

Cuadernos Europeos de Deusto

No. 73/2025

DOI: <https://doi.org/10.18543/ced732025>

ESTUDIOS

Propuesta para la responsabilidad civil de los supervisores financieros en Europa

Tackling liability of financial regulators in Europe

Isabel Mousinho de Figueiredo

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.3353>

Recibido el 18 de febrero de 2025 • Aceptado el 16 de junio de 2025 • Publicado en línea: octubre de 2025

Derechos de autoría y de explotación

Los autores conservan sus derechos de autor sobre los trabajos publicados en Cuadernos Europeos de Deusto (CED). Además, pueden disponer de sus publicaciones para depositarlas en repositorios, páginas web personales, cursos o como base para futuras publicaciones, siempre que se cite adecuadamente la fuente original. Al enviar un artículo para su revisión y publicación en CED, los autores ceden a la Universidad de Deusto derechos de explotación, incluyendo distribución, comunicación pública, reproducción e inclusión en cualquier tipo de soporte, en particular en bases de datos en las que esta revista está indexada y en el repositorio institucional de la Universidad de Deusto. Los autores garantizan que no se han otorgado ni se otorgarán permisos o licencias de cualquier tipo que puedan violar los derechos otorgados a la Editorial. CED es una revista de acceso abierto, lo que garantiza el acceso gratuito, inmediato y permanente al contenido digital de todos sus números. Los lectores pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir, buscar o enlazar los textos completos sin fines comerciales y sin necesidad de autorización previa, siempre que se cite adecuadamente el trabajo original. Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito del titular de los derechos de autor. En particular, no se podrán aplicar términos legales ni medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras personas a hacer cualquier uso permitido por esta licencia.

Copyright and exploitation rights

Authors retain their copyright on works published in Cuadernos Europeos de Deusto (CED). Moreover, they may make their publications available for deposit in repositories, personal websites, courses or as a basis for future publications, provided that the original source is properly cited. By submitting an article for review and publication in CED, authors grant the University of Deusto exploitation rights, including distribution, public communication, reproduction and inclusion in any type of medium, particularly in databases in which this journal is indexed and in the institutional repository of the University of Deusto. Authors guarantee that no permissions or licences of any kind have been or will be granted that may violate the rights granted to the Publisher. CED is an open access journal, which guarantees free, immediate and permanent access to the digital content of all its issues. Readers may read, download, copy, distribute, print, search or link to the full texts for non-commercial purposes and without prior authorisation, provided that the original work is properly cited. Any other use of its content in any medium or format, now known or developed in the future, requires the prior written permission of the copyright holder. In particular, no legal terms or technological measures may be applied that legally restrict other persons from making any use permitted by this licence.

Propuesta para la responsabilidad civil de los supervisores financieros en Europa

Tackling liability of financial regulators in Europe

Isabel Mousinho de Figueiredo
Profesora Asistente de Derecho Civil
Universidad de Macao (China)
isabelf@um.edu.mo

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.3353>

Recibido el 18 de febrero de 2025
Aceptado el 16 de junio de 2025
Publicado en línea: octubre de 2025

Sumario: I. El problema.—II. Derecho alemán.—III. Common Law.—IV. Supervisores europeos.—V. Propuesta de distinción de dos paradigmas.—VI. Wirecard como ejemplo de solución propuesta.—VII. Conclusiones.

Resumen: ¿Cuándo deben indemnizar los supervisores financieros europeos? La inmunidad del supervisor alemán, austríaco y británico difícilmente se sostiene en el siglo XXI. En teoría, el Derecho de la Unión Europea no permite a los legisladores nacionales limitar su responsabilidad civil en casos de dolo, por lo menos desde la Sentencia Kantarev de 2018. Sin embargo, en enero de 2024 el tribunal supremo alemán BGH no condenó al supervisor ni siquiera en el escándalo Wirecard. La mayoría de los ordenamientos nacionales remiten a las cláusulas generales de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. En la UE los supervisores también indemnizan «de acuerdo con los principios generales comunes a los derechos de los Estados Miembros» (art. 340.3 del TFUE, art. 69 del Reglamento (UE) n.º 1095/2010 y art. 87 n.º 3 del Reglamento (UE) n.º 806/2014). Aquí propongo distinguir dos casos: cuando el supervisor no previene pérdidas de los depositantes, la responsabilidad debe ser mínima, pero no inexistente. Son daños causados por un tercero. Diferente es cuando el supervisor directamente causa daños no intencionados en el ejercicio de sus funciones. En estos casos de «peligro del poder», la responsabilidad del supervisor será plena.

Palabras clave: responsabilidad civil, regulación financiera, responsabilidad patrimonial de la administración pública, Derecho europeo, Derecho alemán de la responsabilidad civil.

Abstract: *When should financial regulators be liable? German, Austrian and common law protect regulators with immunity, which is hardly sustainable in the 21st century. In EU law, the Kantarev doctrine does not allow legislators to limit civil liability since 2018, not even to cases of wilful misconduct. In 2024 the Ger-*

man Supreme Court BGH shirked having to decide if the immunity enshrined by the legislator in § 4 IV FinDAG complies with EU law. Most European national legal systems refer to general clauses on (public) civil liability. The European Central Bank (ECB) compensates “in accordance with the general principles common to the laws of the Member States” (Art. 340 No. 3 of the TFEU), as do ESMA and SRM (Art. 69 of Regulation (EU) No. 1095/2010). This article suggests discerning paradigms: (1) When a supervisor fails to prevent losses to depositors, liability ought to be minimal. (2) By contrast, when the supervisor is the main perpetrator of collateral damage, liability should be full. I call this paradigm the “danger of power”.

Keywords: Tort Law, financial regulators, liability of public bodies, European Law, German Law of Torts.

I. El problema

Confiamos no solo en los bancos, sino también en los sistemas de control y supervisión. Que haya alguien que le dedique tiempo, que sea experto, diligente y honesto. Pero nadie es perfecto y el supervisor también puede equivocarse. ¿Qué pasa cuando falla? ¿Es responsable? ¿Debe pagarlo todo?

Para muchos legisladores es difícil decidir si el supervisor financiero debe indemnizar o no. Esto sucede en los países donde impera el *Common Law*, en ordenamientos como el alemán y también en el Derecho de la Unión Europea. En el pasado ha habido condenas excesivas en algún caso, pero también ha habido casos en que se ha aplicado una inmunidad injustificada. Los efectos perniciosos para el sistema se ilustran en casos como el de Wirecard, que estalló en 2020 en Alemania, y como consecuencia del cual los inversores perdieron cerca de 23 mil millones de euros por la incompetencia del supervisor —absuelto en 2024 por el BGH.

En Bélgica, Luxemburgo, Chipre y Estonia, el legislador ha optado por una regla cercana a la inmunidad de sus supervisores financieros. En Francia e Italia, la jurisprudencia ha limitado la responsabilidad a *faute lourde* o *dol*¹. En España, Portugal y Suecia, los supervisores financieros están sujetos al régimen de responsabilidad patrimonial de la administración pública, en general. Pero ¿qué alcance concreto tiene este último régimen? La pérdida de una inversión de riesgo, por ejemplo, ¿podría constituir un daño indemnizable? Y, en caso afirmativo, ¿en qué medida?

Difícilmente se conseguirá una respuesta satisfactoria recurriendo a una fórmula única, de todo o nada, como la aplicable a los supuestos tradicionales de la responsabilidad civil (acto culposo que causa un daño), pensada para los bienes corporales y tangibles del siglo XIX. Tampoco ayudan las distinciones entre poder legislativo, ejecutivo y judicial. Montesquieu no estaba pensando en la responsabilidad civil cuando trazó la separación, sino en controles y contrapesos del poder político, *checks and balances*, un problema diferente.

Primero se verá el caso Wirecard, el régimen en Alemania y en el *Common Law*; seguido de la responsabilidad del Banco Central Europeo (BCE). Finalmente, se proponen algunas vías para mejor dilucidar cuándo está justificado condenar al supervisor al pago de una indemnización y en qué medida.

¹ Cassazione, I Sezione, 25 febrero 2009, n.º 4587; 14 enero 1994, n.º 367; Corte di Cassazione, 17 noviembre 2016, n. 23418, Foro Italiano 2016, I, c. 3771.

II. El Derecho alemán

En el caso de la sociedad de pagos Wirecard queda claro que el supervisor infringió sus deberes, tanto por acción como por omisión. No solo no ejerció sus funciones de vigilancia e inspección del mercado, sino que, además, acosó a los periodistas que lo hicieron en su lugar.

Antes de su quiebra, Wirecard era aclamada como un modelo de éxito: la PayPal europea que emergió como una Fintech prodigiosa. Valorada en 30 mil millones de euros, estaba entre los 30 grupos más grandes de Alemania e hizo obtener importantes ganancias a grandes y pequeños inversores. Los indicios más serios de irregularidades fueron divulgados en enero de 2019, lo cual depreció el valor de sus acciones. En vez de investigarlo, las autoridades alemanas se creyeron la explicación de la propia Wirecard, según la cual las acusaciones se basaban en rumores para manipular el mercado. Sin indagar, ni mostrar el mínimo escepticismo profesional que es de esperar en un auditor e inspector, la BaFin² prohibió la venta en descubierto y presentó cargos penales contra los periodistas. El supervisor hizo lo contrario a lo que debía: protegió a los malhechores en vez de defender a la generalidad y a los inversores que iban a ser engañados.

En realidad, Wirecard había sido creada en 1999 para procesar pagos online anónimos, especialmente de pornografía y de juego. Esto la hizo crecer mucho, pero, mientras intentaba expandirse a otros negocios financieros, en 2016 dejó de ser rentable. No obstante, Ernst & Young auditaba favorablemente y sin reservas su contabilidad cada año³.

La presión aumentó y en 2020 Wirecard tuvo que contratar a KPMG para una auditoría independiente, que descubrió un déficit financiero de 1,9 mil millones de euros. La sociedad quebró en junio, el administrador Markus Braun fue detenido y el COO Jan Marsalek huyó. En junio 2025 Markus Braun sigue preso y Jan Marsalek continúa en paradero desconocido.

El escándalo Wirecard se saldó con cerca de 500 demandas de responsabilidad por daños presentadas contra la BaFin por parte de inversores perjudicados. El tribunal de primera instancia de Frankfurt ha desestimado varias de ellas⁴ y todo indica que con el resto hará lo mismo, máxime después

² Autoridad de supervisión bancaria alemana, *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*.

³ La reputación de las compañías auditoras es fundamental. Dependen de su buen nombre y reputación. Y, no obstante, las cuatro grandes compañías auditoras parecen sobrevivir siempre, incluso a los mayores escándalos.

⁴ Las primeras fueron las decisiones del *Landgericht* Frankfurt am Main 2-04 O 531/20; 2-04 O 561; 2-04 O 563/20; 2-04 O 65/21.

de la confirmación de las resoluciones desestimatorias por parte del tribunal de última instancia civil (BGH) en enero de 2024⁵.

Desde 1984, la BaFin goza de inmunidad en virtud de la ley, el § 4 IV FinDAG⁶, lo cual ha sido criticado, principalmente en la medida en que establece por ley una inmunidad absoluta⁷. Únicamente se excluye la inmunidad en el caso de abuso de funciones, el *Amtsmisbrauch*⁸. El BGH en su sentencia Wirecard de 2024 evitó decidir acerca de la validez de una inmunidad legal, tras sostener que en este caso la BaFin actuó sin culpa. Sin embargo, el BGH advierte que en el futuro la BaFin tiene un deber legal de control⁹.

Dicho régimen especial de inmunidad surge como consecuencia de ser Alemania el primer país de la Unión Europea que, en 1979, condenó al supervisor financiero por una conducta negligente¹⁰ al pago de una indemnización, criticada por excesiva¹¹.

El código civil de 1896 (BGB) en el § 823 hace responsable a quien infringe los derechos absolutos o, alternativamente, a quien infringe normas concretas de actuación (normas de protección, *Schutzgesetze*). ¿Y

⁵ *Bundesgerichtshof*. BGH, III ZR 57/23, 10 enero 2024. La sentencia del tribunal de segunda instancia es del OLG Frankfurt am Main 1 U 173/22, 6 de febrero de 2023.

⁶ § 4 IV del *Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz* (FinDAG), aprobada el 22 de abril de 2002, modificada por el art. 10 de la Ley de 20 de noviembre de 2015 (BGBl. I, 2029 y ss.) y por el art. 6 de la ley de 12 de diciembre de 2019 (BGBl. I, 2602). La inmunidad se positivizó de esta manera en 1984, durante la resaca de las sentencias del BGH en los casos *Herstatt* y *Wetterstein*. El FinDAG sustituyó los § 81 I Satz 3 VAG, para seguros, § 1 VI BörsG, para bolsa de valores, y § 4 II WpHG, para el mercado de valores mobiliarios, así como el § 6 III del *Kreditwesengesetz*.

⁷ Boas Kümper, *Risikoverteilung im Staatshaftungsrecht*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2011), 308-311, Martina Almhofer, *Die Haftung der europäischen Zentralbank für rechtswidrige Bankenaufsicht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2018). Sonja Heitzer, *Messing with the Regulator* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2023).

⁸ Sentencia del BGH publicada en BGHZ 162, 49 y ss. La responsabilidad se reduce esencialmente a casos de intervención o injerencia. Solo se conoce una condena de la BaFin por *Amtshaftung*: sentencia de 13 de junio de 2006 del OLG Frankfurt am Main. Véase también Almhofer, *Die Haftung* 385.

⁹ BGH, III ZR 57/23, 10 enero 2024.

¹⁰ Sentencia del BGH de 15 de febrero de 1979 (*Wetterstein*), *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) de 1979, 1354, y sentencia del BGH de 12 de julio de 1979 (*Herstatt*), NJW de 1979, 1879, o *Juristenzeitung* 1979, 683. La quiebra de estos bancos llevó a la adopción de los principios básicos de Basilea para la supervisión bancaria.

¹¹ K. Bender, «Die Amtspflichten des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen gegenüber einzelnen Gläubigern eines Kreditinstitutes», NJW 1978, 622; Kopf y Bäumlner *Die Rechtsprechung des BGH zur Amtshaftung im Bereich der Bankenaufsicht*, NJW 1979, 1871; Ernst Starke, «Drittsschutzwirkung der Bankaufsicht und ihre Konsequenzen», 1979, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, n.º 51-52, 1979, 1402; Kümper, *Risikoverteilung*, 62-64.

cómo se reconoce a estas «normas de protección»? Por ejemplo, en casos de vulneración de normas de investigación criminal, se ha denegado la indemnización por las consecuentes pérdidas financieras¹². Pero hay decisiones que condenaban (en materia no financiera) por el incumplimiento de esas mismas normas¹³. En teoría, la BaFin responde por los actos de sus agentes¹⁴, pero en la práctica no hay condenas. El tema no está exento de controversia¹⁵ y hay quien cuestiona, con razón, la constitucionalidad

¹² Como en la sentencia del BGH de 28 de marzo de 1996, NJW 1996, 2373. Un caso de estafa en el cual un pequeño inversor perdió tres cuartas partes de sus ahorros, estando la investigación criminal ya muy adelantada. La demanda de indemnización por daños y perjuicios contra el *Land* fue desestimada.

¹³ Por sentencia del BGH de 30 de abril de 1953 se concedió indemnización a la víctima de dos atracadores, que eran conocidos por la policía.

¹⁴ Markus Böhme, *Staatshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht nach deutschem und europäischem Recht* (Baden-Baden: Nomos, 2009), 23, Seidel, «Amtshaftung für fehlerhafte Bilanzkontrolle», *Der Betrieb*, 12, (2005), 656, Lenz, «Wem nützt eigentlich die Bankenaufsicht?» 2010, NJW, 30.

¹⁵ Heitzer, *Messing...*, 349 Según Armin Brendle, *Amtshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht?* (Baden-Baden: Nomos, 1987), 442 y 565, la supervisión a veces también defiende intereses individuales; como para Seidel, «Amtshaftung für fehlerhafte Bilanzkontrolle», 654. Entre las críticas a la inmunidad: Gert Nicolaysen, «Keine Staatshaftung für die Bankenaufsicht?», *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, (Berlin: de Gruyter, 1987), 663; Edgar Habschied, *Staatshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht?* (Bielefeld: Gieseking Verlag: 1988); Karl Nüßgens, *Ausschluss der Staatshaftung kraft Amtshaftung* (1991), 293-302; Dimitris Triantafyllou, *Haftungsrechtliche Probleme der Staatsaufsicht in der Wirtschaft* (Frankfurt: Peter Lang, 1991); Wolf-Rüdiger Schenke y Josef Ruthig, «Amtshaftungsansprüche von Bankkunden bei der Verletzung staatlicher Aufsichtspflichten», NJW 1994, 2324 y ss.; Matthias Grätias, *Staatshaftung für fehlerhafte Banken- und Versicherungsaufsicht im europäischen Binnenmarkt* (Baden-Baden: Nomos, 1999); Matthias Grätias, «Bankenaufsicht, Einlegerschutz und Staatshaftung. Zur staatshaftungsrechtlichen Relevanz der verspäteten Umsetzung der EG-Einlegerschutzrichtlinie und zur Rechtmäßigkeit des § 6 IV KWG», NJW 11, 2000, 786; Hans-Joachim Cremer, «Staatshaftung für den Verlust von Bankeinlagen – LG Bonn», NJW 2000, 815; Stefan Höhns, *Die Aufsicht über Finanzdienstleister* (Berlin: Duncker Humblot, 2002); Hans-Walter Forkel, «Rechtsfragen zur Krise an den Finanzmärkten: zur Systematik möglicher Schadenersatzansprüche», *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, (2008), 183; Böhme, *Staatshaftung ...*; Lenz, «Wem nützt eigentlich die Bankenaufsicht?», 29-32; Sethe, «Die Verfassungsmäßigkeit des Haftungsausschlusses für fehlerhafte Bankenaufsicht», 2010, en *Festschrift für Klaus J. Hops*, ed. por Stefan Grundmann et al. (Berlin: De Gruyter 2010), 2549-2569; Hans-Jürgen Papier, Comentario al §839, *Münchener Kommentar zum BGB*, (München: Beck, 2013. Según Andreas Cahn, la defensa del interés público no debe obstar al deber de indemnizar de la BaFin, «Verwaltungsbefugnisse der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht im Übernahmerecht und Rechtsschutz Betroffener», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 2 y 3 (2003), 289 y ss. Nikolai Badenhop retira del Derecho de la Unión Europea la tutela de intereses individuales y, por consiguiente, alguna responsabilidad aquiliana, *Europäische Bankenregulierung und private Haftung* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2020).

de tal inmunidad¹⁶ y su conformidad con el Derecho de la Unión Europea¹⁷.

Al menos dos sentencias de segunda instancia han desafiado el *status quo*. La primera, del Tribunal Superior de Justicia de Colonia (OLG Köln), de 11 de enero de 2001¹⁸. Y la segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Frankfurt (OLG Frankfurt am Main), de 13 de junio de 2006, que condenó a la BaFin al pago de una indemnización de 2.450.000 euros al administrador de una institución financiera. Los hechos del segundo caso son los siguientes: el 2 de junio de 1998, la BaFin consideró que el administrador carecía de la capacidad técnica para desempeñar el cargo. Dicha sentencia fue recurrida ante el *Verwaltungsgericht* de Berlín que, mediante sentencia de 18 de septiembre de 2001, la consideró contraria a Derecho. Desde mi punto de vista, la decisión de la BaFin debería haber sido considerada lícita y discrecional, porque los niveles de prudencia que se esperan del supervisor financiero no son compatibles con una presunción de capacidad del administrador. Si el Derecho exigiese pruebas irrefutables de incompetencia personal, se sustituiría la prudencia y prevención por la observación de los estragos consumados. El juez formado para proteger a los trabajadores no puede ver al administrador bancario como un simple dependiente, ante la tarea mayor de asegurar la estabilidad financiera de toda la economía.

Es curiosa la redacción de la ley que positiviza la inmunidad. Tras enumerar las atribuciones del supervisor, dice muy sucintamente que «4.) La Agencia Federal desempeña sus funciones y ejerce sus competencias únicamente en interés público»¹⁹. O sea, el legislador limita expresamente el ámbito de la protección de la norma, ciñéndolo al interés público. ¿Cómo oponerse al argumento del interés público? En definitiva, es una forma discreta

¹⁶ Mathias Cornils, «Staatshaftung für fehlerhafte Behördenaufsicht», *Hörschubashi Journal of Law and Politics* 49 (2021), doi:10.15057/hjlp-49-2020-002-17-41, 31. Habschied, *Staatshaftung ...* 85. Se decanta por la inconstitucionalidad Daniel Benighaus, *Staatshaftung für fehlerhafte Aufsicht im Bereich des Kapitalmarkts*, (Tesis doctoral, Humboldt Universität zu Berlin, 2009), 224, por infracción del art. 34 del *Grundgesetz*, considerando, además, que el § 4 IV de la ley FinDAG ha de ser interpretado restrictivamente, bajo pena de violación de derechos subjetivos derivados del Derecho de la Unión Europea, 190. Por estas razones, el Autor apela al legislador para que derogue el § 4 IV del FinDAG, sustituyéndolo por una limitación máxima de la responsabilidad, por motivos presupuestarios.

¹⁷ Sobre todo, a la raíz de la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018 en el caso *Nikolay Kantarev v. Balgarska Narodna Banka*, C-571/16 (Cruz Vilaça). Antes de esta sentencia ya había dudas, consecuencia de la Sentencia del TJCE proferida a 12 de octubre de 2002 en el ámbito del Asunto C-222/02, la sentencia *Peter Paul*.

¹⁸ OLG Köln, ZIP 2001, 645.

¹⁹ En alemán: «4.) Die Bundesanstalt nimmt ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahr».

de colar una inmunidad enmascarándola de razonamiento técnico en sede de imputación objetiva en el Derecho de daños. La doctrina entiende que no hay responsabilidad de la BaFin frente a particulares, ni frente a la banca, por ser conocida la intención del legislador tras las condenas de los casos *Wetterstein* y *Herstatt*²⁰. Pero el interés público y privado no tienen por qué ser mutuamente excluyentes. De hecho, raramente estarán en conflicto y, a menudo, las mismas medidas protegen a la vez el sistema financiero y los intereses de los depositantes. La determinación de cuál es el fin de protección de la norma debería estar reservada al intérprete y basarse en consideraciones de racionalidad objetiva y criterios de imputación de daños.

Antes de estas dos sentencias, hasta finales de la década de 1970, se entendía que el alcance de protección de la *Kreditwesengesetz* de 1939 no abarcaba el interés de los particulares a efectos de responsabilidad, fuera de los propios bancos o bien de los respectivos acreedores. Así lo había decidido el Tribunal Superior de Justicia de Bremen (OLG Bremen) en su sentencia de 13 de noviembre de 1952²¹, y también el Tribunal Superior de Justicia de Hamburgo (OLG Hamburgo) en sentencia de 28 de junio de 1957²². Esta misma posición se confirmó con respecto a la supervisión de la actividad aseguradora en la sentencia del BGH de 24 de enero de 1972²³.

Desde 2002 existe una única autoridad para la supervisión financiera, que incluye la banca, los seguros y los valores mobiliarios: la BaFin. Antes la supervisión era tripartita: para el sector bancario, el *Bundesamt für das Kreditwesen* (BAKred); para los mercados de valores mobiliarios, el *Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel* (BAWe); y para el sector de seguros, el *Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen* (BAV).

La inmunidad se presta a amplias críticas²⁴. Desde luego, es inconstitucional, por violación del art. 34 de la Ley Fundamental, y contraria al Derecho de

²⁰ Sentencia del BGH en el caso *Wetterstein*, publicada en el BGHZ 74, 1974, 144 a 162. Sentencia *Herstatt*, también del BGH, publicada en el BGHZ 75, 1975, 120 y ss.

²¹ NJW 1953, 585.

²² Publicada en la revista *Betriebsberater* 1957, 950.

²³ NJW 1972, 577. El BGH decidió aplicar la misma regla a la supervisión del sector asegurador, aunque este no fuera el objeto del pleito. Crítico, R. Scholz, «Versicherungsaufsicht und Amtshaftung», NJW 1972, 1217 a 1219. Sobre la supervisión en materia de seguros, véase, además, Hans-Jürgen Papier, «Wirtschaftsaufsicht und Staatshaftung», *Juristische Schulung* (1980), 265 y ss.; Körner, «Schutz des Publikums bei Verstößen gegen die Verbots- und Genehmigungsvorschriften des Kreditwesengesetzes», *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 1968, 127 y ss.; Gratias, *Staatshaftung* ..., 1999. Siguió a ésta la sentencia del OLG de Köln (Tribunal Superior de Justicia de Colonia) de 19 de septiembre de 1977, NJW de 1977, 2213.

²⁴ Papier, Comentario al § 839 *Münchener Kommentar*, 2013; Kümper, *Risikoverteilung*..., 66, con indicación bibliográfica.

la Unión Europea. En cuanto a este aspecto, se pronunció de forma incompleta el TJCE en la sentencia *Peter Paul*²⁵. En ese caso, los demandantes perdieron la totalidad de sus depósitos porque la autoridad falló en la supervisión del banco, que quebró. Además, Alemania no transpuso en plazo la Directiva de garantía de depósitos. El TJCE concluyó, no obstante, que no había violación del Derecho de la Unión. La sentencia no puede aplicarse analógicamente a todas las áreas de supervisión, ni siquiera a todas aquellas reguladas por el Derecho europeo. La sentencia se pronuncia de forma muy escueta, pero solo en lo relativo a si la Directiva crea o no un derecho subjetivo que permita la indemnización por el importe de los depósitos perdidos, consecuencia de las Directivas de supervisión bancaria vigentes²⁶. Según el TJCE, de conformidad con el Derecho comunitario invocado en el caso²⁷, no es obligatoria la indemnización «cuando está asegurada la indemnización de los depositantes» por un mínimo de 20.000 euros²⁸. E incluso con ese alcance restringido y cauteloso, las conclusiones de entonces ya no valen, a raíz de la sentencia *Kantarev* de 2018²⁹ y el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

Las condenas de 1974 y 1975 al pago de todo lo perdido son incorrectas³⁰. No puede obligarse al contribuyente a asumir las desproporcionadas pérdidas financieras causadas por el mal funcionamiento de la autoridad supervisora. La reacción del legislador ante esta situación fue hacer inmune al supervisor bancario en 1984.

Por lo demás, una inmunidad legal parecida está vigente en la supervisión general de la economía. El BGH, en su sentencia de 24 de enero de 1972, concluyó, en un caso de inspección pública de calderas, que «como

²⁵ Sentencia del TJCE *Peter Paul* de 12 de octubre de 2002 (C-222/02).

²⁶ El objeto del procedimiento era la interpretación de las Directivas 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos, publicada en el Diario Oficial L35, 5; 77/780/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, relativa a la coordinación de las disposiciones legislativas, normativas y administrativas referentes al acceso a la actividad de los establecimientos de crédito y su ejercicio, publicada en el Diario Oficial L332, 30; 89/299/CEE del Consejo, de 17 de abril de 1989, relativa a los fondos propios de las instituciones de crédito, publicada en el Diario Oficial L124, 16; y 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legislativas, normativas y administrativas referentes al acceso a la actividad de las instituciones de crédito y su ejercicio, publicada en el Diario Oficial L386, 1.

²⁷ Directivas 94/19/CE, 77/780/CEE, 89/299/CEE y 89/646/CEE.

²⁸ Directiva 94/19/CE.

²⁹ Por Sentencia de 4 de octubre de 2018, en el caso *Nikolay Kantarev v. Balgarska Narodna Banka* (C-571/16) (CRUZ VILACA), el Tribunal de Justicia consideró que los Estados Miembros no pueden exigir un «carácter intencional del daño causado por la autoridad nacional» para que exista el deber de indemnizar. Nótese que la ley búlgara no iba tan lejos como va todavía la alemana o la austríaca en la exclusión de responsabilidad del supervisor financiero.

³⁰ Sentencia del BGH en el caso *Wetterstein*, publicada en el BGHZ 74, 1974, 144 a 162. Sentencia *Herstatt*, también del BGH, publicada en el BGHZ 75, 1975, 120 y ss.

norma general, la supervisión estatal de las entidades económicas privadas sólo sirve al interés público general y no suele establecer ninguna obligación oficial (*Amtspflicht*) hacia personas concretas»³¹. O sea, por ley se impidió la responsabilidad por la supervisión de actividades económicas³², por lo menos en lo que respecta a la responsabilidad pública (*Amtshaftung*). Asimismo, se rechazó también la reclamación de indemnización en la homologación para la comercialización de semillas con fines agrícolas, en la sentencia del BGH de 12 de junio de 1986³³. De este modo, en la práctica, la regla acaba siendo la inmunidad general para los organismos públicos alemanes en materia de supervisión, instaurada por ley estatal e inferida por consenso general de la doctrina, incluso por quien critica la inmunidad positiva.

El problema no es solo de las autoridades de supervisión de actividades económicas, sino del régimen de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas alemanas. Esta responsabilidad está sometida a una regulación caótica y casuística, patente en algunos raros esfuerzos de organización, como el de OSSENBUHL³⁴.

III. El Common Law

En el sistema anglosajón se justifica la inmunidad como una garantía de la discrecionalidad del supervisor, para evitar una avalancha de demandas contra el supervisor financiero, y porque su función es proteger el interés público, no el privado. El precedente judicial proviene de Hong Kong: *Yuen Kun Yeu v. Attorney General of Hong Kong*³⁵. Se entendió que no existía un *duty of care* cuando el caso afectaba al poder judicial o casi judicial³⁶. La

³¹ A propósito de la inspección por parte del TÜV de calderas de vapor. Se lee en la sentencia del BGH de 24 de enero de 1972, publicada en la BGHZ 58, 96 y ss.: «Die staatliche Aufsicht über private Wirtschaftseinheiten dient grundsätzlich nur dem allgemeinen öffentlichen Interesse und begründet regelmäßig keine Amtspflichten gegenüber bestimmte Personen», 98.

³² Kümper, *Risikoverteilung* ..., 2011, 64-66.

³³ Publicado en la revista *Versicherungsrecht* de 1986, 1100 y ss.

³⁴ Fritz Ossenbühl y Matthias Cornils, *Staatshaftungsrecht*, Beck, 2013. Stefen Detterbeck, Kay Windthorst y Hans-Dieter Sproll, *Staatshaftungsrecht* (München: Beck, 2000); Kümper, *Risikoverteilung* ... Para la responsabilidad por omisión, Moritz Funke, *Das Unterlassen im Staatshaftungsrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2024). Resulta que no hay muchos trabajos publicados sobre este tema, en comparación con la prolífica producción de la academia alemana sobre otros temas.

³⁵ *Yuen Kun Yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1988] AC 175, [1987] 3 WLR 776, [1987] 2 All ER 705. En aquellos momentos Hong Kong estaba todavía bajo control directo de Reino Unido.

³⁶ Lunney y Oliphant, *Tort Law – Text and Materials* (Oxford: OUP 2003), 128. Hazel McLean, «Negligent regulatory authorities and the duty of care», *OJLS* (1988), 442 y ss. Re-

misma postura se sostuvo en el caso *Three Rivers District Council v. Bank of England*³⁷, en el cual se desarrolló la noción de *bad faith* y se entendió que no había suficiente *proximity* entre el supervisor y los miembros de la comunidad en general que justificase la imposición de responsabilidad. Uno de los elementos que justificaría, en su caso, una divergencia en relación con el caso *Dorset Yacht Co v. Home Office*³⁸ —en el que menores tutelados por el Estado causaron daños a una embarcación— sería que el *Commissioner* financiero no tenía poderes para controlar las actividades diarias de los causantes del daño.

Desde 1987 está positivizada la inmunidad del supervisor financiero inglés³⁹ y, desde 1997, también la del supervisor irlandés⁴⁰, los cuales respon-

cuérdese la constante agitación en los diferentes mercados regulados por el *common law*, en los que se añade siempre el Derecho de origen legislativo de cada plaza. Un resumen crítico a la nueva normativa de la resolución de instituciones financieras en Hong Kong lo hace António da Roza, «The egg drop experiment – Hong Kong's Financial Institutions (Resolution Ordinance)», *Hong Kong Lawyer* (agosto 2017).

³⁷ En este caso se desestimó la pretensión indemnizatoria ejercitada por los clientes del BCCI porque no prosperó su alegación de *misfeasance in public office*, tal como pasó a ser definida en el propio caso: *Three Rivers District Council v. Bank of England* 3 [2001] 2 All ER 513, además de *Three Rivers District Council v. Bank of England* [2003] 2 AC. Más de 6000 depositantes del banco BCCI, con sede en Luxemburgo, demandaron al supervisor bancario inglés (el Banco de Inglaterra, *Bank of England*) por no haber revocado la licencia de operación del banco en el Reino Unido antes de que se consumara el fraude cometido por algunos de sus directivos. La *House of Lords* confirmó que bastaba el conocimiento por parte del agente de que estaba actuando ilícitamente, si podían saber también que sus acciones u omisiones podrían causar un daño a los depositantes. Los *Lords* tildaron a este particular estado de consciencia de *subjective recklessness*, 2, 185, 196, 223, 231, 236 y 247. No es suficiente una falta de escrúpulos (*recklessness*), llamada objetiva, en la que el agente actuaría sin antes confirmar si tiene los poderes correspondientes. Noel Cox, «Three Rivers District Council v The Bank of England: The collapse of BCCI and misfeasance in public office», doi:10.2139/SSRN-420027 (2003). Mads Andenas y Duncan Fairgrieve, «Misfeasance in public office, governmental liability and European influences», *International and Comparative Law Quarterly* 51, (2002), p. 757; Donal Nolan, «The Liability of Financial Supervisory Authorities», *Journal of European Tort Law*, 2, (2013), 205 y ss.

³⁸ *Dorset Yacht Co v. Home Office* [1970] AC 1004, [1970] 2 All ER 294.

³⁹ Fue prevista para el *Bank of England* en la *Banking Act* de 1987 (*chapter 22*) y se mantiene para la *Financial Service Authority* (FSA) en el *Schedule I, section 19 (3)* de la *Financial Services and Markets Act*, de 2001, quedando excluida la responsabilidad por actuación negligente, *section 244* de la *Banking Act* de 2009. En el mismo sentido apunta también la *Financial Services Act* de 1986 en el *chapter 60*. También la FSA goza de inmunidad legal, prevista en la *section 19 n 1* del Anexo de la *Financial Services and Markets Act* de 2000, salvo si el daño es el resultado de dolo o mala fe (*bad faith*).

⁴⁰ Según lo dispuesto en la *section 25 A* de la *Central Bank Act*: «A person to whom this section applies is not liable for damages for anything done or omitted in the performance or purported performance or exercise of any of its functions or powers, unless it is proved that the act or omission was in bad faith». Esta redacción fue introducida por la *Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act* (12/2003). La *Central Bank Act* es de 1942

den solo por *bad faith*. Aún así, en Reino Unido han surgido dudas después de la crisis financiera de 2008⁴¹. El supervisor irlandés recibió numerosas críticas sobre su actuación durante la crisis bancaria de 2008 porque conocía la fragilidad del sistema financiero y, pese a ello, no hizo nada⁴². Dicha fragilidad era causada, principalmente, por el mercado inmobiliario. Los inmuebles estaban sobrevalorados y los bancos excesivamente expuestos por préstamos concedidos a promotores inmobiliarios. El banco central conocía este hecho por lo menos desde 2005 y, sin embargo, no solo no intervino, sino que, además, en el informe de estabilidad financiera de noviembre de 2007 aseveraba la solidez de la banca y del mercado residencial, meses antes del colapso. El supervisor alegó en su defensa la falta de poderes y de medios humanos⁴³.

No obstante, fuera de los tribunales, existen acuerdos extrajudiciales, como en el *Barlow Clowes Affair*, en el que cerca de 18.000 inversores perdieron sus ahorros como consecuencia de la estafa que llevó al colapso de una empresa de inversión, autorizada por el *Department of Trade and Industry*. El informe del *ombudsman* concluyó que la empresa habría sido clausurada, casi con absoluta seguridad, si el supervisor hubiese cumplido con sus deberes. Los inversores recibieron cerca de 150 millones de libras esterlinas del gobierno. Pagos de esta naturaleza minimizan la injusticia de la inmunidad, pero su legalidad es muy cuestionable. ¿Si la Corona no debe pagar nada a nadie, por qué paga a unos sí y a otros no?

En Estados Unidos se subrayó también la necesaria discrecionalidad administrativa⁴⁴. En Canadá, el *tort of negligence* fue limitado en un caso de supervisión financiera, *Cooper v. Hobart*, con especial relevan-

(22/1942), habiendo sufrido numerosas alteraciones. Las más relevantes, a nuestros efectos, la *Central Bank Act* de 1997 (8/1997), la *Central Bank Reform Act* de 2010 (23/2010) y la *Central Bank Act* de 2014 (9/2014). Las *Sections* 33 AJ 2 y 33 AJ 1 de la *Central Bank Act* de 1942 reconocen solo actos u omisiones de *bad faith*. La misma disposición se aplica al Gobernador y a otros representantes y agentes, en los términos del n.º 1 del propio art. 33 AJ. Desde octubre de 2010 la supervisión financiera ha vuelto a estar concentrada en una única institución, el *Central Bank of Ireland*. La reforma fue aprobada por la *Central Bank Reform Act*, ley n 23/2010.

⁴¹ Roman Tomasic, «Beyond “Light touch” regulation of British banks after the Financial Crisis», en *The Future of Financial Regulation*, Ed. por Iain MacNeil y Justin O’Brian, (2010), 103-122.

⁴² Incluso el informe anual reflejaba errores. Entre las irregularidades de los bancos se destaca el caso del *Anglo Irish Bank*, particularmente flagrante.

⁴³ Otro motivo señalado fue la escisión en 2003 de la *Financial Services Authority of Ireland* del Banco Central.

⁴⁴ *United States v Gaubert*, 1991 [2001] 3 SCR, 537, 2001 SCC 79. La *Chevron doctrine* que dictaba la deferencia de los tribunales ante los expertos de las agencias gubernamentales fue recientemente revocada por *Loper Bright Enterprises v Raimondo* (2024), dando más poderes a los jueces para controlar decisiones de las autoridades.

cia para entidades públicas⁴⁵. Los inversores demandaron al supervisor sin éxito. Habían sido perjudicados por un mediador de crédito hipotecario inadecuado que empleó fondos para fines no permitidos. El *Registrar of Mortgage Brokers* estaba dotado de considerables poderes de supervisión continuada, concedidos por la *Mortgage Brokers Act*, que le permitían suspender o cancelar la inscripción del mediador e impedir la actividad de mediación financiera⁴⁶ en determinados casos. Los inversores alegaron que el supervisor tenía un deber de cuidado (*duty of care*), porque, si bien tenía conocimiento de las infracciones legales graves cometidas por el mediador *Eron* desde agosto de 1996, no suspendió su licencia hasta octubre de 1997. El tribunal, sin embargo, consideró para la absolución que los poderes del supervisor no incluyesen la obligación de controlar todas las actividades diarias del mediador⁴⁷, así como que tampoco se limitara el número de personas que podían hacer inversiones o depósitos a través de un mediador.

Desde esta sentencia, dejó de ser suficiente la previsibilidad del daño en Canadá en sede de responsabilidad civil por el *tort of negligence*. Pasó a exigirse una *proximity* especial, basada en la ley únicamente; la cual, en la mayoría de los casos, se considera inexistente. Se entendió que al supervisor únicamente se le podía exigir preservar el interés de todas las personas en general, como abstracción, y no exclusivamente el de algunos inversores particulares concretos, individualmente considerados. Porque, en teoría, el interés público y el interés del inversor privado podrían, potencialmente, llegar a colisionar y no ser conciliables⁴⁸. De este modo, ha sido poco común que se concluyera que existía *proximity* en los litigios que en Canadá siguieron al precedente judicial de *Cooper v. Hogart* de 2001⁴⁹.

⁴⁵ *Mary Francis Cooper v. Robert J. Hobart and Her Majesty the Queen in the right of the Province of British Columbia* [2001] 3 S. C. R. 537, 2001 SCC 79.

⁴⁶ *Mortgage Brokers Act* RSBC 1996, chapter 313.

⁴⁷ De la argumentación de La Forest se desprende que podría justificarse la existencia de un deber de indemnizar si, por el contrario, hubiese existido la autorización de una operación específica o si la infracción se hubiera producido durante una inspección concreta. *Kripps v. Touche Ross* (1992) 94 DLR (4), [1993] 2 SCR. El recurso fue desestimado.

⁴⁸ *Mary Francis Cooper v. Robert J. Hobart and Her Majesty the Queen in the right of the Province of British Columbia* [2001] 3 S. C. R. 537, 2001 SCC 79, 28, 557 [44], 28, 557 [44]. Lewis N. Klar, «The Tort Liability of Public Authorities: The Canadian Experience», en *Torts in Commercial Law*, ed. por Simone Degeling, James Edelman y James Goudkamp (2011), 256.

⁴⁹ En materia no financiera se exceptúan el caso *Adams v. Borrel* [2008] NBCA 62; (2008) 297 DLR (4) 400, en el que se discutían los perjuicios agrícolas causados por la investigación de un virus en la patata, y el caso *Sauer v. Canada* (2006) 36 CCTL (3) 296 (Ontario CA). En ambos se interpretó que había *proximity*.

Una sentencia de 2023 en Zimbabwe también absolvió al supervisor financiero que nada hizo ante la subcapitalización de un banco⁵⁰.

Tal como en Alemania y Austria, el problema en el common law no se ciñe exclusivamente al supervisor financiero. En Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda el legislador sabe desde hace mucho tiempo que la Corona goza de «una serie de anómalos e injustos privilegios e inmunidades», y que es necesaria una reforma legislativa. El obstáculo para hacer estos cambios es el importante impacto financiero que ello podría tener para el erario⁵¹. La tradición anglosajona tiende a ser celosa en la protección del fisco y en considerar la tradición francesa de responsabilidad patrimonial del Estado una mala gestión de recursos públicos.

IV. Supervisores Europeos

Tenemos hoy una delicada danza de poderes entre una vasta gama de autoridades, desplegada tanto en el tiempo como en el espacio. Aquí haré alusión especialmente al Banco Central Europeo (BCE), a la Junta Única de Resolución (JUR) y al Mecanismo Único de Resolución (MUR). Hay un incremento de impugnación judicial de las decisiones del BCE y del JUR. Muchas acciones, pero pocas condenas y poca transparencia.

Empecemos entonces por el BCE. Los errores y deficiencias de supervisión por parte de las autoridades nacionales durante la crisis bancaria de 2008, especialmente en Irlanda⁵², llevaron a que, desde 2014, el BCE asumiera directamente gran parte de la supervisión anteriormente confiada a los supervisores nacionales, principalmente la de los bancos de mayor dimensión⁵³.

⁵⁰ *AL Shams Global BVI Limited v Reserve Bank of Zimbabwe* (571 of 2023) [2023] ZWHHC 553 (20 de octubre 2023).

⁵¹ Law Commission for England and Wales, *Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper no 187* (2008) y la Law Commission for England and Wales, *Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Report no 322* (2010). Ontario Law Reform Commission, *Report on the liability of the Crown*, edición policopiada de Ontario Government, 1989, 1, 5 y 2. Public and Administrative Reform Committee (New Zealand), *Damages in Administrative Law*, 14 Informe, 1980, 40 y s.

⁵² Véase, además, el Reglamento (UE) 806/2014 del Parlamento y del Consejo de 15 de julio, relativo a la medida de resolución de instituciones de crédito (crea la Junta Única de Resolución y el Fondo Único de Resolución).

⁵³ Art. 127 TFUE y art. 25 de los Estatutos del BCE. Estos representan cerca de 85% del sector bancario de la Unión Europea. En portugués, Pedro Gonçalves, *Supervisão bancária pelo BCE – uma leitura jurídico-administrativa do mecanismo único de supervisão* (Coimbra: Almedina, 2015), 32 y ss., y sobre la articulación de poderes con las autoridades nacionales, 39 y ss.

Frente a las decisiones del BCE puede interponerse recurso ante el TJUE, sin necesidad de revisión previa⁵⁴. El BCE tiene personalidad jurídica, aprueba su propio presupuesto y difícilmente puede ser insolvente.

Las competencias de supervisión compartidas entre el BCE y las autoridades nacionales se dan en un complejo sistema de administración conjunta⁵⁵ e implican una responsabilidad en la medida de la respectiva imputación⁵⁶. Hay diversas demandas en esta materia⁵⁷. También aquí parece estar vigente el régimen de responsabilidad solidaria con el Estado miembro⁵⁸. No está claro si la responsabilidad del BCE es subsidiaria⁵⁹, pero ello no debe ser admisible, cuando la autoridad nacional no es responsable de conformidad con el Derecho del Estado miembro. No deben poder crearse desigualdades injustificadas: si el Banco de Portugal y el Banco de España

⁵⁴ En los términos del art. 24 11 del Reglamento (UE) 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013 (MUS - Mecanismo Único de Supervisión).

⁵⁵ Elke Gurlit, «Handlungsformen der Finanzmarktaufsicht», *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 6 (2013), 864; Josef Ruthig, «Die EZB in der europäischen Bankenunion», *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 4 (2014), 472.

⁵⁶ Almhofer, *Die Haftung* ... 94, 285 y 296. Felix Kazimierski, *Rechtsschutz im Rahmen der Europäischen Bankenaufsicht*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2020) estudia la defensa de las instituciones de crédito y sociedades financieras, así como las limitaciones de competencia entre entidades nacionales y europeas. Acerca de las orientaciones dadas por el BCE a las autoridades nacionales, *ibidem*, 180 y ss. Konrad Vossen, *Rechtsschutz in der europäischen Bankenaufsicht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2020). Nótese que el BCE no tiene poderes para dar instrucciones demasiado detalladas a los bancos más pequeños. Andreas Witte, «Die Architektur des einheitlichen Bankenaufsichtsmechanismus und die Bedeutung administrativer Widerspruchsverfahren im europäischen Prozessrecht», *Europarecht*, 5, 2017, 35 y Klaus Lackhof, «How will the Single Supervisory Mechanism (SSM) function? A brief overview», *Journal of international Banking Law and Regulation*, 1, 2014, 17. Una responsabilidad por la confianza, por recomendaciones, requiere que estas sean determinadas, aptas para crear expectativas legítimas y que obedezcan a la legislación aplicable, de conformidad con la sentencia del TJUE en los asuntos T-347/03 y T-79/13.

⁵⁷ Sobre las autoridades nacionales existen los asuntos C-414/18, C-686/18; sobre la competencia de las autoridades nacionales, asunto C-255/18, sentencia de 14 de noviembre de 2019. La doctrina alemana parece rechazar la teoría del *dédoublement fonctionnel* para imputar al BCE los actos de las autoridades nacionales. Uwe Säuberlich, *Die außervertragliche Haftung im Gemeinschaftsrecht – Eine Untersuchung der Mehrpersonenverhältnisse*, (Berlin: Springer, 2005), 79 y ss.; Peter Aubin, *Die Haftung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten bei gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Verwaltungsakten*, (Baden-Baden: Nomos, 1982) 100 y ss.; Anna-Zoe Steiner, *Die außervertragliche Haftung der Europäischen Union nach Art. 340 Abs. 2 AEUV für rechtswidriges Verhalten*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), 134 y ss.

⁵⁸ Almhofer, *Die Haftung* ... 302. Sobre la impugnación de la decisión de inidoneidad, véase la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 20 de abril de 2021 (Asunto 10355), en la que se reiteró que la competencia había pasado a ser del BCE, según lo cual el TJUE era el tribunal competente.

⁵⁹ Almhofer, *Die Haftung* 410.

sí indemnizan, incluso por mera *faute du service*, y por ello el BCE nunca deberá pagar nada; entonces no deberían la BaFin alemana y la FMA austríaca ser siempre inmunes, incluso en caso de culpa grave, y como consecuencia de ello que sea el BCE quien lo pague todo. El Derecho de la Unión Europea no debe permitir a los Estados miembros dotar de inmunidad a sus autoridades nacionales y así afectar desigualmente un presupuesto común. Por ello, es sensata la propuesta de que el TJUE sea el tribunal competente para juzgar la responsabilidad civil de las autoridades europeas y también las nacionales⁶⁰.

La responsabilidad civil solidaria del BCE con el Estado miembro no es el régimen más adecuado. Cada uno debe responder solo por sus propias acciones. Así, el régimen debe ser proporcional a la cuota de contribución al total del daño causado, principalmente por falta de fundamentos suficientes de imputación del daño al BCE para una responsabilidad integral y solidaria.

No es muy aclaratoria la formulación escogida para consagrar la responsabilidad civil del BCE⁶¹, remitiéndose a los «principios generales comunes» en el art. 340 n.º 3 TFUE⁶². Esta regla para el BCE es formulada como una derogación del segundo párrafo⁶³: «No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo». Pero ahí también se prevé que «la Unión debe indemnizar, de acuerdo con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros»⁶⁴. Parece querer decir que la Unión responde en mayor medida que el BCE y que hay «principios generales comunes» para los supervisores financieros diferentes de los principios para la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. ¿Pero cuáles son esos «principios generales comunes» para los supervisores financieros? Hay diferencias significativas entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros⁶⁵.

⁶⁰ Danny Busch y Gerard McMeel, «Liability of Financial Supervisors and Resolution Authorities: Perspectives from Comparative and European Union Law», *European Business Law Review*, 34, 5 (2023), 725-780. Así resolvió también la *Corte di Cassazione* de 20 de abril de 2021 (Asunto 10355).

⁶¹ Raffaele D'Ambrosio, «The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism», *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale* 78 (2015), Almhofer, *Die Haftung* 364. Sobre la responsabilidad del BCE en materia de política monetaria, Irene Baur, *Die Haftung der EZB* (Berlin: Peter Lang, 2001).

⁶² Almhofer, *Die Haftung* 145 y ss. y 148 y ss. Los agentes del BCE gozan de inmunidad diplomática, *ibidem*, 150, pero no se justifica que no respondan frente a las instancias europeas, en los términos generales, *ibidem*, 153.

⁶³ Artículo 340 3 TFUE, antiguo artículo 288 TCE.

⁶⁴ Sobre los presupuestos de la responsabilidad al abrigo del art. 340 2 TFUE, Steiner, *Die außervertragliche* ... 33 y ss.

⁶⁵ Robert J. Dijkstra, «Liability of Financial Supervisory Authorities in the European Union», *Journal of European Tort Law* 3 (2012), 351-363.

Esta previsión legislativa refleja el difícil consenso europeo. No sería esperable que el legislador de la Unión Europea consiguiera proponer criterios de decisión en una materia en la que cada legislador nacional se enfrenta a retos que pueden parecer insalvables.

El art. 340 n.º 3 del Tratado carece de integración con base en el Derecho comparado europeo. ALMHOFER analiza los siguientes presupuestos de la responsabilidad del BCE: un perjuicio «suficientemente caracterizado» (*Brasserie du Pêcheur*) infligido por el BCE o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, infringiendo una norma que confiere derechos al particular, y el nexo de causalidad⁶⁶.

La pretensión de responsabilidad extracontractual contra el BCE prescribe a los cinco años contados desde el conocimiento del hecho lesivo por parte del afectado⁶⁷. Y el tribunal competente para juzgar la causa es el TJUE, de conformidad con el art. 268 TFUE. No se excluye la reparación *in natura*, si esta es posible⁶⁸. Se presupone la imputación orgánica, de acuerdo con la sentencia *Sayag*⁶⁹. En términos generales, se considera que la indemnización devenga intereses de demora del 8% anual, desde la sentencia condenatoria, con el correspondiente ajuste de la inflación⁷⁰.

Aún no se conoce ninguna condena, solamente sentencias absolutorias⁷¹, pero hay demandas de responsabilidad civil contra el BCE pendien-

⁶⁶ Sobre los presupuestos de la responsabilidad al abrigo del art. 340 2 TFUE, Steiner, *Die außervertragliche ...* 33 y ss.

⁶⁷ Art. 46 2 del Estatuto del TJUE. Sobre el inicio del plazo de prescripción, véase el Asunto C-145/83, *Adams v. Comisión*. El demandante fue detenido en 1974 por las autoridades suizas por haber aportado a la Comisión prueba de prácticas anticompetitivas de su entidad patronal. No sabía cómo las autoridades suizas habían descubierto que había sido suya la denuncia a las autoridades europeas. Así, alegó haber tenido conocimiento de los hechos constitutivos de la pretensión únicamente en 1980, cuando su abogado tuvo acceso a las informaciones en el ámbito del proceso penal en Suiza. Se consideró, sin embargo, que debería haber advertido a la Comisión de que cierto documento no podía ser revelado, porque permitía identificar al informante. La responsabilidad se redujo por ello a la mitad. Almhofer defiende la previsión de un límite máximo de la responsabilidad y que ésta sea restringida a casos graves y flagrantes, *idem*, 361, 391, 411 y 279.

⁶⁸ En el Asunto T-279/03 se negó indemnización por el uso del nombre «Galileo» para el programa espacial, a pesar de haber marca registrada en diversos países. Ossenbühl y Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 731.

⁶⁹ Asunto C-9/69. En este caso, se usó un vehículo privado para un traslado de servicio, sin imputación orgánica.

⁷⁰ Asuntos adjuntos T-79/96 y T-260/97. Y Asunto C-308/87.

⁷¹ Asunto T-321/17, en el cual se consideró manifiestamente inadmisibles las demandas de indemnización por omisión de intervención del BCE. Asunto T-768/17 fue confirmado en el recurso (C-251/19 P), a 2 de octubre 2019. En el Asunto T-22/16 la impugnación de la sentencia del BCE fue rechazada. Asunto T-523/17; *Asunto C-947/19 P*. En el Asunto T-451/18 se pidió indemnización a los accionistas del banco Achaiki Syneteristiki Trapeza por una supervisión deficiente entre 1999 y 2012, por parte del privado «Banco Nacional de Gre-

tes de resolución⁷², así como innumerables procedimientos de impugnación y recursos contra sus decisiones⁷³.

Para la materia de resolución bancaria, tenemos la Junta Única de Resolución (JUR) y el Mecanismo Único de Resolución (MUR). La responsabilidad extracontractual de la JUR, en teoría, está prevista también «de conformidad con los principios generales comunes a las legislaciones relativas a la responsabilidad de las autoridades públicas de los Estados miembros» (art. 87 n.º 3 del Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento y del Consejo de 15 de julio de 2014)⁷⁴. También se hallan pendientes reclamaciones de indemnización contra el MUR⁷⁵ y procesos de impugnación de deci-

cia», pero también del BCE, por no haber asegurado que el supervisor nacional cumpliera su función. El recurso T-613/17 de accionistas del Banco Popular contra el BCE y la JUR fue desestimado a 22 enero 2025 por ser «en parte manifiestamente inadmisibile y en parte manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno».

⁷² Asunto T-71/23. Relacionadas con la resolución del Banco Popular Español, decidida a 7 de junio de 2017, fueron iniciadas cerca de 100 acciones judiciales contra instancias europeas, entre las cuales están los pedidos de indemnización en los Asuntos T-528/19, T- 659/17 y T-457/22. Tenemos, además, el Asunto T-1192/23 (C/2024/1550), todavía pendiente.

⁷³ En los Asuntos T-712/15 y T-52/16 se pidió la anulación de medidas prudenciales. Además, se impugnaron decisiones del BCE en el Asunto T-451/18, juzgado improcedente a 25 de septiembre de 2019; en los Asuntos C-663/17P, C-665/17P, C-669/17 y T-698/16, T-247/16; T-730/19, (y T-732/19); T-797/19 R; C-576/18; (en el Asunto C-577/18 se desestimó por sentencia de 16 de junio de 2021 en los Asuntos adjuntos C-456/20 a C-458/20); en el Asunto C-578/18; en el Asunto T-15/18, *OCU v. BCE* y en el Asunto T-827/17 (ambos relacionados con la resolución del Banco Popular Español); en el Asunto T-442/18; en el Asunto T-150/18; en el Asunto T-203/18; en el Asunto T-345/18; en el Asunto T-351/18; en el Asunto T-584/18; en el Asunto T-564/18; en el Asunto T-576/18; en el Asunto T-301/19; en el Expediente T-330/19; en el Asunto T-501/19; en el Asunto T-502/19; en el Asunto T-552/19; y en el Asunto T-730/19. Los actores desistieron en el caso de omisión del BCE en la *Banca d'Italia*, Asunto T-641/17. Semejantes entre sí son los pedidos en los siguientes Asuntos: T-143/18 (en el cual la decisión del BCE fue anulada con respecto a la parte demandante, por sentencia de 9 de septiembre de 2020); T-144/18 (la decisión del BCE también fue anulada, por sentencia de 9 de septiembre de 2020); T-145/18 (una vez más, la decisión del BCE fue anulada, por sentencia de 9 de septiembre de 2020); Asunto T-146/18; T-149/18; T-577/18; T-578/18; T-678/18 (rechazado a 10 de julio de 2019); T-741/18, *ZZ v. BCE*; T-27/19; T-139/19 y T-275/19. Existe, además, el Asunto T-122/15, sobre la decisión del BCE de 5 de enero de 2015 que sometía a los *Landesbanken* alemanas a la supervisión del BCE, la cual, mientras tanto, ha sido alterada por ley. El Asunto T-745/16, *BPCE v. BCE*, abordó cuestiones similares a las de los Asuntos T-733/16, T-751/16, T-757/16, T-758/16, y T-768/16. Semejantes al Asunto T-133/16 son los expedientes T-134/16, T-135/16, y T-136/16.

⁷⁴ La competencia es del TJUE, en los términos de lo dispuesto en el art. 87 5 del mismo Reglamento.

⁷⁵ Asuntos T-483/17; T-498/17; T-499/17; T-585/17; T-659/17; T-662/17; T-663/17; T-670/17; T-675/17; T-679/17; T-680/17; T-686/17; T-688/17; T-689/17; T-690/17; T-707/17; T-731/17; T-314/18; T-315/18. Una hercúlea recopilación de Asuntos ha sido publicada por René Smits (Federico Della Negra) y Thomaz Braga de Arruda (2024) *The Ban-*

siones del MUR⁷⁶, en especial después de las decisiones relativas al Banco Popular. Hasta el momento, los pronunciamientos judiciales son absolutorios⁷⁷. En 2025 se publicaron 40 sentencias determinando que las acciones de 2017 contra la JUR por su resolución del Banco Popular deberían haber sido dirigidas contra la Comisión⁷⁸. Los demandantes, de forma comprensible, no se conforman con la condena de cargar con las costas. Es preferible que un ordenamiento clarifique las limitaciones objetivas de responsabilidad del supervisor que ganar en contra de las víctimas por agotamiento procesal. Descubrir inadmisibilidades «manifiestas» después de siete años de litigio es síntoma de comitología y falta de transparencia.

En materia de responsabilidad de los supervisores bancarios nacionales está prevista la acción de repetición de la autoridad nacional que haya pagado la indemnización contra la JUR⁷⁹.

Además, según se ha referido, el TJCE entendió en el caso *Peter Paul* que no se derivaba de las Directivas un derecho a ser indemnizado «cuando está asegurada la indemnización de los depositantes» de, al menos,

king Union and Union Courts: overview of cases as of 30 April 2025, <https://ebi-europa.eu/publications/eu-cases-or-jurisprudence/>.

⁷⁶ Asunto T-365/16 con sentencia de 28 noviembre de 2019; Asuntos T-365/16, T-420/17, T-413/18 y T-481/19; Asunto T-557/17, denegado a 24 de octubre de 2019; Asunto T-323/16, con sentencia de 28 noviembre de 2019; Asuntos T-377/16, T-645/16, T-809/16; T-732/19; T-323/16; T-376/16; T-377/16, T-645/16, T-809/16 y T-414/17; T-661/16; T-466/16 y T-478/19; T-14/17; T-42/17; T-411/17; T-400/19; T-494/17 y T-386/18; T-400/18; T-414/18; T-496/18; T-758/18; T-466/19; T-467/19; T-468/19; T-479/19; T-480/19; T-488/19; T-489/19. Relacionados con el ABLV Bank, AS y el ABLV Bank Luxembourg, S.A. encontramos los Expedientes T-280/18 y T-281/18, y los Expedientes T-282/18 y T-283/18.

⁷⁷ Asuntos T-557/17, T-498/19, T-473/17, T-515/17, T-521/17, T-522/17, T-526/17, T-527/17, T-529/17, T-530/17, T-535/17, T-538/17, T-544/17, T-545/17, T-554/17 (Asunto T-257/20, con pedido de indemnización de 317.072,00 Euros y de 11.977,00 Euros para cada demandante, respectivamente, ya había sido denegado y confirmado en recurso, C-27/21), T-566/17, T-592/17, T-597/17, T-618/17, T-619/17, T-623/17, T-642/17, T-653/17, T-669/17, T-693/17.

⁷⁸ Diario Oficial, serie C, de 7, 14 y 22 de abril 2025.

⁷⁹ Afirma el art. 87.4 del Reglamento (UE) 806/2014 del Parlamento y del Consejo de 15 de julio de 2014: «La Junta compensará a toda autoridad nacional de resolución por los daños y perjuicios que le haya ordenado pagar un órgano jurisdiccional nacional, o que, en concertación con la Junta, se haya comprometido a pagar en aplicación de un acuerdo amistoso, que sean consecuencia de un acto u omisión cometido por dicha autoridad nacional de resolución en el transcurso de cualquier resolución, emprendida en virtud del presente Reglamento, de entes y grupos contemplados en el art. 7, apartado 2, y de entes y grupos contemplados en el art. 7, apartado 4, letra b), y apartado 5, si se cumplen las condiciones para la aplicación de dichos apartados, o en virtud del art. 7, apartado 3, párrafo segundo. Dicha obligación no se aplicará cuando dicho acto u omisión constituya una infracción del presente Reglamento, de otra disposición del Derecho de la Unión, de una decisión de la Junta, del Consejo o de la Comisión, cometida dolosamente o por un error grave y manifiesto de apreciación».

20.000 euros. Se consideró que no existía responsabilidad civil subsidiaria en relación con la garantía de depósitos⁸⁰.

En Alemania, surgió la tesis de que los derechos subjetivos conferidos directamente por el Derecho de la Unión imponen una tutela delictual por parte del Derecho privado alemán⁸¹. En este sentido, afuera de Alemania, surgió la sentencia *Kantarev*, en el juicio que enfrentaba a un depositante con el banco central búlgaro. Se consideró que las leyes nacionales no deben poder añadir la insolvencia del banco como requisito a la garantía de depósitos. Y, más importante todavía, se decidió que entre los presupuestos de la indemnización no debe hallarse el «carácter intencional del perjuicio causado por la autoridad nacional»⁸². Este último aspecto será relevante para acometer reformas en varios ordenamientos jurídicos nacionales, principalmente en Alemania y Austria, donde la inmunidad sigue todavía prevista en la ley de manera expresa; pero también en la mayoría de los ordenamientos, que exigen *faute lourde* o *dol*, como Francia, Irlanda, Bélgica, Luxemburgo, Chipre, Estonia y Bulgaria. No obstante, la inmunidad del supervisor financiero aún es la excepción y la responsabilidad, la regla⁸³.

⁸⁰ *Peter Paul*, sentencia TJUE de 12 de octubre de 2004, Asunto C-222/02. Se concedió la licencia al banco BVH Bank, a pesar de no haberse adherido a los sistemas de garantía de los depositantes previsto en la Directiva 94/19/CE, DOCE L35, de 31 de mayo de 1994, 5-14; de la Directiva 77/780/CEE del Consejo de 12 de diciembre de 1977, referente a la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de los establecimientos de crédito y al ejercicio de la actividad, DOCE L332, 30, de la Directiva 89/299/CEE del Consejo de 17 de abril de 1989 relativa a los fondos propios de las instituciones de crédito, DOCE L124, 16; y de la Directiva 89/646/CEE del Consejo de 15 de diciembre de 1989 relativa a la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las instituciones de crédito y su ejercicio, DOCE L386, 1. El Tribunal de Justicia consideró que no derivaba de la Directiva 94/19/CE un derecho subjetivo para el particular. Esta conclusión puede ya no ser válida hoy. Almhofer, *Die Haftung* ... 348. Si la protección de la propiedad prohíbe una limitación de la responsabilidad o no, Almhofer concluye negativamente, *ibidem*, 374.

⁸¹ Badenhop defiende que en Alemania el Derecho societario y la interpretación comercial siguen al Derecho de la Unión Europea, más allá de la responsabilidad aquiliana, *Euro-päische*.... El autor da especial relevancia al hecho de que el Derecho de la Unión tutele intereses individuales, lo cual no sería una gran novedad, si no fuera por la redacción escogida en el § 4 IV del FinDAG de 2002 para prever la inmunidad del supervisor alemán.

⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2018 en el caso *Nikolay Kantarev v. Balgarska Narodna Banka*, Asunto C-571/16 (CRUZ VILAÇA).

⁸³ Dijkstra, *Liability* ... 351-363; Phoebus Athanassiou, «Financial sector supervisors' accountability – A European perspective», *Legal Working Paper Series* 12, BCE, (agosto 2011); *idem*, *Bank Supervisor's Liability: a European Perspective*, *Yearbook of European Law* 1 (2011), 216 y ss.; y Mads Andenas y Duncan Fairgrieve, «To supervise or to compensate? A comparative study of State Liability for negligent bank supervision» (2000), 343 y ss.; Böhme, *Staatshaftung* ... 108 y ss.; D'Ambrosio, *The ECB* ... 25 y ss.; Nolan, *The Liability* ... 198 y ss.; Michael Tison, «Do not attack the watchdog! Banking supervisor's liability

No obstante, ¿cómo explicar que no haya condenas del Banco de Portugal, por ejemplo, cuando el Derecho portugués sí prevé expresamente la responsabilidad civil plena del supervisor luso? No faltan quiebras de bancos portugueses con ocasión de la crisis de 2008⁸⁴ y no faltan críticas a las autoridades de supervisión. En las pocas demandas conocidas, el Banco de Portugal y la CMVM se escudan, de forma discreta pero eficaz, en defensas procesales, tales como que la competencia para la resolución de estos pleitos es de los tribunales administrativos, no de los civiles⁸⁵. No tiene sentido que, en caso de daños por una compleja quiebra bancaria, el banco privado sea demandado por la víctima en un procedimiento ante un tribunal civil y que, simultáneamente, la autoridad deba ser juzgada en otro procedimiento ante otro tribunal, administrativo. Los demandantes profesionales, más especializados y adinerados, que podrían demandar en juicio al supervisor son los bancos y otros operadores financieros. Pero al igual que no conviene al enfermo agraviar al médico, no conviene a los supervisados enemistarse con quien ejerce poderes discrecionales⁸⁶.

En tema de valores mobiliarios, la responsabilidad de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) también se rige por «los principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros»⁸⁷.

V. Propuesta de distinción de dos paradigmas

Para resolver mejor estos problemas se propone empezar por la identificación de dos casos típicos de la responsabilidad de las entidades de supervisión.

El primero es la omisión de prevención de daño, el caso más representativo. Aquí hacemos referencia a aquellos casos en los que alguien daña a otro y la autoridad supervisora no lo evita. En este caso, la responsabilidad estaría justificada por el fallo en el ejercicio de las facultades de vigilancia, o de intervención para evitar el resultado perjudicial o el empeoramiento de

after Peter Paul», *Common Market Law Review* 42 (2005), 645 y ss.; Almhofer, *Die Haftung* ... 378, Ewa Baginska, «Liability in Tort of Financial Supervisory Authorities – a comparative analysis», *Studia Iuridica Toruniensia* XIII (2018), 11-30.

⁸⁴ Como el BPP (Banco Privado Português), BPN (Banco Português de Negócios), Banif (Banco Internacional do Funchal) y BES (Banco Espírito Santo) en 2014.

⁸⁵ Sentencia del *Tribunal dos Conflitos*, 30 de mayo 2019 (Proceso 09/19, Ribeiro Cardoso).

⁸⁶ Heitzer, *Messing* ..., 349-358.

⁸⁷ Art. 69 del Reglamento (EU) 1095/2010 del Parlamento y del Consejo de 24 de noviembre que crea la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados). La competencia es del TJUE.

sus efectos. Ahora bien, la responsabilidad no debe ser plena, porque no se debe castigar al guardián (la autoridad) del mismo modo que al causante del daño (el banco que se lucra).

El supervisor no debe responder íntegramente por riesgos que no creó⁸⁸, cuando se trate de omisión de prevención, sino sólo parcialmente y en caso de grave incumplimiento de sus propias obligaciones. Quien se beneficia con la actividad perjudicial es el tercero causante del daño (el perjudicador privado); quien se beneficia con la existencia de la supervisión es la potencial víctima (el perjudicado privado). La supervisión no será siempre perfecta y ese riesgo debe ser soportado por los propios damnificados, como parte del riesgo general de la vida, que sería íntegramente asumido por los perjudicados si el supervisor no existiese. Este, por el contrario, mitiga los peligros, pero no los elimina. En casos extremos, el supervisor debe responder por un porcentaje mínimo del valor del daño, correspondiente a la pérdida de oportunidad que verdaderamente le sea imputable, fijada equitativamente. Además, debe ser proporcional a la gravedad de la conducta. El valor puede ser superior, por consideraciones de prevención, cuando se pueda temer un riesgo de conspiración con el supervisado y de enriquecimiento injusto de los infractores. No obstante, el porcentaje a indemnizar también puede ser inferior, en caso de manifiesta desproporción. Las obligaciones del supervisor son obligaciones de medios. No basta probar que debería haber intervenido; es necesario averiguar qué estuvo haciendo con los medios a su disposición en aquel momento. La solidaridad del supervisor con el causante del daño⁸⁹ sería insostenible, pues le falta un fundamento imputacional, sin el cual nadie debe responder por actos ajenos. La responsabilidad civil debe ser limitada al propio hecho y a la extensión de la imputación. Además, propongo que la competencia de los tribunales sea determinada por razón de quién es el causante principal del daño, que serán, habitualmente, las instituciones supervisadas privadas. Y si hay razones para aliviar el régimen de responsabilidad de la institución financiera, estas se extenderán *a fortiori* también a la entidad de supervisión.

⁸⁸ No creó ni controla. En una sentencia del BGH alemán de 2005, se hace referencia al hecho de que el supervisor no puede controlar ni prevenir todos los riesgos. La expresión *Beherrschbarkeit* —capacidad de control—, aunque el peligro sea previsible, es usada en la sentencia del BGH de 20 de enero de 2005, publicada en el BGHZ 162, 66. Jens-Hinrich Binder, *Staatshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht gegenüber Bankeinlegern? Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 38 (2005), 1781 y ss.; von Danwitz, «Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.1.2005», *Juristenzeitung* 14, (2005), 724 y ss.; Heinz-Christian Hafke, «Zur Haftung der Bankenaufsicht nach EG-Recht», *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, 58, 8 (2005), 409 y ss.; Ulrich Häde, «Keine Staatshaftung für mangelhafte Bankenaufsicht», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (2005), 39 y ss.

⁸⁹ Sugerida por Almhöfer, *Die Haftung* 305.

Existiendo dos o más responsables por omisión, la responsabilidad entre ellos debe ser dividida proporcionalmente. De este modo, si un policía asiste inmóvil a un atraco y debe indemnizar entre el 10% y el 30% del perjuicio final, por ejemplo, entonces, si fueran dos policías omitiendo el mismo deber de intervenir, en igualdad de circunstancias, cada uno debería indemnizar entre 5% y 15% del mismo perjuicio.

El segundo paradigma, el peligro del poder, abarca los daños colaterales de la existencia del supervisor. Un mayor poder conlleva una mayor responsabilidad. Aquí puede no haber una actuación dañina de terceros, ni un caso fortuito, sino que es el funcionamiento propio del supervisor el que, inadvertidamente, ocasiona daños. Estos deben ser indemnizados cuando sean especiales y anormales. La inevitable falibilidad del poder no debe ser externalizada a expensas de terceros inocentes, incluso cuando la autoridad supervisora haya sido diligente y su conducta se haya ajustado a la más estricta legalidad. La responsabilidad en un Estado de Derecho en estos casos es plena, se asienta en el peligro, en el sacrificio, en la prohibición de incautación e igualdad de distribución de las cargas públicas, al igual que con la expropiación. Puede sobrevenir de una injerencia dolosa, de una omisión negligente, del sacrificio especial impuesto o del funcionamiento anormal de los servicios, con o sin abuso de poderes.

Dentro de este paradigma hay que hacer distinciones. Hay inconvenientes menores que se espera que todos soporten. Son propios y lícitos, derivados del normal ejercicio de las funciones. Incluso el exceso de celo o prudencia no da lugar a compensación. No hay responsabilidad por los daños normales causados por el supervisor cuando son exigibles por la consecución de un interés superior, como la obligatoriedad de auditorías periódicas o la exigencia de cualificación profesional para el desempeño de ciertas funciones. Es frecuente afirmar que es inherente a la autoridad imponerse. Hay que defender a los supervisores contra el *outcome bias*, los litigios vengativos, especulativos y castrantes. No se puede exigir que el supervisor actúe siempre con los más altos niveles de infalibilidad y eficacia. Y no se pueden confundir decisiones legítimas, cuyos efectos deben ser soportados por sus destinatarios, con aquellas otras que sean arbitrarias o discriminatorias. El riesgo de daño por el ejercicio normal de las funciones de supervisión debe ser asumido por todos. La responsabilidad del legislador surgió en Portugal con el niño que falleció ahogado en el Aquaparque por falta de medidas legislativas de seguridad exigibles a este tipo de instalaciones. El legislador sabía que existía el peligro y sabía que sencillas normas de seguridad podían evitar lo peor, pero no hizo nada. No se puede exigir una indemnización por gastos normales, como el coste de las medidas de seguridad para los parques acuáticos supervisados que la ley después tornó obligatorias.

Pero sí se puede exigir compensación por daños «anormales», como es la muerte de un niño⁹⁰.

También hay que tener en cuenta que no todas las pérdidas son fácilmente cuantificables. Si en un anuncio público de resolución bancaria, por ejemplo, la autoridad yerra en el nombre del banco insolvente, será normal que un momento intenso de volatilidad sea repuesto rápidamente con la corrección del anuncio y sea difícil de determinar una causalidad directa con todos los daños⁹¹. La analogía con el Estado que encarcela a un inocente que tiene el mismo nombre que el delincuente es clara, pero resulta más difícil determinar el valor exacto del daño. En materia financiera hay una dificultad añadida: diferenciar pérdidas que sean relevantes para el Derecho de daños. Si un depósito representa un derecho subjetivo cierto, la desvaloración de un valor mobiliario frecuentemente es un riesgo inherente a la inversión y refleja el hecho de que había gente que tenía la creencia de que las acciones valían más de lo que valían en realidad. El CEO de Wirecard tenía el 8% de las acciones de la empresa fraudulenta y alegó ser víctima por haber perdido lo que se pensaba que era su fortuna. Este argumento de decir que la fortuna no era real, sin embargo, no debe prosperar siempre. No justifica una inmunidad en todas las materias de valores mobiliarios.

Estos dos paradigmas, de omisión de prevención y de peligro del poder, pueden superponerse al ejercicio de la función administrativa, legislativa y judicial. Con cualquiera de estos actos se pueden causar daños a otros. La distinción señalada por MONTESQUIEU entre los tres poderes surge para otros efectos⁹², no para ayudar a dirimir problemas de responsabilidad civil. Para estos valen las ponderaciones de HAND⁹³ y WILBURG⁹⁴ para el *ius imperii*, que así determinan la responsabilidad por el ejercicio del poder legislativo y judicial.

En la omisión de prevención, el supervisor no tiene «culpa» de la dimensión de los peligros que tiene que regular y minimizar, tal como el juez no

⁹⁰ Art. 15 n.º 1 de la Lei n.º 67/2007, 31 diciembre: «O Estado e as regiões autónomas são civilmente responsáveis pelos danos *anormais* causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por actos que, no exercício da função político-legislativa, pratiquem, em desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou acto legislativo de valor reforçado». El n.º 4 del mismo artículo prevé la limitación cuando sean demasiados lesionados «por razões de interesse público de excepcional relevo». Rui Medeiros, «Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLI, (2000), 299-393.

⁹¹ Tardar en corregir el anuncio es por sí mismo una segunda infracción de deberes aquilianos.

⁹² Charles-Louis de Secondat, barón de Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, (Paris: Société Les Belles Lettres, 1950).

⁹³ El asunto *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947) se volvió influyente por lo que ahora es conocida como la regla de Hand, propuesta por el Juez Billings Learned Hand en el 9 de enero de 1947.

⁹⁴ Walter Wilburg, *Elemente des Schadensrechts*, (Marburg: Elwert, 1941), 187, 283.

tiene «culpa» del tamaño de los problemas que llegan a su tribunal; ni el legislador de la amplitud de materias que debe regular. Los legisladores y jueces no deben ser irresponsables, pero el riesgo no se les debe imputar íntegramente.

La autoridad supervisora puede también ejercer funciones para-judiciales, cuando impone sanciones o ha de dirimir diferencias entre terceros, en una posición de imparcialidad y equidistancia. Como regla general, el juzgador previene daños ajenos o repone la justicia. Se impone defenderlo de las partes que no se conforman con el rechazo.

Frecuentemente, el supervisor es también regulador y la diferencia entre supervisión y regulación es gradual y polar. Una sucesión de decisiones individuales y concretas es fuente de *case law* y orienta comportamientos de forma general y abstracta, como formante del Derecho (Sacco). Así, no hay que diferenciar entre supervisor y regulador en el derecho de daños.

VI. Wirecard como ejemplo de solución propuesta

Para la responsabilidad civil de las entidades de fiscalización, se propone distinguir el incumplimiento que resulta en daños causados por otros y que el supervisor no previno, por un lado, y, por otro, la causación directa por el supervisor de pérdidas colaterales. Vale la pena ilustrar la distinción con el ejemplo de BaFin y Wirecard, basado en las informaciones conocidas hasta ahora.

En 10 de enero 2024 el BGH alemán (III ZR 57/23) desestimó la pretensión de indemnización de los inversores contra la BaFin, cuando la solución más adecuada sería considerar lo siguiente:

En primer lugar, que los principales responsables por todos los daños son los administradores de Wirecard, de forma solidaria entre ellos. Si Markus Braun no sabía lo que hacía Jan Marsalek, tenía el deber de saberlo o hacer indagaciones para conocerlo⁹⁵. En cuanto a los miembros del *Aufsichtsrat*, consejo de supervisión interno de Wirecard, su responsabilidad será menor, como encargados de la vigilancia⁹⁶. Aparte de la responsabilidad aquiliana de estos agentes, hay concurso de otros fundamentos como error, dolo y fraude.

En segundo lugar, hay que averiguar si los intermediarios financieros actuaron correctamente y si se informó a los inversores de los riesgos⁹⁷. La

⁹⁵ §76 y § 93 *Aktiengesetz*, ley de las sociedades anónimas.

⁹⁶ §111 *Aktiengesetz*.

⁹⁷ En Italia, los intermediarios fueron absueltos porque se habían basado en la certificación emitida por el supervisor, la Consob. En cambio, se confirmó la responsabilidad extracontractual íntegra de la Consob debido a su omisión en la supervisión de los prospectos informativos. La Consob no fue condenada directamente en la sentencia que condenó a sus funcionarios, solo porque ya había alcanzado un acuerdo transaccional con los inversores (Corte di Cassazione, 17

causa del daño es la compra y venta de acciones sin valor, que invalida el contrato por error (§119 BGB). De este modo, los afectados podrían desvincularse del contrato y recuperar parte de lo que invirtieron. El impacto desestabilizador es mitigado por el breve plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad, que en Alemania debe ejercitarse «inmediatamente» y, en ningún caso, después de transcurridos diez años desde la emisión de la declaración de voluntad impugnada (§ 121 BGB). Hay que tener en cuenta que el inversor, al contrario que el depositante, no tiene un derecho subjetivo absoluto al patrimonio putativo: lo que se creía tener no se corresponde con la realidad.

Asimismo, y en tercer lugar, hay que considerar la responsabilidad que en gran medida deben asumir responsabilidad los auditores privados, sobre todo E&Y, cuyo trabajo es, precisamente, prevenir estos perjuicios, y son remunerados por ello. Su responsabilidad contractual por incumplimiento debería ser solidaria con los administradores de Wirecard, por claro peligro de colusión. Pero su responsabilidad no será íntegra (tal vez 80%), porque omitir la prevención de daños es diferente a infligirlos directamente y huir con el producto del delito. A su vez, los auditores son supervisados en Alemania por la APAS, la WPK y *peer reviewers*. Será justo que estos supervisores sean también conjuntamente responsables subsidiarios de 20% del 80% correspondiente a la responsabilidad del auditor privado.

En cuarto lugar, la BaFin debe garantizar subsidiariamente a todos estos responsables cerca del 10% de los daños que debería haber evitado. BaFin desempeña un papel importante de prevención en estos casos, pero no es el único responsable. Tampoco es el beneficiario de la supervisión.

Por último, juzgar todos estos actos en el mismo proceso contribuiría a una mayor eficiencia y justicia práctica de las decisiones.

Muy diferente es el segundo paradigma de responsabilidad del supervisor, el peligro del poder. La BaFin acosó a los periodistas que denunciaron las irregularidades y por ello debería pagar la totalidad de los gastos incurridos y daños causados.

Con esta propuesta, se evitan las inmunidades históricas injustificadas, por un lado, e indemnizaciones excesivas, por el otro.

Hay que identificar criterios de imputación objetiva de los daños, como la previsibilidad del daño, el *cheapest-cost avoider*, la certeza y gravedad del daño, el beneficio retirado (*ubi commodum ibi incommodum*), los medios disponibles y la remuneración recibida por el cumplimiento del deber, entre otros. Por esta vía se asegurará una mayor proporcionalidad entre la acción

noviembre 2016, n. 23418, Foro Italiano 2016, I, c. 3771). La decisión más adecuada habría sido establecer una responsabilidad proporcional, en un rango del 10% al 30%, y no una responsabilidad total.

u omisión del supervisor y la indemnización que, hipotéticamente, puede ser inferior a 1% de las pérdidas sufridas, según las circunstancias. El supervisor tiene como uno de sus objetivos la protección de los clientes de servicios financieros, pero no es el garante de los bancos. Los bancos se benefician con su actividad y no comparten sus ganancias con el supervisor.

VII. Conclusiones

Primera. Hay que preservar la independencia y discrecionalidad del supervisor, reconociendo también sus inevitables limitaciones. Por ejemplo, si hay que alejar el administrador de un banco, la decisión no debe ser tratada tanto como un despido injustificado por parte del supervisor, sino más bien como una medida prudente de protección del sistema financiero en general.

Segunda. Sin embargo, la inmunidad ciega del supervisor financiero es insostenible en un Estado de Derecho e ilegal en el Derecho europeo. De hecho, para las autoridades nacionales, el Tribunal de Justicia decidió en 2018 que el Estado miembro no puede exigir el «carácter intencional del perjuicio causado por la autoridad nacional» para que haya deber de indemnizar (*Kantarev*). El régimen de irresponsabilidad del supervisor búlgaro ni siquiera iba tan lejos como va el alemán o el austríaco actualmente.

Tercera. El BCE pasó a supervisar directamente la mayor parte del sector bancario y es menos responsable que la Unión (art. 340, 2.º y 3.º TFUE). Además, su responsabilidad prescribe en el plazo de cinco años. La responsabilidad de las instituciones de la Unión, en general, sigue la fórmula *Schöppenstedt*: se exige una violación «suficientemente caracterizada» de una norma con valor reforzado que sirva una protección individualizada, lo cual viene siendo interpretado de forma restrictiva.

Cuarta. Se propone diferenciar dos paradigmas de responsabilidad:

El primer paradigma es la omisión de no prevenir los daños sufridos por los inversores, cuando el supervisor infringe su deber de vigilancia. Esta responsabilidad debe ser parcial, limitada al incumplimiento de sus obligaciones y proporcional a dicho incumplimiento.

El segundo paradigma es la actuación del supervisor que causa directamente daños al perjudicado, como consecuencia no intencionada de su actividad. En este caso, la responsabilidad debe ser íntegra.

Quinta. Entre los criterios de imputación están la previsibilidad del daño, el *cheapest avoider*, la gravedad y certeza del daño, los beneficios obtenidos por las partes involucradas, la causalidad, la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y la proporcionalidad de la responsabilidad.

Sobre la autora

Isabel Mousinho de Figueiredo es licenciada en Derecho, Máster en Ciencias Jurídicas y se doctoró en 2020, por la Universidad de Lisboa. Abogada en Portugal y jurista con una dilatada experiencia internacional. Es Profesora Asistente en la Universidad de Macao, China, impartiendo clases de Derecho Privado y Comparado, en el programa de licenciatura y en el Programa de Doctorado. Además, es Coordinadora para la Cooperación Académica. Autora de varias obras sobre derecho contractual, responsabilidad civil y derecho comparado, que incluyen un libro, diversos artículos en revistas especializadas y ponencias.

About the author

Isabel Mousinho de Figueiredo holds a Law degree, a Master and PhD from the University of Lisbon. Admitted to the bar in Portugal, she is a lawyer with extensive international experience. Assistant Professor in Macau, China, she teaches Private Law and Comparative Law both in the bachelor and the PhD programmes. Coordinator for Academic Cooperation. She is also author of several pieces on Contract Law, Tort and Comparative Law, including a book on liability and Journal articles.