo será únicamente en la esfera del no hacer. El reglamento podrá no surtir efectos de tipo positivo, previendo una solución concreta para los casos que se analicen, pero por su carácter y primacía sí desplazará a la normativa nacional que resulte abiertamente contradictoria.

Como solución al problema arriba señalado, podría defenderse que el BCE debería inaplicar el precepto nacional, pues al tratarse de un reglamento el mismo sería vinculante de forma inmediata para la institución⁷⁶, sin necesidad de intervención del Estado miembro. De no procederse de tal modo, se estaría validando a través de la práctica una norma nacional contraria al ordenamiento comunitario, dando pie a recursos de anulación frente a las decisiones que se adoptaran⁷⁷. Sin embargo, esta alternativa adolece de una relevante limitación. Así, en los casos en que la normativa nacional se desviara de las opciones previstas en un reglamento, si se inaplicara la norma nacional se plantearía una laguna. Y ello, tanto por no existir una regla sustitutiva prevista en el ordenamiento comunitario para colmar el vacío dejado por la norma nacional inaplicada, como por no estar habilitado el BCE para suplir al Estado miembro como elector ante disposiciones no incondicionadas.

Una vía alternativa sería la de considerar que el criterio del BCE no puede prevalecer sobre el del Estado miembro en una cuestión para la que es competente tal Estado miembro. En estos supuestos, la solución pasaría porque el BCE aplicara la normativa nacional que se refiere a las opciones, evitándose también de este modo el surgimiento de lagunas. De forma paralela a esta aplicación de la regulación nacional, el BCE habría de poner en conocimiento de la Comisión sus recelos para que fuera esta quien eventualmente iniciara un procedimiento de incumplimiento contra el Estado miembro.

4.3. Algunos problemas jurídicos de aplicación y alcance: primacía del Derecho comunitario y procedimientos de impugnación

⁷⁵ Si pudiera entenderse que, en estos concretos supuestos de existencia de opciones, el reglamento pierde su carácter y adquiere materialmente la naturaleza de directiva en determinados aspectos, habríamos de estar a lo concluido para el análisis de tales normas.

⁷⁶ El efecto directo de los reglamentos es, además, completo, en el sentido de que tal efecto directo es predicable tanto en el plano vertical como en el horizontal, de acuerdo con Sentencia del Tribunal de Justicia, de 14 de diciembre de 1971, *Politi SAS/Ministry for Finance of the Italian Republic*, 43/71, EU:C:1971:122, apartados 8 y 9.

⁷⁷ Parecen concurrir los presupuestos para la interposición del recurso de anulación, previsto en el artículo 263 del TFUE, por el particular afectado por la decisión que se adoptara. Se emite por parte del BCE un acto susceptible de generar efectos vinculantes frente a terceros, que además infringe los Tratados o sus normas de desarrollo.

Las conclusiones anteriores en materia de efecto directo se completan teniendo en cuenta que la aplicación de normas nacionales por parte del BCE no puede suponer una alteración del principio de primacía del derecho comunitario⁷⁸.

El referido principio de primacía, de creación jurisprudencial⁷⁹, se contiene desde antiguo en los pronunciamientos del TJUE⁸⁰. Dicho principio viene a suponer que las disposiciones de los Tratados, y las de derecho derivado susceptibles de surtir efectos directos, conviertan en inaplicable cualquier legislación nacional existente que resulte contradictoria⁸¹. Y ello con independencia del rango de la norma nacional que se oponga a la regulación de la Unión⁸², de acuerdo con una doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea duramente criticada desde algunos Estados miembros. Al mismo tiempo,

⁷⁸ La conclusión derivaría de la aplicación universal del propio principio. No obstante, como complemento, puede citarse el considerando nº 34 del Reglamento (UE) nº 1024/2013 que se refiere expresamente a este extremo: "Esto se entiende sin perjuicio del principio de la primacía del Derecho de la Unión. De ello se deduce que el BCE, al adoptar directrices o recomendaciones o al tomar decisiones, debe basarse en el Derecho vinculante de la Unión que corresponda y actuar de conformidad con el mismo".

Sobre el principio de primacía y su influencia en el plano nacional se recomienda la lectura de: FERNÁNDEZ FARRERES, G., "Derecho de la Unión Europea y derecho nacional: problemas de articulación jurídica desde la consideración del principio de primacía del derecho comunitario y posibles soluciones", *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, nº.50, 2010, pp. 11-24, o TERUEL LOZANO, G.M., "El Tribunal Constitucional ante el principio de primacía del Derecho Comunitario. Análisis de la jurisprudencia constitucional respecto de la compatibilidad del principio de primacía con la Constitución de la Nación española de 1978", *Anales de derecho*, nº 24, 2006, pp. 319-352.

⁷⁹ Recuérdese la obligación de respetar lo dispuesto por el TJUE, cuyas interpretaciones sobre el ordenamiento comunitario son vinculantes para los Estados miembros. En este sentido interesa, aun siendo redundante, el artículo 4 bis Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), (BOE nº 157, de 2 de julio de 1985, p. 20632) introducido en 2015 vía Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE nº 174, de 22 de julio de 2015, p. 61593). El apartado primero del artículo 4bis de la referida LOPJ establece que: "Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

⁸⁰ Las sentencias del Tribunal de Justicia, de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa/ENEL, 6/64, EU:C:1964:66, y de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos/ Nederlandse administratie der belastingen, 26/62, EU:C:1963:1, contienen los fundamentos del principio de primacía del Derecho de la Unión.

⁸¹ Así, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros tienen la obligación de inaplicar toda disposición nacional incompatible con el Derecho de la Unión, bien sea anterior o posterior a la disposición comunitaria. Todo ello de acuerdo con, entre otras, las Sentencias del Tribunal de Justicia, de 9 de marzo de 1978, Amministrazione delle Finanze dello Stato/Simmenthal SpA, 106/77, EU:C:1978:49, apartados 17 y 24; de 19 de noviembre de 2009, Krzysztof Filipiak/Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu, C-314/08, EU:C:2009:719, apartado 81 y de 22 de junio de 2010, Aziz Melki y Sélím Abdeli, C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363, apartados 43 y 44.

⁸² Todas las disposiciones nacionales están sujetas a este principio, independientemente de su naturaleza (leyes, reglamentos, circulares, resoluciones...), siendo irrelevante que procedan del legislativo o del ejecutivo, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de marzo de 1978, Amministrazione delle Finanze dello Stato/Simmenthal SpA, 106/77, EU:C:1978:49, apartado 24, o la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de diciembre de 2008, Michaniki AE/Ethniko Symvoulío Radiotileorasis y Ypourgos Epikrateias, C-213/07, EU:C:2008:731, apartado 41.

en tanto en cuanto las disposiciones comunitarias forman parte integrante y con carácter prioritario del ordenamiento aplicable en cada Estado miembro, también impedirán la válida formación de nuevos actos legislativos nacionales contrarios a dichas disposiciones comunitarias. Es decir, si existe un conflicto claro entre la norma nacional a aplicar y la normativa comunitaria que le da soporte, la controversia habrá de resolverse a favor del acto de derecho de la Unión, desplazándose la norma interna. Este principio de primacía del derecho comunitario supone dejar de aplicar la norma interna incompatible como única vía para cumplir la obligación de aplicar íntegramente el derecho de la Unión.

En el concreto supuesto de que el BCE haya de aplicar normativa nacional, si se dieran los requisitos para que exista efecto directo de las reglas comunitarias implicadas, habría también una plena sujeción al principio de primacía del derecho de la Unión. La sumisión excepcional de una institución comunitaria a normas nacionales no debería suponer una alteración de los principios generales que rigen la aplicación del ordenamiento comunitario⁸³. En este sentido, cabría defender, mediante una interpretación funcional, que el BCE podría considerarse como Estado a los efectos de proceder a aplicar normas de la Unión, estando habilitado para enjuiciar el respeto de las mismas por el ordenamiento nacional. Por lo tanto, en caso de que las normas emanadas de los legisladores de los Estados miembros entrasen en conflicto con la normativa comunitaria de supervisión, y no cupiese una interpretación correctora, el BCE debería proceder a soslayar la disposición local en favor de la europea.

A su vez, habríamos de plantearnos si la aplicación de normativa nacional por parte del BCE se comunica de algún modo a los procedimientos de impugnación, concretamente en sede de control judicial por parte del TJUE. En este sentido, puede citarse al menos un supuesto en el que el TJUE ha podido tradicionalmente recurrir a fuentes nacionales a la hora de evaluar la corrección del actuar, no del BCE, sino de las autoridades nacionales: me refiero a los casos de cese de los gobernadores de los bancos centrales nacionales. En estos supuestos, en aras de garantizar y proteger la independencia de la política monetaria, se permite la interposición de recursos ante el TJUE, tanto por infracción directa de los Tratados como de cualquier norma legal relativa a la aplicación de los mismos⁸⁴. Así, de extinguirse anticipadamente el mandato del

⁸³ En este sentido apunta el considerando nº 7 Reglamento (UE) nº 2016/445, del Banco Central Europeo: "Dicha legislación nacional no debe afectar al buen funcionamiento del MUS, del cual el BCE es responsable".

⁸⁴ El artículo 14.2 del protocolo nº 4 anejo a los Tratados, sobre estatutos del SEBC y del BCE, recoge que ante un cese: "El gobernador afectado o el Consejo de Gobierno podrán recurrir las decisiones al respecto ante el Tribunal de Justicia, por motivos de *infracción de los Tratados o de cualquier norma legal relativa a su aplicación*. Tales acciones se emprenderán en un plazo de dos meses a partir de la publicación de la decisión, o de su notificación al demandante o, a falta de

gobernador, por causas tasadas, cabrá recurso ante el TJUE, evaluando este último tanto las disposiciones de los Tratados en la materia como la normativa nacional de concreción⁸⁵.

Descendiendo ya al supuesto de actuación del BCE en el área supervisora, el TJUE es competente para controlar la legalidad de los actos de dicha institución, distintos de recomendaciones o dictámenes⁸⁶, que tengan por finalidad producir efectos jurídicos frente a terceros⁸⁷. Cuando los actos del BCE apliquen normativa comunitaria no se plantea problema alguno. Pero, cuando las decisiones de la institución se basen en derecho nacional, hemos de cuestionarnos acerca de si el TJUE podrá enjuiciar los actos impugnados considerando tal normativa y las interpretaciones que de la misma se hayan realizado.

No existe disposición en este sentido. Sin embargo, ha de recordarse que el TJUE es el garante último de la correcta aplicación del derecho comunitario y del control de las incompatibilidades nacionales con el mismo. La imposibilidad de enjuiciar las controversias analizadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales y la necesidad de garantizar el control de las operaciones del BCE, cuando el mismo aplique derecho

ésta, a partir de la fecha en que la decisión haya llegado a conocimiento de este último, según los casos" (cursiva propia).

Se hace eco de esta posibilidad, y en el mismo sentido, el artículo 16.3 de la Resolución de 28 de marzo de 2000, del Consejo de Gobierno del Banco de España, por la que se aprueba el Reglamento Interno del Banco de España (BOE nº 83, de 6 de abril de 2000, p. 14323): "El Tribunal de Justicia es competente para conocer sobre los recursos que se interpongan contra la decisión de relevar de su mandato al Gobernador, *por motivos de infracción del Tratado o de cualquier norma legal relativa a su aplicación*" (cursiva propia).

Se plantearían dudas acerca del término legislación, pues en ocasiones la versión de Lisboa de los Tratados incluye esta denominación para referirse al Derecho derivado, por influencia del proyecto de Constitución Europea. Sin embargo, no podemos recurrir a tal argumento, pues la dicción del artículo 14.2 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) y del Banco Central Europeo (DO C 326 de 26 octubre de 2012, p. 230) ya era idéntica en la versión de Maastricht de los Tratados, que contenían la palabra legislación.

⁸⁵ El artículo 14.2 de los Estatutos del SEBC y del BCE recoge que el mandato de los gobernadores no podrá ser inferior a cinco años, pudiendo solamente ser relevados los mismos en caso de que dejen de cumplir los requisitos exigidos para el cumplimiento de sus funciones o hayan incurrido en falta grave. Sobre esta enunciación general, el artículo 25 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (BOE nº 131, de 2 de junio de 1994, p. 17400) concreta el mandato del gobernador en seis años (artículo 25.1) y desarrolla las causas de cese, permitiendo exclusivamente el mismo si hay incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones, se incumplen gravemente las obligaciones del cargo, existe incompatibilidad sobrevenida o hay procesamiento por delito doloso (artículo 52.2.c)).

⁸⁶ Las recomendaciones o dictámenes se excluyen expresamente del conocimiento por el TJUE en virtud del artículo 263 del TFUE. La exclusión se basaría en el carácter no vinculante de dichos actos, previsto en el artículo 34.2 de los Estatutos del SEBC y del BCE, y ello pese a que parezca evidente que tales recomendaciones y dictámenes no se encuentran totalmente desprovistos de ciertos efectos jurídicos.

⁸⁷ De acuerdo con el artículo 263 del TFUE, el artículo 35.1 de los Estatutos del SEBC y del BCE y, en el ámbito nacional español, el artículo 16.2 del Reglamento Interno del Banco de España.

nacional, llevan a que el TJUE haya de actualizar su papel⁸⁸. Así, la novedad de someter las decisiones de una institución comunitaria a reglas de los Estados miembros introduce una nueva dimensión a la función de control del TJUE. El Tribunal de Justicia ya no comprobará solamente que las normas locales no colisionen con el derecho de la Unión, sino que habrá de dictaminar sobre si el derecho nacional se ha interpretado y aplicado en sus justos términos por los operadores jurídicos comunitarios.

V. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN

La aplicación de la normativa nacional introduce un elemento adicional de gran complejidad para el personal del BCE. Dicho personal deberá no solo conocer el marco normativo comunitario de aplicación en la materia, sino también los distintos enfoques adoptados por los Estados miembros, plasmados en sus ordenamientos particulares.

Asimismo, se constata que los aspectos dejados a la concreción a través de la normativa nacional no son triviales, y conllevan el surgimiento de relevantes especialidades que pueden afectar a la unidad y la integridad del mercado interior. La falta de uniformidad ha sido criticada, afirmándose incluso que la regulación comunitaria en materia de Unión Bancaria recuerda más a un queso emmental que a un código normativo único⁸⁹. En este sentido, se ha señalado que, mientras exista una regulación fragmentada será muy complejo conseguir una supervisión uniforme, y ello por más que se avance en la aproximación de las prácticas supervisoras⁹⁰.

Además, esta aplicación de normas nacionales por instituciones comunitarias es muestra de los cambios experimentados en el proceso de convergencia comunitaria. Más allá de argumentos puramente pragmáticos, como el de permitir a las instituciones

⁸⁸ En sentido contrario, se ha recogido argumentos para sostener que la competencia para resolver los conflictos derivados de la aplicación de normas nacionales por el BCE ha de ser de los tribunales nacionales, por BOVENSCHEN, W.; TER KUILE, G. y WISSINK, L., "Tailor-made accountability within the Single Supervisory Mechanism", *Common Market Law Review*, nº. 52, 2015, pp. 155-189, p. 180-187. Esta alternativa se ha considerado susceptible de generar caóticos efectos según FERRAN, E., "The coexistence of national and EU law and the ne bis in idem principle", en *ECB Legal Conference 2015: From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union New opportunities for European integration*, European Central Bank, Fráncfort del Meno, 2015, pp. 138-142, p.141.

⁸⁹ Con este símil se pretende criticar el establecimiento de especialidades nacionales que impiden una auténtica armonización en la materia. La comparación es obra de LANNOO, K., "Bank bonus compromise bodes ill for the Single Supervisory Mechanism", *CEPS Commentaries*, 8 de marzo de 2013, p. 1: "Banking Union will start out with capital rules that are more like Emmental cheese than a single rule book", disponible en <https://www.ceps.eu/publications/bank-bonus-compromise-bodes-ill-single-supervisory-mechanism> (consultado por última vez el 09/10/2017).

⁹⁰ Afirmación contenida en el punto 192 del Informe del grupo de expertos sobre supervisión financiera en la Unión Europea, presidido por Jacques Larosière, hecho en Bruselas el 25 de febrero de 2009: "La convergencia de las prácticas de supervisión carece de sentido si la reglamentación financiera básica sigue estando fragmentada".

intervenir en ámbitos regulados por directivas⁹¹, parece que podemos identificar motivaciones de más profundo calado. Así, se ha venido a asumir que no basta con la regulación para alcanzar los objetivos de estabilidad financiera y mercado único. Por el contrario, será necesario que entidades comunitarias realicen labores no ya regulatorias, sino operativas, para conseguir una aplicación homogénea del corpus normativo existente⁹².

La tradicional consideración de que la actividad comunitaria ha de centrarse en proporcionar una regulación común a aplicar posteriormente por los Estados, se ve desplazada por la asunción por las instituciones de la Unión de competencias para la ejecución directa de potestades. En este sentido y en el ámbito que nos interesa, se aprecia como la integración de la ejecución de tareas supervisoras ha experimentado tal aceleración que ha venido a alcanzar, o incluso a rebasar, los niveles de convergencia en regulación. Hecho que habría obligado a instrumentar el atípico mecanismo estudiado.

En cualquier caso, se aprecia un progresivo desarrollo de organismos comunitarios, que cada vez cuentan con mayor número de profesionales cualificados. Asimismo, se constata una paulatina interiorización de la concepción basada en que no basta una regulación común para alcanzar una homogeneidad en la aplicación. Lo anterior lleva a pensar en una previsible ampliación de los ámbitos de asunción de competencias ejecutivas a nivel comunitario, y en lo no anecdótico del fenómeno de aplicación de ordenamientos nacionales por los organismos de la Unión⁹³.

Por lo que respecta al régimen establecido para el MUS, se verifica el surgimiento de determinados problemas prácticos de aplicación, especialmente en materia de conflictos entre los ordenamiento nacional y comunitario, efecto directo de las directivas reguladoras, aparición de lagunas o control judicial. La novedad de incluir las disposiciones locales en el marco jurídico en el que ha de basarse el BCE al actuar no se ha visto acompañada del desarrollo normativo necesario, que abordara decididamente los puntos controvertidos anteriormente citados. Resulta, pues, necesaria una actualización y reinterpretación de los mecanismos y procedimientos de aplicación del derecho comunitario, que permita integrar la novedad expuesta resolviendo los puntos donde se genera mayor controversia.

⁹¹ WITTE, A., *op. cit.*, nota 13, p. 109.

⁹² Este descenso al plano material se plasma perfectamente en el considerando nº 6 del Reglamento (UE) nº 468/2014, Reglamento Marco del MUS: "La aplicación coherente de los requisitos prudenciales de las entidades de crédito en los Estados miembros participantes en el MUS es un objetivo específico del Reglamento (UE) nº 1024/2013 y del Reglamento (UE) nº 468/2014 (BCE/2014/17) que se encomienda al BCE".

⁹³ Sobre esta tendencia se pronuncia WITTE, A., *op. cit.*, nota 13, p. 109.

En este sentido, y no de forma pacífica, podría optarse por una interpretación funcional que permitiera considerar al BCE como Estado. Esta sería la vía para integrar plenamente la doctrina del efecto directo, cuando sea la institución comunitaria la que supervise teniendo en cuenta disposiciones nacionales. La referida equiparación subjetiva, a los meros efectos de trasladar la jurisprudencia sobre efecto directo del derecho comunitario, permite una efectiva aplicación de las directivas comunitarias sin generar asimetrías. Impidiéndose de este modo, a su vez, que los Estados se beneficien del incumplimiento de su obligación de transponer correctamente y en tiempo dichas directivas.

En cualquier caso, sería deseable que el legislador comunitario arrojará luz sobre los extremos dudosos. La respuesta normativa serviría para reforzar la seguridad jurídica en la materia y evitaría una remisión a la interpretación que realice el TJUE sobre la base de las controversias que pudieran ir surgiendo.