

Articoli e Saggi

Il diritto dell'economia alla ricerca di un suo spazio nell'era della globalizzazione

Fabrizio Fracchia

SOMMARIO: 1. Esiste un diritto dell'economia? Le condizioni per attribuire "senso" alla domanda: autonomia dell'oggetto, carattere progressivo del "paradigma" e specificità dei principi. – 2. L'ipotesi di lavoro: la necessità di ragionare "per cerchi concentrici". Il diritto dell'economia e il "meta" diritto dell'economia. – 3. Diritto dell'economia, mercato e rapporti con altri diritti. – 4. I confini del diritto dell'economia. Dai principi all'oggetto. – 5. Le peculiarità del diritto dell'economia. Un approfondimento su principio di legalità e poteri impliciti. – 6. Lo studio del diritto dell'economia e la sua attitudine progressiva. – 7. Alcune riflessioni e proposte per evitare la "periferia". – 8. Osservazioni di sintesi.

1. *Esiste un diritto dell'economia? Le condizioni per attribuire "senso" alla domanda: autonomia dell'oggetto, carattere progressivo del "paradigma" e specificità dei principi.*

Il dibattito sull'esistenza e sull'autonomia del diritto dell'economia ha attraversato con intensità variabile il panorama delle riflessioni scientifiche degli ultimi decenni, in Italia e all'estero, anche se di recente esso ha perso vigore¹.

¹ Per un'analisi delle principali posizioni fiorite in dottrina, v. F. GALGANO, voce *Diritto dell'economia*, in *Enc. giuridica Treccani*, XII, Roma, 1989, 1 ss.; B. SORDI, *La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1999, 1039 ss.; G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Napoli, 1977, 9 ss.; F. COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino, 2007, 6 ss.; F. TRIMARCHI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009 e V. GASPARINI CASARI, *Introduzione in Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale - Quinto quaderno de "Il diritto dell'economia"*, I, Modena, 2010, 5 ss. (il quale esprime dubbi circa la tradizionale delimitazione del diritto dell'economia e propone una ripresa del più risalente dibattito – attecchimento che nel presente scritto viene pienamente condiviso – circa i suoi confini e i suoi caratteri: l'A. identifica il diritto in esame in base a un duplice concetto di rilevanza: giuridica ed economica).

È innegabile che i giuristi, spesso invocandone l'esistenza, si siano occupati e continuano a interessarsi in misura sempre crescente dei settori in esso compresi alla luce di un criterio intuitivo e, in qualche modo, approssimativo (contratti pubblici, regolazione, servizi, società pubbliche, liberalizzazioni, crisi finanziarie), in ragione della centralità e dell'importanza che i relativi problemi hanno assunto².

Da questo punto di vista, indubabilmente, un diritto dell'economia sussiste; ciò che si intende però qui verificare è se esso esista anche come settore dotato di principi propri e di caratteristiche specifiche.

Ovviamente, ma si tratta di questione strettamente legata alla precedente, si potrebbe obiettare che, come da tempo osservato, moltissime tra le fattispecie disciplinate dal diritto hanno a che fare con l'economia: il settore qui indagato perderebbe così di definizione, quanto meno nel senso che quasi tutte le fattispecie producono effetti economici o hanno implicazioni economiche. Non è un caso che sia così fiorente lo studio dell'analisi economica del diritto³ e, anzi, si potrebbe sbrigativamente pensare che questa sia una delle nuove frontiere del diritto dell'economia: forse, anche il crescente spazio occupato dalle agenzie di *rating* (impegnate a valutare anche i sistemi giuridici in una logica di mercato) non è che un riflesso di questa concezione.

Tuttavia, la questione dell'autonomia, nei termini sopra abbozzati e meglio definiti in chiusura di questo paragrafo, sembra continuare a persistere.

Nella dottrina italiana, a voler ricordare unicamente due tra le più note e tradizionali posizioni, si contrappongono l'idea secondo cui non esisterebbe un'autonoma branca di normazione positiva "ordinabile in sistema in quanto retta da principi unitari" riconducibile al "diritto dell'economia"⁴ e la tesi in forza della quale, invece, esso non si esaurirebbe nelle singole discipline, che pur comprende, avendo quale compito precipuo quello di elaborare principi generali a esse comuni⁵.

² Proprio la proliferazione della produzione scientifica attinente a questi temi consente di dar ragione della scelta, qui compiuta, di evitare dettagliati riferimenti bibliografici relativi a tutti gli istituti di volta in volta sfiorati, atteso che ciò che, nei limiti di un saggio, si intende piuttosto esprimere è la sintesi di un ragionamento complessivo.

³ G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009.

⁴ M.S. GIANNINI, voce *Economia (disciplina della)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1965, 274 ss. In realtà, va registrata una certa evoluzione nel pensiero di Giannini: v., sul punto, B. SORDI, *La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia*, cit., 1039, il quale ricorda la posizione del 1940, in forza della quale lo studio del diritto dell'economia sarebbe stato da "unificare". Le tesi esposte nella voce citata sono state poi riprese nel volume *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, la cui ultima edizione è del 1995.

⁵ E. CASETTA, *Brevi considerazioni sul c.d. diritto amministrativo dell'economia*, in *Dir. economia*, 1955, 339 e ss.

Il diritto dell'economia alla ricerca di un suo spazio nell'era della globalizzazione
- *Economic law: in search of a space of its own in the age of globalisation*

Il lavoro mira a individuare le condizioni necessarie per poter affermare l'esistenza di un ambito autonomo riconducibile al diritto dell'economia.

Analizzando i problemi dell'autonomia dell'oggetto, del carattere progressivo del "paradigma" scientifico e della specificità dei principi, l'articolo considera in particolare i condizionamenti che la "logica del mercato" produce sulle attività private e sul ruolo dell'amministrazione pubblica nell'era della globalizzazione.

Per altro verso, al fine di saggiare le specificità di questo "diritto dell'economia", viene svolto un approfondimento relativo alla delicata questione dei poteri impliciti utilizzati dalle autorità di regolazione.

The work sets out to identify the conditions necessary to be able to confirm the existence of an independent field falling under the exclusive jurisdiction of economic law. While analysing the issues of autonomy mentioned in the title, the progressive nature of the scientific 'paradigm' as well as the specificity of the principles themselves, the article also focuses specifically on the conditioning that the 'free-market logic' entails on private enterprise and on the role of the public administration in the age of globalisation.

Furthermore, in order to test out the specificities of this 'economic law', attention is given to the delicate question of the implicit powers that may be deployed by watchdog authorities.

Articoli e Saggi

Les finalités sociales et environnementales du droit de l'énergie*

Jacqueline Morand-Deville**

RÉSUMÉ: 1. Le droit français et l'usage de l'énergie. – 2. Les finalités sociales. – 2.1. Les proclamations du droit international. – 2.2. Les incitations du droit européen et national. – 3. Les finalités environnementales. – 3.1. Le droit à l'énergie propre. – 3.2. La patrimonialité commune des biens énergétiques.

L'énergie, cette “*force en action*”, invisible et impalpable se détache de la matière mais lui est consubstantielle: l'eau est matière, son courant est énergie. Les scientifiques distinguent six types d'énergie: mécanique, calorifique, électrique, chimique, nucléaire et radiative et une autre distinction fondamentale intervient entre les *énergies minières* qui s'appliquent à un stock achevé et les *énergies renouvelables* qui se régénèrent naturellement et qui ont longtemps constituées les principales sources d'énergie utilisées par l'homme. Désormais les $\frac{3}{4}$ des énergies consommées dans le monde sont minières: pétrole, gaz, charbon, uranium, en particulier.

1. *Le droit français et l'usage de l'énergie.*

Le droit français s'est préoccupé de réglementer l'usage de l'énergie depuis fort longtemps: l'exploitation de la force motrice de l'eau, puis du charbon, puis du gaz, enfin de l'électricité faisaient appel aux règles de la domanialité publique et du code minier et l'on constatait à la fois un éparpillement des sources et une dilution dans le droit commun. Après la seconde guerre mondiale, la *spécificité*

* «Biens publics et droit de propriété» in *Mélanges Jean Louis Autin*, janvier 2012.

** Professeur émérite à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

s'affirme avec la nationalisation, en France, de l'électricité et du gaz et la création de grands établissements publics EDF-GDF, Charbonnages de France. L'énergie nucléaire se dote d'un Commissariat à l'énergie atomique: le CEA et le secteur de l'énergie est à l'origine de l'Union européenne et du marché élargi avec la création, en 1951, de la *Communauté européenne du charbon et de l'acier* (CECA), suivie, en 1957 de la création de la *Communauté européenne de l'énergie atomique* (CEEA).

Jusqu'à ces dernières années, le droit de l'énergie restait *dispersé* sans qu'un besoin de spécificité et d'unité se fasse sentir. La découverte d'autres sources d'énergie, l'ouverture à la concurrence des marchés, la crise de l'énergie et de nouvelles préoccupations éthiques ont rapidement attiré l'attention sur le caractère global des problèmes imposant au législateur de traiter la question dans son ensemble et aux juristes de réfléchir autrement. Le droit de l'énergie est en train de conquérir son indépendance et son autonomie en France comme le montre sa récente *codification* par l'ordonnance du 9 mai 2011.

La sécurité des approvisionnements, la maîtrise des prix, la globalisation des enjeux ont mobilisé de nombreux secteurs des sciences exactes et de l'économie mais insuffisamment les *juristes* qui se contentent le plus souvent de commenter le droit positif sans oser conceptualiser leur démarche et qui traitent de ce sujet dans des enseignements plus généraux. Il est à souhaiter que se développent dans les Facultés de droit des travaux et des centres de recherche – encore peu nombreux – ainsi que des enseignements spécifiques.

Seront présentées ici quelques observations sur deux finalités contemporaines du droit de l'énergie: les *finalités sociales* et les *finalités environnementales*. Même si celles-ci demeurent trop soumises à des conjonctures politiques instables et tyranniques et à des enjeux prioritairement économiques, elles inspirent désormais la rédaction des normes internationales et internes et constituent un socle de principes impossibles à transgresser.

Le droit s'est d'abord intéressé aux *aspects économiques* de l'énergie en cherchant notamment à réguler la tension entre une offre d'énergie qui se raréfie et une demande de consommation qui ne cesse d'augmenter. Les réserves d'énergie minières sont inégalement réparties: en l'état actuel des connaissances, 60% des réserves pétrolières sont concentrées au Moyen Orient et 27% des réserves de gaz le sont en Russie. Pour répondre à une demande croissante, les "batailles pour l'énergie" s'intensifient et les ententes pour assurer la sécurité des approvisionnements et tenter de maîtriser les variations chroniques des prix sont fragiles. En dépit de la mondialisation du marché de l'énergie, la situation économique repose encore sur des *rappports de force* entre les Etats et les opérations d'exploration et d'exploitation des gisements continuent d'être réglées par les lois nationales.

Les finalités sociales et environnementales du droit de l'énergie - *The social and environmental goals of energy legislation*

L'articolo evidenzia come alla progressiva espansione del mercato mondiale dell'energia corrisponda una crescente difficoltà ad affrontare a livello globale le problematiche connesse a tale settore. Se infatti, nell'ambito dell'Unione europea e di molte ONG emerge una certa sensibilità per la tematica in oggetto, molto deve ancora essere fatto, sul piano internazionale, per riconoscere e per garantire un diritto di tutti all'energia. Oggetto di maggiore considerazione a livello non solo europeo e statale, ma anche internazionale, sono, invece, le problematiche connesse ai profili ambientali del diritto dell'energia.

The article highlights how the progressive expansion of the world energy market corresponds to growing difficulties in dealing with the problems linked to this sector on a global level. While in fact in the European Union and among many NGOs there emerges a certain sensitivity to this theme, on an international level there remains much to be done in order to recognise and guarantee a universal right to energy. The focus of greatest consideration not only on a European and State level but internationally are the issues linked to the environmental profiles of the right to energy.

Articoli e Saggi

Stranieri e riparto di giurisdizione nei trattamenti amministrativi discriminatori

Lorenzo De Gregoriis*

SOMMARIO: 1. Trattamenti discriminatori e azione civile contro la discriminazione. – 2. Provvedimenti a efficacia distributiva e riparto di giurisdizione. – 3. Verso la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario per gli atti e i comportamenti amministrativi discriminatori? – 4. Provvedimenti discriminatori e interesse legittimo alla parità di trattamento. – 5. Provvedimenti discriminatori e diritti sociali degli stranieri. Conclusioni.

1. Trattamenti discriminatori e azione civile contro la discriminazione.

L'art. 44 del d.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, recante «*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*» (d'ora in poi: Tuim), ha introdotto nel nostro ordinamento l'«azione civile contro la discriminazione» che può essere esercitata dinanzi al giudice ordinario per ottenere tutela da ogni forma di discriminazione subita dall'immigrato, purché causalmente riconducibile ad un «comportamento di un privato o della pubblica amministrazione»¹.

* L'Autore desidera ringraziare i Revisori anonimi per i preziosi suggerimenti offerti.

¹ Ai sensi dell'art. 44, c. 1, d. lgs. 286/1998, così come modificato, da ultimo, dal d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, «Quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione». Sull'azione *de qua* si rinvia a A. CASADONTE, A. GUARISO, *L'azione civile contro la discriminazione: rassegna giurisprudenziale dei primi dieci anni*, in *Dir. imm. e citt.*, 2010, 2, pp. 59 ss.; ID., *L'azione civile contro la discriminazione per motivi etnico-razziali e religiosi. considerazioni a margine di due recenti pronunce* (nota a ord. Trib. Brescia 22 luglio 2010/ord. Trib. Padova 30 luglio 2010), in *Questione Giustizia*, 2010, 4, pp. 179-191; M. CENTINI, *La tutela contro gli atti di discriminazio-*

Tale azione è soltanto uno degli strumenti per la tutela dalle discriminazioni che nel tempo, in maniera convulsa e senza alcun coordinamento normativo, sono stati introdotti nell'ordinamento giuridico italiano per fronteggiare lo stesso tipo di disagio². L'elemento unificante delle varie fattispecie è peraltro rappresentato dalla previsione di un unico rito sommario di cognizione dinanzi al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 28, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150. Tale rito si conclude con un'ordinanza con cui il giudice può «condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti»³.

Alla valenza unificatrice del rito sommario dinanzi al giudice ordinario non fa riscontro, tuttavia, un'analoga omogeneità della disciplina sostanziale. In primo luogo le nozioni di "discriminazione" contenute nei vari atti normativi sono solo parzialmente coincidenti⁴. Inoltre, se è vero che l'art. 44 del Tuim si riferisce testualmente ai soli "comportamenti" del privato o della pubblica amministrazione, tutti gli altri testi normativi che fanno parte di quello che è stato chiamato il "diritto antidiscriminatorio"⁵, ammettono la tutela dinanzi al giudice ordinario per gli "atti e i comportamenti" del soggetto pubblico o privato⁶. L'art. 44 Tuim

ne: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni soggettive, in *Giur. Cost.*, 2007, pp. 3 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile alla luce degli artt. 43, 44 del T.U. sull'immigrazione*, in *Dir. fam. e pers.*, 2002, pp. 116 ss.; M. PACILLI, *Riflessioni sull'azione civile contro la discriminazione*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 4, pp. 1409-1428; SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 805 ss.

² Si faccia riferimento all'art. 44 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, recante "Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica"; all'art. 4 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, recante "Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro"; all'art. 3 della legge 1 marzo 2006, n. 67, contenente "Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni"; all'art. 55-*quinquies* del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'art. 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246".

³ Va alla sentenza Cass. civ., S.U. 7 marzo 2008 n. 6172 il merito di aver precisato, per la prima volta, la natura giuridica del procedimento cautelare instaurato a seguito dell'esercizio dell'azione civile contro la discriminazione.

⁴ Si possono utilmente confrontare le nozioni di "discriminazione", usualmente introdotte con la dizione "ai fini del presente decreto (o capo), costituisce discriminazione...", le disposizioni che seguono: art. 43, c. 1, del d. lgs. 286/1998; art. 2 del d. lgs. 215/2003; art. 2 del d. lgs. 216/2003; art. 2 della l. 67/2006.

⁵ Sul quale si veda quanto verrà detto più avanti, al par. 2.

⁶ Così l'art. 4, c. 1, del d.lgs. 215/2003; l'art. 4, c. 2, del d. lgs. 216/2003; l'art. 3, c. 1, della l. 67/2006. Diversa infine è la tecnica legislativa impiegata dall'art. 55-*quinquies* del d. lgs. 198/2006, che ammette il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria "in caso di violazione dei divie-

Stranieri e riparto di giurisdizione nei trattamenti amministrativi discriminatori
 - *Foreign citizens and the allocation of jurisdiction in discriminatory administrative treatment*

Il presente contributo mira ad effettuare una ricostruzione del quadro giuridico-normativo in materia di trattamenti discriminatori, con particolare riferimento al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (*“Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”*), il cui art. 44 ha introdotto nel nostro ordinamento l’«azione civile contro la discriminazione», la quale rappresenta uno degli strumenti per fronteggiare discriminazioni di diversa natura e provenienza.

Quello che è stato definito come “diritto antidiscriminatorio” presenta profili di omogeneità e, al contempo, di eterogeneità.

Sotto il primo punto di vista, si segnala la sussistenza di un unico rito sommario di cognizione dinanzi al giudice ordinario, previsto dall’art. 28, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, per ciò che riguarda le diverse azioni a tutela delle discriminazioni.

Sotto il secondo profilo, non può non sottolinearsi la mancanza di omogeneità della disciplina sostanziale (non vi è coincidenza fra le nozioni di discriminazione contenute nei diversi testi normativi, né fra i possibili autori, pubblici o privati, della medesima, né sulle modalità mediante le quali la stessa può essere attuata).

L’articolo si concentra specificamente sull’art. 44 del Tuim, con particolare riferimento alle discriminazioni imputabili all’autorità amministrativa, e pone al centro della riflessione la questione se la giurisdizione del giudice ordinario (il

The present contribution aims to outline the juridical-normative framework with regard to discriminatory treatment, with particular reference to Leg. 25th July 1998, No. 286 (*“Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”* – “Consolidated text of provisions concerning immigration and the status of the alien”), in which paragraph 44 introduces the “civil action against discrimination” to our legal system, thus constituting one of the means by which to address discrimination of various kinds and of various origins.

That which has been defined as the field of ‘anti-discrimination law’ features elements of both homogeneity and heterogeneity at the same time. With regard to the former, we may note the presence of a single summary rite of recognition before an ordinary court, as set out in comma 28, bill No. 150, 1st September 2011, with regard to the various forms of anti-discriminatory actions. As concerns the second, we cannot but underline the substantial lack of homogeneity in the discipline (there is no link between the notions of discrimination to be found in the various normative texts nor between the potential perpetrators of the deed – be they public or private – nor with regard to the ways in which it may be carried out).

The article focuses specifically on paragraph 44 of the TUIM, with particular reference to discrimination attributable to the administrative authorities, and revolves around the issue of whether the

“giudice delle discriminazioni” ai sensi dell’art. 28, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150) si estenda anche alle discriminazioni riconducibili a provvedimenti amministrativi (oltre che a “comportamenti”) o se al contrario, in riferimento a dette ipotesi discriminatorie, sussista la giurisdizione del giudice amministrativo.

jurisdiction of the ordinary courts (presided by the ‘judge of discrimination’ according to comma 28, bill No. 150, 1st September 2011) may also be extended to those forms of discrimination to be found in administrative measures (and ‘behaviours’) or whether on the contrary, with reference to such discriminatory hypotheses, the jurisdiction of the administrative judge prevails.

Articoli e Saggi

Owner's environmental liability in European and Italian Case Law

Valentina Cingano

SUMMARY: 1. Directive 2004/35 in the Case Law of the European Court of Justice. – 2. The Italian legislative framework: the liability for environmental remediation and discipline regarding environmental reinstatement of polluted sites. – 3. Owner's liability in Italian law. – 4. Conclusion. The distinction between those responsible for the contamination and the site owner.

1. *Directive 2004/35 in the Case Law of the European Court of Justice*

Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council rules on environmental liability with regards to the prevention and remedying of environmental damage, according to the “*polluter pays*” principle.

The “*polluter pays*” principle is regulated in Article 191 of the Treaty on the Functioning of the European Union, which establishes: «*Union policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Union. It shall be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay*»¹.

¹ The principle in question was mentioned in a European context, for the first time, by the Committee for the Environment of OECD in 1962 (intended as the principle of economic efficiency aimed at encouraging the rational use of resources and at avoiding distortions in international trade, e.g. the allocation of the costs of pollution, provoked by vessels, directly to the companies involved in the business; costs that would otherwise have fallen on the community). In community law, the principle was included in the first Environmental Action Programme of 22 November 1973. It was therefore mentioned in the Annex to the recommendation of the Council of 3 March 1975, No. 436, concerning the allocation of costs and intervention by public authorities on envi-

Recital II in the preamble to Directive 2004/35 declares that the prevention and remedying of environmental damage should be implemented through the furtherance of the “polluter pays” principle, as indicated in the Treaty and in line with the principle of sustainable development. The fundamental principle of this directive should therefore be that an operator whose activity has caused the environmental damage or the imminent threat of such damage, has to be held financially liable, in order to induce operators to adopt measures and develop practices to minimise the risks of environmental damage, thus reducing their exposure to financial liabilities.

Recital XVII in the preamble to Directive 2004/35 states that, according to the “polluter pays” principle, an operator who causes environmental damage or creates an imminent threat of such damage should, in principle, bear the cost of the necessary preventive or remedial measures. In cases where a competent authority acts itself or through a third party, in the place of an operator, that authority should ensure that the costs incurred are recovered from the operator. It is also appropriate that the operator should ultimately bear the cost of assessing environmental damage and, on a case-to-case basis, assess the imminent threat of such damage.

The interpretation of this principle has to be effective, in order to guarantee the actual scope of the directive².

The “polluter pays” principle allows, ultimately, the allocation of environmental costs to the operator who caused the unlawful ecological damage, taking into account both damage compensation and preventive issues.

Furthermore it expresses the attempt to internalize these social costs and encourage – as a result of the calculation of business risks – their widespread incorporation into the prices of goods, and, therefore, the market dynamics resulting from the costs of environmental alteration.

Concerning the criteria of the allocation of responsibilities, European rules differ depending on the type of activity that has caused the damage: the attribution of responsibility is necessarily referred to gross negligence or wilful miscon-

ronmental law. The codification of the “polluter pays” principle in environmental matters occurred within the Single European Act in 1987. See A. BLEEKER, *Does the Polluter Pay? The Polluter-pays Principle in the Case Law of the European Court of Justice*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2009, 289 ff.; C. DE SMEDT., *Is Harmonisation Always Effective? The Implementation of the Environmental Liability Directive*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2009, 2 ff. In Italian literature, see M. MELI., *Il principio chi inquina paga nel codice dell'ambiente*, in *Danno e Responsabilità*, 2009, 8, 811 ff.; U. SALANITRO., *I principi generali del codice dell'ambiente*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1, 103 ff.; D. PONTE, *L'affermazione chi inquina paga recepisce un principio comunitario*, in *Guida al Diritto*, 2008, 3, 149 ff.

² In the case law of the Court of Justice, with reference to effectiveness as policy guidance in the interpretation of Community law, see the decision June 15, 2000, C-418/97, *Arco Chemie Nederland Ltd. And Others*.

environmental liability in European and Italian Case Law

L'Autrice riassume le linee essenziali della disciplina comunitaria e di quella italiana sulla responsabilità per danno ambientale per verificare, alla luce di esse, quali siano gli oneri che gravano sul proprietario di un sito contaminato. L'analisi viene svolta alla luce del principio chi inquina paga e delle applicazioni che di esso sono state effettuate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dei giudici italiani. L'Autrice conclude distinguendo la responsabilità che grava sul soggetto che abbia cagionato la contaminazione rispetto alla posizione del proprietario dell'area inquinata, di cui non sia accertato un coinvolgimento nella contaminazione medesima.

The Author sums up the guiding principles of the EU and Italian national discipline as regards liability for environmental damage in order to examine what penalties they foresee for the owner of a contaminated site. The analysis is carried out on the basis of the 'polluter pays' principle and the cases in which it has been applied in the jurisprudence of the Court of Justice as well as that of Italian courts. The Author concludes by distinguishing the responsibility attributed to the subject who causes the contamination from the position of the owner of the contaminated area, of whom there may not necessarily be any involvement in the contamination process itself.

*Sezione di diritto internazionale dell'economia**

Governance economica

Annamaria Viterbo

RASSEGNA

Unione Europea: affari economici e monetari

Trattato per la stabilità, il coordinamento e la governance dell'Unione economica e monetaria (cd. Fiscal Compact), firmato il 2 marzo 2012 da 25 Stati membri dell'UE (eccetto Regno Unito e Repubblica Ceca).

Trattato istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) firmato il 2 febbraio 2012 tra i 17 Stati membri la cui moneta è l'euro che anticipa e amplia le risorse del Trattato firmato nella prima versione l'11 luglio 2011.

Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro*, COM(2011) 821 def.

Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria nella zona euro*, COM(2011) 819 def.

Regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011 *che modifica il regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche*, in GU L 306, 23 novembre 2011, 12.

* Coordinatore: Prof.ssa Ornella Porchia (Università degli Studi di Torino-Dipartimento di Scienze Giuridiche). Hanno partecipato alla redazione della presente Sezione: Francesco Costamagna, Claudio Mandrino, Monica Mattone, Lorenza Mola, Stefano Montaldo, Alberto Oddenino, Ludovica Poli, Vito Rubino, Elisa Ruozi, Andrea Spagnolo, Federica Toso, Francesca Varvello, Annamaria Viterbo.

Commercio

VITO RUBINO

RASSEGNA

Accordi internazionali

Decisione del Consiglio, del 14 dicembre 2011, *relativa alla firma, a nome dell'Unione, nonché all'applicazione provvisoria dell'accordo in forma di scambio di lettere tra l'Unione europea e la Federazione russa per quanto riguarda la gestione dei contingenti tariffari applicabili alle esportazioni di legname dalla Federazione russa nell'Unione europea e del protocollo tra l'Unione europea e il governo della Federazione russa sulle modalità tecniche in applicazione di tale accordo*, GU L 57 del 29 febbraio 2012, 1.

Decisione del Consiglio, del 14 dicembre 2011, *relativa alla firma, a nome dell'Unione, nonché all'applicazione provvisoria dell'accordo tra l'Unione europea e il governo della Federazione russa sugli scambi commerciali di parti e di componenti per autoveicoli tra l'Unione europea e la Federazione russa*, GU L 57 del 29 febbraio 2012, 14.

Decisione del Consiglio, del 14 dicembre 2011, *relativa alla firma, a nome dell'Unione, nonché all'applicazione provvisoria dell'accordo in forma di scambio di lettere tra l'Unione europea e il governo della Federazione russa sulla salvaguardia degli impegni relativi agli scambi di servizi definiti dall'attuale accordo di partenariato e di cooperazione fra l'UE e la Russia*, GU L 57 del 29 febbraio 2012, 43.

Decisione del Consiglio, del 14 dicembre 2011, *relativa alla firma, a nome dell'Unione, nonché all'applicazione provvisoria dell'accordo in forma di scambio di lettere tra l'Unione europea e la Federazione russa per quanto riguarda l'introduzione o l'aumento dei dazi all'esportazione sulle materie prime*, GU L 57 del 29 febbraio 2012, 52.

Decisione del Consiglio, del 12 dicembre 2011, *relativa all'adesione dell'Unione europea al protocollo del 2002 alla convenzione di Atene del 1974 relativa al trasporto via mare dei passeggeri e del loro bagaglio, ad eccezione degli articoli 10 e 11 dello stesso*, GU L 8 del 12 gennaio 2012, 1.

Decisione del Consiglio, del 12 dicembre 2011, *relativa all'adesione dell'Unione europea al protocollo del 2002 alla convenzione di Atene del 1974 relativa al trasporto via mare dei passeggeri e del loro bagaglio, per quanto concerne gli articoli 10 e 11 dello stesso*, GU L 8 del 12 gennaio 2012, 13.

Investimenti

Francesco Costamagna

RASSEGNA

Terza decisione sulla giurisdizione e sull'ammissibilità del 27 febbraio 2012, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador* (BIT Stati Uniti/Ecuador).

Lodo del 10 febbraio 2012, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-9, *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. Republic of Argentina* (BIT Regno Unito/Argentina).

Lodo del 30 novembre 2011, UNCITRAL, *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, (BIT Australia/India).

Lodo del 31 ottobre 2011, ICSID Case No. ARB/03/15, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* (BIT Stati Uniti/Argentina).

Decisione sulla giurisdizione e Opinione separata e dissenziente di Christopher Thomas del 14 ottobre 2011, ICSID Case No. ARB/07/31, *Hochtief AG v. The Argentine Republic* (BIT Germania/Argentina).

Lodo del 17 ottobre 2011, UNCITRAL, *HICEE B.V. v. the Slovak Republic* (BIT Paesi Bassi/Repubblica ceca e Repubblica slovacca).

Decisione sulle richieste di annullamento del 16 settembre 2011, ICSID Case No. ARB/03/9, *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic* (BIT Stati Uniti/Argentina).

Lodo del 2 settembre 2011, ICSID Case No. ARB/09/10, *EVN AG v. The former Yugoslav Republic of Macedonia* (BIT Austria/Macedonia e Trattato sulla Carta dell'Energia).

Lodo del 2 settembre 2011, ICSID Case No. ARB/06/8, *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey* (Trattato sulla Carta dell'Energia).

Lodo del 31 agosto 2011, UNCITRAL, PCA Case No. 34877, *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador* (BIT Stati Uniti/Ecuador).

Decisione sulla giurisdizione e sull'ammissibilità del 4 agosto 2011 e Opinione dissenziente del Professor Georges Abi-Saab del 28 ottobre 2011, ICSID Case No. ARB/07/15, *Abaclat and Others (Case formerly known as Giovanna a Becara and Others) v. Argentine Republic* (BIT Italia/Argentina).

Lodo del 2 agosto 2011, ICSID Case No. ARB/08/3, *Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Legge sugli investimenti stranieri).

Nuove tecnologie

FRANCESCA VARVELLO

RASSEGNA

Consiglio Esecutivo dell'UNESCO, doc. n. 186 EX/Decisions, *Decisione adottata dal Consiglio Esecutivo nella 186a sessione*, Parigi, 19 giugno 2011.

Consiglio Esecutivo dell'UNESCO, doc. n. 186 EX/INF. 11, *Riflessione ed analisi dell'UNESCO su Internet: l'uso di Internet nell'ambito di competenza dell'UNESCO*, Parigi, 29 aprile 2011.

Consiglio Esecutivo dell'UNESCO, doc. n. 186 EX/INF. 19, *Report del Direttore Generale sull'esecuzione del programma adottato dalla Conferenza Generale*, Parigi, 27 aprile 2011.

Consiglio Esecutivo dell'UNESCO, doc. n. 186 EX/37, *Riflessione ed analisi dell'UNESCO su Internet*, Parigi, 18 aprile 2011.

Consiglio Esecutivo dell'UNESCO, doc. n. 186 EX/13, *Proposta per la partecipazione dell'UNESCO alla promozione del libero accesso alle informazioni scientifiche ed alla ricerca*, Parigi, 18 aprile 2011.

Consiglio Esecutivo dell'UNESCO, doc. n. 186 EX/19, *Applicazione degli strumenti normativi*, Parte I-IV, Parigi, 21 marzo 2011.

IN EVIDENZA

Internet e nuove tecnologie quali strumenti di tutela del patrimonio culturale (Report UNESCO del 18 e 29 Aprile 2011, doc. n. 186 EX/37, 186 EX/INF. 11).

I report in analisi costituiscono la continuazione di un percorso di studi già inserito da UNESCO nell'agenda della sessione precedente (decisione del 16 settembre 2010-185 EX/42) allorquando il Consiglio Esecutivo chiedeva al Direttore Generale dell'Organizzazione di iniziare una riflessione sul tema, focalizzando l'attenzione sulle potenzialità del sistema nella diffusione della conoscenza e nell'apprendimento a distanza, da un lato, e sulle implicazioni della digitalizzazione nella tutela del patrimonio culturale, dall'altro.

Nell'aprile dell'anno successivo UNESCO dà il via alle proprie riflessioni ed analisi su Internet.

Articoli e Saggi

La reforma de la constitución para constitucionalizar el principio de estabilidad presupuestaria como medida estructural de lucha contra la crisis económica en España

Estanislao Arana García

SUMARIO: I. Introducción: la estabilidad financiera y presupuestaria como principio rector de la política económica de los países europeos. – II. Contenido del nuevo artículo 135 de la constitución española. – 1. La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como principio fundamental. – 2. El concepto de déficit estructural como directriz fundamental de política económica y financiera. – 3. Emisión de deuda pública y capacidad para contraer créditos. – 4. Razones excepcionales que justificarían sobrepasar los límites de déficit estructural y el volumen de deuda pública. La necesaria aprobación por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. – 5. El futuro desarrollo mediante ley orgánica de estos postulados constitucionales. – III. Conclusiones.

I. Introducción: la estabilidad financiera y presupuestaria como principio rector de la política económica de los países europeos.

Una de las medidas más importantes adoptadas por el Estado español para luchar contra la crisis económica ha sido la reforma de su Constitución de 1978 para elevar a rango constitucional el principio de estabilidad presupuestaria. Lógicamente, esta regla básica de las economías occidentales ya era exigible en nuestro país tanto en virtud de las exigencias comunitarias como por la legislación ordinaria española que ya establecían límites y reconocían como principio fundamental de nuestro sistema jurídico-económico, la estabilidad presupuestaria. No obstante, con la medida de reformar la Constitución, el Estado español ha perseguido dos objetivos fundamentales, dar una imagen en el exterior de seriedad,

rigor y compromiso con las cuentas públicas y, además, blindar al máximo nivel jurídico posible dicho principio.

Al margen de otras importantes consideraciones económicas y financieras, la crisis económica que vive Europa se justifica en dos motivos en los que el Estado, además, tiene grandes dosis de responsabilidad: la inflación y el déficit público. El intervencionismo público en la economía propio de los Estados europeos tras la segunda guerra mundial, nos ha permitido vivir en una sociedad del bienestar de unos límites realmente elevados hasta nuestros días. Sin embargo, el abuso en el crédito, el endeudamiento, el gasto y el déficit público por parte de los poderes públicos, han contribuido de manera clara y directa a la situación de crisis económica y financiera que vivimos en la actualidad. La excesiva injerencia de los Estados en la economía y el uso alegre, sin medida e, incluso, indebido por parte de los políticos que los dirigen de los fondos y recursos públicos, son parte del origen y, sobre todo, constituyen una importante barrera que dificulta la salida de la delicada situación económica que padecemos.

La inicial inexistencia de límites al endeudamiento de los Estados, ha empezado a cambiar en los países europeos imponiéndose la regla de oro para la gobernanza financiera de un nuevo modelo de cláusulas constitucionales que postulan la estabilidad y el equilibrio presupuestario¹. Partiendo de la Constitución polaca de 1997, varios Estados europeos han constitucionalizado este principio. Siguiendo esta senda de autocontrol, España ha llevado a cabo su segunda reforma constitucional para darle rango constitucional a la estabilidad presupuestaria. Se trata de una reforma que guarda gran parecido e inspiración a la llevada a cabo con este mismo propósito en Alemania en 2009 y las proyectadas actualmente en Francia e Italia.

Desde la incorporación de España a la Unión Europea, nuestro país ha tenido que asumir como propios diferentes principios reconocidos por el Derecho comunitario y que conllevan límites, por ejemplo, al ejercicio del poder financiero en materia presupuestaria. Dentro de estos principios comunitarios destaca el principio de “solidez financiera” del que derivará el de estabilidad presupuestaria que va a ser objeto de comentario más detallado en este trabajo. El Artículo 119 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge aquél como principio rector de las acciones de los Estados miembros encaminadas a la consecución de la unión económica y monetaria. El apartado tercero de este precepto estable-

¹ M. BASSOLS COMA, *La reforma del Artículo 135 CE y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma*, comunicación presentada en el VII Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho administrativo, celebrado en Tarragona los días 10 y 11 de febrero de 2012, 6.

La reforma de la constitución para constitucionalizar el principio de estabilidad presupuestaria como medida estructural de lucha contra la crisis económica en España - *The reform of the constitution with the aim of constitutionising the concept of budgetary stability as a structural control mechanism to counter the economic crisis in Spain*

El Estado español ha modificado su Constitución para incorporar como principio constitucional “la estabilidad presupuestaria”. Esta reforma, además del contenido jurídico que se analiza en este trabajo, tiene un marcado carácter simbólico y político tratando de ofrecer a los mercados y a los Estados miembros de la Unión Europea una reforzada imagen de seriedad y rigor en las cuentas públicas que ayude a superar la crisis económica que de forma especialmente virulenta está castigando a España. La medida ha despertado la crítica de las Comunidades Autónomas por supuesta invasión de sus competencias económicas y de algunos grupos “de izquierda” que piensan que se pone en peligro el modelo de Estado social del que hemos venido disfrutando. Bajo mi punto de vista, sin embargo, se trata de una medida necesaria y muy conveniente.

The Spanish State has modified its own Constitution to incorporate ‘budgetary stability’ as a constitutional principle. This reform, and the legislative contents analysed in this work, is of a markedly symbolical and political nature, for it offers the markets and the Member States of the European Union an image of greater seriousness and severity with regard to public finances, designed to help overcome the economic crisis which has been felt particularly strongly in Spain. The move has sparked criticism from the Autonomous Communities for its supposed invasion of their economic powers, as well as from certain ‘left-wing’ groups who sustain that the measure endangers the welfare state model as we have come to know it. From my point of view, however, this is a necessary and highly desirable measure.

Articoli e Saggi

Los efectos de la crisis sobre el régimen jurídico de las entidades de crédito en España

Jesús Conde Antequera

SUMARIO: 1. La crisis económica y financiera como causa de la necesaria reordenación del sector crediticio español. – 1.1 La extensión de los efectos de la crisis al sector crediticio: interés y justificación de la intervención pública. – 1.2 Las insuficiencias del régimen jurídico preexistente para afrontar las consecuencias de la crisis. – 2. La regulación e intervención pública de la actividad crediticia en España en el contexto actual de crisis. – 2.1 La evolución del modelo de intervención sobre el sector crediticio desde los inicios de la crisis hasta el momento actual. – 2.2 Las concretas medidas “anticrisis” previstas por la normativa de ordenación del sector crediticio español desde el inicio de la crisis hasta la actualidad. – 2.3 Las transformaciones del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros. – 3. Breves conclusiones: del optimismo inicial a la cruda realidad y las enseñanzas de la crisis.

1. *La crisis económica y financiera como causa de la necesaria reordenación del sector crediticio español*

1.1 *La extensión de los efectos de la crisis al sector crediticio: interés y justificación de la intervención pública.*

Las entidades de crédito españolas no han sido ajenas a los efectos de la crisis económica y financiera actual, si bien en sus momentos iniciales¹ las de mayor tamaño parecían poder afrontarla sin necesidad de apoyo público².

¹ Aproximadamente en Agosto de 2007, en los Estados Unidos, tras el anuncio de quiebra de los hedge funds que hizo el banco de inversión Bear Stearns, crisis que poco después se trasladó a Europa, como reconocía el BCE el 10 de agosto del mismo año. Especialmente agravada resultó con la quiebra de Lehman Brothers, en septiembre de 2008, tras negársele ayudas públicas que podían haberla evitado. Véase EMBID IRUJO, *El Derecho público de la crisis económica*, en *Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2011, págs. 28 y 29.

² No había resultado muy preocupante hasta 2012 la situación del sector bancario español, según se desprende de las justificaciones ofrecidas por el Real Decreto-Ley 6/2008, de 10 de octu-

Las principales consecuencias que la crisis ha tenido sobre el sector bancario y crediticio español han sido, por un lado, una mayor dificultad de las entidades financieras para captar recursos en los mercados de capitales y, por otro, un deterioro de activos que ha tenido especial proyección sobre aquéllos relacionados con la actividad inmobiliaria. Ello ha causado que se agudicen los problemas de liquidez, que la capitalización de las entidades se convierta en una necesidad de primer orden para poder hacer frente a un aumento de la morosidad (especialmente en los préstamos concedidos en el sector inmobiliario y construcción) y que se produzca una disminución de los beneficios netos de estas entidades, principalmente en forma de activos líquidos; lo que se traduce, a su vez, en una restricción del crédito ofertado por estas entidades.

En España, a las influencias iniciales de la crisis americana se sumaban también circunstancias adversas propias en el periodo 2007-2008. Quizás la desmesurada expansión del sector de la construcción y el desorbitado crecimiento del mercado inmobiliario que caracterizó la etapa comprendida desde mediados de los años noventa hasta los inicios de la crisis se tradujo en un paralelo incremento de las operaciones crediticias destinadas a la adquisición de viviendas y en una vertiginosa subida de los precios debida más a la especulación generada por la rapidez de las ventas que a necesidades reales de vivienda. Tan espectacular ha sido durante esta etapa la dependencia económica del país respecto de la actividad de construcción e inmobiliaria que ha tenido reflejo en el hecho de que las entidades crediticias han asumido multitud de operaciones de crédito fundamentadas en tasaciones de inmuebles que obedecían más a la inercia especulativa que a criterios reales de mercado. Además, las limitaciones de acceso a la financiación provocadas por las expectativas negativas generadas por la crisis internacional y el deterioro de activos a que nos hemos referido originaron que, en 2008, se iniciara un proceso generalizado de endurecimiento de las condiciones para la concesión de créditos y un correlativo descenso de la actividad económica que, a su vez, contribuye a agravar la situación de las entidades de crédito con la imposi-

bre, por el que se crea el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros, en el que se dice, literalmente, que “las entidades de crédito españolas tienen una posición sólida, gracias a su elevada solvencia, su amplia base de depósitos y la supervisión del Banco de España”. De hecho, posteriormente, según el Gobierno del PSOE, las pruebas de resistencia a las que se sometieron a la totalidad de las entidades españolas en julio de 2010 mostraron una situación de solidez y resistencia del sistema financiero español que acreditaba que las entidades españolas se encontraban en situación de afrontar situaciones difíciles, como se exponía en el preámbulo del R.D. Ley 2/2011, de 18 de febrero. En julio de 2010 se sometieron a las entidades financieras españolas a unas pruebas de “resistencia” o de estrés, efectuadas por el Comité de Supervisores de Bancos Europeos, tendentes a valorar su solvencia y capacidad para hacer frente a peticiones masivas de capital, superadas por casi todas las entidades excepto por algunas Cajas de Ahorros en proceso de reestructuración: Caja Sur, Caja España-Duero, Caixa Cataluña-Manresa-Tarragona y Unnín (Sabadell-Terrasa y Manlleu).

Los efectos de la crisis sobre el régimen jurídico de las entidades de crédito en España - *The effects of the crisis on the juridical status of credit institutions in Spain*

La actual crisis económica ha puesto en evidencia las deficiencias del sistema financiero español y la insuficiencia del régimen jurídico del sector bancario y crediticio previo al 2008 para afrontar la nueva situación. A través de normativa “de urgencia” España ha tratado de resolver los problemas de solvencia de las entidades de crédito operando, durante el periodo 2008-2012, una reestructuración del sector sin precedentes para su adaptación a las necesidades reales del mercado con el objetivo de lograr una confianza en el sistema que genere efectos positivos en la economía en general.

The current economic crisis has highlighted the shortcomings of the Spanish financial system and the inadequacy of the pre-2008 juridical status of the banking and credit sector in the wake of the new situation. Through a series of ‘emergency’ norms introduced in the period from 2008 to 2012, Spain tried to address the problems of solvency of its credit institutions by undertaking an unprecedented restructuring programme in order to adapt them to the real needs of the market, with the aim of fostering confidence in the system so as to thus generate positive effects on the economy as a whole.

Articoli e Saggi

Las ayudas públicas a entidades financieras en España

Asunción Torres López

SUMARIO: 1. Las ayudas de estado como necesidad frente a la crisis económica. – 2. Las medidas de apoyo a las entidades financieras adoptadas por el gobierno de España. – 2.1 Las ayudas a través del Fondo de Adquisición de Activos Financieros. – 2.2 Las ayudas frente al riesgo sistémico: la aportación de capital público para la reestructuración ordenada del sector bancario a través del FROB. – 2.3 El cambio de estrategia en la articulación de las ayudas públicas: la vuelta al protagonismo de los Fondos de Garantía autofinanciados y la reducción del ámbito de actuación del FROB. – 3. El proceso de desinversión. – 4. Conclusiones

1. Las ayudas de estado como necesidad frente a la crisis económica.

La buena salud financiera de la que gozaban las entidades de crédito españolas a comienzos de la crisis, no era sino un espejismo que se desvaneció más tarde dejando ver una realidad desoladora también para éstas. La crisis financiera ha propiciado el diseño de mecanismos de ayuda procedentes del Gobierno con el fin de recuperar un estado de salud adecuado a los tiempos de crisis, con la pretensión de anular sus efectos. Si bien es cierto, que a través de los Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito establecidos en los años 1980 y 1982, éstas podían afrontar crisis particulares o situaciones de dificultad, al tener por objeto estos Fondos, además de garantizar los depósitos de dinero y en valores constituidos en las entidades de crédito, realizar actuaciones con el fin de reforzar la solvencia y funcionamiento de las entidades de crédito en tales situaciones de dificultad¹, sin embargo la gravedad de la crisis ha puesto de manifiesto la insuficiencia de estas herramientas, por lo que el Gobierno ha determinado la búsque-

¹ Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Aunque su finalidad principal no era aportar dinero a las entidades en situación comprometida, sino garantizar los depósitos de los contribuyentes, de forma excepcional

da y aplicación de otros mecanismos, incluidos los recursos públicos, en el bien entendido que la gran importancia del sistema financiero justifica el carácter prioritario de la intervención del Estado para asegurar su correcto funcionamiento.

En el caso español, los hitos que han caracterizado la reforma del sistema financiero incluyen el establecimiento de dos primeros fondos con una importante dotación pública: el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros (FAAF), creado por Real Decreto-Ley 6/2008, de 10 de octubre, y el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), establecido a través del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, ambos con vocación de apoyo temporal e incentivos para la solvencia y el reajuste de la capacidad del sector, y un tercer fondo, el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito establecido con posterioridad, por Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, en el que se integran los anteriores Fondos de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro, en Establecimientos Bancarios y en Cooperativas de Crédito regulados en los años 80, si bien la ayuda estatal ofrecida a través de este fondo es de menor calado que la que se proporciona mediante los anteriores.

Pero antes de entrar a detallar el carácter, naturaleza y contenido de las ayudas articuladas a través de estos Fondos es preciso analizar el contexto normativo de las ayudas de Estado en su configuración en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y las previsiones adoptadas por la Comisión al respecto, motivadas por la situación de crisis económica.

El régimen de las ayudas de Estado viene recogido en los actuales artículos 107 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (anteriores artículos 87 y ss. TCE). A efectos de lo que nos interesa, con carácter general están prohibidas las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

Se establecen, no obstante, excepciones a este régimen general, de modo que serán compatibles con el mercado interior, entre otras:

1. Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional (artículo 107.2.b.).
2. Las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro (artículo 107.3.b.).
3. Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las con-

(artículo 10) se preveía la posibilidad de establecer medidas de saneamiento para facilitar la viabilidad de entidades en tal estado.

Las ayudas públicas a entidades financieras en España - *Public assistance to financial bodies in Spain*

La crisis financiera ha propiciado el diseño de mecanismos de ayuda procedentes del Gobierno con el fin de recuperar un estado de salud de las entidades financieras adecuado a los tiempos de crisis, y así anular sus efectos. La principal acción frente a la crisis económica en España se centra en una reestructuración de las entidades de crédito, para lo cual se crea el denominado Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), como organismo público, con personalidad jurídica pública y privada y cuya función básica es intervenir en los procesos de reestructuración de estas entidades así como ayudar al reforzamiento de sus recursos propios en los procesos de fusión de entidades. Aunque no han sido invocados por igual en todas las normas dictadas frente a los efectos de la crisis en materia financiera, los principios que han de fundamentar el uso de recursos públicos para las ayudas comentadas han de ser el de la eficiencia en la asignación de dichos recursos, el de excepcionalidad y el de temporalidad de las ayudas.

The financial crisis has led to the development of aid mechanisms by the Government with the aim of restoring a level of health to financial bodies capable of facing up to such times of crisis, and thus to contrast its onset. The main intervention undertaken in the face of the economic crisis in Spain revolves around the restructuring of credit institutions, for which the so-called Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) has been created: a public organism with public and private legal status, the basic function of which is to intervene in the restructuring processes of such bodies as well as to help in the reinforcement of their own resources during the merging process of such bodies. Although all the financial norms passed in the wake of the effects of the crisis have not been applied equally, among the principles that justify the use of public resources for such above-mentioned assistance there must be that of efficiency in the granting of such resources, as well as the character of exceptionality and temporariness of such interventions.

Articoli e Saggi

Impacto de la crisis económico-financiera en el sector público en España

Masao Javier López Sako

SUMARIO: 1. Introducción. La organización administrativa y su reforma. – 2. Medidas motivadas por la crisis económica en el ámbito estatal. – 3. Medidas en el ámbito autonómico: a) Situación. b) Principales normas autonómicas. c) Especial referencia al caso andaluz. – 4. Breve referencia al ámbito local.

1. *Introducción. La organización administrativa y su reforma.*

En relación con los “entes públicos” y su tipología podemos afirmar, sin entrar en mayores complicaciones de las que aquí no es posible dar cuenta, que la doctrina española suele distinguir entre entes territoriales (administración del Estado, las de las comunidades autónomas y las administraciones locales) y no territoriales (el resto de administraciones). Dentro del diversificado y variopinto grupo de los entes no territoriales, a los que podríamos llamar también “entes o entidades instrumentales”¹, puede distinguirse entre corporaciones² (representativas de intereses profesionales, económicos o sociales) e instituciones (de origen fundacional, creadas por otra administración pública para el ejercicio de parte de sus competencias). Dentro de estas últimas se distingue entre instituciones públicas³

¹ Así lo hacen, entre otros, M. SÁNCHEZ MORÓN, E. MONTOYA MARTÍN, en sus respectivos trabajos que más abajo se citan. A administración instrumental se refiere el título de la obra colectiva – de obligada referencia en este tema – *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo* (dos volúmenes), coordinada por A. PÉREZ MORENO, Edit. Civitas, Madrid, 1994.

² Las administraciones locales, recordemos, además de ser entes territoriales, se consideran – y se denominan también – corporaciones.

³ A nivel estatal, la LOFAGE (Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la administración general del Estado) dedica el Título III a los “organismos públicos”, que son “los creados bajo la dependencia o vinculación de la administración general del Estado, para la rea-

(organismos o entes públicos, con denominaciones y regímenes jurídicos muy variados: organismos autónomos, entidades públicas empresariales, agencias, autoridades independientes, institutos, patronatos, juntas, consejos, centros, gerencias, comisiones, incluso las universidades públicas) y privadas (sociedades mercantiles, fundaciones, etc.).

Vamos a dar cuenta principalmente del impacto de la crisis económica sobre la organización administrativa relativa a esta última categoría de entes institucionales, que es donde se ha dado con especial fuerza⁴. No es de extrañar, teniendo en cuenta que aun sin crisis como la que ahora nos afecta hubo un momento de retracción parcial con las medidas de simplificación y racionalización administrativa que se adoptaron tras la proliferación de estos entes que se dio desde la década de los años veinte del siglo pasado, llegando a su esplendor durante y después de nuestra guerra civil, y estabilizándose con la ley de entidades estatales autónomas de 1958; y que dicho fenómeno de proliferación – dice García de Enterría⁵ – e incluso el movimiento contrario de supresión denotan la *artificialidad* de estas entidades, al ser creadas y extinguidas por simples decisiones de la voluntad estatal autonómica e incluso local. En definitiva, es el ámbito más cambiante y cambiabile del sector público.

En los últimos años se ha vuelto a dar una sorprendente multiplicación de los entes instrumentales, aun coincidiendo en el tiempo con el proceso de privatización de muchas empresas públicas. La causa de ello estaría – opina Sánchez

lización de cualquiera de las actividades previstas en el apartado 3 del artículo 2, cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional” (art. 41). El art. 43 clasifica los organismos públicos en organismos autónomos, Entidades públicas empresariales y agencias estatales. El título IV, por su parte, establece las competencias generales sobre organización y régimen de personal, y los procedimientos de determinación de las estructuras de la administración general del Estado y sus organismos públicos.

En el ámbito de las comunidades autónomas rigen sus propias leyes reguladoras de sus respectivas administraciones. En cuanto a las entidades locales hay que acudir a la ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, la legislación autonómica de desarrollo, en su defecto el texto refundido de 1986 (Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril) y, eventualmente, el reglamento de servicios de las corporaciones locales (Decreto de 17 de junio de 1955) (L. MARTÍN REBOLLO, *Leyes Administrativas*, 17ª edición, 2011, Thomson-Aranzadi, p. 889).

⁴ Categoría cuyo estudio – de su estructuración, sus categorías, su régimen jurídico – “no puede ser encerrado o catalogado dentro de los límites de la mera teoría de la organización administrativa, sino en un ámbito más ambicioso, que lleva en la actualidad a replantear el marco jurídico al que deben someterse las actividades de las administraciones públicas”. M. NAVAJAS REBOLLAR, *La nueva Administración Instrumental*, Edit. Colex, 2000, p. 13.

⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 11ª edición (2002), Civitas, p. 399.

Impacto de la crisis económico-financiera en el sector público en España - *The Impact of the financial crisis on the public sector in Spain*

Ha tenido que ser una profunda crisis económica la que obligue a acometer unas reformas en los modos de organización y actuación administrativas cuya conveniencia venía planteándose desde hacía tiempo. Pero aunque se habla de “racionalización del sector público”, lo que se está dando en la gran mayoría de los casos es una simple supresión y/o reordenación de órganos y entidades, en un ejercicio – necesario también – de austeridad, perdiéndose la oportunidad de llevar a cabo reformas más profundas.

The seriousness of the economic crisis has made it necessary to carry out reforms to the models of administrative organisation and implementation, calls for which had already been made for some time. However, although there is much talk of “rationalisation of the public sector,” what is actually happening in the vast majority of cases is a mere suppression and/or re-ordering of organs and bodies, in a display – albeit necessary – of austerity, thus overlooking the potential to bring about more far-reaching reforms.

Articoli e Saggi

The regulatory response to the financial crisis in the United States: the Dodd-Frank Wall Street Reform and consumer protection act

Thomas J. Schoenbaum

SUMMARY: 1. Introduction – 2. An outline of the Dodd-Frank Reforms. – 3. Summing up

1. *Introduction.*

Jamie Dimon, the CEO of J.P. Morgan Chase, a diversified, global financial company, and America's most profitable bank, made headlines on page one of the Financial Times on September 12, 2011, when he labeled the Basel III international financial regulations agreed by 27 countries, including the United States, as "blatantly anti-American." He went on to say that the US "should consider pulling out of the Basel group of global regulators. Our regulators should go there and say, if it's not in the interest of the United States, we're not doing it."¹

Dimon was upset over the capital and liquidity requirements of Basel III. Under the new rules, J.P. Morgan Chase and about 30 additional global banks will have to keep capital on hand that may reach as much as 9.5 %. He pointed out that it will be "three to 10 years" before the banks emerge from lawsuits brought by investors asking compensation for the losses incurred on structured financial products backed by bad mortgages.

Dimon also confronted Federal Reserve chief Ben Bernanke at the annual meeting of the American Bankers Association in June, 2011: "We know there are 300 [Dodd-Frank Wall Street Reform Act] rules coming – has anyone bothered to study the cumulative effect of these things?" Dimon has said that new rules

¹ Dimon interview, Financial Times, p. 1, September 12, 2011, <http://www.ft.com>, visited 20 September 2011.

and regulations on the financial industry are not needed. “CDOs [collateral debt obligations] are gone; swaps are almost gone” so why new regulations?²

Fair questions, although a skeptic may point out that J.P. Morgan was caught short of capital and liquidity during the financial crisis and only survived because of a \$390 billion loan at zero interest extended by Bernanke’s Fed. And perhaps Dimon’s complaint about liquidity – that mortgage-backed securities are greatly discounted as liquid capital – would be better received had not trillions of dollars of such securities turned up worthless during the crisis. And CDOs and swaps may be “gone” temporarily, but the financial industry will not hesitate to make them available again when markets improve.

Some politicians have made campaign promises (or even have taken oaths) never to speak favorably about any governmental regulation, no matter what. The rest of us must conclude that the Global Financial Crisis was caused primarily by the unwitting mistakes and sharp practices of private market participants that went unchecked because of regulatory failings in the United States, the epicenter of the crisis: regulatory gaps, deregulation, and lack of enforcement of existing regulations. This is hardly surprising: studies of past financial crises, none as serious as this one, have concluded that regulatory forbearance is a common failing.³

On July 21, 2010, the regulatory answer to fix what went wrong became law – the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act.⁴ Of course regulation is not new to the financial industry: extensive regulation has been the norm since the 1930s. But the Dodd-Frank law is the most far-reaching overhaul of the regulatory system since the 1930s. This new law, some 2319 pages long, attempts point-by-point to deal with the regulatory gaps and lapses that were at the heart of the crisis. Dodd-Frank is corrective legislation devised to reform oversight of the financial system to prevent another disastrous meltdown from occurring in the future. It must be judged on that basis: will the preclude collapse of the financial system in the indefinite future?

But first a fundamental question presents itself: will Dodd-Frank be allowed to work as Congress intended? Most people are scarcely aware that when a complex piece of regulatory legislation is enacted, the law itself only provides a framework – the precise criteria to govern conduct must be devised by government agencies in the form of rules and regulations.

² Washington Post, 17 September 2011, available at <http://www.washingtonpost.com/Bernanke>, visited 20 September 2011.

³ L. LAEVEN and F. VALENCIA, *Systemic Banking Crises: a New Database* (Washington DC: International Monetary Fund working paper, Sept. 2008), available at <http://www.imf.org/reports>, visited 23 June 2010.

⁴ Public Law No. 111-203 (2010).

La risposta normativa alla crisi finanziaria negli Stati Uniti: the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act - *The regulatory response to the financial crisis in the United States: the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*

La principale causa della crisi finanziaria è stata l'assenza di regolamentazione, ragion per cui il 21 luglio 2010 è stato adottato negli Stati Uniti il "Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act", allo scopo di riempire tutti i vuoti normativi precedenti per evitare che in futuro possa verificarsi una crisi delle dimensioni di quella attuale. Il nuovo testo normativo ha eliminato la possibilità, precedentemente riconosciuta agli operatori del settore finanziario, di modificare la propria struttura così da scegliere l'ente supervisore e conseguentemente la disciplina applicabile alla loro attività e ha istituito un nuovo Ufficio Federale per il settore delle assicurazioni connesse alle attività imprenditoriali. Sono stati, inoltre, inseriti nuovi standard che devono essere rispettati dagli istituti creditizi soprattutto in ordine alle informazioni che devono essere rese ai clienti e stabiliti dei limiti alla possibilità per le banche di svolgere attività considerate rischiose. Il Dodd-Frank Act ha, poi, istituito altri due nuovi organismi: il primo preposto alla tutela dei consumatori con riferimento esclusivo alla vendita di prodotti finanziari e il secondo (Financial Stability Oversight Council) con il compito di monitorare l'attività degli operatori finanziari, verificare eventuali rischi di fallimento e intervenire con specifiche misure relative, ad esempio, al capitale o alla liquidità che deve essere assicurata, richiedere piani di risanamento alle imprese in difficoltà. Tra le novità vi è anche l'introduzio-

The main cause of the financial crisis was the absence of regulation. This is why on 21st July 2010 the 'Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act' was adopted in the United States, with the aim of filling all the previous normative voids in order to avoid a crisis of the current entity repeating itself in the future. The new normative text eliminates the possibility (previously granted to those operating in the financial sector) to modify the company structure so as to choose the supervisory body and thus the discipline applicable to their activities, establishing a new Federal Office for the insurance sector dealing with business activities. Furthermore, new standards were included and which must be respected by credit institutions, especially with regard to the information that must be provided to clients and setting limits to the possibility of banks carrying out activities deemed high-risk. The Dodd-Frank Act also established two other new organisms: the first with the purpose of consumer protection, referring exclusively to the sale of financial products, and the second (Financial Stability Oversight Council) entrusted with the task of monitoring the activity of financial operators, verifying any risks of bankruptcy and intervening with specific measures for example to protect capital or guarantee liquidity, requesting recovery plans from companies in difficulty. Novelty also include the introduction of a special bankruptcy procedure for financial and insurance companies, foreseeing restrictive limits on the

ne di una procedura fallimentare speciale per gli istituti finanziari e assicurativi e la previsione di limiti restrittivi alla possibilità per la Federal Reserve di intervenire a sostegno degli operatori del settore. Infine, il Dodd-Frank Act contiene alcune previsioni relative alla cartolarizzazione, al mercato degli strumenti finanziari, all'attività delle agenzie di rating e alla tutela degli investitori.

scope for the Federal Reserve to intervene in support of operators in this sector. Lastly, the Dodd-Frank Act contains a number of provisions regarding securitisation, the financial instruments market, the activities of ratings agencies and the protection of investors.