

INFORME JURÍDICO
SOBRE CREACIÓN DE UNA
BANCA PÚBLICA EN
LA COMUNIDAD FORAL
DE NAVARRA

Fernando de la Hucha Celador

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Universidad Pública de Navarra

Rafael Lara González

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad Pública de Navarra

Pamplona/Iruña a 31 de julio 2017

I. EL MERCADO DEL CRÉDITO

- A. Objeto del informe.
- B. Crédito y mercado.
- C. Ordenación del mercado de crédito.
- D. La participación pública en el mercado del crédito.

II. LOS MODELOS ITALIANO Y ALEMÁN DE BANCA REGIONAL PÚBLICA.

- A. El caso italiano: Finlombarda.
- B. El caso alemán y el Banco de Inversiones de Berlín.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

- A. Contexto normativo.
- B. Competencias del Banco de España.
- C. Participaciones significativas.
- D. Idoneidad e incompatibilidades de altos cargos.
- E. Gobierno corporativo.
- F. Requisitos necesarios para ejercer la actividad crediticia a través de un banco.
- G. Las cajas de ahorros; sus especialidades.
- H. Otros instrumentos jurídicos: establecimientos financieros de crédito.
- I. Las cooperativas de crédito.
- J. El procedimiento administrativo para la creación de una entidad de crédito y otras cuestiones.

IV. LOS INSTITUTOS DE FINANZAS Y LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA.

- A. Introducción, creación y modelo inicial.
- B. Los institutos de finanzas y las competencias de la Comunidad Foral de Navarra.
- C. Las reformas en la normativa de entidades de crédito y su influencia en el modelo de Instituto.
- D. Otras cuestiones: el Informe de Relevancia Prudencial y la gestión de riesgos.

V. LA FINANCIACIÓN DE UNA BANCA PÚBLICA REGIONAL O DE UN INSTITUTO DE FINANZAS. ESPECIAL REFERENCIA A SU INFLUENCIA EN EL ENDEUDAMIENTO DE NAVARRA.

ADDENDA: OBSERVACIONES FINALES.

I. EL MERCADO DE CRÉDITO

A. Objeto del informe.

En el marco del contrato de asistencia técnica para la realización de un Informe sobre una Banca Pública en Navarra, el Departamento de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra encomienda a los Catedráticos de la Universidad Pública de Navarra, profesores De La Hucha y Lara, el examen del marco jurídico para la potencial recuperación y/o creación *ex novo* de una institución financiera pública en la Comunidad Foral. En este sentido, y aunque el título se ciñe al objeto del contrato de asistencia técnica, hemos de señalar que es preferible hablar de entidades o instituciones financieras públicas, de las cuales, un banco sería sólo una de las manifestaciones posibles, puesto que nuestra legislación mercantil contempla otros supuestos, como las cajas de ahorros, las cooperativas de crédito y las entidades financieras de crédito. A ello habría que añadir, desde el plano del Derecho público, los institutos de finanzas, de los cuales, en principio, existen varios en el Estado, siendo los más relevantes (no los únicos) los creados por Euzkadi, Catalunya y la Comunidad Valenciana, por citar los más importantes. Si bien el estudio se ciñe a los aspectos jurídicos, en muchas ocasiones tendremos que deslizar consideraciones económicas, básicas para determinar el modelo de capitalización de dichas entidades o la dotación inicial de las mismas.

Igualmente, haremos referencia a dos modelos de banca regional pública en el ámbito de la Unión Europea, no sin antes advertir que dichos modelos, si bien pueden ser un referente, han de situarse dentro del contexto jurídico del país en el que operan, con lo cual la labor comparatista ha de ser tamizada en este sentido. De forma consciente, hemos elegido Italia y Alemania, por el conocimiento de su legislación y por las similitudes que, sobre todo en el primer caso, presentan con España desde el punto de vista jurídico. En el caso de Alemania, la elección se ha debido a las similitudes, con muchos matices, de su estructura territorial. Se ha descartado, a priori, Francia no por la inexistencia de banca pública, sino por su carácter de Estado centralizado donde las competencias de los Departamentos (en la organización territorial del país) son mínimas. Los países nórdicos quedan excluidos, a su vez, por la existencia de importantes diferencias con nuestro ordenamiento jurídico.

En todo caso, **conviene resaltar que, como cuestión previa, los poderes públicos deberían plantearse la finalidad de una entidad financiera pública en Navarra, antes de valorar las distintas alternativas ofrecidas. Es decir, qué nicho de mercado pretende cubrir, cuáles son los objetivos y cuáles los**

destinatarios. Sólo tras esta reflexión puede entrarse en el debate sobre la fórmula a elegir.

B. Crédito y mercado.

El crédito constituye un elemento esencial de la actividad económica y tiene una extraordinaria incidencia sobre ella. En general, el crédito actúa como un “acelerador” del tráfico económico y produce un efecto multiplicador sobre las transacciones; aunque, paralelamente, introduce nuevos factores de riesgo en torno al efectivo cumplimiento de las obligaciones derivadas de su concesión. La demanda y oferta de créditos dinerarios ha dado lugar a un importante mercado, que sirve de escenario a la contratación de los diversos tipos de operaciones crediticias.

La concesión de créditos de dinero se ha erigido en la actividad básica de un tipo especial de empresarios, dedicados profesionalmente a su contratación en el mercado (entidades de crédito). Con frecuencia, los fondos utilizados en este tipo de transacciones proceden del mercado del ahorro; y una parte muy significativa de los mismos tiene como destino final la financiación de inversiones empresariales. Lo que contribuye a poner de manifiesto el papel transcendental que las entidades de crédito están llamadas a desempeñar en el sistema financiero, sirviendo de eslabón entre el ahorro y la inversión.

El sector financiero en general y las entidades de crédito en particular desempeñan un papel esencial en nuestro sistema económico. El acceso al crédito es absolutamente indispensable para el crecimiento económico a todos los niveles, incidiendo directamente en la creación de empleo y la generación de riqueza. Sin embargo, el riesgo y la incertidumbre son consustanciales al mercado del crédito. La evolución de los mercados, la adopción de modelos de negocio equivocados y su propia exposición al riesgo económico pueden conducir a las entidades financieras, como ha ocurrido en este último ciclo, a situaciones de dificultad con muy graves consecuencias para el funcionamiento del sistema económico y llegar a exigir apoyo financiero por parte de los Estados o sus instituciones. En algún ejemplo de Derecho comparado, veremos cómo el garante de las obligaciones de la banca pública no es sino el Estado Federado (caso del Länd de Berlín).

Por ello, el Derecho interviene y controla el funcionamiento de las entidades que conforman el sector financiero, mediante la adopción de normas de supervisión adecuadas, que permitan detectar sus disfunciones y, en caso necesario, poner en marcha las oportunas medidas correctoras. Se trata en suma de garantizar la

estabilidad del mercado crediticio y velar por su eficiencia, a fin de proteger a quienes concurren en él y muy particularmente a los clientes e inversores que, por su posición económica y buena fe contractual, se hallan en situación de inferioridad.

El mercado del crédito, por su extraordinaria incidencia en la vida social y económica, se halla sujeto a normas de ordenación y disciplina que, dejando libertad a las entidades de crédito para el desarrollo de sus fines dentro del contexto de una economía de mercado, sometan su actuación empresarial a estricta vigilancia y supervisión, asumiendo cada día con mayor intensidad un papel protagonista las instituciones europeas.

C. Ordenación del mercado de crédito.

La legislación de ordenación del crédito está formada por normas de Derecho económico destinadas fundamentalmente a regular el estatuto jurídico de las entidades de crédito, al objeto de supervisar su actividad en el mercado y controlar su solvencia. El punto de partida es, en este sentido, la distinción básica que se establece entre las entidades de crédito, propiamente dichas, y los denominados establecimientos financieros de crédito (EFC), atendiendo al diverso origen de los fondos que unas y otros destinan a la concesión de créditos en el mercado.

La normativa de ordenación define las entidades de crédito como empresas debidamente autorizadas «cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia»; al tiempo que atribuye la condición de tal a:

- Los Bancos (constituidos como Sociedades Anónimas especiales).
- El Instituto de Crédito Oficial, conocido por sus siglas ICO (Sociedad Estatal y Agencia Financiera del Estado).
- Las Cooperativas de crédito (es el caso de las Cajas Rurales o de la Caja Laboral).
- Las Cajas de Ahorros (cuya función crediticia y su tipología tradicional se han visto drásticamente reducidas a raíz de la última reestructuración del sector financiero).

En la actualidad y como consecuencia de la situación de crisis financiera, se han llevado a cabo importantes reformas con el fin de reforzar los niveles de solvencia patrimonial de las entidades de crédito, exigiéndoles la dotación de mayores provisiones en sus balances y vigilando sus niveles reales de riesgo. Al propio tiempo, se han promovido también diversos procesos de fusión y concentración bancaria; y se ha procedido a la sustitución de buena parte de las antiguas cajas de ahorros por sociedades anónimas bancarias, cuyo accionista mayoritario es una fundación, todo ello sin perjuicio de la existencia de un capital *free float* y su cotización o no en Bolsa. De hecho, sólo encontramos dos cajas de ahorros que conservan sus características tradicionales, como son la Caixa d'Ontinyent y la Caixa de Pollensa, cuya dimensión es muy reducida y más bien son cajas locales.

Legalmente, se reservan a las entidades de crédito, debidamente autorizadas y registradas, las actividades de captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas; al tiempo que se prohíbe expresamente ejercer tales actividades y utilizar las denominaciones propias de las entidades de crédito u otras que puedan confundirse con ellas a quienes carezcan de esa condición.

Por su parte, los establecimientos financieros de crédito tienen prohibida la captación de fondos reembolsables del público; aunque, ello no les impide proceder a la emisión de valores negociables conforme a la Ley 24/1988, con ciertas limitaciones. No obstante, no merece la pena ahondar en los EFC, en la medida en que no responden a ninguna de las exigencias de la Comunidad Foral, y, en la actualidad dependen de entidades pertenecientes al gran comercio (El Corte Inglés, Carrefour, etc.) o al sector automoción (SEAT, Renault, etc., aunque haya otros supuestos, donde dependen de bancos (Santander Consumer, por ejemplo).

La normativa de disciplina e intervención de las entidades de crédito establece regímenes de autorización para este tipo de empresas, supeditando su acceso al mercado al cumplimiento de importantes requisitos. De igual modo, somete su actividad a controles periódicos de solvencia patrimonial y financiera, bajo la supervisión de las autoridades del mercado (el Banco de España, el Ministerio de Economía, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y más recientemente el Banco Central Europeo, cuyo papel es fundamental). Incluso es nuestra obligación advertir que, en determinados supuestos y bajo determinadas circunstancias, podrían actuar, a nivel nacional, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y, en el ámbito comunitario, la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea.

La Unión Europea ha puesto en marcha un nuevo sistema de vigilancia bancaria mediante la creación del denominado Mecanismo Único de Supervisión (MUS),

integrado por el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes (en nuestro caso, el Banco de España), cuyas funciones se extienden a todos los países de la zona euro y a aquellos otros que, aun manteniendo otra moneda, establezcan una «cooperación estrecha» con el BCE. Adelantando ideas que veremos posteriormente, habrá que determinar, el mecanismo de captación de fondos reembolsables, es decir, una parte del pasivo de la entidad financiera, dado que caben, simplificando mucho, tres opciones combinables entre sí, aunque la última tenga alguna restricción: a) la captación de depósitos de particulares y empresas; b) la apelación al mercado interbancario, en franca regresión y con posiciones a corto plazo; c) la apelación a créditos/préstamos y otras formas de financiación del BCE (con tipos del 0%, pero cuya apelación exige el cumplimiento de determinados requisitos).

El MUS empezó a operar en noviembre de 2014 y su principal objetivo es garantizar la seguridad y la solidez del sistema bancario europeo, proporcionándole un mayor grado de integración y contribuyendo de este modo a reforzar la estabilidad financiera de Europa. La fiscalización comunitaria se llevará a cabo sobre las entidades de crédito consideradas «significativas»¹.

Pieza clave del nuevo entramado es el Fondo Único de Resolución (integrado en el Mecanismo Único de Resolución o MUR), en funcionamiento desde el 1 de enero de 2016 y que se irá dotando de forma progresiva por las propias entidades de crédito, durante un periodo transitorio de ocho años (que concluirá en 2024), hasta alcanzar un tamaño equivalente al uno por cien (1%) de los depósitos garantizados. Inicialmente, el Fondo estará compartimentado por Estados para ir mutualizándose paulatinamente hasta su completa dotación.

A nivel interno, la ordenación jurídica del mercado del crédito gira, básicamente, en torno a las siguientes normas:

- Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.
- Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros (afectado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible).

¹ No obstante, el caso español es muy peculiar pues la labor de supervisión y fiscalización de las autoridades europeas se extiende, con diversos grados de intensidad, a muchas más de las entidades que pueden considerarse significativas, teniendo en cuenta el proceso de ayudas (o rescate) llevado a cabo.

- Ley 5/2005, de 22 de abril, de Supervisión de los Conglomerados Financieros.
- Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorro y Fundaciones Bancarias (desarrollada por el Real Decreto 877/2015, de 2 de octubre).
- Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de entidades de crédito (desarrollada por Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero).
- Ley 11/2015, de 18 de junio, de Recuperación y Resolución de Entidades de Crédito y Empresas de Servicios de Inversión.

A nivel europeo, destacaremos especialmente:

- Reglamento (UE) 575/2013, del Parlamento 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) 648/2012.
- Reglamento (UE) 1024/2013, del Consejo, de 15 de octubre de 2013, por el que se encomiendan al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.
- Reglamento (UE) 806/2014, del Parlamento 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) 1093/2010.

La reestructuración del mercado del crédito español ha estado a cargo, principalmente, de las siguientes normas de ordenación:

- Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, de Reforzamiento del Sistema financiero.
- Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de Saneamiento del Sistema financiero.
- Real Decreto-Ley 10/2012, de 23 de marzo, por el que se modifican determinadas normas financieras en relación con las facultades de las Autoridades Europeas de Supervisión.
- Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.
- Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.
- Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos.
- Real Decreto-Ley 14/2013, de 29 de noviembre, sobre medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.
- Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (desarrollada por el Real Decreto 1012/2015).
- Real Decreto-Ley 4/2016, de 2 de diciembre, de medidas urgentes en materia financiera.

D. La participación pública en el mercado del crédito.

La presencia del sector público en el orden económico adquiere carta de naturaleza y pleno reconocimiento constitucional con su plasmación en el primer inciso del artículo 128.2. Se reconoce a los entes públicos –Estado, Comunidades Autónomas, Diputaciones y Municipios- legitimación para ejercer empresarialmente actividades económicas. Así pues, junto a la libertad de empresa (art. 38) se encuentra reconocida con el mismo rango la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2). Por tanto, la actuación económica no es una

actividad reservada *ex professo* para los particulares, pudiendo ser también ejercida por los entes públicos.

Un sistema de economía (social) de mercado parte de la existencia de un espacio físico u, hoy en día, virtual (el mercado) en el que se ofertan bienes y servicios a los usuarios y/o consumidores; se trata de un instrumento de planificación económica descentralizada, por cuyo intermedio tiene lugar, de forma espontánea, y merced al mecanismo de los precios, la coordinación de los planes económicos individuales formulados por las empresas y las economías familiares, alcanzando de esta manera los intereses de la mayoría de los ciudadanos.

Pero esta institución, el mercado, solo puede funcionar cuando permanece abierto a todos aquellos que quieren participar en él (normas de defensa de la competencia) y, además, todos los operadores que participan en él del lado de la oferta deben estar sometidos a unas reglas de comportamiento leales en el mercado (normas de competencia desleal). De esta forma se garantiza un mercado abierto y leal donde solo permanecen aquellos oferentes que ganan el apoyo de los consumidores por el precio y/o por la calidad, la tecnología, la presentación de los productos y los servicios post-venta. Hay que recordar aquí que el sistema de economía de mercado presupone la desaparición de aquellos oferentes que no son capaces de realizar ofertas competitivas. La política de la competencia supone la intervención mínima del Estado en la economía.

Esta doble acción positiva —la de la libre iniciativa privada y la de la intervención pública— ha sido admitida en la mayor parte de los sistemas de economía de mercado. Un claro ejemplo de ello podemos encontrarlo en los artículos 38 y 128 del texto constitucional español. El artículo 38 reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado como libertad de los ciudadanos, considerando a ésta como el motor del sistema económico, otorgando a los poderes públicos potestades de garantía y de promoción de la misma. No obstante ello, el propio artículo 38 configura ésta libertad como una libertad disponible por los poderes públicos puesto que las potestades de garantía y de promoción conferidas deben hacerse de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación; además, en la misma línea, el artículo 128, indica que toda la riqueza del país está subordinada al interés general y, además, reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, iniciativa pública que puede llevar a implicar la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio. Por su parte, los Tratados de la Unión Europea también contienen tanto el reconocimiento de la libertad de empresa, como de forma implícita, de la intervención de los poderes públicos en la economía. Por lo tanto, la **presencia pública en el sector financiero debe ser en**

igualdad de condiciones que la presencia privada, pues, de lo contrario, se vulnerarían las reglas de competencia, tanto en el ámbito nacional como europeo e, incluso, con matices que harían extenso este informe técnico, se podrían considerar ayudas de Estado.

El fenómeno de la creación de empresas públicas por la Administración para la gestión de diversas políticas públicas, para la ejecución de determinadas competencias, o incluso, para intervenir en el mercado como un operador más, no es ninguna realidad nueva. Nuestra Administración ha creado empresas públicas desde el Siglo XVIII con las llamadas Reales Fábricas, por lo que no debemos sorprendernos cuando se habla de la existencia de un “sector público económico o empresarial” con un nada desdeñable peso en el Producto Interior Bruto nacional.

Si bien de un tiempo a esta parte pareciera que la intervención del Estado en la economía es cada vez menor, tanto por influencia del Derecho de la Unión Europea que tiene una impronta liberalizadora, como del propio devenir histórico que ha supuesto la implementación de medidas de privatización de empresas públicas y sectores productivos, no debemos perder de vista el hecho que los entes públicos pueden (y en ocasiones deben) ser un actor con iniciativa económica.

Hay exigencias para su intervención. Por de pronto, que se funde en un interés que justifique su actuación, pues, cumplido este requisito, nada obsta que el Estado (entiéndase esta expresión *lato sensu*, comprensiva también de las Comunidades Autónomas) sea actor en el sistema económico ya que su actuación está inspirada en un interés general.

Recordemos que el Estado puede ejercitar la iniciativa económica siempre que lo haga en plano de igualdad con la iniciativa privada. Lo que se traduce, por lo pronto, en que en un sector abierto a la libre competencia, la Administración no puede regular la actividad de los particulares de cualquier forma que se traduzca en condiciones de competencia más onerosas para los particulares que para la empresa u organismo público (confróntese la STS –Sala 3ª- de 6 de febrero de 2002, resolución judicial que anuló parcialmente una Orden Ministerial que desarrollaba un Real Decreto y establecía los requisitos para obtener la autorización para prestar servicios rápidos postales internacionales por particulares en competencia con la empresa pública Correos).

Asimismo, es preciso poner de relieve que cuando el Estado compite con los particulares no se hace en el marco de un conflicto de derechos fundamentales, sino ante una injerencia del Estado en un derecho fundamental de los particulares. Por tanto, aunque la actividad económica del Estado no sea subsidiaria de la de los particulares, de modo que **el Estado no necesita justificar su entrada en el**

desarrollo de actividades económicas en la existencia de un “fallo” del mercado que provoca que los particulares no estén en condiciones de atender las necesidades de los consumidores, la injerencia en el derecho fundamental de los particulares obliga al Estado a justificar en concreto que la misma –el desarrollo por el Estado de la actividad económica- es necesaria, adecuada y proporcional para la consecución de fines determinados de interés general.

Así, se ha sostenido que sería, por ejemplo, una injerencia no admisible por el Derecho que la empresa pública que produce bienes o presta servicios en competencia con las empresas privadas sea gestionada de forma no económica. **En el caso concreto de las entidades de crédito públicas, ello conlleva que no pueden vulnerar las reglas de la competencia, ni prevalerse de las potestades públicas de su “propietario”, ni, mucho menos, enjugar posibles pérdidas debidas a conductas contrarias a la competencia mediante el empleo de fondos públicos,** ya que ello determinaría, *ope legis*, la apertura del procedimiento de infracción por ayudas de Estado.

Estas reglas han recibido una cierta concreción en el Derecho comunitario, en primer lugar, por la prohibición de monopolios comerciales (*ex art. 37 TFUE*) y, sobre todo, por lo dispuesto en el artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) del que se deducen tres reglas básicas sobre la actuación económica del Estado.

La primera se refiere a que incumple el Tratado el Estado que obliga o permite a sus empresas públicas o concesionarias de servicios públicos la realización de conductas contrarias a la libre competencia (*ex arts. 101 y siguientes TFUE*).

La segunda establece que, aunque los Estados pueden otorgar derechos especiales o exclusivos a determinadas empresas, al hacerlo están sometidos a las normas de protección de la libre competencia del propio Tratado.

Y la última, añade que, aun existiendo inmunidad frente a tales normas para los servicios económicos de interés general, tal inmunidad sólo alcanza en la medida en que sea imprescindible para asegurar que las empresas encargadas de tales servicios pueden prestarlos.

De esta doctrina se derivan importantes limitaciones para la iniciativa económica pública. El punto de partida ha sido aparentemente inocuo: si un Estado puede monopolizar una actividad y encargar la gestión de ese monopolio a una institución pública o a una empresa privada, resulta obvio que no es contrario al Tratado de la Unión Europea la creación por los Estados de empresas con posición de dominio.

Ahora bien, la prohibición de abuso de posición de dominio (art. 102 TFUE) se aplica tanto a estas empresas como al resto. El artículo 106 del propio Tratado prohíbe a los Estados adoptar medidas que hagan ineficaz la prohibición de abuso de posición dominante contenida en el artículo 102. Por tanto, infringe el Tratado un Estado cuando haya atribuido derechos monopolísticos² o especiales a una organización económica pública o privada si por el solo ejercicio de los derechos atribuidos, la empresa beneficiaria incurre en abuso de posición dominante o cuando la atribución de dichos derechos cree una situación en la que la empresa se vea compelida a cometer tales abusos. En definitiva, a partir de esta prohibición de abuso, la jurisprudencia comunitaria ha ido extendiendo el ámbito de la aplicación del artículo 106 del Tratado y ha limitado, notablemente, las posibilidades de actuación económica de los Estados.

Al someter a las empresas que ostentan derechos especiales o exclusivos otorgados por los Estados a las normas sobre la competencia contenidas en el Tratado, si el Estado se halla presente en un mercado concreto también como regulador o supervisor además de como competidor, el organismo estatal con dichos poderes reguladores respecto de un determinado mercado debería ser independiente de cualquier empresa que opere en el marco de dicho mercado, de manera que se evite la posibilidad de que incurra en conflicto de intereses.

Así, basta para que pueda afirmarse la existencia de una infracción del artículo 106 del Tratado con que dicho riesgo de conflicto de intereses sea elevado, precisamente porque concurren en un mismo organismo poderes reguladores y actuación empresarial. Esta conclusión es perfectamente trasladable a la interpretación conjunta de los artículos 128 y 38 de la Constitución española. Si la

² Por ejemplo, podría ser contrario al TFUE el hecho que, de iure o de facto, la Deuda pública de un ente autonómico fuera adquirida, **exclusivamente**, por una entidad financiera creada por dicha Comunidad, expulsando a otros operadores financieros, si bien esta afirmación está, a su vez, llena de matizaciones, ya que sólo se contrariaría el Derecho Europeo si se eliminasen otros operadores financieros, *ope legis*, no cuando la expulsión se deba a la oferta de unas mejores condiciones de mercado, siempre que no pongan en riesgo la solvencia de la entidad financiera pública. No es menester recordar que muchas Cajas de Ahorros ahora desaparecidas financiaban Deuda autonómica o local con tipos de interés inferiores a los del mercado, lo cual repercutía negativamente en su cuenta de resultados, aunque no fuera la causa principal de su colapso.

No queremos, por tanto, con ello decir que una entidad financiera pública no pueda adquirir Deuda pública emitida por el ente público que la haya promovido o creado, pero tiene que hacerlo respetando las reglas de la competencia. Dado que el casuismo puede ser absoluto, cabría plantearse si vulnera o no alguna norma de Derecho Europeo el hecho de que, por ejemplo, todos los fondos integrantes de la tesorería de la Comunidad Foral se centralizasen, únicamente, en una entidad financiera por ella creada. Y aquí entrarían no solo reglas de competencia, sino reglas de concentración de riesgos, impulsadas por las autoridades europeas. ¿Qué ocurriría si se produjese esta práctica y el banco/caja quebrase?

iniciativa económica pública ha de desarrollarse en plano de igualdad, cuando concurre con particulares, el Estado (en nuestro caso, la Comunidad Foral) ha de mantener claramente separados el ejercicio de sus poderes reguladores (a los que referiremos posteriormente) respecto de su actuación empresarial.

II. BREVE EXAMEN DE ALGUNOS MODELOS EUROPEOS DE BANCA PÚBLICA REGIONAL.

Por razones elementales, no podemos detenernos en todos y cada uno de los países de la Unión Europea que cuentan con banca pública; de ahí que hayamos hecho una selección de modelos representativos, no sin antes advertir que, aunque exista una labor uniformizadora de la legislación europea y su correspondiente aplicación directa -en el caso de los Reglamentos- o necesidad de transposición nacional -caso de las Directivas-, ello no empece la existencia de particularidades derivadas del ordenamiento interno de cada país, en las que no vamos a entrar, de tal manera que este capítulo tiene un carácter descriptivo o divulgativo, sin ánimo de ahondar en cuestiones dogmáticas, inútiles en un informe técnico. Y, sin ánimo de polemizar, cuando determinadas entidades ciudadanas en favor de la existencia de una banca pública en España ofrecen modelos comparados, en ocasiones, no tienen en cuenta particularidades jurídicas o precisiones semánticas, imprescindibles para su correcta comprensión. Por último, en este preámbulo señalar que el concepto de banca pública es polisémico o anfibológico y, por tanto, como hemos señalado y reiteraremos, por tal, en lenguaje coloquial, puede entenderse tanto una caja de ahorros (normalmente, creada por entidades territoriales infraordenadas al Estado) como un banco donde el Estado o un ente público tenga una participación igual o superior al 50,01% de las acciones.

Incluso puede haber ejemplos de banca pública sobrevenida, representada por aquellos casos en los cuales determinadas entidades han sido objeto de rescate por parte del Estado, como consecuencia de procesos de reestructuración bancaria, derivados de la insolvencia de la entidad. El caso más cercano es Bankia (donde el Estado, a través del FROB, tiene una posición dominante en el plano dominical, aunque éste actúe a través de una sociedad interpuesta); y, el más reciente, el caso del Monte dei Paschi di Siena (la caja de ahorros más antigua del mundo, aunque pese al nombre comercial sea una sociedad anónima, si bien, a diferencia de otras, ha prescindido de la calificación como

banco) donde, el 1 de junio de 2017, Italia y la Comisión Europea han llegado a un acuerdo para su reflotamiento, mediante la inyección de fondos públicos³.

A. *El caso italiano: Finlombarda.*

La reforma de las cajas de ahorros italianas, mediante la Ley 218/1990, llevó a la transformación de las mismas en bancos, a través del mecanismo del “scorporo⁴”, en cuya virtud se despolitizaron las mismas y se transformaron en sociedades anónimas cuyo capital, en principio, se trasladó a fundaciones donde se encontraban representadas las entidades fundadoras (normalmente, municipios -así, la Cassa de Bologna- o fondos de beneficencia -el supuesto emblemático era la Cassa di Risparmio della Provincie Lombarde (CARILO)⁵

Simplificando mucho, las fundaciones realizaban la denominada obra social a través de los dividendos proporcionados por *sus* bancos de los que pasaron a ser, salvo en determinados supuestos de absorción y fusiones, accionistas mayoritarios (se trata del modelo español a partir de 2013, sólo que hecho con veinte años de antelación y resultados notables en términos económicos). Y, por ejemplo, en los años 90 del pasado siglo, CARILO era la más importante del país⁵. No tiene sentido entrar en la reforma italiana, que tuvo relativo éxito, ya que se permitieron fusiones de las cajas con problemas financieros o de solvencia, lo cual, a diferencia del caso español, salvó buena parte de este subsector del sistema bancario italiano. En este sentido y por concluir esta sinopsis, se puede considerar que las antiguas cajas italianas han pasado a ser bancos públicos dado que pertenecen a fundaciones con presencia mayoritaria de

³ La Comisión Europea autorizó al Gobierno italiano para el rescate de la sociedad anónima (es la naturaleza jurídica que tiene, después de la reforma de las cajas italianas de mediados de los años noventa del pasado siglo a través de la conocida como reforma D’Amati) Monte dei Paschi di Siena. Bruselas y Roma han llegado a un "acuerdo en principio", aún por detallar, para llevar a cabo una "recapitalización preventiva del banco en línea con las reglas de la Unión Europea". Bruselas permite al Gobierno italiano inyectar dinero público en la entidad más antigua del mundo para evitar su quiebra. A cambio, el Estado italiano cumplirá con las normas europeas, que exigen que se aplique un mínimo de quitas a los inversores y los tenedores de bonos. El acuerdo está supeditado a la conformidad del BCE.

⁴ Hemos optado por mantener el vocablo italiano, intraducible con precisión jurídica al castellano; la más aproximada sería segregación o, con menor precisión técnica, escisión. Este método era voluntario, pero llevaba aparejada importantes consecuencias fiscales, como la exención de las plusvalías que se pusieran de manifiesto con ocasión del proceso de transformación de las cajas en bancos.

⁵ La mayoría del capital pertenece a la Fondazione Cassa di Risparmio delle Provincie Lombarde, que tiene como objeto la financiación de objetivos de interés público y social.

agentes públicos, salvo excepciones (cuando la entidad fundacional no era una entidad pública, sino fondos de beneficencia constituidos por suscripciones o aportaciones de particulares).

Entrando en el caso de Finlombarda (su nombre exacto es Financiera para el Desarrollo de Lombardía), y que es el que vamos a estudiar, estamos en presencia de *una sociedad anónima unipersonal*, de duración legal y estatutaria limitada en el tiempo (hasta el 2050) cuya misión es concurrir a las actuaciones de los programas regionales de desarrollo económico, social y territorial. Aunque la Constitución italiana de 1947 y la española difieran en punto de la organización territorial, su creación se lleva a cabo sobre la base de los artículos 117 y 118 de la primera y el artículo 48 del Estatuto de la Región de Lombardía.

Su capital social es de 211 millones de euros, íntegramente desembolsado, con la particularidad de que, únicamente puede ser socio de dicha entidad únicamente la Región de Lombardía.

Cuenta con una Asamblea (donde están representada la región creadora, único socio), un Consejo de Administración y un Director/a general, de tal manera que la estructura es muy simple. Tanto en la Asamblea como en el Consejo de Administración se impone el deber de respetar el principio de paridad e igualdad de género y, como dato relevante, el Consejo de Administración ha de tener un mínimo de tres miembros y un máximo de cinco⁶.

Las funciones de la Asamblea general (en realidad, dos, pues hay una ordinaria y otra extraordinaria) más relevantes son las siguientes:

- a) Aprobación del presupuesto del ejercicio, el presupuesto consolidado y la distribución de beneficios.
- b) Propone el nombramiento del Director General y del Colegio Sindical.
- c) Tiene funciones deliberativas sobre las responsabilidades del Director General y de los miembros del Colegio Sindical.

⁶ El Consejo de Administración y el Colegio Sindical (órgano en el que no vamos a entrar) están formados por dos hombres y una mujer, en ambos casos, es decir, se ha optado por la fórmula mínima. La relevancia de esta composición deriva del hecho de que siendo una institución con un importante capital tiene unos órganos con composición mínima.

- d) Nombra y revoca, en su caso, los miembros del Consejo de Administración.

Por su parte, el Consejo de Administración (junto con el Colegio Sindical, órgano específico de la normativa italiana y que nada tiene que ver, pese al nombre, con presencia de los sindicatos⁷) administran y controlan la sociedad; en el primer caso, su mandato es de tres años (aunque pueden ser reelegidos). Merece la pena destacar el mecanismo de distribución de beneficios o resultados, ya que hay limitaciones legales y estatutarias, que comprometen el 30% de los mismos, de la siguiente manera:

- a) El 10% debe ir destinado a dotar la reserva legal.
- b) El 10% debe ir destinado a dotar la reserva extraordinaria.
- c) El 10% debe ir destinado a dotar el fondo de riesgo.

El 70% es de libre disposición y se distribuirá según acuerdo de la Asamblea general, es decir, mediante decisión de las autoridades regionales de Lombardía.

Desarrollando el objeto social o más bien, enumerando las funciones de **esta sociedad pública unipersonal**, de acuerdo con sus Estatutos, las principales son las siguientes:

- a) Financiación de actividades, bajo cualquier modalidad, que han de respetar las actuaciones de los programas regionales de desarrollo económico, social y territorial.
- b) La asunción de participaciones en otras empresas o entidades.
- c) La financiación de la gestión de infraestructuras dirigidas a fomentar la competitividad del sistema económico de Lombardía.
- d) La asistencia técnica y financiera en la programación, desarrollo de modelos y gestión de instrumentos e iniciativas financieras en favor del sistema regional y local.
- e) La asistencia financiera a empresas lombardas, así como a otros actores del sistema productivo regional.

⁷ Con muchas matizaciones, sería una especie de Comisión de control, que ha de estar constituido en todas las sociedades anónimas y en sociedades comanditarias por acciones, siendo voluntario en las sociedades limitadas, salvo en determinados supuestos contemplados en el art. 2477.3 del *Codice Civile*. No obstante, su control es de legalidad, vigilando que se cumpla la ley y los objetivos estatutarios.

De forma deliberada, omitimos otras funciones menores (que pueden consultarse en sus Estatutos, que ponemos de antemano a disposición del Gobierno de Navarra, si nos son solicitados) a fin de no extendernos en demasía en este punto.

Para el logro de su objeto social, Finlombarda puede, entre otras cosas, asociarse con entidades, instituciones, etc., que tengan fines similares. Puede, asimismo, realizar todas las operaciones mobiliarias, inmobiliarias o financieras (incluida la prestación de garantías, contragarantías y avales, siempre que se consideren necesarias u oportunas por parte del Consejo de Administración); no obstante, se excluye expresamente, la captación de ahorro de particulares o empresas como forma de financiación.

Si bien puede haber excepciones, aprobadas por el Consejo de Administración, como regla general, Finlombarda no puede (salvo en sus sociedades instrumentales) tener una participación superior al 25% en otras sociedades. Este porcentaje se extiende a la concesión de créditos, suscripción de obligaciones, garantías, avales, etc.

Se permite, mediante acuerdo de la Asamblea general, la emisión de nuevas acciones, obligaciones, obligaciones convertibles y otros instrumentos financieros, pero, con una salvedad importante, y es que sólo se reconocerán derechos económicos (y no políticos) en el caso de que sean particulares o empresas sus adquirentes (sensu contrario, no operaría esta restricción en el caso de entes públicos, si bien esta situación no se ha producido, permaneciendo el capital invariable desde su constitución). La entidad cuenta con un Código Ético, aprobado por el Consejo de Administración el 14 de marzo de 2017, cuya finalidad es prevenir la corrupción en dicha entidad, y al cual deben someterse todas sus actuaciones y todos sus empleados (Directivos o no). No vamos a entrar en el examen del mismo (sin perjuicio de que pueda ser facilitado al Gobierno de Navarra), básicamente por su extensión (39 páginas) y por el hecho de responder a unas exigencias legales de la República italiana: en él se contemplan las incompatibilidades, las relaciones sindicales, la promoción y formación del personal, la prohibición de aceptación de obsequios o regalos por los órganos de dirección, etc.

En cuanto a la dimensión económica y datos relevantes de Finlombarda, el último balance consolidado que ha sido objeto de auditoría y al cual hemos podido acceder es el cerrado a diciembre de 2015; sobre él haremos unas breves consideraciones, con una finalidad puramente pedagógica. El valor patrimonial de Finlombarda ascendía a 238 millones de euros (en términos TIER 1⁸), en tanto que el resultado del ejercicio

⁸ De forma muy esquemática, el TIER 1 mide la fortaleza de una entidad financiera desde el punto de vista del regulador. Se compone del capital básico, compuesto por las acciones desembolsadas más las

ascendió a casi 3,5 millones de euros, con una rentabilidad después de impuestos del 1,4%. Por su parte, las inversiones crediticias ascendieron a 337 millones de euros, básicamente instrumentadas a través de préstamos. En cuanto a la financiación de las inversiones, básicamente ha procedido del Banco Europeo de Inversiones (BEI), por importe de 157,5 millones de euros.

Participa en un total de 7 sociedades, con porcentajes siempre inferiores al 25% (por las razones antedichas al comentar los Estatutos) y al 100% en una instrumental, que es una sociedad de garantía recíproca, si bien en 2016 anunció su venta. El número de empleados era de 176, lo cual da una idea aproximada de su dimensión.

Podríamos abrumar con datos extraídos de la auditoria, pero se trata de una entidad solvente, con clara vocación inversora en favor de las empresas lombardas, y unos costes de financiación (tanto del BEI como del mercado interbancario) perfectamente asumibles. Sin embargo, creemos que interesa más la parte jurídica que la económica, siendo, por otro lado, la primera la que es objeto de nuestro informe técnico.

Para finalizar este epígrafe dedicado a Italia, hemos de señalar que existen otras entidades públicas, pero no tienen ámbito regional, salvo alguna matización: así, podemos referirnos a BancoPosta que se creó a partir del servicio postal italiano, la Poste Italiane. Sus características son muy similares a la Banque Postale francesa, aunque merece la pena destacar que también es propietario de la Banca del Mezzogiorno-Medio Credito Centrale, cuyo objetivo es el desarrollo de inversiones en el sur de Italia. Por su parte, cabe también mencionar la Caja de Depósitos y Préstamos (CDP) es un banco público italiano fundado en 1850. El 80% de su capital pertenece al Estado, y el 20% restante a varias fundaciones bancarias, si bien esta distribución del capital ha ido variando, aun conservando siempre el Estado la mayoría del capital. Su objetivo es ofrecer financiación con coste asequible a los gobiernos estatales y regionales, a las autoridades locales y a organismos públicos. En todo caso, se trata de entidades cuyas dimensiones de capital y su carácter nacional (con la excepción del Banco del Mezzogiorno) nos obligan a señalarlas, simplemente, sin profundizar en las mismas.

reservas y, en su caso, los beneficios no distribuidos, aunque puede incluir las acciones preferentes. De ahí que no coincidan capital social y TIER1.

B) El caso alemán y el Banco de Inversiones de Berlín.

Sin perjuicio de hacer algunas observaciones sobre la existencia de otros bancos federales ligados a los Länder, nos detendremos, en especial, en el Banco de Inversiones de Berlín, Investitionsbank Berlin⁹. Se trata de una institución de Derecho público (por tanto, no adopta la forma de *Aktiengesellschaft* -A.G-, o sociedad anónima, que sería su equivalente en castellano). Su capital es de 300 millones de euros, desembolsados por el Länd de Berlín, si bien los Estatutos le obligan a constituir una provisión especial, destinada a financiar, junto con el capital, las actividades del Banco (reiteramos, que pese, al nombre, es una institución de Derecho público). Se trata, y no es una redundancia, de un banco de inversiones, de tal manera que sus Estatutos, si bien le permiten participar en el capital de otras entidades privadas, no le autorizan a participar en los Comités ejecutivos (en el original alemán, no se habla de Consejos de Administración, por lo que hemos preferido utilizar esta expresión). Para entender el Banco es menester comprender que el Länd berlinés es el responsable del sector público territorial y, como consecuencia de ello, los Estatutos incluyen la obligación jurídico-pública del Länd en relación con Investitionsbank para garantizar su base económica en todo momento y mantenerla en condiciones adecuadas para el funcionamiento durante el tiempo de su existencia; como consecuencia de ello, el Länd Federal de Berlín será responsable de cualquier préstamo, bono, obligaciones, operaciones de futuros, opciones y swaps suscritos por Investitionsbank, así como cualquier otro instrumento financiero concedido a la entidad. **Este punto es relevante, porque el ente territorial del que depende responde de las obligaciones (por utilizar una expresión genérica) del banco de inversiones.**

Como hemos dicho, Investitionsbank es la entidad pública de naturaleza financiera a través de la cual se canalizan las inversiones y subvenciones del Länd Federal de Berlín. En este sentido, constituye el mecanismo de apoyo financiero al citado ente territorial en el desempeño de sus funciones públicas, debiendo destacar -ya lo hacen sus Estatutos- en que las subvenciones concedidas han de respetar los principios de la Unión Europea, lo cual, si bien es una reiteración, pone de manifiesto que, pese a no

⁹ Básicamente, conviene tener presente, la Ordenanza por la que se aprueba los Estatutos sociales de Investitionsbank Berlín, de 2 de septiembre de 2004, publicada en el GVBI (Boletín Oficial), parcialmente modificados en 2008. La creación del banco se produjo mediante Ley del Parlamento de Berlín de 2004 y su proceso fue curioso pues se produjo mediante una transferencia de activos del Landesbank de Berlín, que era una institución previa. En todo caso, ahondar en la historia de creación no constituye nada relevante desde el punto de vista técnico de este informe. Los Landesbanken en Alemania son un grupo de bancos de los Estados federados, típicos y exclusivos de Alemania. Tienen una organización regional y su negocio se orienta, preferentemente, a la banca mayorista. También son la institución bancaria cabecera de las cajas de ahorro (*Sparkassen*) locales y regionales, a las que nos referiremos brevemente al final de este epígrafe.

ser una entidad de crédito (se aproximaría más a un instituto público financiero, por intentar transponer su naturaleza jurídica al sistema español), se somete a las reglas bancarias y no bancarias de la Unión Europea.

Las medidas financieras encomendadas operan en los ámbitos más diversos, de entre los cuales señalamos los siguientes:

- a) Financiación de pequeñas y medianas empresas y, en su caso, empresas de nueva creación.
- b) Promoción de negocios y comercio exterior.
- c) Vivienda y promoción de construcción de la misma¹⁰.
- d) Capital-riesgo.
- e) Financiación de actividades subvencionables de acuerdo con los principios de la Unión Europea
- f) Protección del medio ambiente, ahorro energético, energías renovables e infraestructuras.
- g) Participación en proyectos de interés para el Länd financiados por la Unión Europea, el Banco Europeo de Inversiones o instituciones similares.
- h) Por último (siendo sintéticos) es de gran interés, su tarea de proporcionar préstamos y otras formas de financiación a las administraciones locales, de donde, sensu contrario, se desprende que no puede financiar el endeudamiento del ente territorial del que depende.

En el caso de participación en préstamos sindicados, se establecen determinadas limitaciones (en general y salvo excepciones, no se puede superar el 25% de la participación en el préstamo); junto a ello, sólo podrá participar en préstamos sindicados donde concurren entidades bancarias o financieras que pertenezcan a la

¹⁰ En este campo, ofrece préstamos a bajo interés para propietarios e inversionistas que se usan para construcción nueva, para comprar propiedades o para proyectos de modernización y renovación de propiedades existentes, especialmente con vistas a medidas relacionadas con la energía y la eliminación de barreras arquitectónicas. Se trata de una novedad de esta institución, puesto que en los modelos españoles de institutos de finanzas (como veremos) o en la experiencia comparada no suele ser frecuente, aunque haya excepciones, la dedicación al mercado hipotecario. Desde luego, en España no cabría que, directamente, un instituto de finanzas entrase en dicho mercado al no ser una entidad de crédito.

Unión Europea y/o tengan sucursales con domicilio social en dicho espacio territorial. De forma expresa, se prohíbe su participación en solitario en préstamos, créditos, etc., concedidos a empresas situadas en Estado donde la clasificación riesgo/país no supere determinados niveles establecidos por las calificaciones de la OCDE¹¹.

Más interesante es el hecho de que, para cumplir los principios de libre competencia, se establezca, de forma expresa que el Banco de Inversiones de Berlín no puede, en sus operaciones de concesión de préstamos sindicados ofrecer condiciones más favorables que los términos y condiciones otorgados por otros bancos, entidades o instituciones participantes en el consorcio, y, al a inversa, Investitionsbank no aceptará términos y condiciones menos favorables que los ofrecidos por otros bancos, entidades o instituciones.

La decisión de la realización de las tareas enumeradas anteriormente por parte del Banco de Inversiones corresponde al Senado de Berlín que, en caso afirmativo, lo comunicará al Parlamento del Länd. El Senado no podrá conceder autorización cuando se incumplan los principios y reglas que, en materia de subvenciones, establece la Unión Europea o cuando, entre otros supuestos, la operación no sea viable económicamente, o, precisando más el texto original alemán (que es el que hemos manejado, en detrimento del inglés) cuando los gastos resultantes de la operación no puedan ser cubiertos mediante otros ingresos.

Dado el papel prevalente del Senado de Berlín en la política financiera del Banco de Inversiones, se establece que la ejecución de las tareas se regirá por normas, en particular mediante acuerdos, de Derecho público donde se detallarán el objeto y el alcance del servicio que deba prestarse, así como la remuneración a percibir.

Igualmente, se establecen (los estatutos son muy germánicos -valga la redundancia- y regulan cualquier detalle, limitando la autonomía del banco y sometiendo sus decisiones a las líneas de política económica fijada por los poderes públicos del Länd), directrices específicas para la gestión de la tesorería, que, básicamente, tienden a minimizar los riesgos.

El Consejo de Administración está compuesto por nueve miembros (con exigencias de honorabilidad, solvencia, profesionalidad y conocimiento del sector financiero), de los cuales seis son nombrados por el Senado de Berlín y tres por los sindicatos (en la traducción correcta, sería por el Comité de representación de los trabajadores). La

¹¹ Nos abstenemos de la calificación del riesgo/país de la OCDE y las fórmulas de cálculo, ya que no creemos que tenga interés para el eventual modelo navarro, donde las inversiones financiadas habrían de localizarse, prevalentemente, en su territorio, amén de incurrir en una prolijidad innecesaria.

duración del mandato es de cuatro años, prorrogables una sola vez, pero no se establece ninguna norma sobre paridad de género, a diferencia de lo que ocurría en el modelo italiano de Finlombarda.

El Consejo de Administración elaborará y aprobará un presupuesto, antes del comienzo de cada ejercicio anual. En él se garantizará que los gastos, resultado de las actividades empresariales de Investitionsbank, está cubierto por los ingresos esperables de la actividad financiera, de forma, y esto es relevante, que **el capital social y la provisión para fines especiales no pueden ser modificados cuantitativamente, es decir, tienen que estar equilibrados**. Si bien, hemos señalado que las entidades financieras públicas deben, en la medida de lo posible, generar beneficios económicos (con independencia de los sociales, que constituyen un intangible importante y básico), el art. 10 de los Estatutos señala dos principios que no son incompatibles entre sí:

- a) El negocio financiero de Investitionsbank se gestionará de acuerdo con principios comerciales y económicos.
- b) Las actividades de Investitionsbank no están orientadas hacia la generación de beneficios, lo cual no significa, y basta acudir a los balances, que no se obtengan. Si lo tradujésemos al castellano, estaríamos ante una entidad financiera, regida por principios económicos, pero sin ánimo de lucro ab initio, que es lo que caracteriza a la sociedad de capital. Si bien la actividad bancaria no se orienta a la obtención de beneficios, sí se produce la obtención de estos (si bien en cantidades no muy relevantes) y corresponde al Senado de Berlín la determinación del destino de los mismos, que, en principio, se destinarán a aumentar la provisión especial, que, junto con el capital inicial, conforman los fondos propios de la entidad. No obstante, dicho Senado puede dar un destino diferente a los beneficios obtenidos, a través de un mecanismo bastante prolijo, ya que tiene que efectuar las justificaciones oportunas, es decir, no se trata de una decisión discrecional sino tasada, pese a ser aprobada por un órgano democrático.

Para concretar aún más la naturaleza jurídica de esta entidad, hay que tener en cuenta que el control y la supervisión de la actividad financiera corresponde a la sección (en el caso del Parlamento de Navarra, sería la Comisión respectiva) competente del Senado berlinés, es decir, que, salvo las disposiciones europeas, en principio y con matices, no hay competencia supervisora directa del Bundesbank.

Por último, unas breves consideraciones económicas, no sin antes advertir que no vamos abrumar con datos de este tipo. Conforme los datos de marzo de 2017 de Fitch, los instrumentos financieros del banco tienen la máxima calificación (AAA/estable); está protegido de la insolvencia por ley, sus inversiones son estables y rentables, no

precisa de ayudas o inyecciones de capital del Länd de Berlín y su financiación en el mercado mayorista es la adecuada en términos de costes financieros (aunque no lo hemos señalado, no puede captar depósitos reembolsables, es decir, no tiene financiación mediante depósitos). No obstante, la agencia de calificación señala como una de las principales incertidumbres, el propósito de la Comisión Europea de exigir a las entidades financieras creadas por entes territoriales la aplicación de las Directivas comunitarias en materia de solvencia de las entidades de crédito, aunque considera que no afectaría en demasía al banco que examinamos¹².

Como decíamos al comenzar este epígrafe, concluiremos con una breve referencia a la VÖB (Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands), la Asociación de Bancos Públicos Alemanes, que tiene 32 miembros de pleno derecho, bancos cuyas acciones son propiedad, directa o indirecta de entidades públicas. Entre sus miembros están los quince bancos regionales cuyos propietarios son los respectivos gobiernos federales y cuya deuda está garantizada por el Gobierno Central alemán¹³. La banca pública alemana tiene una cuota de mercado de mercado del 24% aproximadamente, con especial incidencia en la financiación hipotecaria y de las pequeñas y medianas empresas. A su vez, y como decíamos, de los bancos regionales (y hemos examinado el más relevante por tamaño) cuelgan, en la mayoría de los casos, las cajas de ahorros alemanas, en cuyo entramado no podemos entrar ni siquiera escogiendo una como ejemplo. Del sistema financiero alemán, las cajas de ahorros quizá sean el eslabón más vulnerable años atrás¹⁴. No obstante, hemos de tener en cuenta que son cajas locales (no regionales) que penden de los bancos regionales de los Estados federados.

¹² Como en otros documentos manejados, el informe de Fitch queda a disposición, si lo solicitare, del Gobierno de Navarra.

¹³ Sin embargo, en 2011 se produjo la necesidad de sanear WestLB, el mayor banco público federado, perteneciente a Renania del Norte-Westfalia, que, a su vez, es el Estado más importante de la República Federal. Tanto el Gobierno regional renano, como Bruselas, obligaron al WestLB a presentar un plan de saneamiento, que pasó por dividir el imperio bancario en tres partes. Un banco regional, Verbundbank, que preste los servicios a las cajas de ahorro locales; un banco “malo”, dirigido a liquidar 51.000 millones de euros en activos tóxicos hasta finales del 2012 y que liquidará otros 100.000 millones de euros adicionales de lo que quede de WestLB después de la partición, un proceso que deberá haberse finiquitado el 31 de agosto. El que fuera el banco del estado federado de Renania del Norte-Westfalia, registró pérdidas anuales casi sin tregua durante los últimos siete años. Se convirtió en un lastre multimillonario para el contribuyente germano, hasta el punto de la República Federal llegó a invertir 18.000 millones de euros en inyecciones públicas de recapitalización, eso sí, sin recurrir, como en el caso de España, a ayudas de la UE y/o del BCE.

¹⁴ Aunque los datos sean antiguos, en 2011 había 426 cajas de ahorros en Alemania, según información de la Deutsche Sparkassen und Giroverband (DSGV), que sería un organismo similar a la patronal de dichas entidades de crédito. Si nos remontamos a estos años, es por ser la fecha de inicio de la crisis bancaria y la subsiguiente adopción de medidas tanto a nivel normativo europeo, como económico, por

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

A. *El contexto normativo.*

El régimen jurídico de las entidades de crédito es el establecido por las normas de ordenación y disciplina, en consecuencia, debe tenerse presente la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito junto a las normas que la desarrollen, el Reglamento (UE) n.º 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) n.º 648/2012, así como el resto de las normas del ordenamiento jurídico español y del Derecho de la Unión Europea que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito.

Ahora bien, la normativa reguladora de las sociedades mercantiles será de aplicación a las entidades de crédito en cuanto no se oponga a las ya referidas *ut supra* y, en particular, a la normativa especial por la que se rigen las cajas de ahorros y las cooperativas de crédito.

Como cuestión previa, pero igualmente relevante, ha de tenerse en cuenta que una banca pública y aquí empleamos el término stricto sensu, puede crearse (dejando de lado los aspectos procedimentales) de distintas maneras, de entre las cuales entresacaremos las más sobresalientes:

- a) Mediante la constitución de una sociedad anónima con capital 100% público. Aquí el problema, dejando de lado las autorizaciones, exigencias del regulador, etc., sería, en parte económico, ya que habría que contar con los fondos necesarios para el desembolso del capital mínimo, y caben dos opciones, que desarrollaremos en capítulo independiente: una, mediante la enajenación de bienes patrimoniales y otra, mediante el endeudamiento público, cuestión que dejamos meramente apuntada aquí porque merece un epígrafe aparte, al afectar a la ratio Deuda pública/PIB aprobado para 2018, dentro del marco de los objetivos de estabilidad presupuestaria, por las Cortes.

parte del BCE. Solo la Hamburger Sparkasse tenía activos superiores a 30.000 millones de euros y, por ello, fue la única fiscalizada por el BCE, mientras que en España todos los bancos y cajas (salvo Caja Laboral y la Banca March) tuvieron que pasar el examen del mismo mediante mecanismos tales como los tests de stress. En todo caso, y con todos los problemas que alguna sparkasse presentaba, no sólo la señalada, hemos de tener en cuenta que los activos de las mismas superaban, en 2012, la suma de los activos de Banco Santander, Caixabank y BBVA, lo cual da una orientación sobre su tamaño.

- b) Mediante la constitución de una sociedad anónima con el 50,01% del capital público. Esta opción plantea muchos problemas económicos (menos jurídicos) ya que, dados los niveles de exigencia de capital y de fondos propios, es bastante dudoso que alguna empresa de gran dimensión u otra entidad financiera quiera participar (aunque la inversión sea pequeña en términos cuantitativos) en un banco donde no va a tener capacidad decisoria alguna (al ser el Gobierno de Navarra el accionista mayoritario), amén de que, en el segundo supuesto, se estaría produciendo una competencia contra sí misma (salvo que no tuviera oficinas en la Comunidad Foral), sin reportarle ningún beneficio inmediato, salvo la eventual participación en beneficios, sin derechos políticos relevantes, en la medida en que los accionistas privados estarían en minoría¹⁵.
- c) Mediante la adquisición por la Comunidad Foral de una entidad financiera existente. Aquí nos encontramos con problemas fundamentalmente económicos, puesto que el desembolso que habría que efectuar sería muy elevado y territoriales puesto que no hay ninguna entidad que opere exclusiva o primordialmente en nuestra Comunidad, salvo el caso de Caja Rural de Navarra (cuyo patrimonio neto es de 1.048 millones de euros y obtuvo unos beneficios de 66,5 millones de euros a 31 de diciembre de 2016) que es muy peculiar, puesto que se trata de una cooperativa de crédito, a su vez integrada en un grupo financiero (Grupo Caja Rural, en cuya composición no vamos a entrar).

Debe tenerse igualmente presente que cabe la posibilidad de que la banca pública se ejerza a través de una Caja de Ahorros, esto es, de una entidad de crédito de carácter fundacional y finalidad social, cuya actividad financiera se orientará principalmente a la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pequeñas y medianas empresas, al amparo de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre. Los precedentes, tanto en Navarra como en el resto del Estado, derivados de la crisis sistémica del sistema bancario español, con el subsiguiente rescate europeo -en particular, en el sector de las cajas de ahorros- hacen, aunque nos adelantemos a las conclusiones, que esta no sea la mejor de las soluciones posibles. En este caso, los precedentes, llamémosles sociológicos, derivados de la extinción de Caja Navarra, así como la realidad (no se ha creado ninguna nueva caja desde 2012), no aconsejan esta solución, aunque jurídicamente, nuestra obligación es ponerla sobre la mesa de debate a fin de que los poderes públicos de la Comunidad

¹⁵ Descartamos, aunque apuntemos, otra hipótesis: que el 50,01% del capital pertenezca al Gobierno de Navarra y que el 49,99% pertenezca a particulares, lo que conllevaría una política de captación de accionistas minoritarios, que se nos antoja difícil, amén que la cuestión pertenece al plano económico.

Foral tengan todas las alternativas posibles para, en su caso, adoptar la decisión que proceda.

B. Competencias del Banco de España.

Corresponde al Banco de España el ejercicio de las competencias que le atribuyan las normas de ordenación y disciplina sobre las entidades de crédito. El Banco de España ejerce sus competencias, sin perjuicio de las funciones atribuidas al Banco Central Europeo (BCE) y en cooperación con esta institución, de conformidad con lo previsto en el Reglamento (UE) n.º 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al BCE tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

En particular, **corresponde al Banco de España**, entre otras competencias que le puedan ser atribuidas en el ordenamiento, **autorizar la creación de entidades de crédito**, autorizar las modificaciones estatutarias de las entidades de crédito, revocar la autorización concedida a una entidad de crédito, practicar la inscripción en el registro de entidades de crédito, y ejercer la función supervisora y sancionadora de las entidades de crédito.

En epígrafe independiente, y aunque la ordenación sistemática no parezca la más ortodoxa, haremos referencia a las competencias de la Comunidad Foral en materia de entidades financieras, aunque, a priori, cabe destacar que ello no va a enervar las facultades, someramente descritas, del Banco de España, dado el carácter de legislación básica del Estado que tiene la normativa bancaria y la mercantil.

C. Participaciones significativas.

Se entiende por participación significativa en una entidad de crédito española aquella que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad. También presenta la consideración de participación significativa aquella que, sin llegar al porcentaje señalado, permita ejercer una influencia notable en la entidad. Realmente, este concepto no merece objeto de desarrollo, ya que sólo lo tendría en caso de adquisición de un porcentaje igual o superior al señalado en otra entidad financiera y ya hemos visto los problemas económicos que plantea la única opción viable (Caja Rural de Navarra), todo ello sin contar con que sería necesaria la aquiescencia del grupo en que se integra y, previsiblemente, la autorización del Banco de España y de otras instituciones.

D. Idoneidad e incompatibilidades de altos cargos.

Las entidades de crédito deberán contar con un consejo de administración formado por personas que reúnan los requisitos de idoneidad necesarios para el ejercicio de su cargo. En particular, deberán poseer reconocida honorabilidad comercial y profesional, tener conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones y estar en disposición de ejercer un buen gobierno de la entidad.

La composición general del Consejo de Administración en su conjunto deberá reunir conocimientos, competencias y experiencia suficientes en el gobierno de entidades de crédito para comprender adecuadamente las actividades de la entidad, incluidos sus principales riesgos y asegurar la capacidad efectiva del consejo de administración para tomar decisiones de forma independiente y autónoma en beneficio de la entidad. En todo caso, deberá velar porque los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad de experiencias y de conocimientos, faciliten la selección de consejeras (paridad de género, aunque en España se incumple sistemáticamente) y, en general, no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna.

Los requisitos de honorabilidad, conocimiento y experiencia anteriores deberán concurrir igualmente en los directores generales o asimilados, así como en los responsables de las funciones de control interno y otros puestos clave para el desarrollo diario de la actividad financiera de la entidad de crédito. Estos requisitos serán también exigibles a las personas físicas que representen en el Consejo de Administración a los consejeros que sean personas jurídicas, supuesto difícil que se produzca, salvo que parte del capital sea suscrito por una sociedad pública navarra preexistente, algo no descartable, siempre que cuente con medios económicos suficientes.

Concurre honorabilidad en quienes hayan venido mostrando una conducta personal, comercial y profesional que no arroje dudas sobre su capacidad para desempeñar una gestión sana y prudente de la entidad. Para valorar la concurrencia de honorabilidad deberá considerarse toda la información disponible, de acuerdo con los parámetros que se determinan reglamentariamente.

Poseen conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones en las entidades de crédito quienes cuenten con formación del nivel y perfil adecuados, en particular en las áreas de banca y servicios financieros, y experiencia práctica derivada de sus anteriores ocupaciones durante periodos de tiempo suficiente.

Para valorar la capacidad de los miembros del Consejo de Administración de ejercer un buen gobierno de la entidad se tendrán en cuenta la existencia de potenciales conflictos de interés y la capacidad de dedicar el tiempo suficiente para llevar a cabo las correspondientes funciones.

Las entidades de crédito deberán contar, en condiciones proporcionadas al carácter, escala y complejidad de sus actividades, con unidades y procedimientos internos adecuados para llevar a cabo la selección y evaluación continua de los cargos sometidos al régimen de idoneidad.

Asimismo, las entidades de crédito deberán identificar los puestos clave para el desarrollo diario de su actividad financiera y los responsables de las funciones de control interno, manteniendo a disposición del Banco de España una relación actualizada de las personas que los desempeñan, la valoración de la idoneidad realizada por la entidad y la documentación que acredite la misma.

La valoración de los requisitos de idoneidad se realizará tanto por la propia entidad de crédito o, cuando proceda, por sus promotores, o por el adquirente de una participación significativa, si fuera el caso, así como, cuando corresponda, por el Banco de España.

Las entidades de crédito deberán velar en todo momento por el cumplimiento de los requisitos de idoneidad reseñados. A estos efectos, el Banco de España requerirá la suspensión temporal o cese definitivo en los cargos o la subsanación de las deficiencias identificadas en caso de falta de honorabilidad, conocimientos o experiencia adecuados o de capacidad para ejercer un buen gobierno.

Si la entidad no procede a la ejecución de tales requerimientos en el plazo señalado por el Banco de España, éste acordará la suspensión temporal o el cese definitivo del cargo correspondiente, y ello, sin perjuicio, de la imposición de las sanciones correspondientes.

El Banco de España determinará el número máximo de cargos que un miembro del Consejo de Administración o un director general o asimilado puede ocupar simultáneamente teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la entidad de crédito y la naturaleza, dimensión y complejidad de sus actividades.

En general, los miembros del Consejo de Administración y los directores generales y asimilados de entidades de crédito mayores, más complejas o de naturaleza más singular no podrán ocupar al mismo tiempo más cargos que los previstos en una de las siguientes combinaciones: a) un cargo ejecutivo junto con dos cargos no ejecutivos; b) cuatro cargos no ejecutivos. Se entenderá por cargos ejecutivos aquellos que desempeñen funciones de dirección cualquiera que sea el vínculo jurídico que les atribuya estas funciones. El ejercicio de las funciones de miembro del Consejo de Administración o director general o asimilado de una entidad de crédito requiere su previa inscripción en el Registro de Altos Cargos del Banco de España.

Una cosa es la legislación que hemos reseñado (que tiende a buscar Consejos de Administración muy profesionales, con ausencia no confesada pero real de cargos políticos) y otra distinta la realidad, en forma de recomendaciones e instrucciones y que podemos sintetizar del siguiente modo:

- a) El BCE y el Banco de España están apoyando la reducción del número de miembros de los Consejos de Administración de las entidades financieras, lo cual, a priori, debería orientar el modelo que, en su caso, se presentaría.
- b) La crisis de las cajas de ahorros ha llevado a un recelo muy importante respecto de la presencia de representantes políticos o sindicales en los Consejos de Administración (sean de bancos o de cajas de ahorros). De tal manera que los Consejos han de estar formados por profesionales de reconocida solvencia en el ámbito financiero, lo cual dificulta notablemente no sólo el control (y no nos referimos al dominical, que está asegurado) del Gobierno de Navarra que, aun siendo el propietario, tendría que ser escrupuloso con la designación de los miembros; con ello queremos advertir, por si no queda clara la normativa, **que el Banco de España puede negar la autorización por falta de idoneidad de los miembros del Consejo de Administración.**
- c) Enlazando con lo anterior, el supervisor va ser muy riguroso con los riesgos contraídos en la concesión de préstamos, avales, etc. En otros términos, **hay que plantearse, con carácter previo, la finalidad de la creación de una banca pública** porque, *ad exemplum*, si se trata de facilitar el crédito a empresas o familias con dificultades para el acceso al mismo, hay unos riesgos importantes de impago, que van a exigir unas dotaciones y provisiones para insolvencia que pueden dar al traste con el proyecto, si es que llega a buen puerto¹⁶.

Por otro lado, y esta es una cuestión económica, **es menester que la entidad bancaria obtenga beneficios (quizá no en los primeros años)**, no distribuibles en un primer momento -ya que se llevarían a reservas no sólo por imperativos legales, sino para reforzar la solvencia y cumplir los requisitos de los Acuerdos de Basilea- hasta la consolidación de la misma en el mercado financiero (que presenta un alto nivel de concentración en Navarra), con la finalidad de reforzar los fondos propios y los coeficientes de solvencia impuestos por la normativa. Aquí jugarían ciertos parámetros

¹⁶ Además, dadas las reglas de competencia, la concurrencia de otras entidades bancarias -lato sensu- en la Comunidad Foral, hace necesario ser especialmente meticuloso en la oferta de productos financieros y las condiciones de los mismos. Los productos financieros deben situarse en condiciones próximas a las de mercado, para evitar problemas de competencia desleal, y deben ser colocados entre personas (normalmente empresas) que tengan un perfil de riesgo determinado, por lo cual es básica la profesionalidad y composición del Comité de Riesgos.

económicos, como la calidad de los activos, la ratio de solvencia, etc., que dejamos meramente apuntados, ya que su consideración pertenecería más bien a un análisis económico de la viabilidad de una banca pública en Navarra.

E) Gobierno corporativo.

La regulación del gobierno corporativo de las entidades de crédito asimismo se considera como uno de los elementos sustanciales del acceso al ejercicio de la actividad bancaria

Así, las entidades de crédito se deben dotar de sólidos procedimientos, que incluirán: a) una estructura organizativa clara con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes; b) procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que estén expuestas o puedan estarlo; c) mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables correctos; y d) políticas y prácticas de remuneración que sean compatibles con una gestión adecuada y eficaz de riesgos y que la promuevan.

El Consejo de Administración de las entidades de crédito debe definir un sistema de gobierno corporativo que garantice una gestión sana y prudente de la entidad, y que incluya el adecuado reparto de funciones en la organización y la prevención de conflictos de intereses. El Consejo de Administración vigilará la aplicación del citado sistema y responderá de ella. Para ello deberá controlar y evaluar periódicamente su eficacia y adoptar las medidas adecuadas para solventar sus deficiencias.

Como parte de los procedimientos de gobierno y estructura organizativa referidos, las entidades de crédito elaborarán y mantendrán actualizado un Plan General de Viabilidad que contemple las medidas que se vayan a adoptar para restaurar la viabilidad y la solidez financiera de las entidades en caso de que estas sufran algún deterioro significativo. El Plan será sometido a aprobación del Banco de España que podrá exigir la modificación de su contenido y, en caso de considerarlo insuficiente, imponer a las entidades las medidas previstas en el artículo 24 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

Las entidades de crédito deberán constituir un Comité de Nombramientos, integrado por los miembros del Consejo de Administración que no desempeñen funciones ejecutivas en la entidad. **Al menos un tercio de estos miembros y, en todo caso el presidente, deberán ser consejeros independientes.** El Banco de España podrá determinar que algunas entidades, en razón a su tamaño, su organización interna, la naturaleza, el alcance o la escasa complejidad de sus actividades, puedan constituir el

Comité de Nombramientos de manera conjunta con el Comité de Remuneraciones, cuestión que no plantearía problemas en caso de una banca pública regional navarra, por sus dimensiones, a priori reducidas.

Las entidades de crédito, al fijar y aplicar la política de remuneración global, incluidos los salarios y los beneficios discrecionales de pensiones, de las categorías de personal cuyas actividades profesionales incidan de manera significativa en el perfil de riesgo de la entidad, su grupo, sociedad matriz o filiales, se atenderán a los principios establecidos en la propia ley y en una medida acorde con su tamaño, su organización interna y la naturaleza, el alcance y la complejidad de sus actividades. En particular, estos principios se aplicarán a los altos directivos, los empleados que asumen riesgos, los que ejercen funciones de control, y a todo trabajador que reciba una remuneración global que lo incluya en el mismo baremo de remuneración que el de los altos directivos y los empleados que asumen riesgos, cuyas actividades profesionales inciden de manera importante en su perfil de riesgo.

El Consejo de Administración es el responsable de los riesgos que asuma una entidad de crédito. A estos efectos, las entidades de crédito deberán establecer canales eficaces de información a aquél sobre las políticas de gestión de riesgos de la entidad y todos los riesgos importantes a los que esta se enfrenta. Las entidades de crédito deberán disponer de una unidad u órgano que asuma la función de gestión de riesgos proporcional a la naturaleza, escala y complejidad de sus actividades, independiente de las funciones operativas, que tenga autoridad, rango y recursos suficientes, así como el oportuno acceso al consejo de administración.

El Banco de España determinará las entidades que, por su tamaño, su organización interna y por la naturaleza, la escala y la complejidad de sus actividades, deban establecer un Comité de Riesgos.

Las entidades que a juicio del Banco de España no tengan que establecer un Comité de Riesgos, constituirán Comisiones Mixtas de Auditoría que asumirán las funciones correspondientes del comité de riesgos.

F) Requisitos necesarios para ejercer la actividad crediticia a través de un banco.

Son requisitos necesarios para ejercer la actividad financiera a través de un banco:

- a) Revestir la forma de sociedad anónima constituida por el procedimiento de constitución simultánea y con duración indefinida.
- b) Tener un capital social inicial no inferior a 18 millones de euros, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas¹⁷. Si bien esto es lo que señala la normativa, sería conveniente que el capital -caso de optar por la fórmula bancaria- fuese superior (no indicamos cifra) para afrontar la constitución efectiva, si bien todo ello dependerá de la política de captación de pasivo y/o fondos reembolsables. En relación con este punto, habría que decidir, políticamente, si la captación de pasivo va a ser mediante emisión de bonos, obligaciones, apelación al BCE (aunque ello suponga requisitos importantes, que en un primer momento es previsible que se incumplan), al mercado interbancario o si se va a permitir a empresas, particulares e instituciones tener depósitos o, en general, fondos reembolsables. Se trata de un elemento básico, aunque no se plasme de forma específica en los Estatutos, el modo de captación de recursos ajenos. En suma, aunque las expresiones deberían ser matizadas, los poderes públicos deben decidir si se quiere tener una banca mayorista o minorista, una banca comercial o una banca de inversión estratégica que sirva como instrumento financiero auxiliar de la política económica de nuestra Comunidad.
- c) Limitar estatutariamente el objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito.
- d) Que los accionistas titulares de participaciones significativas sean considerados idóneos. Aquí, hemos de destacar la solvencia e idoneidad del Gobierno de Navarra.
- e) No reservar a los fundadores ventaja o remuneración especial alguna.
- f) Contar con un Consejo de Administración formado por al menos cinco miembros. Los miembros del consejo de administración, los directores generales

¹⁷ Véase el art. 4 del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Hay que tener en cuenta que es el capital social mínimo inicial y que ha de estar íntegramente desembolsado. En algunos documentos y en alguna presentación ante el Parlamento de Navarra, se habla de 28 millones, cifra incorrecta a la luz de nuestra legislación, de ahí la nota con la legislación aplicable.

o asimilados y los responsables de las funciones de control interno y otros puestos clave tanto de la entidad como, en su caso, de la sociedad dominante, deberán cumplir los requisitos de idoneidad.

g) Contar con una adecuada organización administrativa y contable, así como con procedimientos de control interno adecuados que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad. En especial, el Consejo de Administración deberá establecer normas de funcionamiento y procedimientos adecuados para facilitar que sus miembros puedan cumplir, en todo momento, sus obligaciones y asumir las responsabilidades que les correspondan de acuerdo con las normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, u otras disposiciones que sean de aplicación.

h) Tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, en territorio español y, en concreto, en nuestro caso, en Navarra.

i) Contar con procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo en las condiciones establecidas por la normativa correspondiente.

G) Las cajas de ahorros: sus especialidades.

Aunque ya hemos señalado la escasa proclividad del BCE y la prevención del legislador español y del supervisor bancario a la creación de cajas (teniendo en cuenta la experiencia estatal y la crisis sistémica que culminó con el rescate/recapitalización y, en algún caso, venta a bancos, con pérdidas importantes para el erario público y expectativas poco halagüeñas a corto plazo de recuperación de las inyecciones financieras), es posible el ejercicio de la actividad crediticia a través de las mismas. Muchas de las disposiciones que hemos visto anteriormente, sobre control, supervisión, etc., son trasladables a las cajas, por lo que no incurriremos en reiteraciones. Su regulación, como hemos adelantado, se contiene en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, cuya Exposición de Motivos advierte que la nueva norma ha previsto una restricción al tamaño de las cajas, que viene motivada por la necesidad de que en ningún caso puedan alcanzar una dimensión que las haga sistémicas. Se trata, por lo tanto, de una medida que busca garantizar la estabilidad del sistema financiero. La estructura jurídica de las cajas no permite hacer frente a situaciones de crisis con la agilidad necesaria debido a las dificultades con que cuentan para atraer capitales, dado que no pueden emitir acciones

y, por tanto, el incremento de recursos propios ha de hacerse por otras vías. Por ello, es preciso evitar que las cajas tengan un tamaño excesivo y puedan poner en peligro el sistema financiero.

Por otro lado, aunque relacionado con lo anterior, se ha buscado que las cajas de ahorros operen fundamentalmente en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma o en provincias limítrofes entre sí, incluyendo lógicamente en este caso las comunidades autónomas uniprovinciales, para que la función social de la entidad esté vinculada a un área geográfica con unas características, peculiaridades y necesidades comunes. Se estrecha así la vinculación entre el lugar de origen de la caja y el territorio que será beneficiario de la función social, lo que permitirá el tradicional arraigo que han tenido las cajas en su lugar de actuación. Desde luego, esta regulación afecta a los elementos esenciales de funcionamiento de las cajas y, por lo tanto, ha de tener carácter básico. En definitiva, las nuevas cajas¹⁸ han de ser de pequeña dimensión, no sistémicas y circunscrito su ámbito de actuación a la Comunidad Autónoma promotora. De hecho, la Ley citada ni siquiera está pensando en cajas locales, entendiendo por tales, las de carácter municipal, aunque, en teoría, no están prohibidas, si bien, dada la eventual impulsión del Gobierno de Navarra, no nos referiremos a ellas.

De forma muy sintética, las características fundamentales que se desprenden de la ley de 2013 serían las siguientes:

- a) Son entidades de crédito de carácter fundacional y finalidad social, cuya actividad financiera se orientará principalmente a la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pequeñas y medianas empresas¹⁹. Su ámbito de actuación no excederá el territorio de una Comunidad Autónoma. No obstante, podrá sobrepasarse este límite siempre que se actúe sobre un máximo total de diez provincias limítrofes entre sí, si bien no creemos que esta excepción a la territorialidad autonómica tenga interés en el caso de Navarra.

¹⁸ Hablar de “nuevas cajas” es un eufemismo, puesto que desde la aprobación de la Ley de 2013 no se ha autorizado la creación de ninguna. Ignoramos, porque el Banco de España no suministra información, si se ha presentado alguna solicitud.

¹⁹ Si bien se utiliza el adverbio “principalmente” a la hora de definir su actividad crediticia, se observa como la misma va dirigida a minoristas y pequeñas y medianas empresas. En términos prácticos, ello se traduce en el hecho de la dificultad de instrumentar la caja al servicio de la gestión de tesorería de la Comunidad Foral, de compra de Deuda pública autonómica, etc. No obstante, el art. 31.1.d) de la Ley, teóricamente, permite la suscripción de Deuda autonómica y/o local, por parte de la Caja, por lo que no habría problemas para que actuase, respetando las condiciones de mercado, como instrumento de financiación del sector público navarro.

- b) La obra social de las cajas de ahorros podrá tener como destinatarios a los impositores, a los empleados de la propia caja y a colectivos necesitados, así como dedicarse a fines de interés público de su territorio de implantación.
- c) La administración, gestión, representación y control de las cajas de ahorros corresponde a los siguientes órganos de gobierno: la Asamblea general, el Consejo de Administración²⁰ y la Comisión de Control. La despolitización de las cajas de ahorros viene claramente establecida en el régimen de incompatibilidades -muy severo- de las personas que pueden pertenecer a dichos órganos²¹. Las funciones de cada órgano aparecen prolijamente contempladas en la primera parte de la Ley de 2013 (la segunda parte, se refiere a las fundaciones bancarias *ex novo*²², a las cuales no nos referiremos en este informe técnico).
- d) Las Cajas de Ahorros deben realizar un informe sobre gobierno corporativo y un informe anual sobre retribuciones, con unos requisitos y extensión que, con algún matiz, recuerdan los requisitos exigidos a los bancos.
- e) En determinados supuestos (activos totales consolidados superiores a 10.000 millones de euros y/o cuota de mercado de depósitos superior al 35% en su ámbito territorial de actuación), la Ley establece un mecanismo complejo. Por un lado, la caja de ahorros ha de transformarse en sociedad por acciones (cualquiera que sea la denominación que tenga) y, por otro, habrá que constituir una fundación que será la tenedora de las acciones de esa sociedad. No obstante, vistos los requisitos, es dudoso que, caso de los poderes públicos de Navarra se decanten por esta opción, sea menester dicha transformación y la sucesiva constitución de una fundación tenedora de las acciones, por la que exposición realizado ha sido muy somera. Siendo realistas, una eventual “nueva” Caja Navarra no va alcanzar ninguno de los dos requisitos exigidos.

²⁰ Dentro de este, se constituirán las Comisiones de inversiones, de retribuciones y nombramientos y de obra social.

²¹ Así, el ejercicio del cargo de miembro de los órganos de gobierno de una caja de ahorros será incompatible con el de todo cargo político electo y con cualquier cargo ejecutivo en partido político, asociación empresarial o sindicato. El ejercicio del cargo de miembro de los órganos de gobierno de una caja de ahorros será igualmente incompatible con el de alto cargo de la Administración General del Estado, la Administración de las comunidades autónomas y la Administración local, así como de las entidades del sector público, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquellas. Tal incompatibilidad se extenderá durante los dos años siguientes a la fecha del cese de los altos cargos.

²² Si bien, las fundaciones bancarias son aquéllas que mantengan una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración

- f) Curiosamente, la Ley no dice, de forma expresa, cuál tiene que ser la dotación inicial de la Caja, pero en la medida en que se aplica supletoriamente la normativa bancaria general, el desembolso inicial sería de 18 millones de euros.
- g) Como ventaja, frente a los institutos de finanzas, que merecen capítulo aparte, las cajas de ahorros, al igual que los bancos pueden captar depósitos de particulares y empresas, lo cual presenta ventajas e inconvenientes. Ventajas porque se reduciría la dependencia de la financiación mayorista (vía mercado interbancario, vía, si contase con activos suficientes y pignorable y fueren de calidad máxima, apelación a las líneas de crédito del BCE -aunque es una hipótesis difícil-). Inconvenientes, porque la gestión del pasivo determinaría unos mayores costes de intermediación, aun en el supuesto de que los depósitos no estuvieran retribuidos, si bien ello restaría competitividad frente a otras entidades bancarias. Junto a las ventajas e inconvenientes, hay una incertidumbre que no podemos despreciar y es, dada la concentración muy elevada del mercado bancario en Navarra, cuánto pasivo se podría captar por esta vía.

Por último, hemos de hacer una consideración global: el cumplimiento de los coeficientes de solvencia, la exigencia de fondos propios, etc., sólo puede hacerse mediante aplicación de resultados, puesto que, a diferencia de los bancos, las cajas no pueden emitir acciones, al no ser sociedades anónimas. Ciertamente, pueden acudir a otros mecanismos de captación de fondos dirigidos a incrementar su “core capital” o a cumplir los requisitos del TIER1, pero la experiencia española (y en especial, las participaciones preferentes, la deuda subordinada y otros productos financieros complejos, etc.) pueden despertar un recelo en los clientes minoristas, que quizá haga más que inviable este mecanismo²³, con lo cual la capitalización de la eventual caja exigiría, dado el endurecimiento de las condiciones, inyecciones de dinero de la entidad fundadora (el Gobierno de Navarra) que se nos antojan inviables, dada la situación de nuestra Comunidad. Para aclarar esta última afirmación, con la misma queremos significar que una cosa es desembolsar el capital inicial (que no plantea a priori problemas económicos, salvo mejor criterio de los poderes públicos) y otra muy distinta ir inyectando periódicamente fondos por la incapacidad de la caja para cumplir los requisitos de los acuerdos de Basilea.

Somos conscientes de dejar en el tintero algunas cuestiones menores, pero ello no haría sino descender a un casuismo innecesario en este momento. Sólo cuando el Gobierno -y, en su caso, el Parlamento- decidan alguna de las alternativas ofrecidas, podremos,

²³ A ello haya que sumar la necesaria autorización de folleto de emisión por parte de la CNMV.

gustosamente, extendernos en otras consideraciones, si bien esta labor puede ser realizada por técnicos del Gobierno de Navarra, a los que, también por lealtad institucional, podríamos servir como apoyo.

H) Los establecimientos financieros de crédito.

La Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial ofrece además la posibilidad de constituir una empresa que, sin tener la consideración de entidad de crédito y previa autorización del Ministro de Economía y Competitividad, se dedique con carácter profesional a ejercer la actividad de concesión de préstamos y créditos, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y financiación de transacciones comerciales. Los establecimientos financieros de crédito no podrán captar fondos reembolsables del público.

Los establecimientos financieros de crédito se registrarán por lo dispuesto en la citada Ley 5/2015 y su normativa de desarrollo y, para todo lo no previsto en dicha normativa, su régimen jurídico será el previsto para las entidades de crédito.

En especial se aplicará a los establecimientos financieros de crédito la regulación sobre participaciones significativas, idoneidad e incompatibilidades de altos cargos, gobierno corporativo y solvencia contenida en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y su normativa de desarrollo, así como la normativa de transparencia, mercado hipotecario, régimen concursal y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo prevista para las entidades de crédito.

Ya hemos señalado en líneas anteriores de este capítulo, que esta fórmula nos parece inapropiada, ya que está pensada para la financiación del consumo de particulares en España, teniendo un nicho de mercado muy escaso en el ámbito hipotecario (donde podría tener algún interés) y en el caso de las transacciones comerciales. Tampoco nos parece la fórmula adecuada para las pretensiones del acuerdo programático suscrito por el cuatripartito, si bien la hemos incorporado para ofrecer, como es nuestra obligación, una visión global de las alternativas.

I) *Las cooperativas de crédito.*

Por razones de comprensión in totum del sistema financiero, hay que hacer una brevísima referencia a las cooperativas de crédito (cuya utilización descartamos de antemano por las razones que exponemos a continuación), cuya regulación inicial (modificada y afectada por la normativa ut supra señalada) todavía se contiene, a la hora de su definición y delimitación, en la vieja Ley 13/1989, de 26 de junio, objeto de modificaciones ulteriores, que no vamos a enumerar en su integridad, de entre las cuales la última es la llevada a cabo por el Decreto-Ley 11/2017, de 23 de junio.

Sus características básicas son las siguientes:

- a) Se trata de sociedades cuyo objeto social es servir a las necesidades financieras de sus socios y de terceros mediante el ejercicio de las actividades propias de las entidades de crédito. El objeto social es limitado *ope legis*, pero la actividad bancaria no les diferencia de otras entidades de crédito, salvo lo que diremos posteriormente.
- b) Las cooperativas de crédito tienen personalidad jurídica propia.
- c) El número de sus socios es ilimitado y la responsabilidad de los mismos por las deudas sociales alcanza el valor de sus aportaciones.
- d) Si bien pueden realizar toda clase de operaciones activas, pasivas y de servicios permitidas a las otras entidades de crédito, tienen que prestar atención preferente a las necesidades financieras de sus socios.
- e) Las operaciones con terceros, salvo la modificación introducida en junio de 2017, no pueden superar el 50% de los recursos totales de la entidad.
- f) La solicitud de constitución deberá estar suscrita por un grupo de promotores, del que deberán formar parte, al menos, cinco personas jurídicas que desarrollen la actividad propia de su objeto social en forma ininterrumpida desde, al menos, dos años antes de la fecha de constitución, o por ciento cincuenta personas físicas. Como vemos, se trata de un obstáculo importante, no por el número, sino por la adecuación del potencial grupo de promotores al pretendido objeto social. Desde luego, queda descartada que la impulsión, para una entidad financiera pública navarra, se lleve a cabo por personas físicas y, a su vez, plantea dificultades insolubles que cinco instituciones públicas (con personalidad jurídica) sean admitidas como promotoras. Aun en el supuesto de su admisión, nótese que las operaciones con terceros están limitadas.
- g) El importe total de las aportaciones de cada socio no puede exceder del 20% del capital social cuando se trate de personas jurídicas y del 2,5% cuando se trate de una persona física. Pero, además, y esto es relevante, en ningún caso las personas jurídicas que no tengan la condición de sociedad cooperativa (y

desde luego el Gobierno de Navarra no tiene dicha condición, ni la CPEN, ni ninguna entidad pública que puede promover la constitución) podrá poseer más del 50% del capital

Creemos que, con los requisitos y condiciones impuestas por la legislación, no es necesario ahondar en consideraciones acerca de la improcedencia de recurrir a esta figura para constituir una banca (en el sentido vulgar del término) pública en Navarra. En definitiva, se trata de entidades financieras al servicio de intereses particulares (generalmente agrarios, aunque también profesionales). En el primer grupo se encuentran todas las Cajas Rurales, mientras que en el segundo encontramos entidades como la Caja de Arquitectos (actualmente, Arquia) o la Caja de Ingenieros.

J) El procedimiento administrativo para la creación de una entidad de crédito y otras cuestiones.

La autorización para crear entidades de crédito en España corresponde al Banco Central Europeo desde el 1 de noviembre de 2014, siendo toda la documentación recabada por el Banco de España quien la eleva a dicho organismo. Para otorgar la autorización se tienen en cuenta una serie de requisitos relacionados con la solvencia de la nueva entidad, la idoneidad de sus accionistas y altos cargos, la profesionalidad de estos últimos y la existencia de una buena organización administrativa y contable así como procedimientos de control interno adecuados, cuestiones todas ellas tratadas en epígrafes anteriores.

Una vez obtenida la autorización y tras su constitución e inscripción en el Registro Mercantil, las entidades de crédito deben inscribirse en el Registro de Entidades e inscribir a sus consejeros, directores generales o asimilados en el Registro de Altos Cargos, ambos en el Banco de España. De tal manera, y con ello se disipa una duda relevante, sólo tras la autorización se procederá a la constitución del banco/caja en el Registro Mercantil y, por tanto, lógicamente, el desembolso del capital es posterior a la autorización, salvo lo que veremos posteriormente, puesto que hay que constituir un depósito del 20%

La normativa comunitaria que regula el ejercicio de la actividad bancaria consagra el principio de licencia única y de supervisión por el país de origen (con alguna excepción en el caso de España, por razones del rescate de una parte del sistema bancario, aunque creemos que, por dimensión, ello no afectaría a la entidad de crédito impulsada por el Gobierno de Navarra), de modo que todas las entidades de crédito autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea (UE) disponen de lo que se denomina el “pasaporte comunitario”. A raíz del reconocimiento del pasaporte comunitario y de la supervisión por el país de origen surge la necesidad de asegurar un nivel mínimo de garantía de los depósitos en el ámbito de la UE. Por ello, la Directiva

2014/49/UE exige que todas las entidades de crédito estén cubiertas por un sistema de garantía de depósitos y armoniza los elementos principales de los mismos. La última disposición estatal al respecto se contiene en el Real Decreto-ley 16/2011, por el cual los tres fondos de garantía de depósitos existentes se unificaron en uno solo: el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, que posteriormente fue modificado por el Real Decreto-ley 19/2011.

Otro aspecto que incide en las condiciones del ejercicio de la actividad bancaria es la existencia de una política monetaria única que, de forma análoga al resto de las entidades de crédito de la zona del euro, obliga a las entidades de crédito españolas a mantener unas reservas mínimas de liquidez en el Banco de España, conforme se recoge en el Reglamento (CE) 1745/2003²⁴.

La solicitud de autorización de una entidad de crédito (banco) deberá ir dirigida al Banco de España, y a la misma deberá acompañarse la siguiente documentación:

- Si sus promotores son personas jurídicas, acuerdos sociales (certificación del órgano de administración o junta general) donde se recoja la decisión de llevar a cabo el proyecto de constitución del banco.
- Proyecto de estatutos sociales, que deberán expresar las menciones recogidas en los artículos 116 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, con las particularidades recogidas en 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.
- Certificación registral negativa de la denominación social propuesta.
- Programa de actividades, y su resumen en inglés, en el que de modo específico deberá constar:
 - El género de operaciones que se pretenden realizar.
 - La organización administrativa y contable.
 - Los procedimientos de control interno y el marco de gestión de riesgos.
 - Las unidades y procedimientos internos que se establezcan para llevar a cabo la selección y evaluación continua de los miembros de su

²⁴ Dichas reservas son depósitos que las entidades de crédito deben mantener obligatoriamente en los bancos centrales nacionales. Son un instrumento de política monetaria que afecta a las necesidades estructurales de liquidez del mercado y permite estabilizar los tipos de interés a corto plazo. En el Eurosistema, las reservas mínimas se calculan aplicando un coeficiente, actualmente el 1%, llamado coeficiente de reservas o coeficiente de caja, a los saldos, a fin de mes, de determinados pasivos de las entidades de crédito, generalmente a plazos inferiores a dos años que, en conjunto, forman lo que se denomina base de reservas. Las reservas así determinadas se deben mantener durante un período de un mes y se remuneran al tipo de interés de las operaciones principales de financiación del Eurosistema.

- consejo de administración y de sus directores generales o asimilados, y de las personas que asuman funciones de control interno u ocupen puestos clave para el desarrollo diario de la actividad bancaria.
- Los procedimientos previstos para atender las quejas y reclamaciones que presenten sus clientes.
 - Los procedimientos y órganos de control interno y de comunicación que se establezcan para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.
 - Plan de negocio, incluyendo una explicación detallada sobre la distribución geográfica, clientes potenciales, plan estratégico, modelo de negocio y principales factores de riesgo y su medición.
 - Plan financiero, incluyendo datos previsionales estimados de la viabilidad económica, a 5 años, para tres escenarios (desfavorable, base y favorable), con indicación de las hipótesis en que se base. Se detallará la composición del capital, así como las fuentes de financiación principales.
 - Los procedimientos tecnológicos que se establezcan, incluyendo protocolos de seguridad y de cifrado de datos, así como el empleo de plataformas online y/o móvil en el desarrollo de la actividad.
 - Los acuerdos de externalización que se vayan a celebrar, detallando el área funcional afectada, las tarifas acordadas, los procedimientos de control sobre la actividad y de comunicación entre las partes, así como la garantía de acceso del supervisor a cuanta información sea gestionada por el proveedor de la actividad externalizada.
 - Plan de continuidad de negocio.
- Manual de procedimientos para la prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.
 - Relación de socios que van a constituir la sociedad, con indicación de sus participaciones en el capital social y de cualquier tipo de acuerdo a celebrar entre ellos (aquí, al ser una Sociedad unipersonal, no haremos hincapié en los requisitos exigidos para sociedad que no tengan este carácter.
 - Relación de personas que van a integrar el primer consejo de administración y de quienes hayan de ejercer como directores generales o asimilados, así como de los responsables de las funciones de control interno y otros puestos clave para el desarrollo de la actividad, indicando sus principales funciones y su plan de retribución. Respecto a todos ellos se adjuntará historial profesional actualizado y detallado, cuestionario de honorabilidad y buen gobierno.
 - Declaración de privacidad - Tratamiento de datos de carácter personal en el contexto del procedimiento de autorización de entidades de crédito, según modelo del Banco de España.

- Justificante de **haber constituido en el Banco de España un depósito en metálico equivalente al 20% del capital social mínimo exigido para la creación de la entidad, o de haber inmovilizado a favor del Banco de España valores de deuda pública por ese importe:**
 - Para la constitución del depósito en efectivo deberá presentarse previamente el formulario “Solicitud de constitución de depósito necesario en efectivo”.
 - Para justificar la inmovilización de deuda pública, deberá presentarse el correspondiente certificado de inmovilización a favor del Banco de España, expedido por IBERCLEAR (utilizamos su nombre comercial, ya que, en puridad es la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores). El importe nominal a inmovilizar se determinará tomando como referencia el precio medio publicado en el “Boletín del Mercado de Deuda Pública”, del día anterior a la fecha de constitución de la inmovilización de los valores. El plazo de vencimiento de la deuda inmovilizada deberá abarcar el tiempo de la tramitación de la solicitud de autorización, siendo recomendable un plazo de amortización superior a 6 meses, desde la fecha de inmovilización. No obstante, la inmovilización deberá ser renovada si a la fecha de la amortización de la deuda no ha sido resuelto el expediente de autorización.

Por último y aunque las cuestiones aquí tratadas sean tediosas y puramente procedimentales, pero importantes de cara a la formación de un criterio por parte de los poderes públicos de la Comunidad Foral, el órgano que resuelve, como hemos señalado, la solicitud es el BCE. El Banco de España se limita a elevar al BCE la propuesta de autorización, aunque si se trata de entidades de escasas dimensiones, normalmente, el BCE sigue la propuesta del Banco central de cada Estado. No obstante, y para el caso de desestimación de la solicitud de acuerdo con la legislación nacional, el expediente no se elevaría siquiera en forma de propuesta al BCE y se resolvería por la Comisión Ejecutiva del Banco de España. El plazo de resolución de la solicitud es de seis meses desde la entrada de la solicitud en el Registro, o desde el momento en que se complete toda la documentación exigible y, en todo caso, dentro de los doce meses siguientes a su recepción. Cuando la solicitud no sea resuelta en el plazo anteriormente previsto, podrá entenderse desestimada.

De todos los requisitos, algunos son comunes a la creación de sociedades anónimas, mientras que otros no hacen sino traducir procedimentalmente lo que hemos señalado anteriormente en el plano sustantivo o material. Quizá el más relevante sea y lo hemos señalado en negrita, la necesidad de inmovilizar 3.600.000 euros (el 20% del mínimo del capital social), sea en efectivo, sea en valores de Deuda pública.

Como recomendación y para minimizar los costes económicos y de imagen de este procedimiento o, mejor dicho, para asegurarse, dentro de lo posible, que la solicitud tenga garantía de éxito, se sugiere un contacto previo con las autoridades del Banco de España y, en su caso, de la CNMV, posterior a la adopción de una decisión interna por parte del Gobierno de Navarra (recabando, en su caso, apoyo parlamentario, aunque, técnicamente, no haya de adoptarse ninguna decisión legal), tendente a la creación de un banco público.

Por razones elementales, los contactos han de ser informales y discretos, pero facilitarán una posición al Gobierno de Navarra sobre la predisposición del Banco central para conceder o denegar la autorización. En caso de observar una predisposición negativa del Banco de España, no tiene sentido, por los costes directos (inmovilización del 20% del capital), indirectos (preparación del expediente administrativo) y de imagen pública, solicitar siquiera la autorización, pero esta es una cuestión política que corresponde a la Comunidad Foral.

En un informe técnico, no cabe una proposición política, pero hay dos datos que no por repetidos, debemos reiterar y tener en cuenta, desde una perspectiva puramente aséptica:

- a) No hay ningún banco público regional en España, si bien nada impide que pueda haberlo, con la legislación vigente. Ello puede pesar en la proposición del Banco de España, pese a que Navarra pueda cumplir con todos los requisitos.
- b) Desde la crisis bancaria, con especial incidencia en las cajas de ahorros, no se ha autorizado ninguna entidad de crédito con esta naturaleza jurídica.

IV. LOS INSTITUTOS DE FINANZAS Y LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA.

A) *Introducción, creación y modelo inicial.*

Como hemos señalado, distintas Comunidades Autónomas tienen institutos de finanzas, que, aunque no constituyen el modelo ideal de banca pública (dado que su operativa financiera está restringida, frente a las entidades de crédito, como bancos y cajas), quizá sea el mecanismo más factible de defender desde el punto de jurídico, teniendo en cuenta las competencias de la Comunidad Foral, ya que en este caso se produciría una simplificación notable y una “relajación” de los mecanismos de creación, supervisión y control por parte del Banco de España y del BCE. Ello no es óbice para realizar una advertencia como es el intento de la Unión Europea de que tales institutos cumplan los requisitos de solvencia, riesgos, etc, de las entidades de crédito, si bien, según informes preliminares de la Comisión, en España (de momento) sólo el ICO (por su dimensión) está incluido en esta pretensión, que se pretende materializar a finales de 2017

A su vez, **un instituto de finanzas podría constituir un mecanismo instrumental para la creación ulterior de una banca pública (es decir, podría ser un paso intermedio)**, si bien este punto es espinoso, por razones jurídicas, y por la necesidad de adecuarse a la normativa europea y española que hemos señalado. Adelantando ideas que veremos posteriormente, la única Comunidad Autónoma que intentó dicha transformación fue Catalunya, aunque el proceso se abortó, no por razones políticas, sino por razones, como hemos dicho, de las dificultades tanto económicas como jurídicas, derivadas de las modificaciones operadas en la normativa europea. No obstante, antes de adelantar la forma, el modelo, el ámbito de actuación, etc., conviene precisar las competencias de la Comunidad Foral en este punto.

El art. 149.1.11º de la CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases de la ordenación del crédito, banca y seguros, de donde, sensu contrario, se desprende que la ejecución de dichas competencias puede ser asumida, si así se contempla en sus Estatutos, por las Comunidades Autónomas²⁵. Por su parte, el art.

²⁵ En el preámbulo de la derogada Ley 2/1985, de 14 de enero, de la Generalitat de Catalunya, de creación del Instituto Catalán de Finanzas se señalaba que *El Estatuto de Autonomía de Cataluña establece, en el artículo 10.1, que, en el marco de la legislación básica del Estado, corresponden a la Generalidad de Cataluña el desarrollo legislativo y la ejecución de la ordenación del crédito y la banca. Determina, asimismo, en el artículo 12.1, que la Generalidad tiene la competencia exclusiva en las materias relativas a las instituciones de crédito corporativo, público y territorial y cajas de ahorros, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y con la política monetaria del Estado.* La derogación de la norma de creación se debió a que, tras las sucesivas modificaciones, la

148.1.13° de la CE permite a dichas entidades territoriales asumir competencias en materia de fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional. En principio, nada obsta a que el fomento del desarrollo económico se pueda llevar a través de distintas vías, siempre que no se invadan competencias estatales. A nuestro juicio, no se invaden las mismas cuando se produzca una eventual superposición de instrumentos o instituciones para el logro de dichos objetivos, circunscritos, los autonómicos, lógicamente, a su ámbito territorial. Aunque el ejemplo que vamos a poner necesite de muchas matizaciones, en aras de la simplicidad, la existencia del Instituto de Crédito Oficial²⁶ no impide, como la realidad demuestra, la existencia de institutos de finanzas autonómicos. Carece de sentido, en un informe técnico como éste, determinar si es o no un banco público²⁷, en el sentido vulgar del término. Desde luego, no lo es en sentido técnico jurídico (por ejemplo, en materia de dotación inicial presupuestaria ni forma de sociedad anónima).

regulación actual se contiene en el Decreto Legislativo 4/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del ICF.

En el caso de Euzkadi, su creación fue mucho más tardía y se produjo mediante la Ley 15/2007, de Presupuestos Generales de la CAPV para 2008, de 28 de diciembre, en tanto sus Estatutos se aprobaron mediante Decreto 218/2008, de 23 de diciembre, es decir, casi un año después.

²⁶ El Instituto de Crédito Oficial, entidad pública empresarial, es un banco público con forma jurídica de entidad pública empresarial, adscrita al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa. Tiene naturaleza jurídica de Entidad de Crédito, y la consideración de Agencia Financiera del Estado, con personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión para el cumplimiento de sus fines. Se financia en los mercados nacionales e internacionales. Las deudas y obligaciones asumidas gozan frente a terceros de la garantía explícita, irrevocable, incondicional y directa del Estado español.

²⁷ El Instituto de Crédito Oficial (ICO), regulado en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, es una entidad pública empresarial, que tiene naturaleza jurídica de entidad de crédito (ver, además, art. 1 y Disposición Adicional Octava de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, y consideración de agencia financiera del estado, con personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión para el cumplimiento de sus fines. Lo relevante de esta Ley es que sus Estatutos tuvieron que adaptarse a la misma, ya que le son de aplicación los Títulos II, III y IV de la misma.

Se encuentra adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa. Esta es la definición legal que ofrece el Decreto 1149/2015, de 18 de diciembre, por el que se modifican determinados preceptos de sus Estatutos. Estos pueden servir de orientación para regular, de consuno con los Estatutos de los Institutos vasco, catalán y valenciano (obviamos el cántabro, por ejemplo) para, en su caso, un eventual Instituto Navarro de Finanzas (si bien el *nomen* es indiferente).

No obstante, sería una entidad financiera muy particular, dado que no capta depósitos de particulares y empresas y su política de concesión de préstamos o créditos es peculiar y diferenciada de una banca pública minorista o convencional, no reuniendo tampoco los requisitos para considerarlo como una caja de ahorros. Por otro lado, la plural experiencia española (de la que nos centraremos en los casos más relevantes), determina que, por el momento, no haya que cumplir los requisitos de dotación inicial exigibles a bancos o cajas.

Tras esta introducción, hemos de atender a las competencias navarras contenidas en la LORAFNA, teniendo en cuenta que, en materia de institutos de crédito, las competencias serían autonómicas y no históricas; este matiz es relevante, aunque pertenezca más a un estudio dogmático que a un informe de asistencia técnica o dictamen y, por tanto, no ahondaremos en el mismo: simplemente no cabe invocar unos pretendidos derechos históricos para la creación de un instituto de crédito o de finanzas, ni las particularidades forales podrían ser invocadas .

La Comunidad Foral tiene varios títulos competenciales que le sirvan de sustento para la creación de una agencia financiera propia o, si se quiere, de un instituto de finanzas. Todos ellos aparecen contemplados en el artículo 56 de la Ley 13/1982, de 10 de agosto, si bien, por honestidad intelectual, hay que señalar también una restricción, por lo demás bastante sensata y coherente con la libertad de empresa.

En concreto, podemos invocar, el apartado Uno.a) de dicho precepto donde se señala la **competencia exclusiva** (habrá que volver sobre este adjetivo) en materia de *planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico dentro de Navarra*.

Más específico, que no redundante, es el artículo 56.Uno.e) donde se atribuyen a Navarra competencias exclusivas en materia de *instituciones de crédito corporativo, público y territorial*. Es en este, donde tendría cabida la creación de un instituto de finanzas. Y, por último, hay que tener en cuenta, el apartado 1.f) donde se le atribuyen competencias en materia de *Cajas de Ahorros, sin perjuicio del régimen especial de Convenios en esta materia*. Si hemos hecho referencia a las competencias navarras en materia de Cajas de Ahorros en este capítulo y no en el específico es por el hecho de que la especialidad radicaba en el régimen de Convenios y es dudoso que, si se promoviese la creación de una nueva caja, se pudiera invocar el mismo, aunque nos decantemos por una solución positiva que, en todo caso, serviría para muy poco desde el punto de vista de requisitos de capital, organización, etc., dada la parificación entre cajas de ahorros y bancos introducida tras las últimas reformas de la legislación mercantil y la confesada aversión del Banco de España a la “restauración” de este modelo de entidad de crédito. A ello hay que añadir un dato fáctico, como es la

desaparición de Caja Navarra, por razones atisbadas y en las que no vamos a ahondar, ya que serían estériles.

Sin embargo, y como adelantamos, hay una restricción y una puntualización. La restricción se contiene en el artículo 56.Dos de la LORAFNA, en cuya virtud, *la competencia exclusiva de Navarra a que se refiere el apartado anterior se entenderá sin perjuicio del respeto a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*. Dado que nos hemos referido a esta materia en epígrafes anteriores, no tiene sentido reiteraciones innecesarias; significa que estas competencias han de ejercerse respetando el art. 38 de la CE.

La puntualización es sobre el calificativo de las competencias como exclusivas, aunque así se tipifique en otros Estatutos de Autonomía, como el vasco. No son exclusivas de Navarra sino concurrentes o compartidas, por no hablar de que, en algún caso, son competencias de desarrollo legislativo o de ejecución. A esta conclusión, se llega a través de un argumento muy simple deducible del art. 56.Uno, donde se señala que las pretendidas competencias exclusivas se ejercerán *de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y de la política monetaria, crediticia, bancaria y de seguros del Estado*. En todo caso, y teniendo en cuenta los precedentes de otros Estatutos y de otras Comunidades, la puntualización no afectaría en demasía y por el momento a los institutos de finanzas, aunque sí sería relevante en materia de entidades de crédito donde las posibilidades de desarrollo legislativo de la Comunidad Foral son prácticamente nulas, tesis que se refuerza, además, por el hecho de que la legislación mercantil es competencia exclusiva del Estado y por la necesidad de transponer las Directivas europeas sobre entidades de crédito.

Sintéticamente y tomando otros modelos, las características de un instituto de finanzas, serían las siguientes:

- a) Su creación ha de producirse mediante Ley Foral (puede ser la de Presupuestos, aunque es preferible una ley independiente) donde, al menos, se especifiquen la naturaleza jurídica, los órganos de gobierno, los mecanismos de financiación y las funciones del mismo, así como el Departamento al cual está adscrito (normalmente, el de Hacienda y Política Financiera).
- b) Es aconsejable, por no decir, imprescindible que su naturaleza jurídica sea la de ente público de Derecho privado, con personalidad jurídica propia. Si bien la Ley Foral 13/2007, de 4 de abril, de Hacienda Pública de Navarra no contempla expresamente esta figura, no es óbice esta omisión dado que dicha Ley Foral tendrá el mismo rango que la norma de creación del Instituto y cabría tal tipificación sin alterar el orden normativo navarro. De tal manera que el bloque normativo regulador del mismo vendrá constituido por la Ley Foral de creación y sus Estatutos que habrán de aprobarse mediante Decreto Foral.

- c) En sus relaciones externas, se someterá a las reglas de Derecho Civil, Laboral y Mercantil, que le sean aplicables (en el caso de Navarra, las únicas especialidades pueden derivarse del Fuero Nuevo), salvo en los actos en que ejerza potestades públicas, donde deberá estar sometido a la normativa de Derecho público de la Comunidad Foral y, supletoriamente, del Estado, si bien no es necesario hacer esta disección, aunque, para evitar eventuales impugnaciones, no estaría de más su transcripción. En particular, sería conveniente determinar, en algunos casos, su sujeción a la normativa de la Ley Foral de Hacienda Pública y su fiscalización última por la Cámara de Comptos, todo ello sin perjuicio de la existencia de Comisiones de Control, de Auditoria, etc.
- d) Es básico, para evitar recursos, determinar que su ámbito de actuación se ciñe al ámbito territorial de la Comunidad Foral, algo que no por ser obvio debe resaltarse.
- e) Las funciones del instituto pueden ser tan amplias como se quieran, siempre con respeto a los fines establecidos en la Ley Foral de creación. A modo de ejemplo, podemos enumerar las siguientes (con carácter no cerrado): prestar servicios de tesorería y de gestión financiera (con especial referencia al endeudamiento) de la Administración de la Comunidad Foral (incluidas las entidades locales); conceder préstamos, créditos, avales u otros mecanismos de caución a entidades públicas o privadas, dentro de los límites previstos anualmente en las Leyes Forales de Presupuestos; participar en el capital social de sociedades públicas o privadas, siguiendo principios de prudencia financiera; la promoción o fomento de empresas no financieras, mediante, en su caso, la toma de participaciones en su capital; cualesquiera otras que les atribuyan los Estatutos (recordemos que la enumeración que hemos hecho no es exhaustiva)
- f) De cara a la Ley Foral de Contratos Públicos, habrá de señalarse que el Instituto proyectado tiene la naturaleza de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la Comunidad Foral. No es necesario, a nuestro juicio, modificar dicha Ley o el Anteproyecto de Ley Foral en sede de tramitación, sino que bastaría incluir esta precisión en la Ley Foral de creación (mayor problema, aunque no insoluble, tendría contemplarlo sólo en los Estatutos, dada su naturaleza reglamentaria).
- g) En cuanto a su estructura organizativa, debe ser muy simple y contar con un Consejo de Administración (entre tres y cinco personas, frente al número elevado de algunos modelos autonómicos, caso del vasco), del cual saldrá el

Presidente/a y un Director/a general²⁸. No estaría de más, es una mera sugerencia, regular *ex novo* un Estatuto de los Directivos al Servicio de las Sociedades públicas y entes públicos de Derecho privado de la Comunidad Foral. Debe, lógicamente, garantizarse la paridad de género y tener en cuenta que tanto los puestos directivos como el resto del personal se registrarán por la legislación laboral y no tendrán, por el hecho de pertenecer y/o integrarse en el Instituto, la condición de funcionarios (salvo los que lo sean, que pasarían a situación de excedencia, excepto que no perciban retribuciones), ya que ello sería incompatible con su condición de entidad sometida al Derecho privado. En el caso de Euzkadi, hay un Consejo Asesor, cuya utilidad era y es escasa; no obstante, puede preverse siempre que los cargos no sean retribuidos.

- h) Sería conveniente que se previese un Consejo de Auditoría y Control (con esta u otra denominación), también muy reducido, que, a diferencia de otros modelos, no se eligiese por el Consejo de Administración, sino por el Gobierno y/o el Parlamento entre personas independientes.
- i) Deberá regularse el régimen patrimonial del Instituto, considerando como bienes patrimoniales del mismo tanto los que adquieran en el desarrollo de su actividad, como los que sean adscritos inicialmente para su creación y funcionamiento por la Comunidad Foral, siguiendo para ello las normas contenidas en la Ley Foral de Patrimonio de Navarra.
- j) Junto a las funciones, la cuestión más espinosa es la derivada de la financiación del Instituto, teniendo en cuenta que, por su naturaleza jurídica, no es un banco y por tanto no puede captar depósitos sean a la vista, sean a plazo determinado de los particulares. En este sentido, habrá de contar con una dotación fundacional²⁹, a lo que habrá que añadir, los ingresos derivados de su actividad crediticia y los ingresos derivados de su participación en sociedades públicas o privadas. Igualmente, podrá obtener ingresos derivados de la emisión de bonos, obligaciones u otro tipo de instrumentos de renta fija, si bien en este caso (endeudamiento del instituto a través de títulos de renta fija reembolsables, si bien cabe también la concertación de préstamos, créditos, etc.) , caben plantearse varias cuestiones: en primer lugar, que los mercados, en un principio, sólo aceptarán estos instrumentos si gozan del aval del Gobierno de Navarra y, en segundo lugar, aunque lo dejaremos para un

²⁸ Salvo excepciones, el Consejo de Administración debe ser un órgano sin participación política, incorporando personas con reconocido prestigio, honorabilidad y antecedentes profesionales en el ámbito financiero.

²⁹ No tiene sentido que nos pronunciemos sobre el quantum de dicha dotación, si bien y, de momento, podría ser inferior a los 18 millones de euros exigibles para el caso de entidades de crédito (bancos o cajas). Los modelos existentes en el resto del Estado pueden servir de utilidad, adaptándolos, lógicamente, a la dimensión de la economía navarra.

momento posterior, al igual que sucedía al tratar del endeudamiento directo del Gobierno de Navarra para la eventual creación de un banco público, habrá que determinar los efectos que esta financiación tiene sobre el límite de Deuda dentro del marco de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

- k) Por último, y como veremos, esta regulación elemental y básica, ha de tener en cuenta los cambios operados en la normativa bancaria europea y española, de tal manera que habrá que hacer las modulaciones que reseñaremos más adelante.

Uno de los principales obstáculos, en una economía que representa un porcentaje aproximado del 1.6% del PIB nacional, es la dimensión cuantitativa del Instituto. Aunque las comparaciones son odiosas y dependerán del modelo elegido en su caso, el ICF cuenta (datos del Informe con Relevancia Prudencial de 2016) con un capital desembolsado de 693,1 millones de euros y con unos recursos propios computables en términos de TIER 1 de 825 millones de euros. No vamos a ahondar en datos puramente económicos que excederían el objeto del informe técnico que se circunscribe al ámbito jurídico, pero es inevitable recurrir a ellos para que, por encima del Derecho y de la decisión política, hemos de tener en cuenta la realidad económica y, evidentemente, la Comunidad Foral no puede crear un Instituto con semejante dotación fundacional. Por comparación, y aunque los datos sean de 2015, el Instituto Vasco de Finanzas tiene una dotación fundacional de casi 100 millones de euros y unos activos de 409,46 millones de euros, siendo su patrimonio neto de 98.571.175 euros³⁰. Como dato significativo, hemos de tener en cuenta que ha tenido resultados negativos tanto en 2015 como en 2014 y que la participación en empresas del grupo ha dado lugar a dotar las correspondientes provisiones por deterioro. Las comparaciones entre los informes de los institutos catalán y vasco³¹, sobre la base de las auditorías consultadas, resulta difícil y no vamos a entrar, salvo lo señalado, en datos numéricos. Será decisión política la dotación económica inicial de un instituto de finanzas navarro, pero para tener músculo financiero, dicha dotación debe ser amplia (no ponemos una cifra concreta, pero sí debería ser superior a 18 millones de euros) para evitar recurrir a mecanismos externos de financiación en los mercados mayoristas. Sin embargo, la amplitud de la dotación inicial dependerá, lógicamente, de la tesorería de la

³⁰ Como dato, tras las reformas en el sector bancario, dicho Instituto debería revisar su Consejo de Administración que está integrado, exclusivamente, por hombres y mujeres de la Administración de la Comunidad Autónoma, es decir, que no hay profesionales independientes.

³¹ Por razones de extensión, hemos prescindido del Instituto Valenciano de Finanzas y, por supuesto, de instituciones similares en Cantabria o en Castilla-La Mancha.

Comunidad y, en su caso, de la emisión de Deuda pública para financiar -caso que la tesorería sea insuficiente o no recomendable acudir a esta vía-.

B) Las reformas en la normativa de entidades de crédito y su influencia en el modelo de Instituto.

Una vez descritas las competencias de Navarra y el modelo-marco de un Instituto de Finanzas (con la incógnita deliberada de su dotación presupuestaria inicial), no podemos pasar por alto la influencia que la reforma del sistema de entidades de crédito puede tener en dichas instituciones financieras públicas, en especial si tenemos en cuenta que **el Instituto puede ser el germen o la semilla para un banco público stricto sensu**, si bien hemos de señalar que la única Comunidad que lo ha diseñado para tal fin, con las modificaciones precisas en su normativa llevadas a cabo en 2015, ha sido Catalunya, aunque por determinadas razones ni siquiera se llegó a solicitar la autorización al Banco de España. En todo caso, vale la pena señalar, brevemente, las modificaciones normativas adoptadas por dicha Comunidad Autónoma para llegar a ese salto definitivo que no se dio.

En 2015, el Gobierno de la Generalitat aprobó el Decreto Ley 2/2015, publicado el 30 de julio de 2015, con el fin de adecuar el marco legislativo del ICF a la normativa vigente en el ámbito europeo (Directiva 2013/36/EU y Reglamento 575/2013 - Basilea III) y estatal (Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero), conforme a los requerimientos de los reguladores para las entidades financieras. De acuerdo con el inciso anterior, extraído del informe de auditoría de 2016, fueron los reguladores los que impulsaron estos cambios³², con independencia de que, tras ellos, subyaciese la voluntad de transformarse en banca pública, que es una cuestión distinta, de naturaleza política y cuya decisión corresponde a la Generalitat. Este Decreto-Ley modifica parcialmente y ajusta el texto refundido de la Ley del Institut Català de Finances, aprobado por el Decreto Legislativo 4/2002, de 24 de diciembre, al marco regulatorio propio de las entidades de crédito (amén de las conminaciones del supervisor, el fondo de la cuestión es el mismo: la aspiración de contar con una banca pública propia, no teniendo problemas de capital ni de solvencia, pero sí jurídicos, que es lo que pretende corregir la modificación legislativa).

Mediante esta modificación, el Gobierno de la Generalitat reafirmaba el sometimiento del ICF a la normativa europea específica para las entidades de crédito y a su vez

³² Si fueron los reguladores (Banco de España) quienes impulsaron estos cambios, se nos plantean dos cuestiones: a) ¿el Instituto Vasco de Finanzas no recibió ninguna sugerencia? B) ¿un eventual modelo navarro debería seguir la senda catalana?

reforzaba su independencia hacia la Administración de la Generalitat de Cataluña, conforme a los requerimientos de los reguladores europeos y a la realidad orgánica y jurídica de la entidad. Este dato es crucial porque una entidad de crédito, aunque sea pública, debe ser independiente de la Administración que la ha impulsado, ya que lo contrario conllevaría la negativa del plázet europeo. En este sentido, el Decreto-ley 2/2015 clarifica y ratifica la descripción del régimen jurídico de la entidad financiera pública catalana a quien «*se le aplica la normativa específica de las entidades de crédito y, por lo tanto, se somete únicamente a la normativa pública de carácter básico y a la dictada por los organismos reguladores de la Unión Europea que le sea aplicable, atendiendo a su especial actividad y naturaleza*». Y en el ejercicio de sus funciones, explicita que deberá regirse por «*criterios de mercado*».

Respecto a la gobernanza, la adecuación legislativa específica, en línea con los requerimientos de los reguladores, ha conllevado el refuerzo de la independencia de la entidad a través de unos órganos de gobierno formados mayoritariamente por independientes, y prevé la creación de todas aquellas comisiones y comités que se requieran según la normativa propia de las entidades de crédito.

Dejando de lado las cuestiones dotacionales o de capital, y sentada la capacidad jurídica de Navarra para crear un Instituto de Finanzas, la cuestión -política, aunque tiene exigencias jurídicas- radica en elegir un modelo como el vasco, que podemos calificar como tradicional y necesitado de cambios o, aprovechar la experiencia catalana y, dando un paso más, asimilar en todo lo posible dicho Instituto a una entidad de crédito, en cuyo caso tendremos que asumir la aplicación *in toto* de la normativa europea y de la Ley 10/2014, lógicamente con las adaptaciones estatutarias que nos permita ésta.

Realmente, esta pretendida antinomia de modelos va a ser más teórica que real puesto que, tarde o temprano, los institutos de finanzas van a tener que cumplir con las exigencias de la normativa europea y estatal, por lo que, caso de decantarse por esta opción, más valdría seguir las actuaciones de adaptación legal y estatutaria llevadas a cabo por el ICF.

C) Otras cuestiones: el Informe de Relevancia Prudencial y la gestión de riesgos.

En primer lugar, debemos señalar la obligación de los Institutos de Finanzas de elaborar un Informe con Relevancia Prudencial (IRP)³³ que recoge los requerimientos de información y transparencia en el mercado establecidos en el apartado VIII del

³³ El IRP es exigible también a las entidades de crédito, de forma que si bien lo hemos tratado en este punto, no por ello es requisito necesario para bancos y cajas de ahorros.

Reglamento 575/2013/UE, aplicable a las entidades financieras. Este reglamento, conjuntamente con la Directiva 2013/36/EU, constituyen la normativa CRD-IV I que entró en vigor el 1 de enero de 2014 y que representa la implementación a escala europea de las recomendaciones realizadas por el Comité de Basilea (conocidas como Basilea III). En el ámbito nacional, y con el objeto de adaptarse a este nuevo entorno regulador, el art. 85 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia, establece que las entidades financieras deben publicar, como mínimo con periodicidad anual, un único documento denominado «Información con relevancia prudencial».

Como dato relevante, hay que señalar que, mutatis mutandis, todas las consideraciones que se efectúan a continuación, serían de aplicación en caso de optar por la constitución de una entidad de crédito bajo la forma de banco público, con las lógicas adaptaciones, que, en todo caso, no serían relevantes sino en la forma, que no en el fondo.

Como hemos señalado, en 2013 se aprobó la trasposición europea de Basilea III con la aprobación del Reglamento 575/2013 y la directiva CRD IV, con el objetivo de una auténtica Unión Bancaria, compuesta por cuatro pilares:

- a) Código regulador único.
- b) Mecanismo Único de Supervisión (MUS)
- c) Mecanismo Único de Resolución (MUR)
- d) Fondo de Garantía de Depósitos (FGD)

Mientras que el Reglamento europeo es de aplicación directa en todos los Estados, la directiva ha requerido un proceso de trasposición en el ordenamiento jurídico español, cuyas normas básicas hemos señalado al tratar de la legislación aplicable, a la que hay que añadir las circulares 2/2014 y 2/2016 del Banco de España. Este corpus normativo es el que hay que tener en cuenta para los Institutos de Finanzas. Tres años después de la aprobación de la CRR/CRD IV, el sector bancario europeo afronta una nueva revisión. Así, el 23 de noviembre de 2016 se publicó una nueva propuesta Directiva de Requerimientos de Capital y Regulación, comúnmente conocida como CRD V/CRR II. Cuando se transponga la Directiva, será menester hacer, en su caso, las adaptaciones oportunas. En el ínterin, será necesario cumplir con los coeficientes de solvencia, para cuya concreción e identificación nos remitimos a la normativa aplicable, a fin de no extendernos en demasía en este informe técnico.

Internamente y por razones de prudencia financiera, hay que establecer un sistema de gestión y control de riesgos, que afecta a créditos, entidades dependientes y entidades

participadas³⁴ y, en general, a la política financiera del Instituto. Se recomienda que el modelo de gestión y control de riesgos se base en tres líneas, adoptando la guía GL44 de la Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés) sobre gobierno interno. Estas líneas son las siguientes:

- a) Primera línea, que incluye los principales ejecutores y garantes del entorno de control del Instituto o del Grupo (en ese se integrarían las dependientes y las participadas), en referencia a los procesos y áreas en los que se han detectado o definido que deben realizarse controles.
- b) Segunda línea, que engloba las funciones de Cumplimiento Normativo y Control Interno, así como las del Comité de Control Global del Riesgo, que se ocupan de diseñar y mantener el modelo de riesgos del Instituto/Grupo y de verificar su correcta aplicación en el ámbito de las diferentes áreas.
- c) Tercera línea, que se realizaría mediante Auditoría Interna, la cual lleva a cabo una revisión independiente, verificando el cumplimiento y la eficacia de las políticas corporativas establecidas.

Por su parte, la gestión de los riesgos debería basarse en los siguientes principios:

- a) Asegurar que los riesgos que puedan afectar a las estrategias y objetivos del Instituto/Grupo se encuentran adecuadamente identificados, analizados, evaluados, gestionados y controlados.
- b) Conseguir los objetivos estratégicos que determine el Instituto o el Grupo a nivel de rentabilidad y riesgo. Especial énfasis hay que poner en la rentabilidad porque una entidad financiera pública no puede identificarse como una institución no rentable, ya que ello supondría un esfuerzo estéril en su creación y una pérdida importante de fondos públicos. Fijar, a priori, objetivos de rentabilidad y minimizar riesgos son esenciales, si bien en el primer caso, estos objetivos pueden ser inferiores a los de entidades de crédito privadas, dependiendo de los gastos del Instituto. En términos vulgares, se trata de no perder dinero y contribuir a la financiación de sectores estratégicos de la economía -pública o privada- navarra.

³⁴ Se consideran entidades dependientes aquellas sobre las que el Instituto de Finanzas tiene capacidad para ejercer control; aunque normalmente son aquellas donde se posea más del 50% del capital pueden darse otros parámetros, como el poder de decisión, el poder de incidir en la distribución de beneficios, etc. Por el contrario, son entidades participadas aquellas sobre las que el Instituto, directa o indirectamente, tiene una influencia significativa y no son entidades dependientes o multigrupo. La influencia significativa se evidencia, entre otras, en las siguientes situaciones: a) representación en el Consejo de Administración; b) participación en el proceso de fijación de políticas, incluyendo las relacionadas con los dividendos y otras distribuciones; c) existencia de transacciones significativas entre el Grupo y la participada.

- c) Integrar la visión de riesgo-oportunidad en la gestión de riesgos
- d) Garantizar la correcta utilización de los instrumentos financieros de acuerdo con su objetivo de inversión y cobertura de riesgo, y con lo exigido por la normativa aplicable.

Por su parte, es necesario contar con instrumentos, técnicas y medios para identificar y controlar los riesgos, a través de la Comisión de Riesgos (que juzgamos básica, como en cualquier entidad bancaria). Los principales, que no únicos, riesgos, serían los siguientes:

- a) Riesgo de crédito: posibilidad de incurrir en pérdidas por incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de los acreedores o deterioro de la calidad crediticia de los mismos.
- b) Riesgo de contrapartida: posibilidad de incurrir en pérdidas de valor como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de entidades financieras, incluyendo operaciones con instrumentos derivados.
- c) Riesgo de mercado: posibilidad de incurrir en pérdidas de valor, en las posiciones mantenidas en activos financieros, como consecuencia de la variación adversa de factores de riesgo que afectan a los precios o cotizaciones.
- d) Riesgo de liquidez: riesgo de incurrir en pérdidas por el hecho de no disponer de fondos líquidos suficientes, o por un incremento del coste de financiación, que impida atender al cumplimiento de los compromisos adquiridos a medida que se hacen exigibles; así como el riesgo de no poder deshacer una determinada posición como consecuencia de imperfecciones del mercado.
- e) Riesgo de tipo de interés: posibilidad de incurrir en pérdidas por las variaciones de los tipos de interés que afectan al balance sensible a los movimientos de tipos.
- f) Riesgo operacional: Posibilidad de incurrir en pérdidas cuando los procesos internos son inadecuados o existen errores, por actuaciones del personal o como consecuencia de acontecimientos externos. Aquí se incluye el riesgo de variaciones legislativas, pero se debería excluir el riesgo reputacional o estratégico.

Para el cumplimiento de este control de riesgos, habrá que dotar al Instituto de la estructura interna que se considere adecuada, no siendo objeto de este informe técnico, la organización de la misma, aunque previamente hayamos hecho unas consideraciones que han de tomarse como mínimas.

Por último, y para no extendernos en demasía sobre cuestiones muy técnicas, aunque derivadas de la normativa aplicable, habrá que realizar el cálculo de los requerimientos de recursos propios por riesgo operacional aplicando la metodología del indicador básico según lo establecido en los artículos 315 y 316 del Reglamento 575/2013/UE.

Por razones de extensión, una vez más, renunciamos a profundizar en otras cuestiones que han de venir contenidas en el Informe de Relevancia Prudencial, ya que sería descender a cuestiones muy precisas y cuya concreción sólo sería posible cuando, tras la aprobación de la Ley Foral y en los Estatutos, se determinase la estructura organizativa del Instituto.

V) LA FINANCIACION DE UNA BANCA PÚBLICA REGIONAL O DE UN INSTITUTO DE FINANZAS. ESPECIAL REFERENCIA A SU INFLUENCIA EN EL ENDEUDAMIENTO DE NAVARRA.

Para concluir, hemos de hacer referencia a los mecanismos para la financiación de la creación de una eventual banca pública regional (lato sensu, incluidos los Institutos de Finanzas), ya que no nos pronunciamos, como es lógico, por ningún instrumento o modelo de los estudiados en particular, entre otras cosas, porque ello corresponderá, en último extremo, a los poderes públicos (Gobierno y Parlamento). Simplemente, en capítulos anteriores hemos señalado la distinta naturaleza jurídica y las ventajas e inconvenientes de cada modelo de entidad financiera, dentro de una trilogía bastante esquemática: banco, caja de ahorros o instituto de finanzas.

En este sentido, un informe técnico-jurídico no puede entrar en consideraciones políticas (lo cual no es incompatible con señalar las debilidades y fortalezas de cada alternativa), si bien un aspecto capital es la financiación inicial del modelo finalmente elegido, y, en particular, la influencia que, caso de recurso al endeudamiento, puede tener sobre los objetivos de déficit, estabilidad presupuestaria y cómputo de aquél en términos del SEC 2010, regulado en el Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

Junto a ello, lógicamente, hay que tener en cuenta, siempre en caso de endeudamiento como mecanismo de financiación, que no es la única de las alternativas como veremos, pero sí la que mayor incidencia frente a las competencias del Estado³⁵ puede tener,

³⁵ Competencias que se vieron reforzadas, tras la reforma de la CE en 2011, por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; en particular, hemos de tener presente su art. 16 donde se dispone que *Aprobados por el Gobierno los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública en las condiciones establecidas en el artículo 15 de esta Ley, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas formulará una propuesta de objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para cada una de las Comunidades Autónomas.* No tiene sentido que entremos en los objetivos de Deuda pública para 2018 (que veremos en el texto principal) puesto que Navarra cumple sobradamente los mismos. Por otro lado, en el caso de la Comunidad Foral,

cómo se computa la Deuda pública en términos del Protocolo de Déficit Excesivo (PDE). Siendo muy sintéticos, puesto que nos adentramos en terrenos donde se mezcla lo jurídico con lo económico, el cómputo de la Deuda según el PDE, se contempla en el Reglamento (CE) nº 479/2009 del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y por el Reglamento (UE) Nº 220/2014 de la Comisión, de 7 de marzo de 2014 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 479/2009 respecto a las referencias al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. Estos reglamentos, que a su vez han modificado el Reglamento 3605/93 de 22 de noviembre de 1993, remiten al SEC para delimitar los principales términos que se utilizan. A los efectos que interesan en este informe técnico, el Reglamento 479/2009, modificado por el Reglamento 220/2014, al igual que su antecesor, el 3605/93, especifica los conceptos de Administraciones públicas (ello no plantea problemas, dada la inclusión de Navarra en esta categoría) y deuda pública de la forma siguiente: por la misma, se entiende el valor nominal total de las obligaciones brutas del sector “administraciones públicas”, a excepción de las obligaciones representadas por activos financieros que estén en manos del propio sector. En el caso de obligaciones indexadas, el Reglamento especifica que su valor nominal corresponderá a su valor facial ajustado en función del incremento del capital derivado de la indexación, acumulado al final de año. En cuanto a los instrumentos financieros que deben incluirse, la deuda pública estará constituida por las obligaciones de las administraciones públicas en las siguientes categorías, conforme a las definiciones del SEC 2010: efectivo y depósitos, títulos de deuda y préstamos. Por lo que se refiere a las obligaciones denominadas en divisas dicho Reglamento establece que deberán convertirse a la moneda nacional (euro) al tipo de cambio representativo del mercado registrado el último día hábil de cada año.

Pidiendo de antemano disculpas por esta remisión, que puede resultar abstrusa para los profanos, la cuestión básica que debemos discutir con carácter previo no es si una eventual Deuda pública emitida por la Comunidad Foral supone un incremento del endeudamiento bruto (cosa obvia) sino si, amén de necesitar autorización del Estado, computa a efectos del PDE, ya que esta primera cuestión va ligada, indirectamente, al cumplimiento de los objetivos de endeudamiento de las Comunidades Autónomas. Para 2018, **dicho objetivo se situará en el 17.7% del PIB**, según el Acuerdo del

la aplicación de la Ley Orgánica 2/2012 se lleva a cabo a través de un mecanismo especial, previsto en su Disposición Final Tercera.

Consejo de Ministros de 28 de julio de 2017; por su parte, **el objetivo de déficit se situará en el 0.4% del PIB**

Pues bien, la Comunidad Foral de Navarra, según el PDE, tiene un porcentaje de endeudamiento (primer trimestre de 2017, fuente Boletín Estadístico del Banco de España, que puede diferir de los datos de Navarra³⁶, aunque sea levemente) que asciende al **19.1% del PIB pro forma** medido en términos de contabilidad nacional. Aunque lógicamente, no se conozcan al detalle ni el techo de gasto ni las previsiones presupuestarias de la Comunidad Foral para 2018, bien podemos adelantar que un incremento, respecto del derivado para la cobertura del déficit del año siguiente, del endeudamiento bruto en 18 millones de euros (si partimos de la hipótesis de creación de banco/caja públicos) habría de ser objeto de estudio económico, teniendo en cuenta la hipótesis de crecimiento del PIB, lo que explica que el endeudamiento en circulación pueda subir levemente, aunque baje su porcentaje. **Hemos de advertir, empero, que los reiterados 18 millones de euros darían lugar a un instituto muy débil en términos dotacionales iniciales, y dicha apreciación sería extensible, con mayores argumentos, a un banco o a una caja de ahorros.**

Además, hemos de tener presente que la autorización del Estado para emitir Deuda pública está enmarcada dentro del control de legalidad, no de oportunidad, por lo que, si la Comunidad Foral cumple los requisitos de estabilidad presupuestaria y volumen de endeudamiento, actuando en el ejercicio de sus competencias para la creación de una entidad de crédito pública, no podría el Estado negar la autorización para el endeudamiento.

No obstante, si en 2016, el interés medio de la Deuda emitida fue del 1,59% (datos del Gobierno de Navarra), el coste de financiación no parece un obstáculo insalvable para las arcas forales, siempre y cuando -es una recomendación- la amortización del principal tenga una duración igual o superior a cinco años³⁷.

En 2016, la Comunidad Foral ha cumplido los objetivos de estabilidad presupuestaria pero su volumen de endeudamiento no está, lógicamente, por debajo de los objetivos

³⁶ Conforme los datos de la Comunidad Foral, la Deuda pública en circulación suponía el 18.2% (datos de diciembre de 2016), con un volumen de endeudamiento de 3.461 millones de euros. No se incluyen líneas de crédito, con vencimiento a 31 de diciembre de 2017, por importe de 400 millones de euros. La calificación crediticia de la Deuda pública de Navarra es A, con perspectiva al alza, según Standard & Poor's. Si bien es la máxima calificación posible para una Comunidad española, está lejos, por ejemplo, de la calificación del Länd de Berlín (AAA), aunque no vamos a hacer ninguna comparación.

³⁷ El plazo elegido no es caprichoso, aunque su explicación alargase en exceso este informe técnico-jurídico. Por otro lado, y como bien es sabido, dependerá del comportamiento de los mercados financieros el plazo de amortización, aunque, en principio, no debería tener problemas.

para 2018 (reiteramos a falta de saber el incremento del PIB de 2017, que se situaría sobre el 3%) fijados en los acuerdos entre Navarra y el Estado y aprobados en el Consejo de Ministros del último viernes de julio de este año. Un endeudamiento adicional de 18 millones en cinco años a un tipo del 1,60% (por redondear) supondría unos intereses anuales de 288.000 euros, es decir, un total, al vencimiento del préstamo/crédito de 1.440.000 euros. Puesto que, a priori, se desconoce si el BCE y los distintos organismos estatales implicados en la autorización para la creación de una entidad de crédito pública van a otorgar el plácet, el procedimiento más lógico sería incrementar el endeudamiento para 2018 en el mínimo exigido para la constitución de dichas entidades, teniendo en cuenta dos hechos relevantes: a) la Deuda pública no tiene, en principio, afectación específica, de tal manera que la Ley Foral de Presupuestos no tiene por qué señalar que parte del endeudamiento para 2018 puede ir destinado a tal finalidad; b) caso de autorización para la creación de una entidad de crédito pública, procedimiento más dilatado en el tiempo que la aprobación del Presupuesto foral, el Gobierno de Navarra contaría con autorización parlamentaria para desbloquear los fondos necesarios para la aportación inicial al capital mínimo de la misma. Dicho en otros términos, la Ley Foral de Presupuestos para 2018 debería contar, amén del endeudamiento ordinario previsto para dicho año, con un suplemento mínimo de 18 millones de euros que sólo se activaría en dos supuestos: a) si se decidiese solicitar la autorización para constituir un banco público regional; b) si se decidiese, mediante Ley Foral, constituir un instituto de finanzas.

Pero, y esto es lo relevante, de acuerdo con la normativa europea a efectos de cálculo del endeudamiento según el PDE, los citados 18 millones de euros no deberían computar como Deuda, básicamente porque no ha habido variación neta de pasivos financieros, ya que, aunque el procedimiento y la explicación sean más complejos, ese pasivo financiero se compensará con un activo financiero (aunque sea bajo la forma de patrimonio mobiliario) derivado de la participación en el capital de una entidad de crédito stricto sensu o financiera si con este calificativo queremos incluir los institutos de finanzas.

Por otro lado y, a mayor abundamiento, vistos los ejemplos vasco y catalán en cuanto a la constitución y financiación inicial, quedaría (no entramos en ello, como hemos señalado) por determinar la dotación inicial del instituto en cuestión, si bien recomendamos una cifra superior a 18 millones, no por razones jurídicas, sino económicas: en todo caso y además, es también una cuestión política que no debemos dirimir en este informe. Sin embargo, es menester hacer una advertencia jurídica, consistente en que si fuera este modelo la opción elegida, convendría una cierta celeridad en la adopción de la decisión, antes que la Unión Europea imponga, tarde o temprano, a los institutos de finanzas los requisitos y exigencias imputables a las entidades de crédito, si bien aquí también contamos con dos hechos que pueden

hacernos moderadamente optimistas, como son, en primer lugar, el dato que, por su volumen, no sea un instituto “sistémico” y, por otro lado, y en coherencia con lo anterior, que quede fuera, aunque prosperen los intentos de la Comisión, del sistema de exigencia y supervisión europeo, precisamente por su escasa dimensión inicial. Por el contrario, los requerimientos de los reguladores nacionales no van en esa dirección, por lo que deberemos tenerlo en cuenta.

Fuera del endeudamiento (**que no computaría en términos de Deuda pública a efectos del PDE, en la fase inicial**), la otra alternativa sería que la Comunidad Foral contase con patrimonio líquido suficiente para hacer frente a la dotación de capital de la entidad de crédito (algo que, por su cuantía, puede plantear problemas) y/o proceda a la transmisión de patrimonio no estratégico tendente a la obtención de liquidez. Aquí, obtenida la autorización o aprobada la Ley (caso del instituto de finanzas), en su caso, no habría problemas de endeudamiento, autorización del mismo ni discusión sobre el cómputo de los fondos en términos de PDE. La alternativa financiación propia/financiación ajena es algo que compete a los poderes públicos y, por tanto, no nos vamos a decantar por ninguna de las alternativas. Mucho nos tememos que no haya patrimonio líquido o créditos presupuestarios en 2018 (alternativa sólo válida para los institutos de finanzas) para desembolsar los citados 18 millones (sólo en el caso de entidades de crédito, no de institutos de finanzas), salvo que se recorten otras partidas de gasto; ello nos vuelve a conducir a que la alternativa al endeudamiento sea la enajenación de patrimonio no estratégico.

Evidentemente, la decisión no es fácil y corresponde a los poderes públicos, como hemos señalado; caso de optar por esta vía, habrá que determinar qué bienes patrimoniales pueden ser puestos a la venta y qué ingresos se puede obtener con ellos. Aun a riesgo de adentrarnos en terrenos que no nos corresponden, no vemos factible la transmisión de ninguna sociedad integrada en la Corporación Pública Empresarial de Navarra, ni de otras sociedades adscritas a la CPEN donde el Gobierno de Navarra pueda tener una participación no sólo destacada en términos cuantitativos, sino que, además, no sea estratégica y que, al mismo tiempo, suscite interés entre potenciales compradores³⁸.

³⁸ Ni siquiera nos planteamos una hipótesis muy complicada -dado que formalmente el Gobierno de Navarra no es el titular de los valores mobiliarios- como sería que la Fundación Caja Navarra vendiese un porcentaje de su participación en el capital de Caixabank. El art. 36 de los Estatutos de la Fundación prevé el régimen de enajenaciones, con intervención, en su caso, del protectorado cuando se superen determinados porcentajes. Dejando de lado los acuerdos parasociales entre la Fundación y Caixabank, en la práctica la transmisión de acciones al Gobierno de Navarra para su posterior enajenación plantearía tantos problemas jurídicos que, de facto, hacen esta opción inviable, amén del coste político que conllevaría y las dificultades de explicación a la opinión pública.

En el caso de constitución de un instituto de finanzas, sí sería más factible que el Gobierno de Navarra pudiera efectuar la dotación inicial correspondiente, cuya cuantía, al no estar tasada por ley, debería ajustarse al modelo y dimensiones del que se le quiera dotar. No obstante, sería factible en sede teórica ya que si la dotación inicial fuera muy baja en términos cuantitativos, los problemas se aplazarían, no se eliminarían, como veremos en el siguiente párrafo, explicando los motivos.

Como hemos señalado, en esta alternativa (dotación presupuestaria muy baja del instituto de finanzas), los problemas, sin embargo, no van a ser iniciales sino ulteriores a su constitución, dado que las funciones posibles del mismo exigirán fondos que, por definición, no pueden ser captados (en forma de depósitos) desde el ahorro de particulares y empresas. De forma muy simple, si a su través se quiere conceder préstamos³⁹, prestar avales, constituir sociedades dependientes (instrumentales o no), participar en el capital de otras empresas y, en general, cumplir con las funciones típicas del mismo que determinen sus Estatutos (y que hemos pre-orientado en el epígrafe correspondiente) es evidente que debe captar fondos a través de mecanismos distintos a los de un banco o una caja de ahorros. Aunque no nos corresponda entrar en cuestiones económicas, el mecanismo de funcionamiento financiero sería bastante simple y debería respetar un principio básico: que el margen financiero bruto (simplificando mucho, por diferencia entre intereses y otros ingresos del activo e intereses y comisiones de los pasivos) sea positivo, lo cual puede resultar difícil en los primeros años, pero debe ser la pauta del gobierno corporativo.

En suma, y aunque parezca el instituto la fórmula más rápida (no la mejor, porque segmenta y especializa mucho el mercado financiero al que se dirigiría, cuestión que, no nos cansamos de reiterar, es previa en cuanto a su identificación) hay que partir de dos premisas: a) determinar, políticamente, su finalidad; b) necesidad, económica, de su viabilidad a medio plazo, de tal manera que, directa o indirectamente, no consuma fondos públicos ni comprometa la capacidad de endeudamiento futuro de la Comunidad Foral.

Hecho este inciso, el instituto se financiaría fundamentalmente en los mercados nacionales e internacionales, vía crédito bancario y emisiones de deuda (y aquí el problema sería si los inversores -generalmente mayoristas- van a exigir el aval del Gobierno de Navarra, lo cual sería el principal escenario que podría influir en los

³⁹ En general, serían préstamos a empresas o participación en el capital de empresas existentes y/o en la creación de las mismas. Amén de los requisitos de solvencia, control de riesgos y obtención de beneficios -crear una entidad pública financiera para tener pérdidas no es una idea asumible-, nótese que, a diferencia del modelo alemán, no podría conceder préstamos hipotecarios a particulares, ya que esa actividad está reservada a las entidades de crédito stricto sensu.

escenarios del crédito público de nuestra Comunidad). En todo caso, se debería intentar lograr se catalogue por el Banco de España como institución financiera no monetaria y ratificado por el EUROSTAT como entidad fuera del perímetro SEC-2010 (público), con la finalidad de no agregar ni déficit ni deuda a la Comunidad Foral de Navarra.

En resumen, las principales cuestiones a decidir (dada su influencia en la estabilidad presupuestaria y en los objetivos de endeudamiento, siempre y cuando hayamos comprendido las consideraciones anteriores) serían las siguientes:

- a) En primer lugar, y aunque sea reiterativo, los poderes públicos deben decidir si optan por la creación de un banco o caja (sería preferible lo primero y no por razones económicas, sino, como hemos señalado de realidad de la legislación española y aversión de las autoridades supervisoras a éstas) o por un instituto de finanzas, ya que el esfuerzo económico de la Comunidad Foral puede ser sustancialmente diferente, aunque también son diferentes las funciones de unos y otros.
- b) Despejada la primera cuestión, habrá que determinar si la tesorería de la Comunidad Foral permite aportar fondos para constituir un banco o si, por el contrario, es menester apelar al endeudamiento público.
- c) Como variable del primer supuesto contemplado en el apartado anterior, habría que contemplar la posibilidad de enajenar patrimonio no estratégico para las dotaciones iniciales (mínimas) de capital de un banco público.
- d) En caso de recurrir al endeudamiento, hemos de dejar sentado que, conforme la normativa europea y española, el mismo no computaría a efectos del PDE.
- e) La situación financiera de la Comunidad Foral podría, con matices, asumir un incremento de su endeudamiento bruto en 18 millones de euros, siempre y cuando sea puntual, concreto y no recurrente. Lo que carecería de lógica económica es que la entidad crediticia bajo la forma de sociedad unipersonal (donde el Gobierno de Navarra tendría el 100% del capital) incumpliese sistemáticamente los coeficientes de solvencia, de liquidez, de fondos propios, etc., y fuera necesaria su recapitalización por su único accionista, ya que ello sí tendría impacto en los fondos públicos de Navarra y determinaría actuaciones de las autoridades supervisoras. Como matización importante, hemos de tener en cuenta el volumen de depósitos que podría captar de particulares y/o de empresas, algo imposible de predecir de antemano, ya que, a su vez, depende del modelo de banco (mayorista/minorista en una simplificación muy primaria) que se elija.
- f) En caso de desechar la alternativa de creación de una entidad de crédito pública, bien por razones internas, bien porque el BCE y/o el Banco de España no concedan la preceptiva autorización administrativa, habrá que plantearse la posibilidad de creación de un instituto de finanzas, cuyas exigencias

dotacionales pueden ser mayores o menores (según la dimensión de la que se le quiera dotar), si bien, también verá restringidas, por ministerio legal, las funciones propias de una entidad de crédito. En este supuesto, creemos que también sería necesario recurrir al endeudamiento primario, si bien es posible un endeudamiento potencial indirecto (cuya medición no vamos a realizar aquí) en caso de captación de activos mediante la emisión de bonos, obligaciones e cualquier instrumento de renta fija cuando la colocación en el mercado demande el aval del Gobierno de Navarra, aval que previsiblemente será exigido en los primeros años hasta que se demuestre la robustez y solidez financiera del instituto de finanzas.

Como vemos, son muchos los parámetros económicos a tener en cuenta a la hora de decantarse por las alternativas posibles, al tiempo que buena parte de dichos parámetros están juridificados. Aquí sólo hemos ofrecido los más relevantes sin descender al detalle, puesto que ello sólo es posible cuando los poderes públicos tomen una decisión al respecto.

ADDENDA: OBSERVACIONES FINALES.

En primer lugar, puede parecer sorprendente que el presente informe técnico sobre creación de una banca pública en Navarra no incorpore una sinopsis a modo de conclusiones. La razón de esta omisión es deliberada, ya que son tantos los parámetros dependientes de decisiones políticas que el ofrecimiento de unas conclusiones muy amplias, ordenadas al modo tradicional, supondrían (en muchos casos) una toma de posición que los autores del informe no realizaremos ab initio, todo ello sin perjuicio de ofrecernos gustosamente a la redacción o concreción de las mismas, en su caso, cuando haya una decisión política al respecto. Del mismo modo, ofrecemos nuestra plena colaboración para explicar verbalmente o por escrito cuántas consideraciones sean precisas y/o susciten dudas desde la lectura del presente informe, ante cualquier órgano o persona física que lo requiera.

Ello no obsta para ofrecer un esquema de cuestiones a tener en cuenta (no son conclusiones stricto sensu), y cuya especificación se encuentra en las líneas correspondientes a cada capítulo. No hemos agotado todas las posibles pero, en cualquier caso, su recta comprensión exige una lectura detallada del texto principal, aún a sabiendas que, en ocasiones, la inmersión en la normativa bancaria y de instituciones de Derecho público no resulta fácil. Por otro lado, hemos hecho consideraciones económicas cuando las mismas resultasen imprescindibles para la correcta comprensión de las consecuencias jurídicas.

a) **La primera cuestión que los poderes públicos han de despejar es la conveniencia o no de contar con una entidad financiera -lato sensu entendido este término- pública de Navarra y, para ello, es básico identificar los objetivos de la misma, puestos en relación con los esfuerzos presupuestarios que implicarían, a corto/medio y largo plazo. Dicho en términos muy simples y enunciativos ¿para qué se quiere una banca pública que cubra un eventual nicho de mercado (que habrá que identificar previamente) y que, a su vez, sea rentable no sólo social, sino también económicamente⁴⁰? En principio, si la necesidad social es económicamente eficiente -o al menos neutral-, habremos encontrado la cuadratura del círculo. No obstante, un banco o una caja entrarían en mercados saturados donde el acceso al crédito (necesidad subsidiaria que justificaría una intervención de los poderes públicos) está garantizado por la iniciativa privada en los momentos actuales. Y las dificultades de acceso al crédito que puedan existir en determinados colectivos derivan de ineficiencias económicas (generalmente, falta de solvencia -familiar o empresarial-, posible asunción de riesgos indebidos, inviabilidad de proyectos de nuevas empresas, etc.). Algunas experiencias demuestran que una entidad financiera pública no puede recoger clientes que, por evaluación de riesgos, solvencia, etc., son descartados por otras entidades privadas, ni puede financiar proyectos atractivos pero inviables a medio/largo plazo. En términos muy escuetos, no puede ser una entidad que recoja los clientes expulsados del sistema por los agentes económicos privados, porque si bien ello cumpliría una función social -con muchos matices- supondría una pre-socialización de pérdidas, que iría, a la larga, en detrimento de la solvencia y estabilidad de la Comunidad Foral. En definitiva, existen otros mecanismos alternativos (subvenciones, bonificaciones de tipos de interés, etc.) que, cumpliendo la citada función**

⁴⁰ La contraposición entre labor social y eficiencia económica es incorrecta, si se parte de la preeminencia de la primera sobre la segunda en el ámbito público. Una entidad financiera pública tiene que realizar una labor social (su identificación es el principal problema) pero con eficiencia económica, pues, de lo contrario, la necesidad de capitalización pro futuro de la entidad financiera absorbería recursos públicos que Navarra tiene que dedicar al denominado gasto social. No se puede alegar el cumplimiento de una finalidad social por incentivar la creación de empresas, con financiación pública, cuando, con una política de riesgos no estricta, sino incluso laxa, la devolución del préstamo, crédito, participación en el capital está condenada al fracaso, ya que ello, prima facie, puede parecer una labor social impulsada por los poderes públicos, pero, a medio plazo, supone consumir recursos públicos que superan con creces los derivados de dicha labor.

social, entrañarían menos riesgos y serían menos onerosas para las arcas forales.

- b) No existe ningún inconveniente jurídico que, a priori, impida la creación de una entidad de crédito de naturaleza pública impulsada por la Comunidad Foral. Supuesto lo anterior, una alternativa, en la que no hemos profundizado, pero no cabe descartar, es que la Comunidad Foral de Navarra tenga en dicha entidad una participación del 50,01%, si bien habría que determinar cómo y quiénes cubrirían el capital restante.
- c) Dentro del concepto de entidad de crédito, cabe distinguir entre bancos y cajas, con naturaleza jurídica diferenciada entre sí. En todo caso, las reformas europeas y su transposición estatal han aproximado en el plano económico y de requisitos las posibles diferencias iniciales.
- d) Junto a ello, pero con una operatividad más restringida, encontramos los institutos de finanzas, cuya creación debe hacerse mediante Ley Foral y cuya dotación presupuestaria inicial no tiene, de antemano, una cuantía fija en la normativa.
- e) Las necesidades financieras iniciales para la creación de un banco o caja ascienden a 18 millones de euros, que deberían estar íntegramente desembolsados en el caso de que el BCE y/o la propuesta de autorización del Banco de España sean favorables. El proceso de autorización es prolijo y su duración oscila entre los seis meses (mínimo), pudiendo ampliarse el plazo hasta un máximo de doce meses. En todo caso, su inicio exige un depósito mínimo del 20% del capital exigido.
- f) La autorización para la creación de un banco o caja de ahorros determina la concesión del denominado “pasaporte comunitario”, lo cual si bien determinada el acceso a los mercados financieros para la captación de fondos, supone la asunción de todos los compromisos impuestos por la normativa europea y su transposición en la normativa estatal. En particular, deberán cumplir los coeficientes de fondos propios, solvencia, liquidez, etc., así como los requisitos contemplados en los Acuerdos de Basilea III, en especial los relativos al TIER.
- g) Por razones explicadas en el texto, quedan descartadas otras opciones de entidades de crédito, como pueden ser las entidades financieras de crédito (cuyo destino es la financiación del consumo, sin que puedan captar fondos del público) y las cooperativas de crédito, dado que un organismo público tendría muchas dificultades para su consideración como cooperativista.
- h) Por razones económicas, queda descartada la creación de una banca pública regional o territorial mediante la adquisición de otras entidades y su necesario proceso de transformación de la naturaleza jurídica. En el texto principal, se plantea como opción descartable por razones económicas la compra de Caja Rural de Navarra, cuyos fondos propios superan los 1000 millones de euros.

- i) Menores problemas (jurídicos) plantean otras alternativas como es la creación de un Instituto Navarro de Finanzas, mediante Ley Foral, partiendo para ello de las competencias que nuestra Comunidad tiene en materia de instrumentos para el desarrollo de la política económica de Navarra. Si bien la normativa vigente no establece la dotación presupuestaria inicial, estimamos que, para evitar costes de financiación posteriores a su constitución, aquella debería ser superior a los 18 millones de euros o, en su defecto, tener esta dotación el carácter mínimo, habiendo de calcular el impacto que, en su caso, ello tiene no tanto sobre el déficit público a corto plazo sino sobre la ratio Deuda/PIB que se verá reducida sustancialmente en 2018, sin que la reducción se compense por el crecimiento del PIB.
- j) La financiación de un banco/caja/instituto de finanzas mediante endeudamiento de la Comunidad Foral no computa como Deuda pública a efectos del Protocolo de Déficit Excesivo (PDE), aunque sí es necesaria la autorización del Estado para la emisión o concertación del crédito, préstamo, etc. Se recomienda que este endeudamiento se incorpore, sin especificar su destino, al Proyecto de Ley Foral de Presupuestos para 2018, caso de que los poderes públicos adopten una posición favorable respecto de cualesquiera de las tres modalidades de instituciones financieras.
- k) Igualmente, se baraja la posibilidad económica de financiar la institución financiera sin necesidad de recurrir al endeudamiento, en cuyo caso y sin concretar, se propone la desinversión en determinadas sociedades participadas total o parcialmente por la Comunidad Foral, siempre y cuando no tengan interés estratégico, se asegure una tesorería inmediata y se encuentren compradores apropiados.
- l) La institución financiera regional ha de tener claros, reiteramos, los objetivos pretendidos (para qué se quiere una entidad financiera pública), estar dirigida por personas independientes del Gobierno o del Parlamento que tengan solvencia, honorabilidad y profesionalidad y sean conocedores del mundo financiero. Supuesto lo anterior, el objetivo de la entidad financiera ha de ser social, facilitando el acceso al crédito a determinados colectivos, pero la concesión de préstamos, tomas de participación en empresas, etc., han de regirse por criterios de rentabilidad y obtención de beneficios, con el objeto de no lastrar la misma e independizarla económicamente del Gobierno de Navarra.
- m) La entidad o institución financiera elegida habrá de respetar los principios de libre competencia, evitando ocupar posiciones de monopolio de facto y evitando el recurso sistemático a la financiación pública de la Comunidad Foral, para no incurrir en ayudas de Estado contrarias al ordenamiento comunitario europeo.

- n) No existe inconveniente inicial en que, respetando los principios precedentes, la entidad financiera adquiriera Deuda de entidades territoriales navarras (locales o autonómicas), siempre que se realicen en condiciones de mercado. En términos económicos, sin embargo, no resulta comprensible, dado el rating de Navarra, constituir una entidad financiera para comprar su propia Deuda o la de entidades locales, cuando la financiación en los mercados es adecuada.
- o) Las experiencias de Derecho comparado se han seleccionado sobre la base de la mayor o menor afinidad con nuestro ordenamiento. En los dos supuestos examinados estamos ante banca de inversión en empresas, salvo el caso alemán, con bancos regionales ligados a los Länder, donde en algún supuesto es posible la concesión de préstamos hipotecarios en el segmento minorista (personas físicas y familias), algo que en España solo podría realizarse a través de bancos o cajas y no a través de institutos de finanzas.
- p) No obstante la consideración inicial, hemos de recordar que en España no existen bancos regionales y que la política del legislador en cuanto a la creación de cajas de ahorros favorece, a priori, la negativa del Banco de España, influyendo en ello el rescate bancario y la crisis de las cajas de ahorros.
- q) Sería conveniente, desde el punto de vista estratégico, efectuar una labor de sondeo previo ante las autoridades supervisoras (sólo en el caso de creación de bancos/cajas) antes de presentar la ingente documentación requerida para su tramitación administrativa.

Tal es, de antemano, nuestro informe que, de antemano y gustosamente, sometemos a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

Todos los datos, informes, normativa, estatutos, estadísticas, etc., quedan a disposición del Gobierno de Navarra, en cuanto sea menester para cualquier necesidad de ampliación, concreción o aclaración de este informe.