

Análisis del sistema “Naming and Shaming”: publicidad de las sanciones impuestas por el Banco de España

Borja Dopico Murga

Abogado ICAM

1.1.INTRODUCCIÓN.

La crisis financiera mundial iniciada en 2008 y la subsiguiente crisis de la deuda soberana en la zona del euro evidenciaron importantes debilidades en la regulación y supervisión de los mercados financieros. Estas deficiencias provocaron la inestabilidad de los mercados mundiales y una excesiva asunción de riesgos por parte de todos los agentes financieros tras un largo periodo de liberalización, globalización y crecimiento de la economía. Ante este lúgubre contexto la Unión Europea decidió dar un paso adelante y procedió a la creación de la Unión Bancaria en 2014.

La creación de la Unión Bancaria obligo a los países de la zona euro a actualizar el marco normativo y poner en marcha una nueva arquitectura europea para la supervisión y la resolución bancarias. En estas condiciones, surgió la *Directiva 2013/36/UE de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión* (en lo sucesivo, la “*Directiva 2013/36/UE*”). Dicha directiva, entre otras cosas, tenía por objeto armonizar la regulación de los distintos estados miembros relativa a la publicación de las sanciones impuestas por las autoridades nacionales encargadas de supervisar a las entidades de crédito y empresas de inversión.

En España, la publicidad de las sanciones impuestas por el Banco de España viene expresamente regulada en el artículo 115 de la *Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito* (en adelante, “*LOSSEC*”). La inclusión en la *LOSSEC* del régimen generalizado de la publicidad de sanciones debe su origen a la transposición de la *Directiva 2013/36/UE*¹. En este sentido, la influencia

¹ Tal y como indica el preámbulo de la *LOSSEC* (resaltado añadido) “*el objeto principal de esta Ley es adaptar nuestro ordenamiento a los cambios normativos que se imponen en el ámbito internacional y de la Unión Europea, [...] la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio, suponen, como ya se ha mencionado, una alteración sustancial de la normativa aplicable a las entidades de crédito, toda vez que aspectos tales como el régimen de supervisión, los requisitos de capital y el régimen sancionador son profusamente modificados*”.

Europea sobre las normas relativas a la publicidad de las sanciones impuestas por el Banco de España es evidente pues el artículo 115 *LOSSEC* es casi idéntico al artículo 68 de la *Directiva 2013/36/UE* y muy similar al artículo 132 del Reglamento (UE) nº 468/2014 del BCE (más conocido como, “**Reglamento MUS**”),

1.2. LA PUBLICACIÓN DE LA SANCIÓN: ¿UNA FORMA DE SANCIÓN O UNA FASE MÁS DEL PROCEDIMIENTO?

La publicidad *ex post* de las sanciones impuestas por el Banco de España tras un procedimiento sancionador no es una sanción administrativa, sino una consecuencia derivada de la imposición de una sanción exigible conforme a las normas del procedimiento sancionador. Que la publicación de las sanciones no tiene la naturaleza jurídica de sanción se hace patente con solo atender a lo dispuesto en el índice de la *LOSSEC*. Las sanciones se regulan en el capítulo III del Título IV “*Sanciones*” (artículos 96 a 106) mientras que la publicidad de las sanciones viene regulada en el capítulo IV del Título IV relativo a las “*Normas del procedimiento*” (artículos 107 a 118). *Ergo*, la publicación de las sanciones impuestas por el Banco de España constituye una fase más del procedimiento administrativo sancionador, pues así viene previsto por imperativo legal (*artículo 115.5 y 7 LOSSEC*) y no es una sanción *per se*.

En unos términos muy similares se ha pronunciado el Banco Central Europeo (en lo sucesivo, “**BCE**”), el cual en su informe *Ocho años de experiencia en el examen de las decisiones de supervisión del BCE*² vino a recordar que (resaltado añadido):

“la publicación de una decisión sancionadora no es una medida punitiva en sí misma ni un elemento accesorio de esta, sino una exigencia impuesta por el legislador destinada a garantizar el efecto disuasorio general de una medida informando al público” (2022: 8).

En palabras del supervisor europeo, la publicación de la sanción no tiene una finalidad represiva; sino pedagógica. El propósito de las sanciones administrativas es castigar a aquellos expedientados que han llevado a cabo conductas que están tipificadas como infracción en la *LOSSEC*. Sin embargo, la publicación de la sanción tiene por objeto disuadir a futuros infractores y, a tal efecto, el legislador ha considerado que la mejor forma de llevar a cabo esta labor de concienciación es a través de la publicación de las

² Véase el informe del BCE en: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.aborreview202212~ce9fb4e503.es.pdf>

sanciones. En este sentido, MARTÍN-RETORTILLO consideraba que la publicación de la sanción es:

“una advertencia clara a los defraudadores o incumplidores y a la vez es un mensaje para los ciudadanos que se sabrán así protegidos o advertidos [...] esta medida, aunque presupone la sanción, es otra cosa diferente; más bien es una secuela, una consecuencia, una medida complementaria o algo accesorio a una sanción propiamente dicha” (1991: 181-184).

Otro motivo que justificaría la publicación de las sanciones impuestas por el Banco de España vendría dado por el interés público inherente a la actividad desarrollada por las entidades supervisadas. Las entidades de crédito son entidades de interés público según el artículo 8.1.a) del *Real Decreto 2/2021*³, y, por ende, se considera que desarrollan una actividad de gran importancia para el país estando por ello obligadas a unos estándares de conducta y transparencia más altos en comparación con otros sectores económicos. Precisamente, el papel tan relevante que desempeñan las entidades de crédito en la sociedad es lo que llevo al Tribunal Supremo a afirmar que (resaltado añadido):

“apreciamos la concurrencia de un evidente interés público en publicar las sanciones impuestas por infracciones [...] con el objeto de preservar y salvaguardar de forma efectiva el principio de transparencia de la actividad bancaria, que comporta que deben ponerse en conocimiento de los mercados financieros y del público en general aquellos hechos o datos que puedan calificarse de relevantes por afectar al cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles [...] La publicación de la resolución sancionadora atiende, pues, al interés público y resulta preceptiva por mandato legal [...] Concurre un evidente interés público en que tales hechos se pongan en conocimiento del mercado, una vez que responden a decisiones administrativas firmes en vía administrativa precedida de un análisis de la conducta por parte de los organismos supervisores, con intervención de la entidad sancionada”
(Auto TS 7439/2015, 02 de octubre, FD 3, La Ley 136322/2015).

1.3.MEDIOS A TRAVES DE LOS CUALES SE PUBLICA LA SANCIÓN IMPUESTA POR EL BANCO DE ESPAÑA.

³ *Real Decreto 2/2021*³, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas

Una vez visto que la publicación de la sanción impuesta por el Banco de España surge por imperativo legal debemos analizar los medios a través de los cuales dicha sanción es publicada. La *LOSSEC* parece distinguir entre dos grupos: aquellas sanciones que son ejecutivas y aquellas sanciones que son firmes en la vía administrativa. A efectos prácticos, podríamos decir que la *LOSSEC* distingue entre anotaciones/ inscripciones (sanciones ejecutivas) y la publicación (sanciones firmes en vía administrativa).

Dentro del grupo de las **sanciones ejecutivas** la regla general es que la imposición de sanciones independientemente de su gravedad “*se hará constar en los registros administrativos de entidades de crédito y altos cargos*” (artículo 115.1 *LOSSEC*). Sin embargo, y de forma adicional a la regla general, hay sanciones que obligatoriamente han de hacerse constar en un lugar determinado; es decir, que el medio en el que constará la sanción dependerá del tipo de sanción. En este sentido, la suspensión, separación y separación con inhabilitación deberán constar en el registro mercantil y, cuando corresponda, en el registro de cooperativas (artículo 115.2 *LOSSEC*). Asimismo, cuando el Banco de España se vea obligado a nombrar administradores provisionales para evitar la paralización del órgano de administración, este nombramiento también deberá figurar en el registro mercantil, en el registro de entidades de crédito y/o en el registro de altos cargos (artículo 115.3 *LOSSEC*).

Otro lugar en el que se tienen que hacer constar las sanciones ejecutivas es “*en la siguiente Junta o Asamblea General que se celebre*” (artículo 115.4 *LOSSEC*). Sin embargo, el artículo no precisa la forma a través de la cual se han de comunicar en la Junta o Asamblea General las sanciones impuestas. Por tanto, la divulgación de dicha noticia a los accionistas puede figurar en el orden del día, en el informe anual, o bien mediante una mención en la Junta. Sin perjuicio de lo anterior, lo que sí parece evidente es que el legislador español ha querido que con esta comunicación se fuerce un debate entre los accionistas sobre la marcha de la sociedad.

El rasgo distintivo de las sanciones ejecutivas es que se trata de anotaciones en Registros o comunicaciones en Juntas que no se encuentran sujetas a publicidad frente a terceros. Esto no es una cuestión baladí, puesto que la divulgación de las sanciones ejecutivas no es equivalente a la publicidad que se hace de las sanciones firmes en vía administrativa. Un ejemplo de esto último es que el Registro de altos cargos del Banco de España es un registro al que únicamente pueden acceder para realizar consultas sobre las personas inscritas: (i) el titular de los datos; y, (ii) la entidad supervisada declarante

de los mismos. Asimismo, el Registro de entidades de crédito (registro de libre acceso) adolece de falta de transparencia porque entre los datos que se facilitan a la ciudadanía no figuran las sanciones impuestas por el Banco de España, y ello, a pesar de que la LOSSEC obliga a “*hacer constar*” dicha sanción en este Registro.

Dentro del grupo de las **sanciones firmes en la vía administrativa** solamente hay dos medios a través de los cuales se procede a publicar la sanción: (i) el Boletín Oficial del Estado (artículo 115.5 LOSSEC); y, (ii) la página web del Banco de España (artículo 115.7 LOSSEC). A pesar de que como se ha indicado anteriormente el artículo 115 LOSSEC debe su origen a una norma europea, esta duplicidad de medios que se emplea para llevar a cabo la publicación de la sanción es una exigencia que fue impuesta por el legislador español, no así por la *Directiva 2013/36/UE*.

La publicación de la sanción en el BOE, así como en la página web del Banco de España están sujetas a un marco normativo muy similar. En ambos casos la publicidad de la sanción estará sujeta a que se trate de infracciones muy graves o graves. Igualmente, la publicación de la sanción, tanto en el BOE como en la página web del Banco de España se produce tras su firmeza en vía administrativa; lo cual es importante porque si se recurre la resolución a través del recurso de alzada la publicación de la sanción deberá retrasarse hasta que se resuelva el recurso.

Los **datos que deben aparecer anunciados en los lugares por medio de los cuales se publiquen las sanciones firmes en la vía administrativa** vienen expresamente enumerados por el artículo 115.5 LOSSEC. Se trata de un contenido mínimo puesto que la LOSSEC dice textualmente “*por lo menos*”, dejando la puerta abierta a que se incluyan otros datos en función de las circunstancias del caso (por ejemplo; si el expediente se ha acogido al artículo 85 LPACAP). Así pues, entre la información publicada deberá incluirse siempre: (i) el tipo y la naturaleza de la infracción; y (ii) la identidad de las personas responsables.

La página web del Banco de España además del contenido mínimo establecido por el artículo 115.5 LOSSEC está obligada a publicar unos datos adicionales⁴. Según el artículo 115.7 LOSSEC entre la información publicada en la página web deberá incluirse: (i) si se ha interpuesto recurso en vía judicial contra la sanción impuesta por el Banco de España;

⁴ Véase el Registro de sanciones del Banco de España en: <https://www.bde.es/wbe/es/entidades-profesionales/supervisadas/sanciones-impuestas-banco-espana/#>

(ii) el resultado de dicho recurso; (iii) toda decisión que anule o condone una decisión previa de imponer una sanción.

Finalmente, conviene destacar que toda la información publicada en la página web del Banco de España solo podrá permanecer ahí durante un plazo de cinco años tras su publicación. Que la información colgada en la página web del Banco de España sea publica por un periodo de cinco años es congruente con lo establecido por la *LOPD*⁵. La *LOPD* no establece un plazo concreto relativo a la publicación de sanciones administrativas, pero el artículo 20.1.d) sí que establece un límite máximo de cinco años para el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito.

El registro de sanciones del Banco de España cumple con las exigencias del artículo 27 *LOPD* y del *RGPD*⁶ relativas a la creación y mantenimiento de registros relativos a infracciones y sanciones administrativas. Concretamente, se cumplen tres requisitos: (i) el registro y su correspondiente publicidad están amparados por una norma con rango de Ley (la *LOSSEC*); (ii) el registro está gestionado por el Banco de España que es quien se encarga de la instrucción del procedimiento; y, (iii) la imposición de las sanciones y la finalidad de dicho registro es velar por el interés público y disuadir a futuros infractores. En esta línea, conviene traer a colación la reciente sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”), de fecha de 21 de febrero de 2022, en la que se vino a confirmar que la publicación de las sanciones en el BOE y en la página web de la CNMV constituye un tratamiento de datos que no vulnera el derecho a la protección de datos de carácter personal⁷ (resaltado añadido):

*“En efecto, **esa comunicación constituye un tratamiento de datos necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable a la CNMV (publicar las sanciones por determinadas faltas)**; de igual modo, la publicación de la sanción en el “BOE” resulta exigible para el organismo editor de este diario*

⁵ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

⁶ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

⁷ Según el artículo 4.1 RGPD por datos personales se entiende “*toda información sobre una persona física identificada o identificable [...] cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona*”.

*oficial conforme a la misma habilitación legal [...] **esta medida tiene como finalidad primordial garantizar la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la CNMV la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines, así como reforzar el carácter disuasorio de las sanciones frente a infracciones graves y muy graves** (art. 17.2 en conexión con los arts. 282.6 y 304 TRLMV). **Estamos, por consiguiente, ante finalidades legítimas que están vinculadas con la protección de bienes dignos de protección constitucional**, como lo es la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y el deber de los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio (art. 38 CE) [...] **Por otra parte, el legislador ha limitado el alcance de la información objeto de publicación a lo estrictamente necesario para la consecución de su finalidad. Conforme a lo dispuesto entonces en el art. 275.3 TRLMV, la información publicada se limitó a la parte dispositiva, lo que incluye el tipo y la naturaleza de la infracción y la identidad de la persona física o jurídica sobre la que recae la sanción. Evitando así la difusión de otros datos personales que pudieran figurar en la resolución sancionadora que no eran necesarios para la consecución de los fines que el art. 304 TRLMV persigue. Además, solo se publican una vez hubo ganado firmeza en vía administrativa**” (STC 23/2022, de 21 de febrero, FD 3, La Ley 30354/2022).*

El pronunciamiento del TC es de gran interés pues confirma que la existencia de un Registro de sanciones por infracciones administrativas no vulnera el principio de proporcionalidad, ni el derecho fundamental a la protección de datos personales por dos motivos. En primer lugar, porque la Ley es la única forma habilitada por la Constitución para fijar los límites a los derechos fundamentales y, en este caso, el artículo 334 *LMVSI*⁸ habilita expresamente a la CNMV a la publicación de las sanciones sin requerir el consentimiento del interesado.

El otro motivo por el que se considera que la publicación de la sanción es proporcional gira en torno a la idea de que el derecho a la protección de datos no es ilimitado. En este caso concreto existe un conflicto entre el derecho fundamental a la protección de los datos

⁸ Ley 6/2023 de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

de las personas sancionadas y los bienes jurídicos dignos de amparo constitucional (el interés público y la protección de los clientes de las entidades de crédito). El TC consideró que la CNMV estaba amparada para recoger almacenar, tratar, usar y, en su caso, ceder datos personales pues dichas actividades se realizan para la protección de bienes constitucionalmente protegidos en beneficio del interés público (la protección de los inversores, la transparencia de los mercados de valores y la correcta formación de los precios en los mismos).

1.4.EXCEPCIONES A LA PUBLICACIÓN DE LA SANCIÓN EN EL BOE Y EN LA PÁGINA WEB DEL BANCO DE ESPAÑA.

Si bien la regla general es que las sanciones del Banco de España deben ser publicadas en su página web y en el BOE, el artículo 115.6 *LOSSEC* contempla dos excepciones a dicha regla general. La idea, según el legislador europeo, es que “*a fin de que las sanciones administrativas tengan un efecto disuasorio, deben publicarse en principio, excepto en circunstancias bien definidas*” (considerando 38 del preámbulo de la *Directiva 2013/36/UE*).

El artículo 115.6 *LOSSEC* establece que el Banco de España dispone de la facultad discrecional de: (i) retrasar la publicación de la sanción hasta el momento en que dejen de existir los motivos que justificarían dicho retraso; o, (ii) publicar la sanción impuesta de forma anónima. Sin embargo, las anteriores excepciones a la regla general están sujetas a que, a juicio del supervisor español, concurra alguna de las siguientes circunstancias⁹:

- (i) que la publicación de los datos personales de una persona física resulte ser desproporcionada;
- (ii) que la publicación de la sanción pudiera poner en peligro la estabilidad de los mercados financieros o una investigación penal en curso; o,
- (iii) que la publicación de la sanción pudiera causar un daño desproporcionado a las entidades o personas físicas implicadas, en la medida en que se pueda determinar el daño.

⁹ Tal y como recuerda la EBA en su *Informe sobre la publicación de sanciones administrativas de forma anónima* (2015) “*el principio establecido en la Directiva 2013/36/UE es que la identidad de la persona sujeta a sanciones debe hacerse pública, a menos que se aplique una de las excepciones previstas en la Directiva*”.

Véase el Informe de la EBA en:

<https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/983359/367f52ad-7b75-41a7-b25d-827380b382cf/EBA-Op-2015-18%20Report%20on%20publication%20of%20administrative%20penalties%20on%20anonymous%20basis.pdf>

Estas excepciones a la regla general de la publicidad han venido interpretándose de forma muy restrictiva tanto por el Banco de España como por los órganos judiciales. Según los datos publicados por el Registro de sanciones del Banco de España solo se han dado dos casos desde el 2018 de publicación anónima. La escasa aceptación, por parte del Banco de España, de las excepciones a la publicación ha generado cierto descontento entre los operadores financieros, pues muchos consideran que las excepciones son en la práctica inaplicables pues se vienen interpretando con un grado de restricción excesivamente elevado. En esta línea, PEMÁN GAVÍN consideraba que (resaltado añadido):

*“parece evidente que tiende a consolidarse un escenario en el que se impone la publicación de las sanciones adoptadas en aplicación de la legislación bancaria de manera generalizada, con un gran automatismo, **sin que apenas exista espacio efectivo para la aplicación de excepciones legalmente contempladas. Unas excepciones en relación con las cuales se constata una praxis de los organismos supervisores nada propicia a su apreciación**” (2022: 144 – 145).*

Aquellos sancionados que han intentado acogerse a las excepciones del artículo 115.6 LOSSEC suelen alegar que la publicación de la sanción conlleva una grave desproporción. Sin embargo, para que puedan beneficiarse del retraso de la publicación de la sanción o de su anonimización es necesario que: (i) se pueda determinar el daño; y, (ii) que el daño sea desproporcionado.

El primer elemento que ha de acreditarse para poder considerar que la publicación de la sanción genera un daño desproporcionado es el relativo a la determinación del daño. Para ello, no basta con alegar la mera existencia de un daño, sino que se exige su cuantificación y que se entreguen evidencias que permitan justificar los efectos negativos derivados de dicho daño. A este respecto, la Audiencia Nacional ha señalado en repetidas ocasiones que (resaltado añadido):

*“**no se advierte cuál sea el concreto daño desproporcionado que haya de derivarse de dicha circunstancia, y tampoco se aporta justificación alguna que permita establecer que tal domiciliación pueda incrementar los efectos negativos derivados de la publicación de la sanción [...] en este sentido se ha de tener en cuenta que ningún elemento probatorio se aporta sobre el tipo de clientes de la actora, ni sobre sus conocimientos técnicos, invocándose una**”*

*reacción en cadena de cancelaciones anticipadas de pagares que no es sino una mera hipótesis, en cuanto carece de adecuada justificación [...] **téngase en cuenta que dicho precepto contempla la causación de un daño desproporcionado “en la medida en que se pueda determinar”; determinación que, conforme se ha señalado, en ningún caso se constata en el supuesto de autos, por lo que no puede prosperar el alegato de que el daño que se invoca no puede ser concebido como una mera posibilidad**” (SAN 1208/2019, de 20 de marzo, FD 4, La Ley 38670/2019).*

El segundo aspecto que ha de probarse son las consecuencias que la publicación de la sanción desencadenaría y como ello ocasionaría un perjuicio desproporcionado. A este respecto, el BCE viene pidiendo a las autoridades supervisoras nacionales que la desproporcionalidad sea interpretada de forma que (resaltado añadido):

***“un perjuicio desproporcionado para el recurrente es el que exceda los efectos negativos del menoscabo de la reputación de la entidad supervisada y su posición en el mercado, que es lo que el requerimiento legislativo de publicación acepta como consecuencia de la publicación de la sanción por el incumplimiento de una norma prudencial”** (BCE, 2022: 8).*

Así pues, la dificultad a la hora de demostrar la desproporcionalidad de la publicación radica en que los daños reputacionales y sus consecuencias a efectos de cotización no constituyen un daño o perjuicio suficiente como para poder acogerse a las excepciones del artículo 115.6 *LOSSEC*. A este respecto, el Tribunal General de la UE en el asunto T-203/18¹⁰ concluyó que (resaltado añadido):

*“el requisito que figura en el artículo 132, apartado 1, párrafo primero, letra b), del Reglamento Marco del MUS, relativo al carácter desproporcionado del perjuicio causado por la publicación sin anonimización de la entidad en cuestión, **debe analizarse únicamente sobre la base de una evaluación de las consecuencias de la falta de anonimización sobre la situación de esta, sin tener en cuenta el grado de gravedad de la infracción que se le imputa** [...]”*

¹⁰ La jurisprudencia de la UE pese a versar sobre el artículo 132 del Reglamento MUS resulta de interés porque por un lado, lo dispuesto por el artículo 132 del Reglamento MUS es muy similar a lo que exige la norma española y, por otro lado, el BCE se encarga de supervisar a entidades significativas que pueden ser objeto de sanción tanto por el BCE como por el Banco de España. Un ejemplo de esto último es la sanción que se le impuso el BCE al Banco Sabadell, S.A. el 14 de marzo de 2018.

Véase el Registro de Sanciones en:

<https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/sanctions/html/index.es.html>

*De este modo, para que el BCE este obligado a aplicar el artículo 132, apartado 1 párrafo primero, letra b), del Reglamento Marco del MUS, **es preciso que los efectos de la publicación, sin anonimización, de la sanción puedan sobrepasar los derivados del menoscabo de la reputación inherente a dicha publicación**” (STGUE T-203/18, de 08 de julio, FD 87 y 99).*

La jurisprudencia española también considera que los daños reputacionales no son un daño desproporcionado, pues es uno de los efectos buscados por la publicación de las sanciones. En este sentido, conviene destacar el fallo de la Audiencia Nacional en el caso Unión Financiera Asturiana (resaltado añadido):

*“la Ley 10/2014 parte de la necesidad de que la publicación de sanciones administrativas tenga un efecto disuasorio. Dentro de este efecto disuasorio **los presuntos infractores deben saber que la publicación en la web de las sanciones puede llevar a que algún cliente decida contratar con entidades sin antecedentes disciplinarios [...] no se puede olvidar que la publicidad de la sanción incide per se en la imagen o reputación de las entidades interesadas, pero ello es inherente a dicha medida establecida precisamente por el legislador con un clara finalidad disuasoria**, sin que en el presente caso se constate la concurrencia, como es necesario, de elementos mínimamente justificados que pongan de manifiesto la causación de un daño desproporcionado y, por lo tanto, cualificado en relación con el inherente a dicha medida legal” (SAN 1208/2019, 20 de marzo, FD 1 y 4, La Ley 38670/2019).*

La Audiencia Nacional consideraba que la finalidad disuasoria que conlleva la publicación de las sanciones resulta consustancial a que dicha medida ocasione daños reputacionales para el sancionado. La resolución es de gran interés, pues establece un listado no exhaustivo de daños inherentes a la publicación de la sanción. En vista de lo anterior, los sancionados deben alegar daños que vayan más allá de: (i) la pérdida de clientela; (ii) riesgo de pérdida de la confianza de los mercados en la actividad de la Entidad; (iii) concentración geográfica de la actividad por parte de la entidad; y (iv) mayor dificultad para encontrar fuentes de captación de recursos. Estos daños han venido considerándose proporcionales siendo insuficientes para poder ser de aplicación las excepciones del artículo 115.6 *LOSSEC*.

Otro aspecto a tener en cuenta es que el argumento consistente en que la desproporcionalidad vendría motivada por la falta de ponderación entre la gravedad del comportamiento en cuestión (o de su duración) en contraste con los efectos de tal publicación se ha venido rechazando una y otra vez por los tribunales. El motivo de la desestimación radica en que la gravedad de la infracción no es una consideración pertinente a la hora de aplicar las excepciones del artículo 115.6 *LOSSEC*. En este sentido destacan las palabras del Tribunal General de la UE (resaltado añadido):

*“el artículo 132, apartado 1, párrafo primero, letra b), del Reglamento Marco del MUS no menciona el grado de gravedad de la infracción en cuestión como una consideración que pueda ser pertinente para aplicar esta excepción. Por tanto, **de la interpretación literal del artículo 132, apartado 1 del Reglamento Marco del MUS se desprende que la gravedad de la infracción cometida por una entidad de crédito no es una consideración pertinente cuando el BCE debe decidir sobre la aplicación de la excepción** prevista en el artículo 132, apartado 1, párrafo primero, letra b), de ese mismo Reglamento”* (STGUE T-203/18, de 08 de julio, FD 80 y 81).

1.5. VALORACIÓN CRÍTICA.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia que se ha analizado y los diversos anuncios realizados por las autoridades supervisoras resulta evidente que el debate sobre la finalidad informativa y disuasoria de la publicación de la sanción está totalmente superado. El objetivo del artículo 115 *LOSSEC* es que la publicación de las sanciones actúe como un medio de información que disuada a potenciales infractores y promueva el correcto funcionamiento de los mercados financieros mediante la paridad de información. A mi parecer, la publicación de las sanciones impuestas por el Banco de España es una medida justificada pues aborda el principal fallo que afecta a los mercados financieros: la asimetría de información.

El principal objetivo de la regulación debe ser generar confianza en los agentes que intervienen en los mercados financieros, pues desde la crisis de 2008 existe en Europa, y más concretamente entre los inversores minoristas, una clara desconfianza hacia este sector. Considero que toda iniciativa destinada a aportar mayor seguridad jurídica y transparencia es positiva; pues tal y como indica la Comisión Europea “el 45%

de los consumidores no confía en que el asesoramiento que recibe de los intermediarios financieros redunde principalmente en su beneficio”¹¹.

Ahora bien, creo que las autoridades españolas han de ser conscientes del importante papel que actualmente desempeñan las redes sociales en el ámbito social, político y financiero pues un uso inadecuado de ellas puede incidir de manera directa en la aplicación de esta norma. Resulta primordial que el marco regulatorio sea capaz de adaptarse a las novedades que vayan surgiendo y se ajuste a la realidad del momento en el que vivimos. Tal y como indican los analistas de Barclays, la reciente quiebra de la entidad estadounidense Silicon Valley Bank en marzo de 2023 ha puesto de manifiesto que las salidas de depósitos tan vertiginosas se debían, entre otros motivos, al efecto de las redes sociales (resaltado añadido):

*“Las menciones de bancos en Twitter se dispararon entre el 8 y el 13 de marzo. **Los bancos que eran mencionados junto a las palabras fuga o contagio experimentaron mayores caídas bursátiles. Es probable que estas tendencias afectaran también a los depósitos [...] las redes sociales hacen los depósitos más sensibles a la información, tanto la verdadera como la falsa**” (Casado, R. (2023) Barclays avisa: ahora es posible hundir un banco en una noche. *Expansión*, 18 mayo, 24).*

Desafortunadamente cada vez es más común que las redes sociales, la prensa o los diferentes medios de comunicación distorsionen la información que reciben los operadores económicos y los consumidores. En este sentido, y aunque la Audiencia Nacional en su sentencia de 18 de julio de 2007 vino a decir que la publicación de la sanción en la página web del Banco de España y la CNMV sirve “*para evitar que la publicidad de la misma por otros medios produzca una distorsión de la información recibida por los operadores económicos y los consumidores*”¹² creo que ha llegado el momento de que el supervisor español estudie la posibilidad de ser más flexible a la hora de aplicar las excepciones.

La praxis sancionadora del Banco de España viene demostrando que la publicación de las sanciones de forma anónima se aplica de forma poco frecuente. La tendencia del

¹¹ Véase el documento de la Comisión Europea titulado “*Questions and answers on the Retail Investment Package*” en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_23_2869

¹² Véase la sentencia de la Audiencia Nacional 3546/2007, de 18 de julio, FD 4, La Ley 122414/2007.

supervisor español resulta claramente contraria a la idea con la que el legislador europeo desarrollo esta normativa. La intención del legislador europeo era que las normas que exigían tanto la falta de publicación, como una publicidad sin excepciones de toda sanción –extremos entre los que se debatía la legislación de los distintos Estados miembros– quedasen obsoletos en la UE. En este sentido destaca la crítica realizada por el EBA al Banco Central de Chipre¹³ (resaltado añadido):

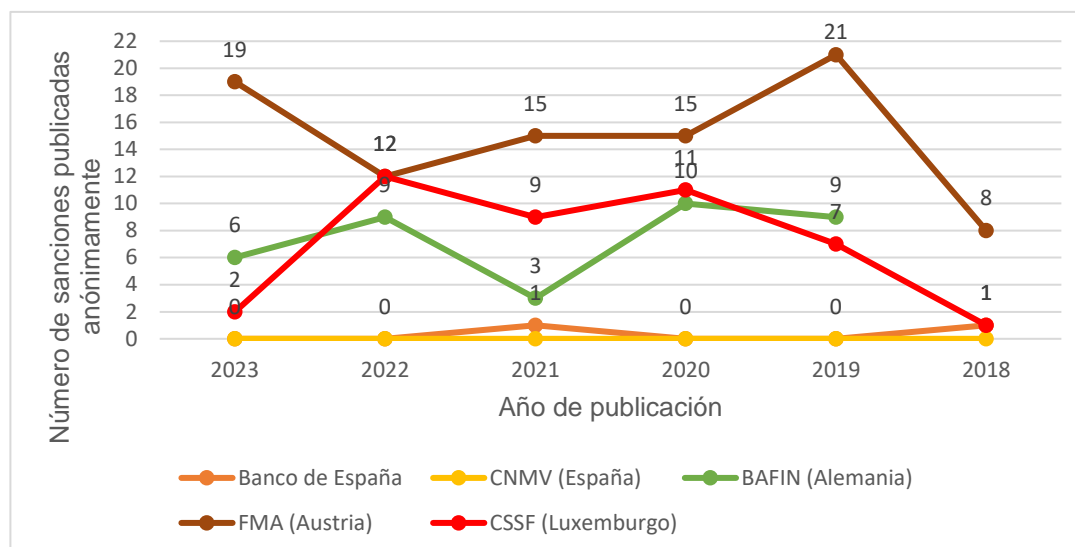
*“parece que una autoridad **(el Banco Central de Chipre) publica la información únicamente de forma anónima y agregada, en forma de resumen para el año en cuestión. Este enfoque no parece ser coherente con los requisitos del artículo 68 de la Directiva 2013/36/UE**, que contempla la publicación de cada sanción administrativa concreta, siendo dicha publicación anónima únicamente aceptable en determinados supuestos definidos”* (EBA, 2015: 5).

Habida cuenta lo anterior, resulta lógico esperar que antes o después el Banco de España reciba también un toque de atención por parte de la EBA por aplicar la regla general de la publicación de la sanción de forma automática e invariablemente sin tener en cuenta las circunstancias del caso. A este respecto, las estadísticas del Banco de España en lo referente a la publicación de la sanción de forma anónima resultan sorprendentes, pues son manifiestamente opuestas a las prácticas habituales de sus homólogos supervisores europeos tal y como se demuestra en el siguiente gráfico.

¹³ Actualmente, el Banco Central de Chipre sí que dispone de un registro de sanciones de acceso al público. Sin embargo, resulta sorprendente que solamente existan 8 sancionados en un registro cuyos datos se remontan al año 2019. Para poner en contexto estas cifras, el Banco de España solo en el año 2023 impuso 39 sanciones lo cual es más de cuatro veces el total del número de sanciones que aparecen en el Registro de Sanciones Chipriota.

Véase el Registro de Sanciones del Banco de Chipre:
<https://www.centralbank.cy/en/administrative-sanctions-and-measures>

Gráfico nº 1: Sanciones publicadas de forma anónima en distintas jurisdicciones de la UE.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en los correspondientes Registros de sanciones correspondientes.

De acuerdo con las estadísticas, resulta inequívoco que a pesar de los esfuerzos realizados con la *Directiva 2013/36/UE* la armonización de las normas de los países miembros de la UE no se ha traducido en unos resultados uniformes. La predisposición adoptada por el Banco de España con respecto a la publicación de las sanciones es contraria al objetivo establecido por el legislador europeo. La idea, no es que se publiquen todas las sanciones sin excepciones, tal y como hace el supervisor español, sino que se tengan en cuenta las específicas circunstancias del caso. Así pues, existen casos muy mediáticos en los que *a priori* podrían haberse aplicado las excepciones, siendo un claro ejemplo de ello las diversas sanciones que se han impuesto al Banco Santander, S.A. en su condición de sucesor universal de Banco Popular Español, S.A.¹⁴

Asimismo, conviene destacar que dentro de la aplicación de las excepciones a la publicación de la sanción existe otro patrón que comparten la mayoría de los homólogos europeos del Banco de España consistente en que, la mayoría de las sanciones publicadas de forma anónima corresponden a infractores que son personas físicas. Por desgracia, en España solo se han publicado dos sanciones de forma anónima, por lo que no existen suficientes precedentes como para poder hablar de una tendencia. Según consta publicado en el Registro de sanciones del Banco de España la primera sanción que se publicó de

¹⁴ Una de las múltiples sanciones que se le impuso a Banco Santander, S.A., en su condición de sucesor universal de Banco Popular Español, S.A., ascendía a un importe de un millón quinientos mil euros (1.500.000 €), por la comisión de una infracción grave consistente en el ejercicio de actos u operaciones con incumplimiento de las normas dictadas al amparo del número 2 del artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (incumplimientos en lo relativo a: la entrega y el contenido preceptivo que debe contener la información precontractual y contractual facilitada a los clientes; el cálculo de la TAE; y el cobro de comisiones por servicios no prestados).

manera anónima se produjo el 03/09/2018 (fecha de publicación) y según los datos publicados el responsable de la infracción fue una entidad de crédito, aunque no se indica cual. La segunda sanción que se publicó de forma anónima se produjo el 24/03/2021 (fecha de publicación) y según la información revelada el infractor era un accionista de una entidad de dinero electrónico.

Bibliografía:

1. Libros y artículos doctrinales:

- Esteban Ríos, J., (2020) *El ejercicio de las potestades supervisora en el marco del Mecanismo Único de Supervisión*. 1 ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Martín-Retortillo, L. (1991) “Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas”. *Revista de Administración Pública*, (núm. 126), páginas 133-187.
- Pemán Gavín, J. (2022) *Derecho Sancionador Bancario: El régimen sancionador de las entidades supervisadas por el Banco de España*. 1 ed. Madrid: Iustel.

2. Páginas web:

- Banco de España (2024) *Sanciones impuestas por el Banco de España* [en línea] disponible en: <https://www.bde.es/wbe/es/entidades-profesionales/supervisadas/sanciones-impuestas-banco-espana/> [consulta: 07 enero 2024].
- Banco de España (2024) *Registro de altos cargos* [en línea] disponible en: https://sedeelectronica.bde.es/sede/es/menu/empresas/registros-oficial/Consultas_al_Re_5a396403693b051.html [consulta: 07 enero 2024]
- Banco de España (2024) *Consulta del registro oficial de entidades* [en línea] disponible en: https://app.bde.es/ren_www/ren_wwwias/xml/Arranque.html [consulta: 07 enero 2024]
- BAFIN (2024) *Measures and sanctions by BaFin's Securities Supervision Directorate* disponible en: https://www.bafin.de/EN/Aufsicht/BoersenMaerkte/Massnahmen/massnahmen_sanktionen_node.html#ID_10452720 [consulta 07 enero 2024]
- Comisión Nacional del Mercado de Valores (2024) *Registro Público de sanciones impuestas por la CNMV* [en línea] disponible en <https://www.cnmv.es/portal/Consultas/RegistroSanciones/IniRegSanciones.aspx?lang=es> [consulta: 07 enero 2024].
- CSSF (2024) *Publication and Data – CSSF Sanction* https://www.cssf.lu/en/publication-data/?content_type=1369%2C557%2C559 [consulta: 07 enero 2024]
- European Banking Authority (2024) *EBA* [en línea] disponible en <https://www.eba.europa.eu/> [consulta: 07 enero 2024]
- FMA (2024) *News* [en línea] disponible <https://www.fma.gv.at/en/category/news-en/> [consulta: 07 enero 2024]
- La Ley Digital (2023) *La Ley Digital* [en línea] disponible en <https://laleydigital.laleynext.es/Content/Inicio.aspx> [consulta: 07 enero 2023]