

---

# Regulación financiera: tercer trimestre de 2003

## 1. INTRODUCCIÓN

Durante el tercer trimestre de 2003 la publicación de nuevas disposiciones de carácter financiero ha sido relativamente escasa.

En el ámbito de las entidades de crédito, cabe destacar la publicación de tres normas. Por un lado, se ha modificado la normativa de los recursos propios mínimos con el fin de trasponer determinadas disposiciones comunitarias, de desarrollar normas de rango superior, así como de introducir modificaciones puntuales aconsejadas por la experiencia en estos últimos años. Por otro lado, se ha aprovechado para regular las características de las participaciones preferentes de las entidades de crédito, así como su régimen fiscal. Finalmente, se ha implantado en el Sistema Nacional de Compensación Electrónica (en adelante SNCE) un nuevo procedimiento de transmisión de imágenes en sustitución de la entrega de facsímiles, y se incorporan los pagos domiciliados entre los documentos susceptibles de tramitación en los distintos subsistemas.

En el área del mercado de valores, se ha publicado un conjunto de medidas que refuerzan la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas y de las cajas de ahorro, que contribuirá a mejorar el funcionamiento de los mercados financieros.

En cuanto al resto de la regulación financiera, hay que destacar tres normas de interés. Primero, se ha procedido a una importante actualización del régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, a fin de garantizar la completa adecuación de nuestro ordenamiento jurídico al derecho comunitario, y se han establecido determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. Segundo, ha entrado en vigor un conjunto de normas orientadas para la coordinación de actuaciones entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la Brigada de Investigación del Banco de España en la lucha contra la falsificación de billetes y monedas. Y, por último, se ha publicado la Ley Concursal, que ha abordado una profunda reforma del derecho concursal español.

## 2. ENTIDADES DE CRÉDITO: MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA DE LOS RECURSOS PROPIOS MÍNIMOS

El Banco de España ha publicado la *CBE 3/2003, de 24 de junio* (BOE del 7 de julio), por la que se modifica la CBE 5/1993, de 26 de marzo, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos, con el fin de trasponer

determinadas disposiciones comunitarias, desarrollar normas de rango superior, así como introducir modificaciones puntuales aconsejadas por la experiencia en la aplicación de la CBE 5/1993. A continuación se comentan las principales novedades.

## 2.1. Cobertura del riesgo de posiciones en mercaderías

El Real Decreto 1419/2001, de 17 de diciembre (1), inició el proceso de transposición de la Directiva 98/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio (2). Dicha Directiva amplió la definición de la cartera de negociación para incluir las posiciones en mercaderías (materias primas, excluido el oro), estableció los requerimientos de recursos propios para la cobertura de los riesgos por las posiciones, tanto de inversión como de negociación, en ellas y en oro, y permitió la utilización de modelos internos para el cálculo de los requerimientos de capital y para cubrir riesgos de mercado de la cartera de negociación, de tipo de cambio y de posiciones en mercaderías y en oro. Como desarrollo del citado Real Decreto, la CBE 3/2003 establece los requerimientos de recursos propios para las posiciones en mercaderías y se determinan las condiciones mínimas que deben reunir los modelos internos de gestión de riesgos, la organización de la entidad y sus controles internos para que, tras una evaluación individualizada de los mismos para verificar la medición de los riesgos, puedan ser utilizados para el cálculo de los requerimientos de recursos propios a efectos de la cobertura de los riesgos antes mencionados.

## 2.2. Cobertura del riesgo de posiciones en oro

La Orden ECO/3451/2002, de 27 de diciembre, que modificó parcialmente la Orden de 30 de diciembre de 1992, sobre normas de solvencia de las entidades de crédito, determinó el nivel de exigencia de recursos propios para la cobertura del riesgo de posición en oro. Con este antecedente, la CBE 3/2003 establece el método de cálculo de las posiciones en oro, que es muy similar al ya establecido para las posiciones en divisas. A estos efectos, se denomina posición neta en oro a la diferencia, en un momento determinado, entre la suma de sus

(1) Modificó parcialmente el Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras.

(2) Esta Directiva modificó la Directiva 93/6/CEE del Consejo, de 15 de marzo, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

activos patrimoniales, incluidos sus productos ciertos, y de sus compromisos de compra, y la suma de sus pasivos patrimoniales, incluidos sus costes ciertos, y de sus compromisos de venta, denominados todos ellos sobre oro. La posición neta en oro se denomina «larga» cuando la diferencia antes citada tiene signo positivo, y «corta» cuando tiene signo negativo.

## 2.3. Requerimiento de recursos propios para instrumentos derivados sobre subyacentes distintos de tipos de interés y de cambio

La Directiva 98/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio (3), además de precisar la ponderación aplicable a algunos riesgos, modificó la definición de mercados organizados (4), estableció los requerimientos de recursos propios para los instrumentos derivados negociados en mercados no organizados sobre subyacentes distintos de tipos de interés y de cambio (mercaderías y metales preciosos, excepto oro), e introdujo un mayor refinamiento para el cálculo de los efectos de reducción del riesgo potencial de crédito de los instrumentos incluidos en acuerdos de compensación contractual. En desarrollo de las competencias normativas atribuidas en la materia, la CBE 3/2003 transpone la mencionada Directiva a la normativa española.

Respecto a los requerimientos de recursos propios por riesgo de precio de mercaderías, la Circular determina el cálculo de la posición neta en una mercadería, que incluirá las tenencias de la misma y los derivados que la tengan como subyacente (contratos de futuros financieros, opciones, certificados de opción de compra, etc.), y se tendrán en cuenta tanto las posiciones clasificadas como de cartera de negociación como de inversión. Las posiciones que sean meramente de financiación de mercaderías podrán excluirse del cálculo del riesgo sobre mercaderías.

(3) Esta Directiva modificó parcialmente la Directiva 89/647/CEE del Consejo, sobre el coeficiente de solvencia de las entidades de crédito, y la Directiva 93/6/CEE del Consejo, sobre adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

(4) A tales efectos, se consideran mercados organizados los mercados regulados por las autoridades competentes que: a) operan de forma regular; b) se rigen por unas normas, establecidas o aprobadas por las autoridades competentes del país donde esté establecido el mercado, que determinen las condiciones de funcionamiento y de acceso al mercado y las condiciones que debe cumplir un contrato antes de que pueda negociarse efectivamente en el mercado; c) cuentan con un mecanismo de compensación que exija la constitución de depósitos en garantía ajustables diariamente en función de las operaciones y la evolución de las cotizaciones.

## 2.4. Eliminación de los límites individuales para las posiciones en divisas

Se eliminan los límites individuales establecidos para las posiciones en divisas, ya que la puesta en circulación del euro y la experiencia acumulada por las entidades de crédito españolas en la gestión de sus operaciones en moneda extranjera y la suficiencia de sus sistemas de control interno y de valoración del riesgo de cambio los hacen innecesarios. Cualquier entidad financiera que desee operar en divisas y en oro deberá contar, de acuerdo con su nivel de actividad, con sistemas de medición e información de riesgos adecuados para su gestión, seguimiento y control. En particular, deben estar claramente establecidas las políticas de asunción de riesgos aprobadas por los órganos de administración, incluyendo procedimientos de medición interna, límites operativos, frecuencia de su revisión, órgano o persona responsable y demás aspectos relevantes. Asimismo, las entidades deberán tener a disposición del Banco de España toda la documentación relativa a los sistemas de control interno establecidos para esta área, a su cumplimiento y funcionamiento, a los límites internos existentes y, en su caso, a los modelos utilizados, a sus parámetros cuantitativos y a las evaluaciones efectuadas sobre su bondad, que les podrán ser requeridas en cualquier momento.

## 2.5. Otras modificaciones

Finalmente, se incorpora, literalmente, el contenido de tres normas de rango superior dictadas desde la anterior modificación de la Circular 5/1993: el mencionado Real Decreto 1419/2001, la Orden de 13 de abril de 2000 y la Orden ECO/3451/2002, de 27 de diciembre, en lo referente a la ponderación de riesgos. Además, se abordan determinadas modificaciones puntuales o menores aconsejadas por la experiencia en la aplicación de la normativa de recursos propios de las entidades de crédito.

## 3. ENTIDADES DE CRÉDITO: MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

Con ocasión de la publicación de la Ley 19/2003, de 4 de julio (BOE del 5 de julio), sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, que se comentará más adelante, se ha aprovechado para regular las características de las participaciones preferentes de las entidades de crédito, así como su régimen fiscal.

## 3.1. Requisitos de las participaciones preferentes

Las participaciones preferentes tendrán que cumplir los siguientes requisitos:

- a) Ser emitidas por una entidad de crédito o por una entidad residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito dominante de un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito, y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes.
- b) En los supuestos de emisiones realizadas por una entidad filial, los recursos obtenidos deberán estar depositados en su totalidad y de forma permanente, descontados los gastos de emisión y gestión, en la entidad de crédito dominante o en otra entidad del grupo o subgrupo consolidable. El depósito así constituido deberá ser aplicado por la entidad depositaria a la compensación de pérdidas, tanto en su liquidación como en el saneamiento general de aquella o de su grupo o subgrupo consolidable, una vez agotadas las reservas y reducido a cero el capital ordinario. En estos supuestos, las participaciones deberán contar con la garantía solidaria e irrevocable de la entidad de crédito dominante o de la entidad depositaria.
- c) Tener derecho a percibir una remuneración predeterminada de carácter no acumulativo. El devengo de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios distribuibles en la entidad de crédito dominante o en el grupo o subgrupo consolidable.
- d) No otorgar a sus titulares derechos políticos, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión.
- e) No otorgar derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.
- f) Tener carácter perpetuo, aunque se pueda acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España.
- g) Cotizar en alguno de los mercados secundarios organizados.

- h) En los supuestos de liquidación, disolución u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, tanto de la entidad de crédito emisora como de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de las entidades de crédito, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, y se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito, y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuota partícipes.
- i) En el momento de realizar una emisión, el importe nominal en circulación no podrá ser superior al 30% de los recursos propios básicos del grupo o subgrupo consolidable, incluido el importe de la propia emisión, sin perjuicio de las limitaciones adicionales que puedan establecerse a efectos de solvencia. Si dicho porcentaje se sobreponerá una vez realizada la emisión, la entidad de crédito deberá presentar un plan para su autorización en el Banco de España, que tendrá por objeto retornar al cumplimiento de dicho porcentaje. No obstante, el Banco de España podrá modificar el indicado porcentaje.

### 3.2. Régimen fiscal de las participaciones preferentes

Su régimen fiscal será el siguiente:

- a) Las rentas derivadas de las participaciones preferentes tendrán la consideración de gasto deducible para la entidad emisora.
- b) Dichas rentas serán calificadas como rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios de acuerdo con lo establecido en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias. Asimismo, no estarán sujetas a retención alguna, siendo de aplicación, en su caso, la exención establecida en la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de no Residentes y Normas Tributarias.
- c) En el caso de que las rentas fueran obtenidas por sujetos pasivos del impuesto sobre la renta de no residentes sin establecimiento permanente, dichas rentas estarán exen-

tas de este impuesto en los mismos términos establecidos para los rendimientos derivados de la deuda pública en la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de no Residentes y Normas Tributarias.

- d) Finalmente, las operaciones derivadas de la emisión de participaciones preferentes estarán exentas de la modalidad de operaciones societarias del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

El régimen previsto para las participaciones será también aplicable a las emisiones de instrumentos de deuda realizados por entidades que cumplan determinados requisitos y cuya actividad u objeto exclusivo sea la emisión de participaciones preferentes y/u otros instrumentos financieros, siempre que estos cumplan los requisitos de cotización en mercados organizados y, en su caso, de depósito permanente y garantía de la entidad dominante.

### 4. SISTEMA NACIONAL DE COMPENSACIÓN ELECTRÓNICA: IMPLANTACIÓN DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE TRANSMISIÓN DE IMÁGENES EN SUSTITUCIÓN DE LA ENTREGA DE FACSÍMILES, E INCORPORACIÓN DE NUEVOS DOCUMENTOS

El RD 1369/1987, de 18 de septiembre (5), la OM de 29 de febrero de 1988 (6) y la CBE 8/1988, de 14 de junio (7), regularon la estructura y el funcionamiento del SNCE, compuesto por el sistema nacional de intercambios (SNI) y el sistema nacional de liquidación (SNL). Más adelante, la CBE 11/1990, de 6 de noviembre, estableció las normas de funcionamiento del subsistema general de cheques y de pagarés de cuenta corriente, regulado en la Norma SNCE-004 (en adelante, SNCE-004), integrado dentro del SNI.

Posteriormente, la CBE 4/1996, de 29 de marzo, estableció un nuevo procedimiento para la tramitación de los documentos *no truncables*, basado en la entrega opcional de reproducciones facsímiles de los documentos

(5) Véase «Regulación financiera: cuarto trimestre de 1987», en *Boletín económico*, enero de 1988, p. 51, Banco de España.

(6) Véase «Regulación financiera: primer trimestre de 1988», en *Boletín económico*, abril de 1988, p. 65, Banco de España.

(7) Véase «Regulación financiera: segundo trimestre de 1988», en *Boletín económico*, julio-agosto de 1988, p. 79, Banco de España.

originales, en lugar de estos. Esta medida tuvo por objeto dotar de una mayor agilidad al intercambio de documentos no truncables a través del subsistema.

Dado el avance experimentado en los procedimientos de captura y transmisión de imágenes, la *CBE 4/2003, de 24 de junio* (BOE del 7 de julio), ha dado un nuevo paso en la mejora de dichos procedimientos de intercambio, consistente en la implantación de una aplicación informática que permitirá sustituir la entrega de documentos por la transmisión electrónica de la imagen de los mismos.

En un primer momento, el nuevo sistema se aplicará a los intercambios de documentos que se llevan a cabo a través del subsistema general de cheques y de pagarés de cuenta corriente, en los que ahora se intercambia el documento original o una imagen física del mismo (facsímil). Posteriormente, se aplicará en el subsistema general de efectos de comercio y en el subsistema general de operaciones diversas, subsistemas en los que también está previsto el intercambio de documentos.

Por último, la Circular procede a incluir los *pagos domiciliados* entre los documentos susceptibles de tramitación tanto por el subsistema general de cheques y de pagarés de cuenta corriente como por el subsistema general de efectos de comercio, cuando estos han sido negociados por las entidades de crédito. A los efectos de su tramitación en el subsistema, los *pagos domiciliados* son documentos emitidos por las entidades de crédito a solicitud de sus clientes, por los cuales aquellas se obligan a efectuar el pago (siempre y cuando no hayan recibido orden expresa de no pagar y haya disponibilidad suficiente en la cuenta del cliente pagador).

## 5. TRANSPARENCIA DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS

Con objeto de contribuir a un mejor funcionamiento de los mercados financieros, se ha considerado fundamental fomentar el principio de la transparencia, lo que implica que se transmita al mercado de una forma correcta y veraz toda la información relevante para los inversores, e introducir medidas normativas sobre los deberes de los administradores y buen gobierno corporativo.

Con este objetivo, se ha publicado la *Ley 26/2003, de 17 de julio* (BOE del 18 de julio), por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/

1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

La reforma normativa se completa con la modificación de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, y con otras disposiciones que extienden a las entidades emisoras de valores parte de los preceptos establecidos para las sociedades cotizadas. A continuación se reseñan las novedades más significativas.

### 5.1. Modificación de la Ley del Mercado de Valores

La norma añade un nuevo título bajo la rúbrica «De las sociedades cotizadas» a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, siendo su ámbito de aplicación las sociedades anónimas cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado oficial de valores.

Dentro de esta rúbrica, en primer lugar, cabe reseñar los *pactos parasociales*, que la norma define como aquellos acuerdos que regulan el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que condicionan la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas. La celebración, prórroga o modificación de un pacto parasocial deberá ser comunicada con carácter inmediato a la propia sociedad y a la CNMV. Una vez efectuadas estas comunicaciones, el documento en el que conste el pacto parasocial deberá ser depositado en el Registro Mercantil, y publicarse como hecho relevante. En tanto no tengan lugar las comunicaciones, el depósito y la publicación como hecho relevante, el pacto parasocial no producirá efecto alguno.

A solicitud de los interesados, cuando la publicidad pueda ocasionar un grave daño a la sociedad, la CNMV podrá acordar que no se dé publicidad alguna a un pacto parasocial que le haya sido comunicado, o a parte de él, y dispensar de la comunicación de dicho pacto a la propia sociedad, del depósito en el Registro Mercantil del documento en que conste y de la publicación como hecho relevante, determinando el tiempo en que puede mantenerse en secreto entre los interesados.

En lo referente a los *órganos sociales*, la junta general de la sociedad cotizada aprobará un *reglamento* específico que contemplará todas aquellas materias que atañen a la junta general. Dicho reglamento será objeto de comunicación a la CNMV y se inscribirá en el Registro Mercantil con arreglo a las normas generales.

Por su parte, el consejo de administración dictará un *reglamento de normas de régimen interno* y funcionamiento del propio consejo, de acuerdo con la ley y los estatutos, que contendrá las medidas concretas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad. Dicho reglamento será objeto de comunicación a la CNMV y se inscribirá en el Registro Mercantil.

En cuanto a las *obligaciones de los administradores* de una sociedad cotizada, se establece que, si estos hubieran formulado solicitud pública de representación, no podrán ejercitarse el derecho de voto correspondiente a las acciones representadas en aquellos puntos del orden del día en los que se encuentren en conflicto de intereses. Asimismo, los administradores deberán abstenerse de realizar, o de sugerir su realización a cualquier persona, una operación sobre valores de la propia sociedad o de las sociedades filiales, asociadas o vinculadas sobre las que disponga, por razón de su cargo, de información privilegiada o reservada, en tanto esa información no se dé a conocer públicamente.

En la memoria de la sociedad se deberá informar sobre las operaciones realizadas por los administradores o por las personas que actúen por cuenta de ellos con la misma sociedad o con una sociedad del grupo, durante el ejercicio social al que se refieran las cuentas anuales, cuando dichas operaciones sean ajenas al tráfico ordinario de la sociedad o cuando no se realicen en condiciones normales de mercado.

En cuarto lugar, las sociedades anónimas cotizadas deberán hacer público con carácter anual un *informe de gobierno corporativo*, que será objeto de comunicación a la CNMV, que remitirá copia del informe a las autoridades supervisoras que corresponda. El informe será objeto de publicación como hecho relevante, y deberá ofrecer una explicación detallada de la estructura del sistema de gobierno de la sociedad y de su funcionamiento en la práctica. Su contenido y estructura serán determinados por el Ministerio de Economía o, con su habilitación expresa, por la CNMV.

Adicionalmente, las sociedades anónimas cotizadas deberán cumplir las obligaciones de información a las que las somete la Ley de Sociedades Anónimas por cualquier medio técnico, informático o telemático, sin perjuicio de los derechos que corresponden a los accionistas, de acuerdo con la legislación aplicable, para solicitar la información en forma impresa. Las sociedades anónimas cotizadas deberán disponer de una página web para atender el ejercicio, por parte de los accionistas, del derecho de información, y para difundir la información relevante.

Finalmente, se tipifica el tipo de infracción que constituirá el incumplimiento de lo previsto en esta norma.

## 5.2. Modificación del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas

En el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, en lo relativo al ejercicio de la condición de accionista, se introducen, entre otras, las siguientes modificaciones.

El voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el orden del día de cualquier clase de junta general podrá delegarse o ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto.

En cuanto al derecho de información, hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta, los accionistas podrán solicitar de los administradores las informaciones o aclaraciones que estimen precisas, o formular por escrito las preguntas que estimen pertinentes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Estas informaciones podrán solicitarse asimismo durante la celebración de la junta, estando los administradores obligados a facilitar la información (por escrito hasta el día de la celebración de la junta general), salvo en los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de la información solicitada perjudique los intereses sociales.

En cuanto al ejercicio del cargo de administrador, este deberá desempeñarse con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés general de la sociedad. Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquier operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador.

Por otro lado, los administradores deberán comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. En caso de conflicto, el administrador afec-

tado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera. Además, los administradores, aun después de cesar en sus funciones, deberán mantener secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que los mismos puedan ser comunicados a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social.

En cuanto a la responsabilidad de los administradores, estos responderán (personalmente el administrador de hecho y solidariamente los miembros del órgano de administración) frente a la sociedad, a los accionistas y a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

### 5.3. Otras modificaciones

Finalmente, la Ley hace extensivo a las cajas de ahorro emisoras de valores la necesidad de elaborar y hacer público el informe de gobierno corporativo mencionado más atrás. Adicionalmente establece la obligación para las Cajas de Ahorro de constituir, en el seno del Consejo de Administración, una comisión de retribuciones y una comisión de inversiones.

## 6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MOVIMIENTOS DE CAPITALES Y DE LAS TRANSACCIONES ECONÓMICAS CON EL EXTERIOR, Y SOBRE DETERMINADAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES

La Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, se ha caracterizado, tras más de 20 años de vigencia, por su singularidad, ya que ni prohibía, ni restringía, ni imponía ningún tipo de exigencia, ni de requisito administrativo. Tan solo se limitaba a facultar al Gobierno, con carácter general, para que estableciese, según las exigencias impuestas por la coyuntura económica en cada momento, las normas de restricción o control que estimase más oportunas.

Por otro lado, dicha Ley planteaba importantes contradicciones y lagunas de regulación, como la figura del delito monetario. Así, la reforma operada en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, por la Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto, ha quedado completamente vacía de contenido

legal, al suprimirse en 1996 el único supuesto subsistente de delito monetario (8). Igualmente, el sistema sancionador previsto en la Ley 40/1979 ha manifestado falta de coherencia y ajuste con la actual situación de libertad de movimientos de capitales, aunque se enmendó parcialmente a través de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, que abordó la tipificación de infracciones muy graves y eliminó el concepto residual de infracción leve.

Por otra parte, la Ley 40/1979 presentaba disfunciones con la nueva etapa de liberalización iniciada por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que proclamó la libertad de movimientos de capitales, prohibiendo no solo las restricciones a los movimientos de capitales y a los pagos entre Estados miembros, sino también entre estos y terceros países.

Con el fin de garantizar la completa adecuación de nuestro ordenamiento jurídico al derecho comunitario y, en particular, a las previsiones del Tratado Constitutivo, se ha procedido a una importante actualización de la Ley 40/1979, que la deroga prácticamente en su totalidad, mediante la Ley 19/2003, de 4 de julio (BOE del 5 de julio), sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. Asimismo, se establece un nuevo cuadro sancionador, en el que se incluye una tipificación expresa de las distintas acciones y omisiones infractoras y una mayor concreción de las sanciones aplicables en cada caso.

La Ley se estructura en dos capítulos: el primero contiene el régimen general de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, y el segundo establece el régimen sancionador en materia de movimientos de capitales, de acuerdo con los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad y respetando la garantía de procedimiento. En las disposiciones adicionales se modifica la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, en el sentido de mejorar los instrumentos de control sobre el efectivo y otros medios de pago, por el riesgo que suponen desde el punto de vista de la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Finalmente, se modifica la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, de cara a incrementar la efectividad en el desarrollo de

(8) Consistente en la exportación de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador por importe superior a cinco millones de pesetas o su contravalor, sin haber obtenido autorización previa.

investigaciones sobre blanqueo de capitales. Seguidamente, se resumen algunas de las novedades más relevantes.

### 6.1. Régimen general de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior

La Ley establece el principio de libertad de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior. Así, serán libres cualesquiera actos, negocios, transacciones y operaciones entre residentes y no residentes que supongan, o de cuyo cumplimiento puedan derivarse, cobros y pagos exteriores, así como las transferencias del exterior o hacia él y las variaciones en cuentas o posiciones financieras deudoras o acreedoras frente al exterior, sin más limitaciones que las dispuestas en esta ley y en la legislación sectorial específica.

Por otro lado, se establecen ciertas obligaciones de información, de modo que las personas físicas o jurídicas residentes o no residentes en España que realicen las operaciones mencionadas deberán facilitar al Ministerio de Economía y al Banco de España, en la forma y plazos que se establezcan, los datos que se les requieran, a los efectos de información administrativa y estadística de las operaciones.

Finalmente, el Gobierno podrá acordar la suspensión del régimen de liberalización establecido en esta ley cuando se trate de actos, negocios, transacciones u operaciones que, por su naturaleza, forma o condiciones de realización, afecten o puedan afectar a actividades relacionadas, aunque solo sea de modo ocasional, con el ejercicio de poder público, o actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, o que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad pública y salud pública.

### 6.2. Régimen sancionador

La ley clasifica las infracciones en muy graves, graves y leves. Entre las primeras cabe señalar las operaciones prohibidas en virtud de las medidas adoptadas por el Gobierno o por la Unión Europea. Dentro de las graves se encuentra la falta de declaración de operaciones cuya cuantía supere los 6 millones de euros o la falta de veracidad, la omisión o inexactitud en los datos de las declaraciones respecto de operaciones cuya cuantía supere la cifra anterior. Como infracciones leves la ley señala las declaraciones realizadas por los sujetos obligados fuera de los plazos reglamentariamente establecidos, la falta de declaración de operaciones cuya cuantía no supere los 6 millones, así como

la falta de veracidad, la omisión o inexactitud en los datos de las declaraciones que no superen dicha cuantía.

Respecto al régimen sancionador, se establece una cadencia de sanciones en función de las infracciones cometidas, que pueden ir desde la imposición de una multa en función del contenido económico de la operación (sin que pueda ser inferior a 30.000 euros) y una amonestación pública o privada, en el caso de las muy graves, a la imposición de una multa, que podrá ascender hasta un cuarto del contenido económico de la operación, sin que pueda ser inferior a 3.000 euros, y amonestación privada, en el caso de las leves.

### 6.3. Medidas de prevención del blanqueo de capitales

La norma introduce una serie de modificaciones a la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

En primer lugar, se amplía la casuística de los sujetos que pueden ejercer actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales. En concreto, además de los ya establecidos en la Ley 19/1993, alcanza también a las personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión como auditores, contables externos o asesores fiscales y a los notarios, abogados y procuradores cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias (*trust*), sociedades o estructuras análogas, o actúen en nombre y por cuenta de clientes, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria.

Por otro lado, como novedad, se establece la obligación de declarar el origen, destino y tenencia de los fondos, con las excepciones que reglamentariamente se señalen, a las personas físicas y jurídicas que, actuando por cuenta propia o de tercero, realicen los siguientes movimientos de medios de pago:

- Salida o entrada en territorio nacional de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador denominados en moneda nacional o en cualquier otra

moneda o cualquier medio físico, incluidos los electrónicos, concebido para ser utilizado como medio de pago, por importe superior a 6.000 euros por persona y viaje.

- b) Movimientos por territorio nacional de medios de pago consistentes en moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador, denominados en moneda nacional o en cualquier otra moneda o cualquier medio físico, incluidos los electrónicos, concebido para ser utilizado como medio de pago, por importe superior a 80.500 euros.

Finalmente, se amplían las responsabilidades y funciones de los gestores de las fundaciones, al amparo de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que deberán velar para que estas no sean utilizadas para canalizar fondos o recursos a las personas y entidades vinculadas a grupos u organizaciones terroristas, de acuerdo con lo previsto en la legislación reguladora de la prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo. A estos efectos, todas las fundaciones conservarán durante seis años registros con las identidades de todas las personas que reciban fondos o recursos de la fundación. Dichas responsabilidades se hacen extensivas a las asociaciones de utilidad pública, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas por el artículo 34 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

## 7. COORDINACIÓN DE ACTUACIONES ENTRE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD Y LA BRIGADA DE INVESTIGACIÓN DEL BANCO DE ESPAÑA EN LA LUCHA CONTRA LA FALSIFICACIÓN DE BILLETES Y MONEDAS

El Reglamento 1338/2001 del Consejo de la Unión Europea, de 28 de junio, por el que se definen las medidas necesarias para la protección del euro contra la falsificación, impone a los Estados miembros, entre otras, la obligación de garantizar que la información a escala nacional relativa a casos de falsificación se comunique, desde la primera constatación, a la oficina central nacional, mediante la adopción de las disposiciones necesarias para garantizar el intercambio de información entre la oficina central nacional y la unidad nacional de Europol.

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introdujo una disposición adicional cuarta en la Ley 48/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, atribuyendo al Banco de

España la consideración de autoridad nacional competente en la materia, así como su designación, a efectos de lo dispuesto en el citado Reglamento 1338/2001, como Centro Nacional de Análisis (CNA) y Centro Nacional de Análisis de Moneda (CNAM).

A fin de garantizar la necesaria coordinación de actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la lucha contra la falsificación de todo tipo de monedas y billetes de banco, y cumplir adecuadamente las obligaciones impuestas por la normativa nacional e internacional, se ha publicado el *RD 857/2003, de 4 de julio* (BOE de 15 de julio), sobre coordinación de actuaciones entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la Brigada de Investigación del Banco de España en la lucha contra la falsificación de billetes y monedas.

Cualquier unidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que detecte billetes o monedas falsos o a la que se le presente la posibilidad de su intervención comunicará la información disponible, desde la primera constatación, a la Brigada de Investigación del Banco de España (BIBE), a los efectos de la colaboración y coordinación previstas en la norma, sin perjuicio de que prosiga con las actuaciones pertinentes de acuerdo con las competencias que en materia de policía judicial tenga atribuidas.

Asimismo, las unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad también deberán remitir a la BIBE determinados datos y documentos detallados en la norma a efectos de cumplir con las obligaciones que impone el Reglamento 1338/2001 y demás normativa de aplicación en materia de lucha contra la falsificación de billetes y monedas falsos.

Una vez recibida la moneda falsa intervenida en la BIBE, esta la remitirá de forma inmediata al CNA o, en su caso, al CNAM del Banco de España, según se trate de billetes o monedas, respectivamente, y pondrá a su disposición cualesquier otros datos relevantes para el ejercicio de sus competencias sobre billetes y monedas falsos, junto con los instrumentos y útiles empleados en la falsificación, si los hubiese, que, en todo caso, estarán a disposición de la autoridad judicial competente.

## 8. LEY CONCURSAL

Se ha abordado la reforma global del derecho concursal español mediante la publicación de la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal* (BOE de 10 de julio). Este era un tema pendiente en el proceso de modernización de nuestro derecho, a la vista del arcaísmo y la

dispersión de las normas vigentes en esta materia. A continuación se detallan de modo sucinto las novedades más relevantes.

### 8.1. Normas específicas del ámbito financiero

La ley respeta la legislación específica aplicable a las entidades de crédito, a las aseguradoras y a las operaciones relativas a los sistemas de pagos y de compensación de valores o instrumentos financieros derivados, en gran parte impuesta por el derecho de la Unión Europea, y que afecta a determinados aspectos del concurso. Solo en defecto de normas especiales y en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de aquellos sistemas, se aplicarán en esta materia las de esta ley.

Así, la disposición adicional segunda de la Ley dispone que, en los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal.

La ley introduce, asimismo, algunas modificaciones en disposiciones de carácter financiero para adaptar su contenido a las disposiciones de la Ley Concursal. Cabe reseñar, entre otras, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

En la primera, cabe destacar la adaptación a esta Ley del procedimiento para la declaración judicial de quiebra o admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos de una entidad participante en los sistemas gestionados por la Sociedad de Sistemas (9), así como la declaración del concurso de una entidad gestora del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones. En la segunda, recoge el régi-

(9) La Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores (la Sociedad de Sistemas) nace del proceso de fusión del Servicio de Compensación y Liquidación de Valores (SCLV) y la Central de Anotaciones de Deuda Española (CADE). En dicha Sociedad se podrán integrar otros sistemas ya existentes en España, tales como el de derivados financieros o los gestionados por las Bolsas de Barcelona, Bilbao y Valencia, y podrá gestionar interconexiones y alianzas con los de otros países.

men aplicable a las cédulas territoriales (10) en caso de concurso de una entidad de crédito, que serán consideradas con el mismo rango que los créditos con privilegio especial, y, en concreto, dentro del grupo de «créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes hipotecados o pignorados».

Finalmente, se adaptan a esta ley otras normas de carácter financiero como la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y la Ley 1/1994, de 11 de marzo, de Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca.

### 8.2. Principios de la reforma concursal

La ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. La unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de la ley, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso.

Una de las novedades más importantes de la ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. También ha sido objeto de especial atención la regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre los *contratos*, una de las materias más deficientemente tratadas en el anterior derecho y, por tanto, de mayor originalidad en la nueva ley. Conforme a esta, la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento.

(10) Las cédulas territoriales son títulos de renta fija que podrán emitir las entidades de crédito, cuyo capital e intereses estarán especialmente garantizados por los préstamos y créditos concedidos por la entidad al Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales, así como a los organismos autónomos y a las entidades públicas empresariales dependientes de los mismos o a otras entidades de naturaleza análoga del Espacio Económico Europeo. Estos valores gozarán del mismo régimen fiscal y financiero aplicable a las cédulas hipotecarias.

Asimismo, la ley considera el *principio de igualdad de tratamiento de los acreedores*, que ha de constituir la regla general del concurso, y sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas.

### 8.3. Declaración y procedimiento del concurso

Los legitimados para solicitar el concurso del deudor han de basarse en alguno de los casos de insolvencia que enuncia la ley. Al solicitante del concurso le incumbe la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud. Si la solicitud de concurso la insta el propio deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, si bien en este caso no solo podrá ser actual, sino futuro, previsto como inminente. El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia, teniendo la facultad de anticiparse a este. Las soluciones del concurso previstas en la ley son el convenio y la liquidación, para cuya respectiva tramitación se articulan fases específicas en el procedimiento. La ley es flexible en la regulación del contenido de las propuestas de convenio, que podrá consistir en proposiciones de quita o de espera, o acumular ambas; pero las primeras no podrán exceder de la mitad del importe de cada crédito ordinario, ni las segundas de cinco años a partir de la aprobación del convenio, sin perjuicio de los supuestos de concurso de empresas de especial trascendencia para la economía y de presentación de propuesta anticipada de convenio cuando así se autorice por el juez. Los efectos de la liquidación son, lógicamente, más severos. El concursado quedará sometido a la situación de suspensión en el ejercicio de sus facultades patrimoniales de administración y disposición y sustituido por la administración concursal.

### 8.4. Órganos concursales

La ley simplifica la estructura orgánica del concurso, ya que solo el juez y la administra-

ción concursal constituyen órganos necesarios en el procedimiento. La junta de acreedores únicamente habrá de constituirse en la fase de convenio cuando no se haya aprobado por el sistema de adhesiones escritas una propuesta anticipada.

La ley configura al juez como órgano rector del procedimiento, al que dota de mayores facultades que en el derecho anterior, y amplía la discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso. La competencia para conocer del concurso se atribuye a los nuevos Juzgados de lo Mercantil, que se crean, al hilo de esta ley, en la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, mediante la pertinente modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En cuanto a la administración concursal, se opta por un órgano colegiado, aunque el juez podrá nombrar un solo administrador, de carácter profesional. Son funciones esenciales de la administración concursal las de intervenir los actos realizados por el deudor en ejercicio de sus facultades patrimoniales o sustituir al deudor cuando haya sido suspendido en ese ejercicio, así como la de redactar el informe de la administración concursal, al que habrán de unirse el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, la evaluación de las propuestas de convenio presentadas.

### 8.5. Otras novedades

Otra de las novedades de la reforma concursal es la previsión de un procedimiento para asegurar el registro público de las sentencias que declaran concursados culpables, y de aquellas resoluciones que acuerden la designación o la inhabilitación de los administradores concursales en los casos que la propia ley prevé. Finalmente, dedica especial atención a las cuestiones concursales foráneas, cada vez más frecuentes en una economía globalizada.

17.10.2003.