

EL MARCO COMUNITARIO PARA LA RECUPERACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO¹

THE EU LEGAL FRAMEWORK FOR THE RECOVERY AND RESOLUTION OF CREDIT INSTITUTIONS

FERNANDO CONLLEDO LANTERO
Secretario General-Director de la Asesoría Jurídica de CECA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. PROBLEMÁTICA DE LA GESTIÓN DE CRISIS FINANCIERAS EN LA UNIÓN EUROPEA. II. BASES PARA UNA NUEVA NORMATIVA DE GESTIÓN DE CRISIS EN LA UNIÓN EUROPEA. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE RECUPERACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO. III. LÍNEAS GENERALES DE LA FUTURA REGULACIÓN EN MATERIA DE GESTIÓN DE CRISIS. IV. *BAIL-IN* O INSTRUMENTO DE RECAPITALIZACIÓN. V. FINANCIACIÓN DE LA RESOLUCIÓN. VI. OTRAS DISPOSICIONES. VII. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA Y LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA DE REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. PROBLEMÁTICA DE LA GESTIÓN DE CRISIS FINANCIERAS EN LA UNIÓN EUROPEA

La crisis financiera de escala mundial iniciada también en Europa en el año 2008 ha puesto de relieve la insuficiencia de los mecanismos legales existentes en la normativa de la Unión Europea (UE) para abordar las crisis de las entidades financieras cuando las mismas tienen una importancia que afecta al sistema financie-

¹ Texto de la intervención del autor pronunciada en las «Jornadas de estudio sobre la respuesta de la Unión Europea a la crisis económico-financiera» de la UNED el día 13 de noviembre de 2013. Las opiniones vertidas en este texto son de responsabilidad exclusiva del autor.

ro de un país o a una entidad de relevancia sistémica en el mismo². Esta situación se agrava además cuando se trata de entidades que despliegan su actividad en varias jurisdicciones, por lo que el riesgo de contagio plantea cuestiones jurídicas de índole transfronteriza, tales como las de la coordinación de diferentes normativas y de las distintas autoridades con responsabilidades en la materia y que se encuentran sujetas en muchos casos al único mandato de preservar la solvencia de la entidad sita en su propia jurisdicción, todo lo cual dificulta la adopción de medidas en interés del grupo afectado por la crisis. La dimensión de la reciente crisis ha revelado, en particular, la insuficiencia de las competencias y los mecanismos al alcance de las propias autoridades de supervisión, por lo que ha obligado a la actuación directa de los gobiernos, con fuertes apoyos de dinero público para la recapitalización de las entidades, como única alternativa viable a la mera declaración de insolvencia y consiguiente liquidación de las entidades.

En cuanto a la normativa comunitaria del mercado único bancario las reglas de solvencia, armonizadas fundamentalmente a través del instrumento de las Directivas y recientemente a través de Reglamentos, son normas de carácter prudencial y, por tanto, no aptas en sí mismas para resolver una situación de crisis aguda y de naturaleza sistémica. Por otro lado, las normas sobre los sistemas de garantía de depósitos buscan especialmente proteger a los depositantes, activándose la garantía normalmente en caso de insolvencias, formalmente declaradas, de las entidades cubiertas por los seguros de depósitos, situaciones concursales que precisamente se han querido evitar dado que la crisis revestía un carácter sistémico y no meramente idiosincrático de una entidad concreta sin relevancia. Además, en el caso de aquellos sistemas que tienen también una función de saneamiento, la gravedad de la crisis ha hecho que las contribuciones privadas del sector bancario que nutren o deben nutrir los fondos (fondos de naturaleza «*ex-post*») para estas funciones fueran insuficientes, ya que, como hemos apuntado, la importancia de esta crisis ha obligado a recurrir a la utilización masiva de fondos públicos para afrontar los problemas de recapitalización de las entidades.

Por último, dentro de la normativa del mercado único bancario el instrumento comunitario de mayor especificidad para casos de crisis de las entidades, la Directiva 2001/24/CE, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, es una norma esencialmente de coordinación y reconocimiento mutuo de medidas propias, cautelares, concursales y paraconcursoales adoptadas por los distintos Estados, pero no constituye en ningún caso un marco armonizado de gestión de crisis.

Por ello, la respuesta a la crisis del sector financiero en Europa se ha resuelto fundamentalmente por cada Estado miembro con sus propios mecanismos legales, dentro del marco comunitario de ayudas de Estado que para su aplicación, ha

² CONLLEDO, F., *Problemática y Armonización de las Actuaciones en caso de Crisis Bancarias en la Unión Europea*, Fundación Estudios Financieros, 2009.

debido de ser afinado y adaptado con suma agilidad y eficacia por la Comisión Europea³.

De esta experiencia reciente ha surgido la necesidad de contar con un marco jurídico común y adecuado a las necesidades del sistema bancario europeo, que permita afrontar y dar una respuesta eficaz y homogénea a futuros episodios de crisis. En relación con el marco legal, la principal iniciativa se plasma en una Propuesta de Directiva por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y servicios de inversión (en adelante también, la Propuesta)⁴.

En cuanto al aparato institucional encargado de gestionar los episodios de crisis a nivel de supervisión y resolución, se ha puesto en marcha una ambiciosa agenda regulatoria en el ámbito de la UE, uno de cuyos pilares ha sido el de dotar a la UE de una nueva arquitectura en materia de regulación y supervisión financieras que está sin duda llamada a cambiar profundamente el esquema de supervisión actual, y en la que se da especial relevancia a los aspectos de estabilidad financiera en el ámbito de la Unión. Si en una primera fase se ha creado la Autoridad Bancaria Europea con capacidad para definir y armonizar estándares de supervisión comunes, en la fase en la que nos encontramos se ha acordado la creación de un Mecanismo Único de Supervisión que habrá de pivotar sobre el liderazgo del Banco Central Europeo⁵ y que es parte de un proyecto más ambicioso, la Unión Bancaria, que se completará en el tiempo con dos piezas adicionales, el Mecanismo Único de Resolución y un sistema común y plenamente armonizado de garantía de los depósitos.

II. BASES PARA UNA NUEVA NORMATIVA DE GESTIÓN DE CRISIS EN LA UNIÓN EUROPEA. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE RECUPERACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO

La crisis financiera ha dado lugar al estudio de las soluciones para abordar la gestión de las crisis bancarias en diferentes foros internacionales y por distintas ins-

³ Las ayudas de Estado comprometidas en el ámbito de la UE suponen un 30 % del PIB, habiendo sido utilizadas hasta un 13% del mismo, y han afectado a numerosos Estados miembros. Fuente: European Commission, DG Competition, State Aid Scoreboard, Autumn 2012 Update (21.12.2012); «El nuevo marco de la UE para la gestión y resolución de crisis financieras», *BCE, Boletín mensual* junio 2011.

⁴ Las referencias en este trabajo se hacen a la versión de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2013, por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican las Directivas 77/91/CE y 82/891/CE del Consejo y las Directivas 2011/24/CE, 2002/47/CE, 204/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE y 2011/35/CE y el Reglamento (EU) No 1093/2010.

⁵ *Vid.* Reglamento (UE) n° 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013 que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito; UGENA TORREJÓN, R. *El Mecanismo Único de Supervisión*; MÍNGUEZ HERNÁNDEZ, F. *Autoridades Europeas: Estructura y Funciones*; ambos en Jornadas de Estudio sobre la respuesta de la Unión Europea a la Crisis Económico-Financiera, 12 y 13 de noviembre de 2013.

tituciones, dando lugar a varios informes que pueden reconocerse como antecedentes de las iniciativas legales en la Unión Europea y en particular de la Propuesta⁶.

A la vista del texto de la Propuesta, pueden señalarse como principales ideas sobre las que habrá de pivotar la futura normativa en materia de gestión de crisis, las siguientes que constituyen sus bases esenciales:

a) *Definición común de las situaciones de crisis de las entidades.* Deben calificarse de manera homogénea los estados y situaciones en que se encuentran las entidades en dificultades para facilitar el entendimiento común de las medidas a adoptar. Las categorías básicas definidas son las de intervención temprana y resolución, a las que posteriormente nos referiremos con mayor detalle.

b) *Las autoridades deben contar con suficientes herramientas legales para abordar los problemas de las entidades.* Dichas herramientas han de ser comunes a todas las autoridades con lo que se facilitará la coordinación entre las que se encuentren en distintas jurisdicciones en los casos de grupos bancarios que operen en distintos Estados.

c) *Tratamiento de la problemática de los grupos bancarios.* Deben preverse mecanismos para abordar la problemática que generan los conglomerados financieros, facilitando en particular el apoyo financiero del grupo a sus unidades necesitadas. Para ello se da entrada a la noción de interés del grupo, removiendo los obstáculos que la normativa pueda presentar para que las entidades de un grupo puedan apoyar financieramente a otras unidades del mismo y para que las autoridades, ligadas hasta ahora por mandatos puramente nacionales, lo puedan permitir sin incurrir en responsabilidad. Se fijan las condiciones de mercado de esos apoyos y los requisitos de transparencia y gobierno corporativo para poder concederlos. Ahora bien, dado que el nivel de centralización operativa, y las estrategias de los grandes grupos bancarios son distintas, el apoyo financiero entre distintas entidades de un grupo ha de regularse sin un carácter prescriptivo, no quedando obligados a ponerlo en marcha aquellos grupos que no deseen hacer uso de esquemas que pueden resultar contrarios a las políticas de gestión de riesgos y liquidez de sus grupos bancarios.

d) *Minimización del uso de recursos públicos.* Uno de los objetivos principales de la nueva normativa ha de ser el de reducir el impacto que la resolución de las crisis de las entidades tiene en el presupuesto de los Estados. Para ello se pretende evitar el uso del dinero de los contribuyentes y que en cambio pasen a contribuir de manera inexcusable los accionistas y acreedores ordinarios con sus fondos y derechos al saneamiento de las entidades, siempre y en todo caso antes de recurrir de manera excepcional a la utilización del dinero público. De esta previsión quedan

⁶ Financial Stability Board (FSB), 2011. «Key attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions»; International Monetary Fund (IMF), 2010. «Management and Resolution for a European Banking System»; Basel Committee on Banking Supervision, 2009. «Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group».

exonerados algunos acreedores, en particular los pequeños depositantes de las entidades.

e) *Los obstáculos existentes para una eficaz resolución de los problemas de las entidades deben de ser removidos del ordenamiento jurídico.* Ello implica que el interés público, encarnado en la novedosa noción en el terreno jurídico de la estabilidad financiera debe de primar, en caso de conflicto, sobre los derechos de los accionistas y de los acreedores de las entidades afectadas. Las medidas adoptadas por las autoridades deben de tener carácter ejecutivo, y la oposición de aquellos afectados por las mismas ha de ser extraordinariamente limitada. El eventual recurso de los interesados debe de ir dirigido, no a la anulación de la medida de resolución, sino fundamentalmente a obtener una compensación cuando se haya sufrido un daño injustificado⁷.

f) *Las medidas han de adoptarse por autoridades de naturaleza administrativa.* Se considera que dichas autoridades denominadas «de resolución», y cuyas funciones pueden eventualmente ser desarrolladas también por las autoridades de supervisión o los bancos centrales, gozan de un conocimiento técnico, de medios humanos y materiales, y seguramente de la agilidad de los que carecen otro tipo de autoridades de funcionamiento más garantista, como por ejemplo las judiciales, por lo que la armonización debe alcanzar también este aspecto. Igualmente los vínculos formales e informales ya creados entre las mismas y que son objeto de continuo reforzamiento en la UE, a través de distintos mecanismos estructurales, favorecen la cooperación y coordinación entre las mismas. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de revisión judicial de las medidas adoptadas por dichas autoridades administrativas en los términos antes señalados.

⁷ La intervención de las autoridades administrativas en defensa del interés público se basará en un nuevo título desde el punto de vista jurídico, *la estabilidad financiera*, que ha de justificar actuaciones invasivas de los derechos de propiedad de los accionistas y de los derechos de crédito de los acreedores, dejando siempre a salvo a los depositantes. Los gestores, los accionistas y los acreedores de las entidades afectados por las decisiones adoptadas en las situaciones de crisis tendrán una capacidad de respuesta y de oposición muy limitada. Así, el alcance del ejercicio de las potestades administrativas que producen este efecto se confronta directamente con los textos en materia de derechos humanos: la Convención Europea de Derechos del Hombre y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derecho a la libertad de empresa, derecho de propiedad, principio de proporcionalidad, y de tutela judicial efectiva, arts. 16, 17, 47 y 52 de la Carta). Este aspecto es ilustrativo del profundo análisis llevado a cabo por los juristas de la UE, para justificar el alcance de las medidas incorporadas a la Directiva, porque no se conocen precedentes de una norma bancaria que cite tantas veces los textos en materia de derechos humanos; *vid.* considerandos del proyecto de Directiva números 9, 17, 19, 30, 57 y 97. En definitiva, la intensidad de las potestades administrativas se traduce en la creación de un sistema de recursos específico, que reduce los motivos y posibilidades para hacer frente a las medidas adoptadas; justificado el interés público de la medida en la estabilidad financiera sólo cabe discutir si la compensación que en su caso han recibido los afectados ha sido adecuada. El «test de la adecuación», vendrá referido al importe que hubieran recibido por sus créditos en caso de un procedimiento concursal, que precisamente la intervención pública habrá evitado.

III. LÍNEAS GENERALES DE LA FUTURA REGULACIÓN EN MATERIA DE GESTIÓN DE CRISIS

No resulta posible abordar en este trabajo de manera detallada la extensa regulación contenida en la Propuesta –en la versión analizada consta de 99 considerandos y 116 artículos– por lo que expondremos sus líneas generales, que plasman las ideas contenidas en las bases antes señaladas.

1. Medidas preventivas y definición de las situaciones de las entidades en dificultades

Como hemos señalado con anterioridad, uno de los objetivos de la nueva regulación europea es definir y categorizar las situaciones en que puede encontrarse una entidad en dificultades y que serán comunes en todos los Estados. Pero, más allá de abordar únicamente los problemas cuando estos se presentan, previamente, y como primera medida, se adopta una estrategia común de carácter preventivo obligando a entidades y supervisores, individualmente o formando parte de *colegios de supervisores* en su caso, a anticipar escenarios de crisis, y a prever las medidas a adoptar cuando las entidades atraviesen dificultades. Así todas las entidades de crédito deberán contar en primer lugar con los llamados *planes de recuperación* (o planes de viabilidad en la terminología de la legislación española, Ley 9/2012), que contemplen las medidas a adoptar para la restauración de su situación financiera en caso de deterioro. Dichos planes, que deberán resultar creíbles, han de contemplar la solución a los problemas sin posibilidad alguna de recurso a ayudas públicas. Los planes deberán revisarse anualmente y ser discutidos y aprobados por los supervisores afectados. En segundo lugar, se encuentran los llamados *planes de resolución*, que son elaborados por las propias autoridades de supervisión y que habrán de contener fundamentalmente las acciones de resolución a adoptar, en particular cuando los planes de recuperación no sean viables o hayan fracasado⁸.

Al margen de los instrumentos de carácter preventivo a que nos hemos referido, en cuanto a la definición de las situaciones en que puede encontrarse una entidad en dificultades destacan fundamentalmente dos, que son las de *intervención temprana* («actuación temprana» en la legislación española, Ley 9/2012) y de *resolución*, dando cada una de ellas lugar a la posibilidad de utilización de una serie de herramientas legales para tratar la problemática en que se vea inmersa la entidad afectada. La situación de *intervención temprana* se producirá cuando la situación financiera de solvencia o liquidez de la entidad se esté deteriorando, de modo que no cumpla con los requerimientos de solvencia, liquidez, estructura organizativa

⁸ Debe señalarse en relación a estas cuestiones que bajo los auspicios del «Financial Stability Board» (FSB) ya se ha iniciado el trabajo en esta materia, comenzando por las entidades y grupos bancarios con relevancia sistémica a nivel internacional, por lo que esta tarea de carácter global excede del propio ámbito regional de la Unión Europea.

o control interno. Se producirá una situación de *resolución* cuando sea precisa la reestructuración de una entidad, al objeto de garantizar la continuidad de sus funciones esenciales, preservar la estabilidad financiera y restablecer la viabilidad de todo o parte de la misma.

2. Medidas de intervención temprana

Una entidad en situación de intervención temprana deberá elaborar un plan de negocio en el que se contengan compromisos para restaurar su solvencia, que deberán ir acompañados de medidas de mejora de su eficiencia. Las medidas que puede adoptar la entidad junto con las herramientas legales que pueden adoptarse por las autoridades son de variada índole, entre las que se encuentran las siguientes:

a) Medidas de apoyo financiero, dirigidas fundamentalmente a la recapitalización de la entidad;

b) Medidas en relación con la Junta o Asamblea de la entidad, que pueden consistir en la restricción del reparto de dividendos, o en la adopción por el órgano supremo de la entidad de las medidas de aplicación del plan de recuperación elaborado por la misma;

c) Medidas en relación con los órganos de administración y dirección, como pueden ser el nombramiento de uno o varios administradores provisionales encargados de dirigir y gestionar temporalmente la entidad hasta que se supere la situación por la que atraviese y que ha motivado la adopción de la medida;

d) Medidas en relación con los acreedores, entre las que cabe destacar la posibilidad de acordar, quitar o renegociar créditos con los mismos.

3. Objetivos de la resolución y medidas de resolución

La situación de resolución tiene carácter excepcional, dado que se contempla como una alternativa a la liquidación de la entidad, por lo que ha de ir destinada al cumplimiento de alguno o varios de los objetivos señalados en la Propuesta y que son los siguientes:

a) Mantener la continuidad de sus funciones esenciales, entendiéndose por tales aquellas actividades, servicios y operaciones cuyo cese podría perturbar la economía o los mercados financieros de uno o más Estados miembros;

b) Evitar repercusiones negativas importantes sobre la estabilidad financiera, previniendo el contagio y manteniendo la disciplina de mercado;

c) Proteger los fondos públicos, minimizando la dependencia de ayudas financieras públicas extraordinarias;

d) Evitar toda destrucción de riqueza innecesaria y minimizar el coste de la resolución;

- e) Proteger a los depositantes cubiertos por los sistemas de garantía de depósitos;
- f) Proteger los fondos y los activos de los clientes.

Las *medidas de resolución* son aquellas herramientas legales que pueden utilizar las autoridades de resolución para alcanzar los objetivos de la resolución y respecto de las cuales la Propuesta pretende recoger el estado del arte en esta materia. Podrán ser utilizadas individual o conjuntamente, y son fundamentalmente las siguientes:

a) *Apoyo financiero*, que puede consistir en la emisión de instrumentos convertibles en títulos de capital de la entidad, emisión de garantías, compra de activos de la entidad u otras;

b) *Compañía de gestión de activos*, a la que se transfieran los activos problemáticos de la entidad (ej. de naturaleza inmobiliaria), de modo que se sanee su balance;

c) *Venta de negocio*, lo cual podrá realizarse sin el consentimiento de los accionistas, en condiciones de mercado;

d) *Banco Puente*, mediante la transferencia a una entidad con licencia bancaria de parte del negocio de la misma, con el objeto o no de fusionarse con una tercera entidad, y todo ello sin el consentimiento de sus accionistas;

e) *Bail-In o Instrumento de recapitalización*, que es el instrumento más novedoso de la futura normativa y que plasma la contribución de accionistas y acreedores al saneamiento de la entidad, lo que será objeto de análisis específico en el siguiente apartado.

IV. BAIL-IN O INSTRUMENTO DE RECAPITALIZACIÓN

Si hay un aspecto novedoso en la Propuesta comunitaria es sin duda el del *bail-in* o instrumento de recapitalización; el mismo responde a la idea de que para que la utilización de los recursos públicos en el saneamiento de las entidades en dificultades sea nula o mínima, se requiere que los accionistas y los acreedores de la entidad se vean compelidos a contribuir a su recapitalización, absorbiendo las pérdidas de la entidad con sus valores e instrumentos financieros. Ello requiere que el marco legal posibilite de manera eficaz la adopción de estas medidas en relación con accionistas y acreedores, restringiendo las posibilidades de oposición de los mismos especialmente en lo que se refiere a impedir, limitar o retrasar la ejecución de la medida de resolución adoptada por la autoridad competente.

1. *Ámbito del bail-in*

El primer elemento a considerar en este instrumento de recapitalización es el de su perímetro, es decir a qué sujetos es susceptible de afectar, debiendo comenzarse

como es lógico por los accionistas ya que, en tanto que dueños de la entidad en la que han asumido el riesgo de la empresa –la obtención máxima de ganancias, pero también la correlativa pérdida de su inversión–, deberán asumir las consecuencias de ello, en caso de que la misma fracase en su negocio. En segundo lugar, los tenedores de títulos que formen parte de los recursos propios de la entidad, tales como titulares de participaciones preferentes, deuda subordinada o similares; es decir aquellos que, en contraprestación, normalmente de una mejor retribución, han asumido un riesgo mayor que el de un acreedor ordinario. En cuanto a los acreedores ordinarios, en los términos y con el alcance que a continuación se verá, también se encontrarán afectados por esta medida de resolución. Éste es sin duda uno de los aspectos más relevantes de la Propuesta, en la medida que permite la reducción de los créditos de los acreedores al margen de un procedimiento concursal y sin el consentimiento que ha de prestarse en las refinanciaciones de deuda de carácter extrajudicial. Sin embargo, no todos los acreedores se verán afectados puesto que algunos de ellos, por razones de estabilidad financiera o de su carácter privilegiado, o simplemente por razones operativas, se verán excluidos de esta medida de recapitalización. Así, se considerarán, pasivos excluidos los siguientes:

- Los depósitos *garantizados*, en particular los cubiertos por los sistemas de garantía de depósitos;

- Pasivos *colateralizados*, es decir aquellos en que por la accesoriedad de la garantía o la naturaleza del propio instrumento financiero (ej. cédulas hipotecarias) no son susceptibles de separación del pasivo;

- Pasivos derivados de la posesión de la entidad de activos o fondos de clientes, en particular los utilizados para la liquidación de operaciones en sistemas de pagos o de compensación y liquidación de valores;

- Pasivos con un plazo de vencimiento inicial inferior a siete días; la razón estriba básicamente no sólo en proteger los mercados interbancarios sino también en la dificultad práctica de aplicar esta medida en una entidad en funcionamiento;

- Pasivos de naturaleza laboral, comercial por servicios o suministros o de naturaleza pública. El instrumento de recapitalización se circunscribe a los pasivos de naturaleza financiera, por lo que no debe de afectar a otro tipo de deudas que además pueden gozar de preferencias y privilegios en sede del Derecho de la insolvencia.

Junto a los anteriores, existen una serie de pasivos susceptibles de ser excluidos por las autoridades de resolución a la vista de las circunstancias existentes. En particular,

- Si no son susceptibles de *bail-in* en un plazo razonable;
- Para asegurar la continuidad de funciones esenciales de la entidad;
- Para evitar el contagio a otras entidades del sistema financiero;
- Para evitar la destrucción de valor que incrementa las pérdidas para otros acreedores.

2. Reglas de jerarquía en la aplicación del *bail-in*

Por otro lado, en la aplicación del *bail-in* deben seguirse unas determinadas reglas de jerarquía, sin duda inspiradas en los principios de prelación de créditos de derecho concursal. Así:

- Los accionistas deberán contribuir a soportar las pérdidas en primer lugar;
- Los acreedores subordinados contribuirán después de los accionistas, y de acuerdo con el orden de prelación de la legislación concursal;
- Los acreedores de un mismo rango serán tratados de manera equivalente, salvo cuando se disponga lo contrario;
- y por último y como regla de oro de la aplicación de esta medida de resolución, ningún acreedor soportará pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad fuera liquidada en el marco de un procedimiento concursal. Esta regla es la que determinará las posibilidades de oposición a la medida dado que, como principio general, únicamente se tendrá derecho a una compensación si se logra acreditar que en un procedimiento formal de insolvencia, y aplicando las reglas concursales, se habría obtenido una cantidad mayor por los valores o instrumentos financieros que la percibida con la medida de *bail-in*.

3. Operaciones de puesta en funcionamiento del *bail-in*

Las acciones de recapitalización en el plano operativo serán susceptibles de ser ejecutadas a través de distintas operaciones entre las que podemos mencionar, a título de ejemplo, las siguientes: (i) ofertas de canje por títulos de capital de la entidad, (ii) ofertas de recompra de los valores mediante abono de efectivo o condicionado, conforme a su valor actual, a la suscripción de acciones o a la reinversión del precio de recompra en algún otro producto bancario, (iii) reducción del valor nominal de la deuda o (iv) amortización anticipada a valor distinto del valor nominal.

Para la realización de todas estas operaciones los Estados miembros deberán asegurar que la legislación facilite la modificación de los relevantes registros de los valores, la exclusión de la cotización de acciones y otros valores, la admisión a cotización de los nuevos valores, junto con algunas excepciones a la normativa de folletos que faciliten dichos procesos.

V. FINANCIACIÓN DE LA RESOLUCIÓN

Uno de los aspectos clave en esta materia es el de la manera en que habrá de ser financiada la resolución de las entidades de crédito incursas en dichas situaciones. Este es un tema que además se encuentra ligado a otro de los pilares del proyecto de Unión Bancaria como es el del Mecanismo Único de Resolución, y sobre el que

existe un importante debate abierto con participación de distintas instituciones comunitarias y gobiernos de los Estados miembros, por lo que excede del objeto de este trabajo⁹.

VI. OTRAS DISPOSICIONES

1. Armonización del tratamiento de los depósitos bancarios

El proyecto de directiva ha debido de abordar también algunas cuestiones propias del Derecho de la Insolvencia y que no se encuentran armonizadas a nivel comunitario, como hemos señalado con anterioridad. Tal es el caso del régimen de prioridad de los depósitos bancarios en el concurso. Así, se establece que:

- Los depósitos de las personas físicas y Pymes tendrán prioridad sobre los acreedores ordinarios;
- Los depósitos cubiertos por el Sistema de Garantía de Depósitos tendrán prioridad sobre la parte no cubierta de personas físicas y Pymes;
- Los Sistemas de Garantía de depósitos tendrán la misma prioridad que los depositantes cubiertos cuando se subroguen en sus derechos;
- Los créditos a favor del Banco Europeo de Inversiones tendrán prioridad sobre los de los acreedores ordinarios.

Con esta armonización se pretende unificar el tratamiento de los depositantes en el ámbito de la UE, con independencia de la entidad y Estado miembro en los que tengan abiertas sus cuentas. Además se refuerza su posición en caso de concurso, dado que en numerosas jurisdicciones los depositantes no gozan de preferencia alguna sobre el resto de acreedores ordinarios. En definitiva, se ha considerado que el tratamiento favorable de los depositantes refuerza la estabilidad financiera en el ámbito de la UE, disipando las dudas generadas en recientes episodios de crisis.

⁹ *Vid.* A la fecha de la entrega de este trabajo se ha publicado una nota de prensa de 18 de diciembre de 2013 del Consejo de la UE en la que se informa de la posición adoptada en la sesión de ese mismo día a la que nos remitimos. El texto de la Propuesta, que podrá verse modificado por el acuerdo mencionado prevé el establecimiento de fondos de resolución ex ante financiados por las entidades bancarias, que en principio deberán alcanzar el nivel del 0'8% de los depósitos garantizados en 10 años, pudiendo articularse como un fondo separado o integrado al fondo correspondiente al Sistema de Garantía de Depósitos. Además de que se concede una cierta flexibilidad a las autoridades de resolución ya que con determinadas limitaciones podrán excluir pasivos y utilizar los fondos de resolución, pero:

(i) sólo cuando un nivel mínimo de pérdidas del 8% del total de pasivos, incluyendo los fondos propios haya sido impuesta a los accionistas y acreedores de la entidad y

(ii) hasta un máximo del 5% del total de los pasivos de la entidad.

Finalmente, las autoridades nacionales deberán establecer una cifra mínima de capital y deuda para cada institución que garantice la existencia de suficiente capacidad de absorción de pérdidas.

2. Entrada en vigor

Finalmente indicar que la transposición a derecho nacional está prevista se realice en el plazo de un año desde la publicación de la Directiva una vez sea aprobada. En cuanto a la aplicación del instrumento de recapitalización o *bail-in*, que es el que tiene más incidencia en los mercados y en la deuda emitida, se contemplaba que se pudiera demorar por los Estados miembros hasta cuatro años desde la citada publicación, si bien no puede descartarse la consecución de un acuerdo que tenga por objeto un acortamiento de este plazo, entrando en vigor presumiblemente en enero de 2016.

VII. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA Y LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA DE REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

El Acuerdo del Eurogrupo de 20 de julio de 2012 por el que se aprueba la asistencia financiera para la banca española, que preveía la financiación de hasta 100.000 millones de euros a España para facilitar la consolidación y mejora de la solvencia de su sistema financiero, condicionaba la misma a la aprobación de distintas normativas específicas para el sector financiero. La aprobación de dichas normas requería que previamente se consultase a la Comisión Europea y el Banco Central Europeo, contando con la asistencia técnica del Fondo Monetario Internacional (FMI). En particular, en el Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, (publicado en el *BOE* de 10 de diciembre de 2012), se establecía la obligación de aprobar una nueva normativa que tuviese en cuenta la Propuesta comunitaria en materia de gestión de crisis que venimos analizando. Así en el capítulo IV, número 20 de dicho documento titulado Restablecimiento y fortalecimiento de la solidez de los bancos españoles: Condicionalidad centrada en los bancos, se establece que

«Se perfeccionará el marco para la resolución bancaria. A finales de agosto las autoridades españolas, en consulta con la Comisión Europea, el BCE y el FMI, habrá modificado el marco sobre resolución bancaria a fin de incorporar las facultades necesarias en ese ámbito para fortalecer el FROB. Tal modificación habrá de tener en cuenta la propuesta normativa de la UE en materia de gestión de crisis y resolución bancaria, que contempla una serie de mecanismos especiales para resolver los bancos, como la venta de herramientas empresariales y los bancos puente; la legislación también contendrá una clarificación de las responsabilidades financieras del Fondo de Garantía de Depósitos y del FROB, así como disposiciones sobre la cancelación de derechos de los accionistas en los procedimientos de resolución».

Además se establecían en el Memorando una serie de condiciones específicas, como la elaboración de planes de reestructuración o resolución para aquellas entidades que necesitaran recapitalizarse, un nuevo principio para la asunción de

pérdidas, de modo que los tenedores de instrumentos híbridos asumieran parte del coste de la reestructuración a través de ejercicios de subordinación de deudas, y finalmente una novedosa modalidad de segregación de los activos dañados, ya que las entidades que recibieran ayudas habrían de traspasar sus activos inmobiliarios a una sociedad de gestión de activos independiente de los mismos. Estos aspectos se pusieron en marcha de manera casi inmediata a la firma del Memorando, dado que un mes después, se aprobó el Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, luego sustituido por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito por la que se establece el marco de gestión de las crisis de las entidades financieras a través de las distintas herramientas legales. En esta Ley se definen en primer lugar los escenarios de crisis de las entidades que dan lugar a la adopción de una serie de medidas para abordarlas. Así, una entidad requerirá medidas de actuación temprana cuando exista un incumplimiento real o potencial de los requerimientos de solvencia, liquidez, estructura organizativa o control interno, pero la entidad se encuentra en disposición de retornar al cumplimiento por sus propios medios. Estará en situación de reestructuración cuando requiera apoyo financiero público para garantizar su viabilidad, y existan elementos objetivos que hagan razonablemente previsible que dicho apoyo será reembolsado o recuperado. Finalmente, estará en situación de resolución, cuando la entidad de crédito sea inviable y, por razones de interés público y estabilidad financiera, resulte necesario evitar su liquidación concursal. En segundo lugar, se establecen las acciones de gestión de instrumentos híbridos de deuda subordinada e instrumentos de capital que pretenden que el coste de la recapitalización de las entidades sea también compartido por los tenedores de dichos instrumentos. En este punto cabe señalar que los acreedores ordinarios o titulares de deuda *senior* en la terminología internacional no han sido afectados por la medida por lo que su ámbito de aplicación en la nueva legislación española ha sido más reducido que el diseñado en la Propuesta. En tercer lugar, se crea la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) que recibirá de las entidades con ayudas los correspondientes activos inmobiliarios deteriorados, definiéndose los activos a transferir y su valor de transferencia. Dicha Sociedad ha sido dotada de una estructura de capital mayoritariamente privada y de una duración limitada, quince años, en la que habrá de realizar su contribución a la reestructuración financiera.

La utilización de este marco normativo en España ha supuesto por tanto la puesta en práctica de varias de las herramientas legales previstas en la Propuesta de Directiva, habiendo servido para comprobar, de manera favorable a juicio entre otras de las autoridades que han seguido el proceso de reestructuración (Comisión Europea, Banco Central Europeo y Fondo Monetario Internacional), la eficacia de los nuevos principios e instrumentos previstos para la futura normativa en materia de gestión de crisis¹⁰.

¹⁰ Statement by the EC and the ECB following the conclusion of the fifth review of the financial assistance programme for Spain en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-1153_en.htm.

VIII. CONCLUSIONES

La Propuesta de Directiva para la recuperación y resolución de entidades de crédito es una pieza esencial dentro del marco normativo del mercado único bancario. Si hasta ahora las Directivas y Reglamentos regulaban el acceso a la actividad bancaria, y el desarrollo de la misma en el marco de una normativa homogénea de solvencia, lo cierto es que existía una laguna importante que era la de contar con un marco jurídico sólido para la gestión eficaz de las crisis bancarias, que es la que la futura Directiva viene a colmar. Si bien la materia es de una gran complejidad, la existencia de una tenaz voluntad política propiciada por la aguda crisis financiera ha facilitado que pueda adoptarse un texto reclamado por distintas instancias del ámbito de la supervisión y regulación bancarias nacionales e internacionales, así como del ámbito académico.

Al margen de esta norma, quedará pendiente de abordar un régimen armonizado para regular la insolvencia y la liquidación de entidades de crédito en la Unión Europea, otro ambicioso proyecto comunitario no exento de grandes dificultades técnicas y jurídicas.

La Propuesta de Directiva trata de poner en práctica las lecciones de la crisis financiera producida a partir del año 2008 en la UE. Una de ellas es la de la necesidad de establecer mecanismos que minimicen la utilización de recursos públicos, favoreciendo que los accionistas y acreedores contribuyan a la recapitalización de las entidades de crédito cuando se decida aplicar una medida de resolución como alternativa a su liquidación. A ello responde el instrumento de recapitalización o *bail-in* cuya introducción ha sido sin duda el aspecto más debatido en los últimos años en distintos foros especializados así como en la literatura financiera, dado que para su eficaz implantación debe alcanzarse un delicado equilibrio entre la estabilidad financiera y la protección de los depositantes por un lado, y la imperativa obtención de los recursos necesarios para la recapitalización de las entidades en resolución por otro.

Lo cierto es que el nuevo régimen se aplicará a futuras crisis financieras, por lo que la respuesta normativa en la Unión Europea ha sido tardía y los procesos de la reciente crisis han debido de gestionarse en el ámbito propio de cada Estado Miembro y con fuerte apoyo de ayudas públicas, siempre que hubiesen sido declaradas compatibles con el régimen comunitario en la materia.

La aplicación de la futura Directiva a los nuevos episodios de crisis que puedan surgir se hará en todo caso en otro contexto institucional, con un nuevo esquema de supervisión, el *Mecanismo Único de Supervisión* liderado por el Banco Central Europeo, y eventualmente con unos principios comunes en materia de resolución a través de un *Mecanismo Único de Resolución* en el que es deseable que con el transcurso de los años se haya podido profundizar y perfeccionar, y de esta manera dotar de contenido eficaz al ambicioso proyecto de la Unión Bancaria.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- CAMPUZANO, A. B., CONLLEDO LANTERO, F. y PALOMO ZURDO. *Los Mercados Financieros*. Editorial Tirant lo Blanch, 2013.
- GÓMEZ DE MIGUEL, J. M., *Ante los bancos en crisis: ¿continuidad o liquidación? o ¿cómo asegurar los intereses públicos?* Papeles de la Fundación, 42. Fundación de Estudios Financieros, 2011.
- PERNÍAS SOLERA, S., *La quita y la conversión de los acreedores bancarios. El bail-in*. Departamento de Investigación del Instituto de Estudios Bursátiles, 12 y 13 de noviembre de 2013.
- PINILLOS LORENZANA, A., *Tratamiento jurídico de las crisis bancarias. Derecho Bancario y Bursátil*, 2ª edición, Colex 2012.

RESUMEN: La reciente crisis financiera en la UE ha puesto de relieve que existe una importante carencia de herramientas adecuadas en los Estados miembros y a nivel de la Unión para gestionar entidades de crédito en dificultades. Durante la crisis algunos Estados miembros se vieron con frecuencia obligados a rescatar bancos utilizando fondos públicos. Después de un largo debate sobre cómo afrontar esta problemática, la Comisión Europea ha aprobado una Propuesta de Directiva por la que se establece un marco para la recuperación y resolución de entidades de crédito que tiene por finalidad la de proporcionar un marco efectivo a nivel de la Unión para gestionar las crisis bancarias. El nuevo marco establece un régimen que dota a las autoridades con herramientas para intervenir de manera efectiva y puntual en una entidad de crédito en dificultades. En particular, el instrumento de recapitalización o bail-in está concebido como una poderosa medida de resolución que permite atribuir pérdidas a accionistas y acreedores, minimizando de esta manera el recurso a fondos públicos. Esta nueva herramienta suscita varios problemas legales, especialmente en relación con el tratamiento justo e igual entre acreedores. El presente artículo centra su atención en el análisis legal de los principios básicos y disposiciones de la Propuesta de la Comisión.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Unión Europea, autoridades públicas, gestión de crisis, herramientas de resolución, bail-in, acreedores.

ABSTRACT: The recent financial crisis in the EU has shown that there is a significant lack of adequate tools in the Member States and at Union level to deal with distressed credit institutions. During the crisis, some Member States were too often forced to save banks using public funds. After a long debate on how to best deal with these issues, the EU Commission has approved a Proposal for a Directive establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions, which aims to provide an effective framework at Union Level for dea-

ling with banking crises. The new framework establishes a regime that provides authorities with tools to intervene in an effective and timely manner in a distressed credit institution. In particular, bail-in is designed as a powerful resolution tool for allocating losses to shareholders and creditors, thus minimizing the recourse to public funds. This new tool raises several legal issues, especially that of the fair and equal treatment of creditors. This article focuses its attention on the legal analysis of the basic principles and provisions of the Commission's Proposal.

KEYWORDS: European Union Law, public authorities, crisis management, resolution tools, bail-in, creditors.