

Un “espacio controlado de pruebas” (*regulatory sandbox*) para las empresas financieras tecnológicamente innovadoras: el “Anteproyecto de Ley de Medidas para la transformación digital del sistema financiero”.

Alejandro Huergo Lora
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

1. “Fintech” y empresas digitales en el sector financiero.

Bajo una denominación poco indicativa de su contenido, el “Anteproyecto de Ley de medidas para la transformación digital del sistema financiero”, al que se refiere este breve trabajo, utiliza unas técnicas jurídicas con escasos precedentes en nuestro Derecho y que plantean algunas dudas en su aplicación. Tal es la justificación de estas notas que en otro caso resultarían prematuras a la vista de la fase tan inicial de tramitación del texto y de que la actual situación política no permite contemplar con optimismo su aprobación, aunque ciertamente el procedimiento fue iniciado ya por el anterior Gobierno (lo que parece indicar que la iniciativa podría recibir un respaldo mayoritario) y se inscribe en una tendencia internacional, por lo que la idea seguramente seguirá adelante de uno u otro modo.¹

En los últimos años se han puesto de actualidad las denominadas *Fintech*, que son empresas del sector financiero basadas en un uso avanzado del *big data* y la inteligencia artificial y que intentan hacerse un hueco a costa de los operadores tradicionales, es decir, bancos, entidades del mercado de valores y aseguradoras (en este último caso, se ha acuñado también la expresión *Insurtech*).² Es casi imposible ir mucho más allá de esos trazos genéricos, puesto que no siempre (aunque a veces sí) se trata de empresas de economía colaborativa. Tampoco funcionan en todos los casos como alternativa a los operadores ya establecidos: a veces trabajan para ellos y en no pocas ocasiones acaban siendo absorbidas o imitadas por éstos. Por ejemplo, las aplicaciones para teléfonos móviles de los bancos, que proporcionan al usuario todo tipo de información sobre su situación financiera, gastos, consumo, etc., proceden de apps que surgieron inicialmente como *Fintech* independientes.

¹ El texto del Anteproyecto de Ley está fechado el 10 de julio de 2018 y ha sido publicado en la página web del Ministerio de Economía y Empresa (http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/noticias/2014/180711_AP_Ley_transformacion_digital_sistema_financiero_f.pdf). El plazo del trámite de audiencia previsto en el artículo 133.2 de la Ley 39/2015 ha finalizado el 7 de septiembre.

Con anterioridad tuvo lugar la consulta prevista en el artículo 133.1 del mismo texto legal, que finalizó en junio de este mismo año. El texto sometido a consulta puede verse en el enlace http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/participacion_publica/consulta/ficheros/ECO_Tes_180_523_CP_Ley_Transformacion_digital_sistema_financiero.pdf. Todas las direcciones web citadas han sido consultadas por última vez el 5 de septiembre.

² Proliferan los análisis sobre la economía colaborativa en el transporte y los arrendamientos, siendo mucho menos abundantes sobre las nuevas empresas digitales (no necesariamente colaborativas) en el sector financiero. Vid. M. L. MUÑOZ PAREDES, “La economía colaborativa en los sectores regulados (II). El sector asegurador”, en R. ALFONSO SÁNCHEZ/J. VALERO TORRIJOS (Dir.), *Retor jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, págs. 287-307, y “La protección de los consumidores y las *FinTech* e *InsurTech*”, en prensa en las actas de las *Jornadas sobre productos financieros*, editadas por el Colegio de Notarios de Cataluña.

Algunos ejemplos de estas empresas son los siguientes: aplicaciones que ofrecen préstamos a particulares, poniendo en relación a quienes quieren invertir dinero y a quienes necesitan un préstamo, o aplicaciones que permiten al cliente comunicar todos sus datos financieros (cuentas bancarias, tarjetas, seguros, recibos, gastos, etc.) y a cambio le ofrecen una visión detallada de su situación financiera. En este último caso, y en otros, la empresa gana dinero ofreciendo esos datos a terceros (bancos, aseguradoras, etc.) para que puedan dirigir a esos clientes ofertas adaptadas a su situación financiera. Es frecuente que la empresa gane dinero, no mediante pagos de sus clientes, sino vendiendo sus datos a terceros. Por eso no siempre son competidores de los operadores tradicionales, sino que a veces resultan complementarios o les ofrecen un servicio nuevo (que muchas veces es replicado poco tiempo después por los operadores ya establecidos).

Desde el punto de vista jurídico, lo más importante es saber si la actividad de estas empresas está sometida a las normas reguladoras del sector financiero, dividido a su vez en tres ámbitos: bancario, mercado de valores y asegurador.³ En caso de que lo esté, la empresa en cuestión necesitaría la autorización exigida para operar en el sector y quedaría sometida a toda la regulación aplicable al mismo, administrada por el Banco de España, la CNMV o la Dirección General de Seguros y Planes y Fondos de Pensiones, según los casos.⁴ En algunos supuestos, se ha dotado a estas empresas de una regulación específica, como ocurre con las plataformas de financiación participativa (el conocido *crowdfunding*), que tienen su régimen propio en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (artículos 46-93), con un cauce específico de autorización. También se deben mencionar las compañías *Fintech* que operan al amparo de la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico.

Pero, dejando de lado estos supuestos particular, resultaría muy difícil para cualquiera de estas empresas cumplir los requisitos exigidos para obtener la autorización de un banco o de una aseguradora (por sus importantes exigencias de capital), por lo que operan en los intersticios del sistema (que a veces resultan difíciles de precisar, como se pone de manifiesto en el informe de la CNMV que acaba de citarse) y a la vez surge el

³ Cuyas normas de cabecera serían, en estos momentos, y respectivamente, la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, el Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores y la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Sorprendentemente, y en un claro error, el artículo 15.4 del Anteproyecto que estoy comentando cita, como norma básica del sector asegurador en la que se tipifican las infracciones y sanciones, el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados, que ha sido expresamente derogado por la mencionada Ley 20/2015.

Exposiciones generales al respecto, actualizadas a sus respectivas fechas, pueden encontrarse en A. Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz (Dir.), *Derecho de la regulación económica. II. Mercado de valores*, Iustel, Madrid, 2009; S. MUÑOZ MACHADO/J. M. VEGA SERRANO (Dir.), *Derecho de la regulación económica. X. Sistema bancario*, Iustel, Madrid, 2013; J. C. LAGUNA DE PAZ, *Derecho administrativo económico*, Civitas, Cizur Menor, 2016 (desde una perspectiva general, más que sectorial). Entre los trabajos monográficos pueden citarse C. CHINCHILLA MARÍN, “El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 1072014”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 102 (2015), págs. 17-106; J. A. UREÑA SALCEDO, “Crisis y transformación del sistema bancario español”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 40 (2015).

⁴ Así lo explica la propia CNMV en su página web, en el informe “Preguntas y Respuestas dirigidas a empresas FinTech sobre actividades y servicios que pueden tener relación con la CNMV” (<http://cnmv.es/docportal/Legislacion/FAQ/QAsFinTech.pdf>).

debate sobre si debe establecerse algún tipo de régimen específico, diferente, para las empresas de la “nueva economía” en el sector financiero, aunque es difícil pronunciarse cuando se trata, como hemos visto, de supuestos muy variados.

2. El “*regulatory sandbox*” o “*espacio controlado de pruebas*” en el sistema británico.

El regulador británico planteó, ya en noviembre de 2015 (antes del referéndum sobre el Brexit), y en un claro intento de atraer a esa jurisdicción a este tipo de empresas innovadoras, una iniciativa dirigida a facilitar su implantación, de forma que puedan operar de forma provisional, y comprobar su viabilidad, sin necesidad de obtener la autorización que se exige ordinariamente para operar en los mercados financieros.⁵ De este modo se favorecería la implantación y el crecimiento de estas empresas, mientras que, si se les exigiera, desde el primer momento, la superación de los “requisitos regulatorios” ordinarios, muchas de estas iniciativas, tan innovadoras como embrionarias e inciertas, sencillamente no llegarían a nacer. En este informe de viabilidad se analizan los instrumentos jurídicos que podría utilizar el regulador sin necesidad de reformas en el marco legal, así como los que podrían introducirse a través de una reforma legal. La iniciativa se ha puesto en marcha por el regulador (FCA: *Financial Conduct Authority*) sin necesidad de reformas legales y se ha publicado un primer informe sobre su aplicación práctica.⁶ Existe una iniciativa para crear un “espacio regulado de pruebas” de ámbito internacional, a partir de la colaboración de autoridades de UK, Francia, USA, Australia y otras del ámbito árabe y asiático.⁷

El concepto que resume toda esta iniciativa es el de *regulatory sandbox*. Una *sandbox* es, literalmente, una caja de arena, y hace referencia a los espacios de juegos infantiles (no muy habituales en los parques españoles, por cierto, seguramente por la abundancia de playas) que consisten precisamente en una “caja de arena” de varios metros de lado, en la que los niños pueden jugar en condiciones (teóricamente) seguras. La expresión se usa típicamente en informática y programación, en sentido figurado, para referirse al aislamiento de procesos para poder ensayarlos de forma separada. Aquí se trataría de una *sandbox* jurídica o regulatoria, en la que se pueden ensayar actividades de forma controlada y sin cumplir todos los requisitos administrativos que normalmente se exigirían para su realización. El informe de la FCA incluye también propuestas muy sugestivas para favorecer la innovación empresarial, como la posibilidad de que las empresas cedan (de forma legal, obviamente) datos obtenidos en su experiencia real (datos sobre conductas de los clientes), para crear una especie de “simuladores”, de modo que quienes quieren lanzar un producto o servicio lo prueben de forma “virtual”, confrontándolo con el comportamiento de los clientes que resulta de los datos registrados y que se les hayan cedido. De este modo se podría realizar una prueba de viabilidad sin necesidad de autorización alguna y sin ningún riesgo.

Claramente existen dos enfoques diferentes. El primero es neutral a la tecnología y se centra en la naturaleza y objeto de la actividad. Como dice la CNMC en el informe citado, “[l]os principios en los que se basa la regulación sectorial del mercado de valores

⁵ El informe “Regulatory sandbox” puede verse en <https://www.fca.org.uk/publication/research/regulatory-sandbox.pdf>.

⁶ “Regulatory sandbox. Lessons learned report” (<https://www.fca.org.uk/publication/research-and-data/regulatory-sandbox-lessons-learned-report.pdf>).

⁷ Se trataría de una “Global Financial Innovation Network” (<https://www.fca.org.uk/publications/consultation-papers/global-financial-innovation-network>).

son neutrales a la tecnología que empleen los diferentes agentes involucrados: entidades, mercados o inversores. Lo importante es si la actividad que realiza la empresa Fin-Tech se considera dentro del ámbito de los servicios de inversión o está sujeta a alguna otra reserva de actividad como, por ejemplo, la actividad de las plataformas de financiación participativa. En estos casos, independientemente de la tecnología que utilice, necesitará la correspondiente autorización y registro, además de la posterior supervisión por parte de la CNMV, para operar en el mercado español”. Desde este punto de vista, las finalidades que se persiguen con la legislación del mercado financiero (seguridad del sistema financiero, protección de los consumidores) no deben padecer o recibir una protección menor por el hecho de que los operadores utilicen una u otra tecnología. El otro enfoque posible intenta priorizar la innovación tecnológica, por el impacto positivo que puede producir en la economía, y para ello le proporciona ventajas administrativas, intentando a su vez que las mismas no supongan perjuicio para los intereses públicos en presencia. El regulador británico ha seguido este segundo enfoque, y ahora le sigue el Gobierno español en el Anteproyecto que estamos comentando, con la intención de favorecer la implantación en España de este tipo de empresas.

3. El “acceso al espacio controlado de pruebas”.

En el Anteproyecto se traduce *regulatory sandbox* como “espacio controlado de pruebas” y se establecen las condiciones para otorgar el acceso al mismo.

En el contexto del Anteproyecto, el acceso al “espacio controlado de pruebas” supone una *autorización* que se otorga a un sujeto para poder desarrollar de forma temporal y controlada una actividad que normalmente exigiría una autorización distinta, mucho más difícil de conseguir (una autorización bancaria, aseguradora o del mercado de valores). Aunque esto no lo dice literalmente el Anteproyecto, es la única forma de entender sus preceptos, y por eso conviene dejarlo claro.

El “acceso al espacio controlado de pruebas” es un mecanismo autorizatorio en el sentido de que “ampara la realización de las pruebas incluidas en un proyecto piloto de manera controlada y delimitada” [artículo 3.a)]. Quienes acceden a este “espacio” pueden realizar algo que, si no tuvieran concedido ese “acceso”, no podrían hacer. Ese algo es, necesariamente, una actividad sometida a autorización. Si se trata de una actividad no sometida a autorización, el promotor puede realizarla sin más, sin necesidad de solicitar y obtener el “acceso al espacio controlado de pruebas”.

El “acceso al espacio controlado de pruebas” no constituye la autorización que se necesita para ejercer esa actividad sin cortapisas, sino que se trata de un título más fácil de obtener, que sólo habilita para ejercerla de forma provisional y experimental. Así se desprende del artículo 4.2: “El acceso al espacio controlado de pruebas regulado en este capítulo o la realización de pruebas dentro de un proyecto piloto *no supondrá en ningún caso autorización para el comienzo de una actividad o para la prestación de servicios de carácter profesional habitual*”. El acceso al espacio sí que supone la autorización para la realización de una actividad, pero se trata de meras “pruebas experimentales supervisadas y amparadas por lo previsto en esta ley”. Además, el artículo 18 regula una denominada “pasarela de acceso a la actividad”, es decir, la obtención facilitada de la autorización de acceso a la actividad, en caso de que la prueba haya arrojado un resultado favorable.

La exposición de motivos menciona incidentalmente el modelo de los ensayos clínicos, y este símil permite comprender perfectamente el sentido de esta regulación a pesar de la ambigüedad del texto. La normativa reguladora de los ensayos clínicos parte de la base de que sólo se pueden administrar medicamentos que hayan sido previamente autorizados.⁸ De forma excepcional, se pueden administrar experimentalmente medicamentos que aún no dispongan de la autorización, en el marco de un ensayo clínico que haya sido previamente autorizado.⁹ La autorización de ensayo clínico permite administrar un medicamento que aún no ha sido autorizado, aunque de manera provisional. El sometimiento de los ensayos clínicos a autorización sólo tiene sentido en la medida en que cualquier administración de medicamentos esté sujeta a autorización. En aquellas actividades económicas que no están sujetas a una regulación tan intensa y en las que no es necesaria una autorización, no hace falta autorizar los ensayos de nuevas fórmulas económicas o comerciales.

La norma proyectada se dictaría en ejercicio de las competencias estatales relativas a la supervisión del sector financiero (artículo 149.1.11ª y 13ª, aunque también se menciona el título relativo a legislación mercantil, 149.1.6ª), y supone regular el modo en que dichas competencias van a ejercerse. Concretamente, la norma proyectada introduce una posible estación intermedia antes de la obtención de la autorización, que es la admisión al espacio controlado de pruebas. Por tanto, no afecta a las comunidades autónomas en la medida en que disponen de competencias en este ámbito, limitadas, fundamentalmente, al sector asegurador en el caso de compañías de ámbito autonómico (artículo 19 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras).

Una figura interesante que recoge el Anteproyecto (y que no carece de paralelos en otros sectores, como veremos) es la de los *proyectos de interés general*, que son “proyectos iniciados de oficio por las autoridades competentes o en cuya participación se encuentren interesadas por afectar al interés general” [artículo 3, j)]. El promotor del proyecto es, así, una autoridad competente (una Administración Pública), pero eso no impide la participación de particulares: “las autoridades podrán efectuar las pruebas en solitario o con la colaboración de entidades públicas o privadas, para lo cual podrán firmar oportunos convenios de colaboración, entre otros, con organismos públicos de investigación o universidades” (artículo 8.3). Esto significa que las empresas que quieran impulsar proyectos de este tipo pueden hacerlo en solitario, asumiendo el papel de promotor, o hacerlo en condición de colaboradores de una autoridad supervisora que asuma la titularidad del proyecto. Hay dos ejemplos de técnicas similares en otros sectores. El primero es el de las reservas mineras, en las que la Administración se reserva la explotación de un recurso pero puede realizarla en colaboración con particulares, que van a explotarlo, pero ya no en condición de concesionarios (que supone la adquisición del mineral extraído), sino en las condiciones pactadas con la Administración reservata-

⁸ Las normas más importantes son el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (especialmente los artículos 58-62) y el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos. La exigencia de autorización previa de los medicamentos se encuentra en el artículo 9.1 del Texto Refundido.

⁹ El artículo 59.1 del Texto Refundido dice que “[l]os ensayos clínicos con medicamentos en investigación estarán sometidos a un régimen de autorización por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, conforme al procedimiento reglamentariamente establecido”.

ria.¹⁰ El segundo es el de los centros adscritos a las Universidades públicas.¹¹ El promotor de un centro universitario privado puede intentar su reconocimiento como universidad privada, que implica el sometimiento a los requisitos legalmente establecidos para ellas, pero también puede intentar la adscripción a una Universidad pública, que le exige de tales requisitos aunque le somete a las condiciones pactadas con la Universidad de adscripción.

4. El procedimiento para la autorización del “acceso al espacio controlado de pruebas”.

Como la norma proyectada oculta, en cierto modo, que se está hablando de autorizaciones (es decir, de la autorización para realizar de forma provisional y experimental una actividad sometida a autorización), existen peculiaridades en la regulación del procedimiento para su obtención.

La autorización (el “acceso al espacio controlado de pruebas”) se concede a instancia de parte (artículo 6.1), estableciéndose periodos semestrales para la presentación y evaluación de las solicitudes (artículo 6.2: “La Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional [*en adelante, la Secretaría General*] establecerá, al menos con periodicidad semestral, una fecha límite de admisión de solicitudes”). Con ello se persigue racionalizar el trabajo de las autoridades encargadas de evaluar las solicitudes y también, probablemente, facilitar la publicidad de las sucesivas “promociones” de iniciativas autorizadas a participar en dicho espacio de pruebas, como se hace también en el Reino Unido.

En definitiva (lo deja claro en el artículo 7), se pueden presentar solicitudes en cualquier momento, pero de forma periódica (semestralmente o por periodos inferiores, a juicio de la Secretaría General) se evaluarán y resolverán las solicitudes presentadas en el periodo, y se publicarán los proyectos que hayan sido evaluados favorablemente, en lo que constituye una forma de publicidad dirigida a su conocimiento general (artículo 7.2). En todo caso, no puede afirmarse que se trate de una *convocatoria* pública para la presentación de solicitudes, como las que se producen, por ejemplo, para el otorgamiento de subvenciones, porque en ese caso el procedimiento se entendería iniciado de oficio.

Los requisitos para la obtención del acceso al espacio controlado de pruebas se establecen en el artículo 5. Ha de tratarse, en todo caso, de “proyectos que aporten innovación financiera de base tecnológica y que se encuentren suficientemente avanzados para probarse”. Aunque la norma no lo dice, ha de tratarse, también, de proyectos que se refieran a actividades sometidas a autorización administrativa, puesto que, en otro caso, podrán ponerse en marcha directamente. De hecho, múltiples *Fintech* operan ya en España y son accesibles a los consumidores sin haber pasado por el espacio controlado de pruebas. Si la actividad proyectada no requiere autorización del Banco de España, la CNMV

¹⁰ Artículo 13.3 de la Ley de Minas (Ley 22/1973, de 21 de julio) y artículo 13.3 (también) del Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería. Como fórmulas de colaboración entre la Administración titular de la reserva y el sujeto que vaya a realizar la explotación se recogen la adjudicación mediante concurso público y el consorcio. En la actualidad se plantearían numerosos problemas derivados de la aplicación del Derecho comunitario.

¹¹ Artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Al respecto, *vid.*, desde la perspectiva planteada en el texto, la ponencia presentada por el M. VAQUER CABALLERÍA al XIII Congreso de la AEPDA (pág. 11 del texto publicado en <http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-1876-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA-XIII-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspx>).

o la Dirección General de Seguros, su promotor no tiene absolutamente ningún incentivo para solicitar el “acceso al espacio controlado de pruebas” en lugar de ejercerla libremente, entre otras porque, si opta por el espacio controlado de pruebas, sus clientes deberán suscribir un consentimiento informado en el que declaran conocer que la actividad en la que participan forma parte del citado “espacio controlado”, lo que puede producir un cierto efecto disuasorio comercial. En todo caso, vemos que el texto se aparta de la idea de que la regulación es neutral desde el punto de vista tecnológico, al establecer un régimen especial, aunque sólo a efectos de autorizar los experimentos provisionales, para las empresas tecnológicamente innovadoras.

Por otro lado, los proyectos de actividades que requieran autorización también pueden solicitarla directamente, sin pasar por la fase intermedia del espacio controlado de pruebas, aunque se supone que es prácticamente imposible por sus duros requisitos.

Los proyectos que reúnan esas condiciones básicas (aportar “innovación financiera de base tecnológica” y encontrarse “suficientemente avanzados para probarse”), que son casi obvias, sólo serán autorizados si aportan “potencial valor añadido” en al menos uno de los siguientes aspectos enumerados en el artículo 5.2.¹² De todos ellos, los que parecen tener más potencialidad son los de las letras *b*) y *c*), mientras que otros parecen tener interés sobre todo para las autoridades supervisoras (mejora de la regulación, de la supervisión o del cumplimiento normativo).

El procedimiento es relativamente sencillo. Los proyectos se presentan a la Secretaría General, que los traslada a las autoridades supervisoras, es decir, el Banco de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. La autoridad que sería competente para autorizar el proyecto es la que evalúa motivadamente la solicitud (artículo 7.1). A continuación, se remiten las evaluaciones a la Secretaría General y ésta publica la lista de proyectos que hayan obtenido una evaluación previa favorable (artículo 7.2).

La evaluación favorable depende del cumplimiento de los requisitos del artículo 5. No se trata de requisitos legales exigidos para el desarrollo de una actividad, sino más bien de requisitos para el otorgamiento de una excepción. Esto resulta bastante claro si comparamos los requisitos del artículo 5 con los que se establecen en las Leyes reguladoras del acceso a la actividad bancaria, aseguradora o del mercado de valores. Los requisitos de acceso a la actividad se refieren a su peligrosidad para el interés público, y tratan de asegurar la solvencia de la entidad. Los requisitos de acceso al espacio controlado de pruebas se refieren al especial interés de determinados proyectos, que puede justificar que se permita su desarrollo temporal y provisional aunque no estén autorizados. La inocuidad para terceros se intenta conseguir a través de las condiciones de la autorización de entrada al espacio controlado de pruebas. Las iniciativas que no reúnan las condiciones del artículo 5 no quedan excluidas como ilegales (como sucede con las que no pueden obtener la autorización exigida para el desarrollo de actividades de crédito, seguros y mercado de valores), sino que simplemente son remitidas al procedimiento or-

¹² Los supuestos son los siguientes: “a) Dirigirse a mejorar el cumplimiento normativo mediante la mejora u homogeneización de procesos u otros instrumentos; b) Suponer un eventual beneficio para los usuarios de servicios financieros en términos de mejora de la calidad y de las condiciones de acceso y disponibilidad en la provisión de servicios financieros o de aumento de la protección a la clientela. c) Aumentar la eficiencia de entidades o mercados; o, d) Proporcionar mecanismos para la mejora de la regulación o el mejor ejercicio de la supervisión financiera”.

dinario, es decir, a la obtención de la autorización como paso previo para el inicio de la actividad.

5. La definición de las condiciones de la actividad en el espacio controlado de pruebas.

Una de las peculiaridades de este novedoso régimen es que las condiciones de la autorización, que definen exactamente su contenido y establecen los mecanismos dirigidos a evitar riesgos para terceros, no forman parte de la misma, sino que se integran en un “protocolo” (regulado en el artículo 8), que debe negociarse y suscribirse con posterioridad a la evaluación favorable, siendo su firma condición necesaria para que la evaluación positiva comience a producir efectos.

Quien negocia y firma el protocolo por el lado público es “la autoridad competente”, es decir, aquel regulador que habría sido competente para autorizar la actividad en el caso de que la misma hubiese ido por el procedimiento ordinario y no por el espacio controlado de pruebas, y que será, según la materia, el Banco de España, la CNMV o la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

El contenido del protocolo se ajusta al de las condiciones de una autorización, por ejemplo las de tipo ambiental. Por un lado se determina exactamente el ámbito de lo autorizado, puesto que deberá incluir “una limitación en cuanto al volumen y tiempo de realización”, así como “las fases del proyecto y los objetivos a alcanzar en cada una de las fases junto con el alcance de la prueba y la duración de la misma”. A la vez, se deberán incluir previsiones que faciliten el control de la actividad y las garantías dirigidas a reducir los riesgos que de la misma puedan derivarse para terceros. Así, debe explicitarse “la información que se facilitará a las autoridades y el modo de acceder a dicha información”, pero también garantías de solvencia, como “los recursos con los que tendrá que contar el promotor para llevar a cabo las pruebas” y “el régimen de garantías para cubrir su eventual responsabilidad”.

Aunque el protocolo debe ser suscrito por ambas partes (la autoridad competente y el promotor de la actividad), no nos hallamos ante un contrato que establezca obligaciones sinalagmáticas, puesto que, como estamos viendo, el protocolo sólo fija las condiciones en las que se autoriza el proyecto presentado, sin contener obligación alguna a cargo de la autoridad competente. La utilización de la figura del “protocolo”, que supone la adhesión expresa del promotor a las condiciones que gravan la autorización concedida (es decir, la admisión al “espacio controlado de pruebas”) remite a otras técnicas de efecto similar, como, por ejemplo, la reformulación de la solicitud de subvención cuando “el importe de la subvención de la propuesta de resolución provisional sea inferior al que figura en la subvención presentada” (artículo 27 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones) o la necesidad de que el solicitante de una concesión sobre bienes del dominio público marítimo-terrestre (art. 67 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas).¹³ En los tres casos nos encontramos con actos administrativos (unilaterales) que sólo pueden otorgarse a solicitud del interesado, pero en los que la Administración puede introducir condiciones no previstas en la solicitud, de modo que lo concedido no se corresponde con lo solicitado. Para evitar que se incumpla el postulado básico de que no puede otorgarse una autorización (o una subvención, o una concesión) no solicitada,

¹³ El artículo 67 dispone: “Previamente a la resolución sobre la solicitud de concesión habrá información pública y oferta de condiciones de la Administración del Estado al peticionario, sin cuya aceptación no será otorgada”.

es decir, que no interesa al solicitante, se supedita su eficacia a la aceptación de tales condiciones por el solicitante. Eso es lo que se consigue con la técnica del protocolo, sin el cual la admisión al “espacio controlado de pruebas” no produce efecto alguno, y que sólo se entiende aprobado con el consentimiento de ambas partes.

Es importante destacar que el Anteproyecto concede un amplio margen a las autoridades competentes para concretar los requisitos exigidos al promotor del proyecto. Un margen que se ejerce en el protocolo (es decir, con el concurso del promotor), pero sin que esté previsto que sea reducido previamente por vía reglamentaria. Así, aunque es cierto que se incluye la cláusula habitual de habilitación al Ministerio competente (en este caso, el de Economía y Empresa) “para dictar, en el ámbito de sus competencias, las disposiciones necesarias para asegurar la adecuada ejecución y desarrollo de esta Ley”, lo cierto es que el artículo 13, al establecer la obligación de los promotores de dotarse “de garantías financieras suficientes para cubrir la responsabilidad por los daños y perjuicios en los que pudieran incurrir”, que “podrán formalizarse a través de seguros, avales bancarios o fianzas”, dice que el alcance de tales garantías se fijará en el protocolo, mientras que en no pocas Leyes sectoriales se remite al reglamento la determinación de su alcance (por ejemplo, artículo 24 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental). Una de las razones de esta opción normativa puede ser la dificultad de establecer criterios generales en un campo caracterizado por la innovación y en el que cada nuevo proyecto puede tener características específicas que requieran respuestas adaptadas.

Claramente diferente, en sus efectos, de la aprobación de un reglamento de ejecución de la Ley, es la previsión de que “[l]as autoridades competentes podrán publicar en sus respectivas sedes electrónicas ejemplos de protocolos tipo u orientaciones generales sin carácter vinculante sobre el contenido de dichos protocolos”. Como dice el propio precepto, se trata de orientaciones o criterios *no vinculantes*, aunque será exigible, como mínimo, que la autoridad justifique el eventual apartamiento de las mismas [art. 35.1.c) de la Ley 39/2015].

Mayor alcance tiene el derecho de consulta que se prevé en el artículo 22. Dicho derecho de consulta permite a cualquier interesado formular “consultas escritas respecto al régimen, la clasificación o la aplicación de la normativa relacionada con la tecnología aplicada a la prestación de servicios financieros” (artículo 22.1). Por ejemplo, el impulsor de una determinada fórmula tecnológicamente innovadora aplicada al sector financiero puede preguntar si requiere algún tipo de autorización y, en caso de que la exija, si puede solicitar con carácter previo la admisión al espacio controlado de pruebas. La respuesta a la consulta, que habrá de producirse “en el plazo máximo de tres meses”, tendrá efectos vinculantes (artículo 22.3) y no será susceptible de recurso (artículo 22.4). Los efectos vinculantes lo serán “para los órganos y entidades de la Administración encargados de la aplicación de las correspondientes normas siempre que no se alteren las circunstancias, antecedentes y demás datos contenidos en la misma”. A renglón seguido, y de forma en cierto modo contradictoria, se afirma que “[l]a contestación a las consultas escritas tendrá carácter informativo para los interesados, que no podrán entablar recurso alguno contra dicha contestación. Podrán hacerlo contra el acto o actos administrativos que, en su caso, se dicten posteriormente en aplicación de los criterios manifestados en la contestación”.

De la aplicación conjunta de estas dos previsiones se deduce, en primer lugar, que, si la Administración responde a la consulta diciendo que no es precisa autorización alguna, después no puede exigir dicha autorización en caso de que el promotor comience a desarrollar la actividad. La respuesta a la consulta podría ser esgrimida frente a cualquier actuación administrativa posterior, tanto de tipo limitativo (orden de cese) como sancionador, mediante la que pretenda exigirse la obtención de licencia.

La segunda consecuencia sería que, en caso de que la respuesta a la consulta diga que sí es precisa una autorización, el interesado no puede impugnarla, sino que se ve obligado a solicitar la autorización (recurriendo una eventual resolución denegatoria) o bien, si no se encuentra en condiciones de obtener la autorización y sostiene que no es necesaria, a realizar la actividad sin autorización e impugnar los actos administrativos de reacción a la misma (incluso sancionadores), defendiendo su tesis de la innecesariedad de la autorización. Esto supone un déficit del sistema de tutela judicial al que ya me he referido en anteriores ocasiones, y que puede llevar a que los interesados renuncien a sus proyectos o los desarrollen en otra sede.¹⁴

6. Garantías y tutela judicial frente a las decisiones de admisión al espacio controlado de pruebas.

Aunque el texto del Anteproyecto carece de cualquier previsión al respecto, hay que entender que tanto la evaluación de los proyectos como la determinación del contenido del protocolo son decisiones administrativas frente a las que los interesados disponen de las mismas garantías que ante cualquier otra resolución, que son, básicamente, las recogidas en las Leyes 39 y 40/2015 y en la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El hecho de que nos encontremos ante un simple ensayo, que no compromete la realización futura de la actividad proyectada, no convierte a estos actos en decisiones graciables, no sometidas a garantías. No olvidemos el precedente de los ensayos clínicos, citado expresamente en el Anteproyecto, cuya repercusión económica en el valor de la compañía promotora del fármaco objeto del ensayo es de enormes proporciones, de modo que no nos hallamos ante decisiones intranscendentes.

En este sentido, constituye un requisito mínimo, recogido en el artículo 7.1 del Anteproyecto, la *motivación* de la evaluación de las solicitudes, tanto de las evaluaciones favorables como de las desfavorables (sobre las que el Anteproyecto guarda silencio), puesto que se trata, claramente, de actos discrecionales [artículo 35.1.i) de la Ley de Procedimiento Administrativo Común]. Aunque es notoria la tendencia jurisprudencial a reducir el alcance de la discrecionalidad en beneficio de los conceptos legales indeterminados, con la consiguiente intensificación del control judicial (moderado, a su vez, por la técnica del margen de apreciación), en este caso me parece que puede sostenerse que nos hallamos ante una potestad genuinamente discrecional a la vista de varios de los conceptos utilizados en el artículo 5 del Anteproyecto, que requieren una posición de la

¹⁴ Vid. mi trabajo “Peculiaridades de la potestad sancionadora en materia de protección de datos”, en *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 149-159, esp. págs. 153 y sigs.: “puede producirse una vulneración del derecho a la tutela judicial del posible infractor, en la medida en la que no se le ofrecen mecanismos de tutela preventiva a través de los cuales pueda obtener una declaración sobre la conformidad a Derecho de su conducta, sin necesidad de exponerse a ser sancionado. Dicho en otros términos, no cabe obligar a ningún sujeto a discutir la legalidad de su actuación desde el banquillo de los acusados”.

autoridad competente acerca de lo que sea una “mejora” en el funcionamiento de los mercados o en los servicios ofrecidos a los clientes.

También es exigible, obviamente, la notificación individual a los solicitantes del resultado de la evaluación de su solicitud (incluida la motivación), tanto en el caso de las evaluaciones favorables como de las desfavorables, a pesar de que el Anteproyecto sólo prevé la publicación del listado de los proyectos con evaluación favorable (artículo 7.2).

Sería conveniente que se estableciera expresamente el plazo para la notificación de la decisión, así como que el silencio administrativo produce efectos desestimatorios. No tendría sentido la aplicación del silencio estimatorio, cuando de lo que se trata es de exceptuar, en casos concretos, el régimen ordinario que consiste en que la actividad sólo se puede llevar a cabo previa autorización. Esa excepción no debe poder obtenerse por silencio positivo, ni puede convertirse en el régimen ordinario. Por otro lado, el silencio positivo sólo generaría problemas, puesto que la evaluación previa, aunque sea un acto finalizador del procedimiento en el sentido de que no se contempla una resolución posterior, no permite todavía realizar la actividad, al ser necesaria la firma del protocolo. Por tanto, llevaría a la necesidad de firmar un protocolo sobre un proyecto que no se ha autorizado expresamente.

La evaluación desfavorable puede ser recurrida en vía administrativa y contencioso-administrativa. Convendría perfilar esta cuestión en la tramitación del Anteproyecto, pero todo indica que el acto de evaluación se imputa a la autoridad competente que haya evaluado cada solicitud en concreto (Banco de España, CNMV o Dirección General de Seguros), correspondiendo a la Secretaría General una función de mera publicación, no de autoría del acto administrativo. Se prevé también la constitución, en la Secretaría General, una Comisión de pruebas, pero sin funciones resolutorias (artículo 20).

También es preciso prever el supuesto de que el proyecto reciba una evaluación favorable, pero el promotor no quiera firmar el protocolo en las condiciones impuestas por la Administración, por considerarlas contrarias a Derecho. En ese caso, también debe disponer de la posibilidad de impugnar, tanto en vía administrativa como contencioso-administrativa, las condiciones impuestas por la autoridad competente. En caso de que ésta no le dirija un acto unilateral en el que exponga las condiciones del protocolo a firmar (algo similar a la propuesta de mutuo acuerdo del expediente expropiatorio), el promotor siempre podría forzar, mediante la técnica del silencio administrativo, un acto impugnabile que permita someter a control judicial las condiciones exigidas por la Administración.

Es cierto que la rápida evolución de este sector determina que la resolución del recurso contencioso-administrativo llegue tarde y sea inútil para reparar el daño, salvo que se concedan medidas cautelares positivas de admisión al espacio controlado de pruebas, algo que en este momento se antoja muy poco probable. Sin embargo, además de que por razones sistemáticas es necesario analizar el escenario de la posible impugnación, y de que no es razonable dar por imposible el control judicial, sí puede ser útil como base para una posterior (o simultánea) pretensión de responsabilidad patrimonial dirigida a obtener una indemnización por los daños derivados de la ilegal denegación del acceso al “espacio controlado de pruebas”.

7. El desarrollo de la actividad admitida al espacio controlado de pruebas.

Una vez aprobado el protocolo, puede comenzar la actividad autorizada. Normalmente, se tratará de una actividad comercial consistente en la prestación de servicios a clientes. No siempre se trata de una prestación de servicios a cambio de un precio, puesto que con frecuencia el cliente no paga nada (al menos en la versión “básica”, pudiendo existir otra “de pago”) y la empresa obtiene ingresos por otras vías, como por ejemplo la cesión a terceros de los datos suministrados por los clientes (con el consentimiento de éstos, naturalmente) o con la publicidad. Ello no debe suscitar escándalo, pues no se diferencia mucho de lo que sucede, por ejemplo, con los medios de comunicación “en abierto”, como la radio o la televisión comerciales.

El desarrollo de la actividad en cuestión se regirá (dentro del marco fijado por el protocolo) por el Derecho mercantil y por el Derecho del consumo, es decir, fundamentalmente por lo que pacten las partes. En la práctica, habrá largos condicionados generales, que el cliente aceptará sin leer como requisito para la descarga y apertura de la aplicación, sometidos a la aplicación de normas imperativas, entre las que destacan la legislación europea y nacional de protección de datos o el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

El cliente debe ser informado de que la actividad en la que participa tiene la naturaleza de “prueba” autorizada en un “espacio controlado”. Se trata de una advertencia, similar a las que se hacen a los participantes en ensayos clínicos, que puede ser, indudablemente, disuasoria, y que reafirma que la admisión al “espacio controlado de pruebas” sólo interesa a quienes desean realizar una actividad *sometida a autorización* pero no están en condiciones de obtenerla (al menos de momento), o no quieren asumir los costes de su obtención sin saber si la misma es viable.

Otra peculiaridad que establece el Anteproyecto sobre la participación en los proyectos autorizados, es un derecho de desistimiento incondicionado del participante (artículo 11). Normalmente, los contratos de servicio con entidades de servicios financieros ya reconocen este derecho de desistimiento del cliente, aunque en este caso se recoge en términos más amplios.

El artículo 12 regula la responsabilidad del promotor por los daños causados a los participantes, es decir, a los clientes. Para garantizar esta responsabilidad, el promotor deberá constituir las garantías que se prevean en el protocolo. Aunque aparentemente se le impone una responsabilidad muy intensa, objetiva, en realidad sus términos son los ordinarios, puesto que sólo opera “siempre que el promotor sea responsable del perjuicio causado” (artículo 12.3). El perjuicio más habitual es el incumplimiento de obligaciones del promotor frente a los clientes como consecuencia de su insolvencia. Nos referimos a una responsabilidad contractual, por incumplimiento, por ejemplo, de la obligación de devolución de las cantidades entregadas por el cliente al promotor del proyecto.¹⁵ Estas coberturas *ad hoc*, constituidas por el promotor, actuarían como un sucedáneo de los fondos de garantía (Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, Fondo de

¹⁵ Como ha ocurrido recientemente en China, con la quiebra de múltiples aplicaciones dedicadas a la concesión de microcréditos *online*, que habían captado ahorros de miles de consumidores con el atractivo de tipos de interés más altos. Ver la noticia publicada el 9 de agosto de 2018, “La jungla de los microcréditos online en China deja a millones sin ahorros”, https://elpais.com/economia/2018/08/09/actualidad/1533809903_127132.html.

Garantía de Inversiones) que están legalmente previstos para indemnizar a los inversores y depositantes en determinados supuestos de insolvencia. Aunque el Anteproyecto no dice nada al respecto, parece que hay que entender que quienes participan en el espacio controlado de pruebas no están incluidos en el ámbito de estos fondos (ni tienen que contribuir a los mismos), al no tener todavía la autorización necesaria para operar en el mercado respectivo.

No se prevé en modo alguno que la Administración que haya autorizado el acceso al “espacio controlado de pruebas” responda por los daños y perjuicios sufridos por quienes participan -de forma voluntaria e informada- en la prueba (es decir, por ejemplo, quienes confían ahorros a una empresa y después los pierden por insolvencia de la misma, salvo la parte cubierta por las garantías prestadas). Lo único que se dice es que la designación, por parte de la autoridad competente, de uno o varios “monitores” con funciones de seguimiento, no afecta a la responsabilidad exclusiva del promotor (artículo 15.1). Serían de aplicación los criterios generales sobre responsabilidad de la Administración por daños producidos en el desarrollo de actividades autorizadas (o del regulador por los daños producidos en el ejercicio de actividades reguladas), criterios que, en términos muy sintéticos, podrían exponerse del siguiente modo: 1) el otorgamiento de la autorización no traslada la responsabilidad frente a terceros desde titular de la autorización al ente que la ha otorgado, 2) la exigencia de autorización previa tiene la función de prevenir, en la medida de lo posible, la producción de daños, 3) la Administración responde en caso de funcionamiento anormal, identificable con la demostración de que ha actuado de forma negligente en el otorgamiento de la autorización o en el desarrollo de la actividad de supervisión, y 4) en el caso del acceso al espacio controlado de pruebas, opera en contra del cliente (y a favor de exonerar a la Administración) la existencia de un consentimiento informado en el que el cliente se da por enterado de que no se trata de una actividad autorizada, sino de una actividad experimental cuya realización se permite de forma provisional y a título de prueba.

8. Potestades de vigilancia y control sobre el desarrollo de la actividad en el “espacio controlado de pruebas”.

La propia idea de un espacio *controlado* de pruebas alude a la existencia en el mismo de unas condiciones de seguridad o de evitación de riesgos. Ello se intenta conseguir, como hemos visto, a través del control de acceso, de la exigencia de garantías financieras al promotor, y de la previsión del consentimiento informado, que, aunque no despeja los riesgos, al menos descarta que se trate de riesgos desconocidos o inesperados. Pero parece necesario establecer también mecanismos de control durante el desarrollo de la actividad, puesto que en caso contrario los requisitos de acceso podrían quedar en papel mojado. A este fin, el Anteproyecto contiene una serie de previsiones que suponen una actualización del clásico instrumental de la Administración de policía (en su versión reguladora), que conviene analizar.

En primer lugar, la base es la amplia potestad que le permite obtener información del promotor de la actividad. El artículo 15.3 dice que las autoridades competentes “podrán recabar, puntual o periódicamente, cuanta información estimen pertinente y realizar inspecciones u otras acciones dirigidas al cumplimiento de esta ley y del protocolo de pruebas”. Una previsión similar a la que se aplicaría supletoriamente, es decir, al deber de colaboración del artículo 18 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. No se trata de inspecciones concretas, sino de

“un diálogo continuo entre la autoridad supervisora y el promotor” (artículo 15.1), como corresponde a una actividad regulada, sometida a un control permanente por el riesgo que supone para interés públicos relevantes, en este caso la seguridad del sector financiero.

El control corresponde a “la autoridad supervisora competente” (artículo 15), que es, según los casos, y como hemos visto, el Banco de España, la CNMV o la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Queda comprobado, una vez más, que el “acceso al espacio controlado de pruebas” es una especie de autorización provisional o experimental que permite realizar “en precario” aquello que normalmente exige la autorización del correspondiente supervisor.

Las potestades de control tienen dos vertientes, dirigida una de ellas a asegurar el cumplimiento de los compromisos asumidos en el protocolo, mientras que la otra permite al supervisor cambiar de opinión y poner fin al “experimento” aunque el promotor no se haya apartado de los límites que le haya impuesto la Administración. Esta segunda vertiente planteará más problemas de tutela del promotor, naturalmente.

El supervisor puede “emitir indicaciones *a fin de cumplir con lo dispuesto en el protocolo o en esta ley*” (artículo 15.2). Dicho incumplimiento “dará lugar a la interrupción de las pruebas” (artículo 15.4, en relación con el 16.1).

Además, en caso de incumplimiento de la Ley o del protocolo, podrán imponerse las sanciones previstas en las Leyes de ordenación de las entidades de crédito, el mercado de valores o los seguros (artículo 16.4). Esta mención a la potestad sancionadora, la única que contiene el Anteproyecto, es importante y contribuye a cerrar el círculo de la misma, de acuerdo con la lectura que se está realizando en este trabajo. Dicho de otro modo: mediante el acceso autorizado al espacio controlado de pruebas, el promotor puede llevar a cabo una actividad que, a falta de dicho acceso, sería ilegal porque se trata de actividades que requieren la autorización previa de (según los casos) el Banco de España, la CNMV o la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. En el momento en que la actividad se realice sin cumplir los requisitos que se le hayan impuesto en el protocolo, quedará sin efecto la cobertura proporcionada por el acceso al espacio controlado de pruebas y nos hallaremos ante una actividad constitutiva de infracción. Se trata del clásico mecanismo del *ultra vires*: del mismo modo que los preceptos de un Decreto Legislativo que exceden los términos de la delegación son simples preceptos reglamentarios que, como tales, pueden ser controlados por el juez ordinario contencioso-administrativo (artículo 1.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), la actividad del promotor que no se ajuste a los términos del protocolo será actividad crediticia (o de mercado de valores, o aseguradora) carente de autorización y, por tanto, constitutiva de infracción conforme a las Leyes de ordenación. De todas formas, esta previsión, aunque ingeniosa, puede ser discutible, porque carece de la seguridad jurídica necesaria a efectos sancionadores. Cuando a un proyecto se le concede el acceso al espacio controlado de pruebas, recibe un título que lo legitima y que lo separa netamente de las actividades clandestinas o no autorizadas. La Administración puede dejar dicho título sin efecto por incumplimiento de sus condiciones, a través de la potestad de interrupción de la prueba, prevista en los artículos 15.4 y 16.1. El hecho de que se haya producido el incumplimiento puede dar lugar a dudas, lo que se explica que la interrupción requiera una decisión expresa. Lo mismo sucede con la entidad más o menos grave del incumplimiento, porque no parece razonable que cualquier incumpli-

miento justifique la interrupción. En este sentido, castigar como actividad clandestina la realización del experimento con incumplimiento de las condiciones establecidas en el protocolo, cuando aún no se ha ordenado la interrupción del mismo, supone equiparar dos situaciones totalmente diferentes y puede incumplir las exigencias mínimas de seguridad jurídica exigibles en materia sancionadora.

Por otro lado, la autoridad supervisora competente puede intervenir sin necesidad de que el promotor haya incumplido el protocolo. Así, “podrá instar modificaciones del protocolo que favorezcan el buen desarrollo de las pruebas” (artículo 15.2), y “el proyecto piloto o cualquiera de las pruebas podrán interrumpirse o darse por concluidos motivadamente en caso de que las autoridades supervisoras aprecien manifiestas deficiencias o eventuales riesgos para la estabilidad financiera, la integridad de los mercados financieros o la protección de la clientela” (artículo 16.1). Estas potestades tienen plena justificación si tenemos en cuenta que se trata de una actividad experimental, admitida únicamente a título de prueba, lo que significa que se permite su realización aunque no se haya podido evaluar o descartar la producción de riesgos. Si estos riesgos se materializan *a posteriori*, la actividad podrá interrumpirse. De ello no derivará normalmente ninguna responsabilidad de la Administración, salvo que pueda demostrarse que ha tenido un comportamiento arbitrario, admitiendo primero (al otorgar el acceso) un riesgo y cambiando de opinión de forma injustificada después. En este caso, podría haber una responsabilidad por los daños causados al promotor (en la medida en que se le permite iniciar una actividad, con los correspondientes gastos, y después se le ordena suspenderla), pero no una responsabilidad por la rentabilidad que habría podido obtener en el desarrollo de la actividad, puesto que el acceso al espacio controlado no supone autorización para la realización de la misma de forma profesional y no experimental.

El acceso al espacio controlado de pruebas supone un título de muy limitada estabilidad, mucho más cercano, por emplear un símil, a una autorización que a una concesión demanial, en la medida en que, como la primera (pero a diferencia de la segunda), puede ser revocada unilateralmente sin indemnización [artículo 100.d), de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas].

Ya hemos visto que la interrupción de las pruebas tiene como consecuencia la prohibición *al promotor* de realizar cualquier nuevo proyecto en el plazo de dos años (artículo 5.3). Nótese que el dato relevante es la identidad del promotor, no del proyecto. Por lo tanto, o se trata de una *sanción* impuesta al promotor (que exigiría la tramitación de un procedimiento sancionador, así como la acreditación de una conducta dolosa o negligente del promotor), o se trata de un supuesto de carencia de requisitos subjetivos necesarios para la admisión al espacio controlado de pruebas. Quien ha visto interrumpido un proyecto carecería, durante dos años, de una especie de “honorabilidad” necesaria para la presentación de proyectos. Para que esta segunda lectura pueda ser admitida, sería necesario cambiar el Anteproyecto, de forma que con anterioridad se establezcan esos requisitos subjetivos entre los que se encuentra no haber visto interrumpido un proyecto en los dos años anteriores. De lo contrario, si se opta por la lectura “sancionadora”, también sería necesario reelaborar el texto para dotarlo de las garantías imprescindibles. También es preciso recordar que la interrupción no siempre obedece al incumplimiento del protocolo, pudiendo derivarse también de un cambio de criterio de la autoridad competente, independiente de la conducta del promotor, cuyas consecuencias no pueden ser equiparadas a la de una conducta contraria al protocolo y no deberían suponer la prohibición al promotor de presentar un nuevo proyecto durante el plazo de dos años.

9. El paso a la autorización.

El sentido de toda la figura del acceso al espacio controlado de pruebas consiste en comprobar si la actividad es, o no, compatible con los intereses públicos (identificados en este caso con la estabilidad del mercado financiero y la protección de la clientela), para, en caso afirmativo, otorgarle la autorización precisa para que pueda realizarse de manera no experimental. Sin embargo, no puede decirse que este tránsito tenga una regulación clara, aunque el Anteproyecto lo aborda expresamente.

El promotor debe presentar una memoria de los resultados de la actividad, dirigida a la autoridad supervisora que haya seguido las pruebas. En el protocolo se establecerá “la información mínima que para cada proyecto piloto contendrá dicha memoria”, y podrá fijarse un plazo distinto del plazo legal por defecto, que es de un mes (artículo 17). No se prevé un pronunciamiento expreso sobre la memoria o sobre el resultado de la prueba.

Lo que se prevé en relación con la posterior autorización es que, si el promotor la solicita “una vez finalizado el proyecto piloto” (artículo 18.1), la autoridad competente *pueda* tener en cuenta los resultados positivos de la prueba para reducir los plazos a la mitad o para no exigir que se acrediten aquellos requisitos legales de la autorización de los que haya tenido conocimiento durante la prueba. En definitiva, el Anteproyecto introduce una excepción a las normas legales reguladoras de las autorizaciones, para permitir una tramitación simplificada o acelerada. En ausencia de esa excepción, la autorización otorgada de esa manera sería ilegal por incumplimiento de los plazos o de los requisitos.

También se menciona (artículo 18.3) el periodo transitorio desde la finalización de la prueba a la obtención de la autorización, presumiblemente con la intención de permitir la continuación de la actividad sin solución de continuidad durante dicho periodo transitorio, aunque, por lo sintético de la previsión, se trata más bien de una habilitación a que, en el protocolo o después, se regule ese periodo transitorio.

Una previsión asistemática y poco clara es la que se contiene en el artículo 19, referido al principio de proporcionalidad. En realidad, el principio de proporcionalidad es aplicable a toda la actuación administrativa de limitación y de regulación sin necesidad de un precepto concreto que lo recuerde, en virtud de cláusulas generales como el artículo 4 de la Ley 40/2015, cuyo contenido prácticamente se reproduce en el 19.1 del Anteproyecto.

El artículo 19.2, más que limitar las potestades administrativas en nombre del principio de proporcionalidad, admite expresamente determinados tipos de requisitos, permitiendo que las autoridades los exijan, concretamente “los requisitos exigibles a los integrantes del órgano de administración y los correspondientes a la idoneidad de los accionistas, la estructura interna y el capital inicial”. Puede que la previsión no esté pensada exclusivamente para los procedimientos regulados en esta Ley (en la que tendría cabida, por ejemplo, a la hora de fijar el contenido del protocolo de la admisión al espacio controlado de pruebas), sino con carácter más general para el ejercicio de otras competencias (sobre todo de tipo autorizatorio) de los supervisores afectados por el Anteproyecto, es decir, el Banco de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. En todo caso, se trata de una habilitación importante que puede operar en el

otorgamiento de la autorización posterior, a empresas que han sido admitidas a participar en el espacio controlado de pruebas. Lo exigible es, de todas formas, que esos requisitos no sean introducidos caso por caso, para justificar la denegación de la autorización a quien no los cumple, sino que se establezcan previamente, con carácter general, a través de una norma susceptible de control judicial, de forma que su aplicación posterior sea reglada.

En todo caso, la regulación es muy escueta porque no se prevé un acto expreso de evaluación de los resultados de la prueba. Pero tal vez el mayor problema sea que, aunque se prevé un mecanismo para que las empresas tecnológicamente innovadoras en el sector financiero puedan realizar pruebas, no se establece un régimen jurídico diferente para estas empresas, de modo que, una vez finalizada la prueba, sólo podrán desarrollar su actividad si obtienen la misma autorización que se exige al resto de operadores, sometida a los mismos requisitos. Esto nos lleva al mismo escenario que se ha vivido en otros sectores, como los del transporte y el arrendamiento de apartamentos turísticos, en los que nuevos operadores, que no pueden cumplir la normativa aplicable a los operadores ya establecidos, pretenden prestar servicios al amparo de un régimen distinto, adaptado a sus particularidades. Habrá que ver si la normativa debe ser neutral a la tecnología, en el sentido de que los requisitos deben ser los mismos para todos los operadores, o si la tecnología permite fórmulas de negocio nuevas, que no cumplan los requisitos exigidos por la normativa actual pero que no deban ser prohibidas sino que sean merecedoras de un régimen propio, adaptado a las mismas, en la medida en que no supongan peligro para los intereses públicos en presencia.