

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**El mecanismo de resolución bancaria: ¿procedimiento
singular o expropiación forzosa?**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

María Prendes Valle

Directores

Santiago Muñoz Machado
Tomás Cano Campos

Madrid

© María Prendes Valle, 2021

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**EL MECANISMO DE RESOLUCIÓN BANCARIA:
¿PROCEDIMIENTO SINGULAR O EXPROPIACIÓN FORZOSA?**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR**

María Prendes Valle

DIRECTORES

**D. Santiago Muñoz Machado
D. Tomas Cano Campos**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**EL MECANISMO DE RESOLUCIÓN BANCARIA:
¿PROCEDIMIENTO SINGULAR O EXPROPIACIÓN FORZOSA?**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR**

María Prendes Valle

DIRECTORES

**D. Santiago Muñoz Machado
D. Tomas Cano Campos**

En memoria de mi padre, Javier Prendes
Marqués.

AGRADECIMIENTOS

La elaboración de este trabajo ha sido posible gracias a la colaboración y generosidad de diferentes personas que han compartido conmigo esta experiencia, ofreciéndome su soporte profesional y humano.

En primer lugar, me gustaría reconocer públicamente la asistencia y cooperación facilitada en el desarrollo de este proyecto de investigación por parte de la Universidad Complutense y los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid y Castilla La Mancha, junto con sus servicios de biblioteca.

Por otro lado, resulta complejo enumerar a todos aquellos que me han brindado de una u otra forma su más sincero apoyo, pero desearía realizar una especial mención:

A D. Santiago Muñoz Machado como director de tesis y D. Tomas Cano Campos como tutor, por haberme guiado en esta aventura. Sin duda, ha sido un honor y un auténtico privilegio, acercarse al mundo académico de la mano de sus propuestas y opiniones.

A mi marido, en nuestro vigésimo aniversario, por ser mi clave de bóveda,

A mis padres por inculparme el esfuerzo y la satisfacción del trabajo bien hecho,

y a mi hija, que cada día, me demuestra que la vida es mucho más sencilla de lo que jamás hubiera imaginado.

Que ningún alcalde, ni juez, ni persona privada sea osado de despojar de su posesión a persona alguna, sin primeramente ser llamado y oído y vencido por Derecho; y si pareciere carta nuestra, por lo que demandáramos dar la posesión que uno tenga a otro, y la tal carta fuera sin audiencia, que sea obedescida y no cumplida; y si por las tales cartas o abaleas algunos fuesen despojados de sus bienes por un alcalde, que los otros alcaldes de la ciudad, o de donde acaeciese, restituyan a la parte despojada hasta tercero día, y pasado tercero día, que lo restituyan los oficiales del Concejo.

Ley promulgada por Enrique II en Toro, el año 1371, recogida como Ley II, del título XXXIV del Libro XI de la Novísima Recopilación.

Los quebrantos de un banco no afectan únicamente a sus accionistas, afectan a sus clientes, afectan a toda la economía del país, afectan de una manera especial a toda la banca privada de un país, y no puede consentirse que las imprudencias de uno afecten al crédito público y ocasionen repercusiones peligrosísimas...; los bancos más prudentes, los bancos más serenos, se ven llevados, forzosamente, a seguir el camino que les marcan los más audaces o los más inconscientes, y tienen que someterse al régimen de operaciones a que éstos les invitan, porque, al no hacerlo, no sólo no evitan el daño general que con esta política se ocasiona, sino que a este daño general suman el daño particular de verse considerablemente perjudicados en su clientela...

Presentación por Francisco Cambó i Batlle de la *Ley de Ordenación Bancaria de 1921*.

SUMARIO

AGRADECIMIENTOS.....	7
ABREVIATURAS.....	15
INTRODUCCIÓN.....	19
CAPÍTULO I. Precedentes normativos. Evolución histórica de la intervención de empresas.....	23
1. CRISIS BANCARIAS Y ORDENACIÓN BANCARIA	23
A. EL VALOR METODOLÓGICO DE LA HISTORIA.....	23
B. EL PRAGMATISMO DE LA REGULACIÓN BANCARIA	25
2. LOS ORÍGENES MODERNOS DE LA REGULACIÓN BANCARIA ESPAÑOLA.....	27
A. EL ALUMBRAMIENTO DE LA REGULACIÓN BANCARIA MODERNA.....	27
B. EL NACIMIENTO DE LAS CAJAS DE AHORRO	33
3. LA CRISIS DE 1866. LEY DE 11-19 DE OCTUBRE DE 1869 VERSUS DECRETO-LEY DE 19 DE MARZO DE 1874.....	34
4. LA CRISIS DE 1920 Y LA LEY CAMBÓ DE ORDENACIÓN BANCARIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1921.....	41
A. LA ORDENACIÓN DE LA BANCA PRIVADA COMO RESPUESTA LEGAL	41
B. EVOLUCIÓN DE LAS CAJAS DE AHORRO Y SU INTERVENCIÓN	50
5. LA LEGISLACIÓN EN LA GUERRA Y EL STATUS QUO BANCARIO. LEY DE 27 DE AGOSTO DE 1938, SOBRE FACULTADES GUBERNATIVAS EN MATERIA BANCARIA Y LEY DE ORDENACIÓN BANCARIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1946.....	53
6. LA LIBERALIZACIÓN DE LA REGULACIÓN BANCARIA	57
7. LA CRISIS DE 1977 Y LA IMPROVISACIÓN DE LAS NUEVAS MEDIDAS DE INTERVENCIÓN BANCARIA.....	62
A. ASPECTOS GENERALES	62
B. LA CREACIÓN DE LOS PRIMEROS FONDOS DE GARANTÍAS	65
C. EL CASO RUMASA	72
8. LA LEY DE DISCIPLINA E INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO COMO EPÍLOGO DE LA CRISIS DE 1977	76
9. EL CASO BANESTO, CULMEN DE LA CRISIS DE 1990.....	80
CAPÍTULO II. Marco regulatorio contemporáneo.....	87
1. CRISIS 2007. LA GRAN RECESIÓN. EL EMBRIÓN DEL ACTUAL CONTEXTO NORMATIVO.....	88
2. EL REAL DECRETO-LEY 9/2009, DE 26 DE JUNIO. EL PRIMER ENSAYO DE RESOLUCIÓN BANCARIA	91
3. EL REAL DECRETO-LEY 24/2012, DE 21 DE AGOSTO, DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO. EL ACOPLAMIENTO DE NUESTRO SISTEMA FINANCIERO A LAS PRIMERAS DIRECTRICES INTERNACIONALES Y EUROPEAS	98
A. EL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO Y SU CONTEXTO.....	98
B. LA ESTRUCTURA DEL DECRETO LEY 24/2012, DE 21 DE AGOSTO DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO	101
C. EL FONDO DE REESTRUCTURACIÓN BANCARIA (FROB).....	110
4. LEY 9/2012, DE 14 DE NOVIEMBRE, DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.....	112
5. LA CONFIGURACIÓN DEFINITIVA DE LAS CAJAS DE AHORRO.....	114

6. LA ESTRUCTURA MOLECULAR DEL RÉGIMEN NORMATIVO VIGENTE.....	116
A. ASPECTOS GENERALES	116
B. LA LEY 10/2014, DE 26 DE JUNIO, DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.....	117
7. LEY 11/2015, DE 18 DE JUNIO, DE RECUPERACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO Y EMPRESAS DE SERVICIOS DE INVERSIÓN	121
A. OBJETIVOS Y PRINCIPIOS DE LA RESOLUCIÓN.....	121
B. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON EL RÉGIMEN ANTERIOR.....	124
C. CONDICIONES, INSTRUMENTOS DE RESOLUCIÓN Y PROCEDIMIENTO	131
D. EL NUEVO PAPEL QUE SE ASIGNA AL FONDO DE REESTRUCTURACIÓN BANCARIA.....	135
E. RÉGIMEN PROCESAL Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.....	136
F. REAL DECRETO 1012/2015, DE 6 DE NOVIEMBRE.....	139
8. EL MECANISMO ÚNICO DE RESOLUCIÓN (MUR).....	141
A. AMBITO DE APLICACIÓN Y ESTRUCTURA.....	141
B. PROCEDIMIENTO	149
C. EL BANCO POPULAR, LA PRIMERA ENTIDAD BANCARIA RESUELTA.....	154
D. LOS OTROS EJEMPLOS DE LA APLICACIÓN DEL MUR. LOS BANCOS ITALIANOS y LETONOS	165
9. LAS ÚLTIMAS NOVEDADES EN LA MEJORA DEL MARCO RESOLUTORIO.....	169
10. UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO.....	174
A. EL NACIMIENTO DE UNA INICIATIVA INTERNACIONAL. LA PROPAGACIÓN DE LOS RESCATES BANCARIOS	174
B. EL CONSEJO DE ESTABILIDAD FINANCIERA Y LAS <i>KEYS ATTRIBUTES</i>	178
C. LA LEY DODD FRANK. EL PRIMER DISEÑO DE UN RÉGIMEN EXCEPCIONAL DE RESOLUCIÓN	182
D. LAS DIFERENCIAS MÁS CARACTERÍSTICAS ENTRE EL MODELO EUROPEO Y EL AMERICANO	186
E. LA REALIDAD DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESOLUCIÓN.....	205
<i>CAPÍTULO III. La naturaleza controvertida del procedimiento de resolución bancaria, y en especial, la venta del negocio a otra entidad.....</i>	211
1. LA REGULACIÓN BANCARIA COMO REGULACIÓN ECONÓMICA GENERAL	212
2. LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN BANCARIA. EL NACIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO ALTERNATIVA A LOS TRADICIONALES PROCEDIMIENTOS CONCURSALES.....	220
A. LA INSUFICIENCIA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA	220
B. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE EL MECANISMO DE RESOLUCIÓN BANCARIA Y EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.....	222
C. LA RESOLUCIÓN BANCARIA NO ES UNA MODALIDAD DE PROCEDIMIENTO CONCURSAL	237
3. EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN BANCARIA, UN PROCESO SINGULAR, DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO.....	239
4. INTERVENCIÓN DE EMPRESAS, REGULACIÓN Y EXPROPIACIÓN.....	242
5. LA NATURALEZA EXPROPIATORIA DE LA VENTA DEL NEGOCIO BANCARIO COMO HERRAMIENTA DE LA RESOLUCIÓN BANCARIA	253
A. ASPECTOS GENERALES	253
B. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA JUDICIAL.....	266
6. LA OMISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS ASOCIADAS AL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO	291
A. CAUSA EXPROPIANDI	292
B. PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDO.	294
C. DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN.	299

D.	EL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD	309
7.	UNA BREVE MENCIÓN A LA VIA DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA 313	
	<i>CAPÍTULO IV. Una visión crítica de una regulación deficitaria.....</i>	<i>321</i>
1.	LOS INCONVENIENTES PRINCIPALES DEL ACTUAL SISTEMA.....	321
2.	CONCLUSIONES.....	328
3.	PROPUESTAS DE FUTURO.....	335
A.	ASPECTOS GENERALES	335
B.	EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA EXPROPIACIÓN FORZOSA	349
	<i>BIBLIOGRAFÍA.....</i>	<i>355</i>
	<i>RESUMEN.....</i>	<i>373</i>

ABREVIATURAS

<i>Art./art</i>	Artículo
<i>AEB</i>	Asociación Española de la Banca
<i>ATC</i>	Auto del Tribunal Constitucional
<i>BCE</i>	Banco Central Europeo
<i>C.Com.</i>	Código Comercio
<i>CDFUE</i>	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
<i>CE</i>	Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978
<i>CIADI</i>	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
<i>DIF</i>	<i>Depositors Insurance Fund</i> (Fondo de Seguro de Depósitos)
<i>DRREC</i>	Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión.
<i>D-SIBs</i>	<i>Domestic systematically important banks</i> (banco designado por la autoridad nacional como sistemáticamente importante a nivel nacional)
<i>EBA</i>	Autoridad Europea Bancaria
<i>ELA</i>	<i>Emergency Liquidity Assistance</i> (procedimiento de provisión urgente de liquidez)
<i>FDCI</i>	<i>Federal Deposit Insurances Corporation</i> (Corporación Federal de Seguros de Depósitos)
<i>FGD</i>	Fondo de Garantía de Depósitos de las entidades de crédito
<i>FMI</i>	Fondo Monetario Internacional
<i>FROB</i>	Fondo de Reestructuración Bancaria
<i>FSB</i>	<i>Financial Stability Board</i> (Consejo de Estabilidad Financiera)
<i>FSOC</i>	<i>Financial Stability Oversight Council</i> (Consejo de Supervisión de la Estabilidad Financiera)
<i>FUR</i>	Fondo Único de Resolución. Véase SRB
<i>G-SIBs</i>	<i>Global Systemically Important Banks</i> (bancos de importancia sistémica global)
<i>G-SIFIs</i>	<i>Global Systemically Important Financial Institutions</i> (instituciones financieras de importancia sistémica global)
<i>JUR</i>	<i>Single Resolution Board</i> . (Junta Única de Resolución). Véase SRB
<i>LOB 1946</i>	Ley de 31 de diciembre de 1946 de Ordenación Bancaria
<i>LBOC 1962</i>	Ley 2/1962, de 14 de abril, sobre bases de ordenación del crédito y la Banca
<i>LDIEC</i>	Ley 26/1988, de 26 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito

<i>LEF</i>	Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa
<i>LOSSEC</i>	Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito
<i>LRREC 2012</i>	Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de las entidades de crédito
<i>LRREC 2015</i>	Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión
<i>MPE</i>	<i>Multiple point of entry</i> (punto de entrada múltiple)
<i>MREL</i>	<i>Minium Requirement For Own Funds and Eligible Liabilities</i> (Requerimiento Mínimo de Fondos Propios y Pasivos Elegibles)
<i>MUR</i>	Mecanismo Único de Resolución
<i>MUS</i>	Mecanismo Único de Supervisión
<i>NewCo</i>	<i>New Company</i> (compañía nueva que opera como puente)
<i>OLA</i>	<i>Orderly liquidation authority</i> (Autoridad de Liquidación Ordenada)
<i>OLAF</i>	Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude
<i>OLF</i>	<i>Orderly Liquidation Fund</i> (Fondo Liquidación Ordenada)
<i>RDFGD</i>	Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito
<i>RDLMFBE</i>	Real Decreto-ley 5/1978, de 6 de marzo, por el que se modifican las facultades del Banco de España, previstas en la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 y el Real Decreto-Ley 18/1962
<i>RDLRREC 2012</i>	Real Decreto-Ley 24/2012, de 21 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito
<i>RDLRREC 2009</i>	Real Decreto-Ley 9/2009, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito
<i>RMUR</i>	Reglamento 806/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014, por el que se establecen las normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento nº 1093/2010
<i>RRREC</i>	Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito
<i>SAN/SSAN</i>	Sentencia/s de la Audiencia Nacional
<i>SIP</i>	Sistema Institucional de Protección
<i>SPE</i>	<i>Single point of entry</i> (punto de entrada único)
<i>SRB</i>	<i>Single Resolution Board</i> . Véase JUR.
<i>STC/SSTC</i>	Sentencia/s del Tribunal Constitucional
<i>STGUE/SSTGUE</i>	Sentencia/s del Tribunal General de la Unión Europea

<i>STJUE/SSTJUE</i>	Sentencia/s del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<i>STS/SSTS</i>	Sentencia/s del Tribunal Supremo
<i>TC</i>	Tribunal Constitucional
<i>TFUE</i>	Tratado Funcionamiento de la Unión Europea
<i>TGUE</i>	Tribunal General de la Unión Europea
<i>TJUE</i>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<i>TLAC</i>	<i>Total Loss Absorption Capacity</i> (Capacidad de Absorción de las pérdidas)
<i>TRLC</i>	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal
<i>TS</i>	Tribunal Supremo
<i>UE</i>	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Los mecanismos de resolución bancaria, y dentro de ellos, la venta del negocio de una entidad, constituyen en la actualidad, un nuevo paradigma, cuyo estudio exige una contextualización de los más elementales fundamentos e instrumentos jurídicos de la llamada regulación económica.

La situación de crisis económica que ha sobrevenido en los últimos años y el fenómeno de la globalización ha contribuido, sin duda, a generar nuevas necesidades de control y actuación en el ámbito de la actividad administrativa bancaria.

De facto, el resultado más inmediato de la última catarsis financiera ha supuesto un incremento paulatino del sector público en el ámbito financiero, incluyendo la consagración de nuevas estructuras organizativas nacionales y comunitarias, a las que se les ha asignado, en coherencia, unas específicas funciones con sus respectivos procedimientos.

Avanzamos, al menos teóricamente, hacia una unión bancaria completa, más concentrada y eficiente. Si bien, la realidad ha revelado la debilidad de este proyecto, a tenor de las numerosas fisuras que se han evidenciado. Tal como tendremos la ocasión de analizar, los desarrollos normativos aprobados por los Estados Miembros, bajo la premisa de unos objetivos comunes y consensuados en la formalización de diferentes directivas y reglamentos comunitarios, han generado curiosamente prácticas antagónicas, tratamientos diversos y soluciones dispares, a pesar de encontrarse todas ellas, bajo idénticos presupuestos.

Desde este enfoque y en lo que nos afecta a nuestro tema de estudio centrado en los mecanismos de resolución bancaria, y en concreto, en la venta del negocio de una entidad, podemos advertir que se ha normalizado en nuestro ordenamiento jurídico, la transición entre unas previas y limitadas medidas sustitutorias en la administración de las entidades bancarias intervenidas, hacia la venta parcial o total del negocio y su completa liquidación. Es decir, hemos asentado, finalmente, como ordinarias, unas medidas excepcionales que, en tal concepto, exigirían *per se*, unas garantías adicionales a las que habitualmente hemos estado acostumbrados y que, sin embargo, se omiten, sin referencia expresa.

A raíz de lo expuesto, podemos cuestionarnos la naturaleza de estas potestades administrativas resolutorias, tal como han sido concebidas en la actualidad. Esto es, ¿podemos incluir los actuales mecanismos de resolución bancaria en el ámbito de la intervención administrativa del Estado?, ¿la venta de un negocio bancario a otra entidad se

puede enmarcar dentro del contenido del artículo 128.2 de la CE o, por el contrario, debemos acudir al artículo 33 CE?, ¿supera el procedimiento actual nuestra barrera constitucional? O, dicho más sencillamente, ¿se puede equiparar la nueva resolución bancaria a una novedosa modalidad de expropiación forzosa?

La respuesta a estos interrogantes no resulta baladí. La configuración de la naturaleza de estos procedimientos de resolución bancaria va a ser determinante en la definición de los parámetros de control y responsabilidades, de los que pueden disponer los interesados; llámense accionistas, depositantes, bonistas, consumidores, administradores, acreedores, propietarios...

La ley 11/2015 de 18 de junio, de recuperación y resolución de las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (LRREC 2015) define el mecanismo resolutorio como un «proceso singular, de carácter administrativo».

En esta misma línea, la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 10 de julio de 2018,¹ a propósito de la gestión de híbridos y deuda subordinada en ejecución de un plan de resolución, ha entendido que nos encontramos con «una delimitación legal del contenido del derecho de propiedad, al amparo de una norma legal prevista para situaciones en crisis de entidades financieras» y descarta categóricamente la existencia de una expropiación encubierta de derechos. La decisión judicial concluye que la aplicación del marco resolutorio legitima el ejercicio de poderes exorbitantes sin que ello implique ablación de derecho alguno y justifica la adopción de las medidas, atendiendo a la situación de insolvencia en la que puede incurrir una entidad de crédito en crisis.

Por el contrario, nuestra hipótesis de trabajo no avanza en este sentido, una vez que se encara la resolución de las compañías bancarias con las garantías constitucionales asociadas al derecho de propiedad y a la libertad de empresa. El objeto de nuestra investigación radica precisamente en averiguar cuál es la verdadera naturaleza del procedimiento administrativo que atañe al mecanismo de resolución bancaria.

Pues bien, toda la historia del Derecho administrativo es susceptible de ser explicada, como hace ya tiempo puso de manifiesto Villar Palasí², como una búsqueda afanosa de títulos de potestad, capaces de legitimar la acción administrativa y de justificarla eficazmente, sin producir más alarma social que la estrictamente imprescindible.

¹ STS de 10 de julio de 2018 (rec. 2063/2016).

² Villar Palasí, J.L. (1964), *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

Nosotros, entonces, nos encontramos en esta encrucijada. Pero es obvio que para saber a dónde vamos, debemos tener claro de dónde venimos. En coherencia, para resolver nuestro enigma resulta fundamental no sólo el análisis de la norma en vigor sino también el estudio de sus precedentes legislativos y la exposición del estudio comparado. Sólo así, podremos abordar con la suficiente prudencia, precisión y profundidad una respuesta a esta cuestión.

A partir de aquí, sólo queda parafrasear a Albert Einstein, quien solía decir cuando necesitaba más tiempo para reflexionar sobre un problema, «*vamos a pensar un poco*»³.

³ La frase exacta era, según Banesh Hoffman, como consecuencia del pésimo dominio del inglés por parte del científico «I vill a Little t'ink». La dicción correcta es «I will think a little».

CAPÍTULO I. Precedentes normativos. Evolución histórica de la intervención de empresas

SUMARIO: 1. CRISIS BANCARIAS Y ORDENACIÓN BANCARIA. A. *El valor metodológico de la historia.* B. *El pragmatismo de la regulación bancaria.* 2. LOS ORÍGENES MODERNOS DE LA REGULACIÓN BANCARIA ESPAÑOLA. A. *El alumbramiento de la regulación bancaria moderna.* B. *El nacimiento de las Cajas de Ahorro.* 3. LA CRISIS DE 1866. LEY DE 11-19 DE OCTUBRE DE 1869 VERSUS DECRETO-LEY DE 19 DE MARZO DE 1874. 4. LA CRISIS DE 1920. LA LEY CAMBÓ DE ORDENACIÓN BANCARIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1921. A. *La ordenación de la banca privada como respuesta legal.* B. *Evolución de las Cajas de Ahorro al margen de la Ley Cambó.* 5. LA LEGISLACIÓN EN LA GUERRA Y EL STATUS QUO BANCARIO. LEY DE 27 DE AGOSTO DE 1938, SOBRE FACULTADES GUBERNATIVAS EN MATERIA BANCARIA Y LEY DE ORDENACIÓN BANCARIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1946. 6. LA LIBERACIÓN DE LA REGULACIÓN BANCARIA. 7. LA CRISIS DE 1977 Y LA IMPROVISACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INTERVENCIÓN BANCARIA. A. *Aspectos generales.* B. *La creación de los Fondos de Garantías.* C. *El caso Rumasa.* 8. LA LEY DE DISCIPLINA E INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO COMO EPÍLOGO DE LA CRISIS DE 1977. 9. EL CASO BANESTO, CULMEN DE LA CRISIS DE 1990.

1. CRISIS BANCARIAS Y ORDENACIÓN BANCARIA

A. EL VALOR METODOLÓGICO DE LA HISTORIA

Como es sabido, el negocio bancario consiste, desde una perspectiva simplificada, en recibir del público fondos, en forma de depósito, para posteriormente proceder al otorgamiento de los créditos. Esta intermediación financiera acaba decidiendo los medios de pago de la economía, la formación del ahorro y la canalización final de los recursos. La estabilidad, o más bien, la necesidad de evitar situaciones de inestabilidad se materializa

como el principal objetivo de las entidades bancarias. Por tanto, lo esencial para el buen fin de las operaciones y el correcto funcionamiento de esta actividad se traduce en alcanzar una mayor confianza de los usuarios en el sistema.

Los poderes públicos no se pueden mantener al margen de este negocio, ya que su actuación repercute directamente en el orden económico y, por ende, en la paz y convivencia social. A partir de esta premisa, la necesidad de intervención pública se explica, por sí misma, desde los orígenes de la banca moderna.

Entre 1856, nuestro punto de partida y la actualidad, la estructura financiera ha experimentado una transformación radical. Hasta tal punto es así, que la organización actual podría resultar prácticamente irreconocible para los artífices de las primeras leyes en la materia, como es el caso de los ministros de hacienda, José Echegaray en 1874 o Francesc Cambó en 1921.

Es indiscutible, que hoy en día, la intervención administrativa resulta irreversible dada la finalidad pública que subyace. Cuestión distinta son las fórmulas en las que se ha podido cristalizar esta actuación a lo largo de la historia, o incluso en los tiempos presentes dada la indiscutible interconexión internacional de los mercados financieros.

Sobre el valor metodológico del elemento histórico, ya tuvo la oportunidad de pronunciarse García de Enterría que propugnaba su uso sistemático⁴ para analizar el derecho más moderno.

Ahora bien, la evolución normativa experimentada en este campo económico puede resultar francamente ilusoria, dada su renuente insuficiencia. La crisis bancaria del año 2007 ha puesto en evidencia, una vez más, que las deficiencias existentes en la regulación del sector bancario pueden propiciar riesgos sistemáticos graves, y estos a su vez, pueden acabar arrastrando la estabilidad de la economía y del mercado interior.

Las consecuencias negativas del vacío legal o de la insuficiencia regulatoria que se ha evidenciado en los últimos años, y que ha propiciado una prolífica regulación en todas las esferas nacionales, comunitarias e internacionales, no es más que una mera reiteración de nuestros precedentes históricos. Del análisis de la evolución legal, se observa que se

⁴ García de Enterría, E. (1955), *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, sostiene que: «Sólo el campo totalizador de la historia puede ilustrarnos sobre la efectiva función política y social de las instituciones, y es ésta, su nervio y su sustancia.» (pág. 17) y «El fundente que la conciencia histórica de nuestro tiempo ha aplicado con éxito a tantas ricas construcciones debe ser ensayado con urgencia sobre el derecho administrativo» (pág. 8).

repiten los mismos parámetros de comportamiento bajo idénticas premisas de hechos económicos y sociales.

De esta afirmación se pueden extraer dos conclusiones. La primera es que resulta patente que el ordenamiento jurídico en este sector, ha carecido y sigue careciendo de una proyección de futuro, que le permita prevenir situaciones nuevas, con cierta solvencia.

La segunda, es que permite confirmar una idea bastante arraigada entre los juristas especializados en el sector financiero, cual es que, desde las primeras leyes generales como las de 28 de enero de 1856, toda la historia reciente del Derecho bancario, se desarrolla, inexorablemente, bajo la sombra de los diversos ciclos de crisis financieras⁵.

Así lo hizo notar, F. Sánchez Calero, al afirmar que «la necesaria evolución de nuestro ordenamiento por exigencias de la realidad social -porque el Derecho ha de adecuarse necesariamente a esa realidad, buscando afanosamente la justicia- se ve impulsada por los supuestos de crisis empresariales que en estos años han proliferado en nuestro país. En ese impulso, las crisis bancarias reflejo o efecto en parte de las crisis de otros sectores económicos-ocupan una posición de vanguardia».⁶

B. EL PRAGMATISMO DE LA REGULACIÓN BANCARIA

La historia contemporánea pone de relieve que los ordenamientos actuales son fruto de una crisis previa y ciertamente, nuestra normativa no es ninguna excepción⁷. En lo que concierne a España, sólo *la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca* de 1962 podría escapar, en su caso, a esta regla general. Si bien, esta conclusión podría resultar un espejismo, en la medida en la que esta norma no sustituyó completamente a la *Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre* de 1946 y fue, además, una de las respuestas jurídicas confeccionadas al efecto, en el marco de un plan económico elaborado, a su vez, para superar las dificultades económicas preexistentes en esta época.

Tomas Ramón Fernández se percató ya en sus trabajos de 1989 de la íntima e inevitable relación que existe entre los conceptos de ordenación y crisis en este campo,

⁵ Carrillo Donaire, J.A. (2012), «Una última amenaza para el Estado de Derecho: La normalización del derecho de excepción en la intervención de entidades de crédito en crisis», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.32, págs.72-82.

⁶ Sánchez Calero, F. (1983), *Las crisis bancarias y la crisis del Derecho concursal. Orientaciones de política legislativa en el momento presente*. Intervención el día 7 de julio de 1983, en el Seminario sobre crisis bancarias, celebrado en la Universidad Menéndez Pelayo de Santander.

⁷ Tedde de Lorca, P. (1989), «Las crisis bancarias en España: una perspectiva histórica», en García Delgado, J., Pedreño Muñoz, A. y Velarde Fuentes, J. (coords.), *El sistema financiero de la economía española*, Madrid, Colegio de Economistas de Madrid, págs. 13-34.

cuando menciona «la observación es bastante obvia y perfectamente constatable en todos los países, cuya legislación bancaria, al menos en sus aspectos troncales, procede de un modo u otro de la crisis financiera de 1929. En algunos casos, incluso formalmente, esa legislación se mantiene intocada, como en Italia, sin perjuicio, claro está, de las múltiples acciones que las circunstancias han ido exigiendo. No es muy distinto en los Estados Unidos. En general, las leyes bancarias europeas más recientes, incluida la novísima Ley francés de 24 de enero de 1984, no son sino puestas al día de la normativa precedente (...)»⁸.

En definitiva, el pragmatismo ha sido históricamente el principal protagonista en la regulación bancaria. Una vez que la crisis se manifiesta, los poderes públicos adoptan medidas *ad hoc*, que tratan de paliar o limitar las consecuencias negativas. Se acude, entonces, a las previsiones existentes en el ordenamiento jurídico y si estas son inidóneas para sortear las dificultades sobrevenidas, se aprueban remedios oportunos, con el objetivo único de superarlas. Este ritual se ha venido reiterando, continuamente, en las distintas crisis bancarias, lo que no resulta tampoco, ajeno en la actualidad. En cada momento, se actúa en consecuencia. Esto es, se imponen soluciones meramente coyunturales a circunstancias inmediatas. De aquí, la falta de ambición que impera la regulación en este campo.

En otras palabras, se constata a lo largo de la historia un ciclo que alterna ordenación y crisis, tal como fue denunciado por T. R. Fernández (1989). La salida de la crisis bancaria impone la adopción de medidas extraordinarias respecto a la ordenación general, en cuanto deben hacer frente a situaciones de emergencia inéditas. No obstante, la nueva regulación que surge de esa última crisis, acaba por institucionalizar y normalizar las medidas excepcionalmente adoptadas, hasta que finalmente otra crisis sacude la cimentación anterior, poniéndola en cuestión.

No resulta prematuro afirmar, como una primera conclusión que lo deseable es que el Estado pudiera anticiparse, previendo las situaciones que pueden surgir ante eventuales crisis y sólo, cuando a pesar de sus desvelos, finalmente se producen, se limite en ese instante, a otorgar un tratamiento adecuado con una nueva proyección a futuro.

⁸ Fernández Rodríguez, T-R. (1989), «Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva», en Gómez-Ferrer, R. y Villas Palasí, J.L. (coords.), *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Civitas, págs. 399-436.

2. LOS ORÍGENES MODERNOS DE LA REGULACIÓN BANCARIA ESPAÑOLA

A. EL ALUMBRAMIENTO DE LA REGULACIÓN BANCARIA MODERNA

La regulación bancaria española nace en el marco de la ordenación de los bancos de emisión, esto es, aquellos bancos autorizados para emitir papel moneda o «billetes al portador pagaderos a la vista», según los describían las normas reguladoras del privilegio, dado que estas entidades tenían, a su vez la condición de bancos comerciales. Se trata del Banco de San Carlos, primero; Banco de San Fernando, de Isabel II, de Barcelona y de Cádiz, después, y Banco de España, finalmente⁹.

El contexto en el que surge este privilegio es muy concreto: la caída del Antiguo Régimen y la incorporación de las nuevas políticas económicas de manos de la burguesía. Hasta entonces, la acuñación de la moneda era una regalía de la Corona, por lo que emitir papel moneda como alternativa, no dejaba de ser una prerrogativa de poder.

La intervención pública se produciría a través de un mecanismo que podríamos llamar «concesional». Los textos legales de la época no utilizan esta terminología, sino la de «autorización». Así, se evidencia en nuestro ordenamiento desde el *Código de Comercio de 1829*.¹⁰

Sin embargo, pronto, se modificaría esta forma de intervención de la Administración, ya que la *Ley sobre compañías comerciales de acciones de 1848*¹¹, que surge como consecuencia de la crisis económica y financiera de 1847¹², exigirá la aprobación de una ley, para la creación de los bancos de emisión.

⁹ Martín-Retortillo Baquer, S. (1991), *Derecho administrativo económico*, vol. II, Madrid, La Ley.

¹⁰ El artículo 411 C.Com. de 1829 decía: «los depósitos que se hacen en los bancos públicos de comercio que tengan mi soberana autorización, se rigen por las disposiciones particulares de sus estatutos, aprobados por Mí, y en cuanto en ellos no se halle especialmente determinado por las leyes de este Código».

¹¹ Bernal Lloréns, M. (2004), «La regulación de las Sociedades Anónimas y la información contable publicada en la Gaceta de Madrid, a mediados del siglo XIX», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, núm.120, págs.65-94.

¹² La crisis de 1846 y 1847 fue descrita de la siguiente forma: «La crisis infundió un terror pánico entre la minoría dirigente española. La opinión más extendida era que la crisis se debía a la especulación y que un exceso de liberalismo económico había desencadenado fuerzas, que ponían en peligro la estabilidad social. Para los conservadores en el poder, el espectáculo de lo que estaba ocurriendo en Europa, era un toque de alarma sobre los peligros inherentes a dejar que las fuerzas económicas se desplegaran libremente. La reacción conservadora fue inmediata y enérgica. Su objetivo era someter al capitalismo financiero, del mismo modo que se sometida a las partidas revolucionarias. Con esta finalidad se emitió la Ley de enero de 1848 que prácticamente prohibía las sociedades por acciones». Tortella Casares, G. (1973), *Los orígenes del capitalismo en España*, Madrid, Tecnos.

A través de esta fórmula, se consiguió privar al Gobierno de una función que venía asumiendo con naturalidad, atribuyéndosela directamente al legislador, cuyo procedimiento más complejo y largo significó, en la práctica, un endurecimiento del sistema de autorización, que lo convirtió en inoperativo.

Este cambio fue una consecuencia lógica del contexto histórico en el que se produjo, pues la sucesión de movimientos revolucionarios europeos de 1848 propició la desconfianza en los sectores más conservadores de nuestro territorio, que culparon directamente al pensamiento liberal de la situación económica. No resulta extraño, que dados los acontecimientos observados en nuestros países vecinos, se adoptara como medida preventiva la práctica prohibición de las sociedades de acciones, ya que dichas organizaciones se habían constituido como un instrumento del liberalismo más efervescente.

Los efectos perjudiciales que conllevó la asunción de esta legislación fueron estudiados en su momento por Tortella, tras contrastar que al amparo del Código de Comercio, se produjo en la década de 1840, un incremento en el número de entidades de crédito, que la Ley de 1848, finalmente, acabaría estancando por más de un lustro.

Esta situación, se agravaría, además, cuando la *Ley sobre la Reorganización del Banco Español de San Fernando*, de 4 de mayo de 1849, otorgó a dicha entidad bancaria, una vez fusionada con el Banco de Isabel II, el privilegio de ser el único banco de emisión. Incongruentemente con este propósito de unificar las facultades de emisión en un solo banco; esta norma no sólo reconoció la existencia del Banco de Barcelona (1845) o el de Cádiz (1846), junto con el Banco Español de San Fernando, sino que les concedió, a su vez, el privilegio de emisión¹³, aunque es cierto que limitado a unas zonas geográficas específicas.

Por otro lado, junto a estos bancos de emisión, un sinfín de banqueros particulares, agrupados a efectos tributarios, en un gremio oficial titulado «Comerciantes Capitalistas», atendían las necesidades del crédito local.

Posteriormente, la *Ley de 15 de diciembre de 1851*¹⁴, trató de suavizar parcialmente el régimen prohibitivo, aunque mantenía, en realidad, el mismo desarrollo normativo.

¹³ El artículo 6 compelia a estas entidades bancarias a ponerse de acuerdo con el Banco de San Fernando, para hacer efectiva su unión, sin menoscabo de sus intereses y en caso de que finalmente no se verificase la misma, dejaba a salvo los derechos adquiridos.

¹⁴ Los artículos 9 y 10, mantienen la necesidad de la aprobación de un proyecto de ley previo y la aplicación supletoria de la ley de 1848.

En este contexto legal, las limitaciones impuestas al desarrollo de las actividades financieras comenzaron a generar tensiones, a raíz de la recuperación de las inversiones ferroviarias e industriales en 1852. Entonces, el tipo de interés aumentó, mientras las restricciones a la emisión de billetes, multiplicaron el volumen de las cuentas corrientes abiertas en los bancos y el uso de talones. Ello supuso que en Barcelona, por ejemplo, se llegara a admitir, como forma de pago, simples recibos emitidos por los cambistas de monedas de la ciudad.

Ante este panorama y respondiendo al período de prosperidad económica que se alcanzó como resultado de la Revolución de 1854, las Cortes del Bienio Progresista sancionaron dos normas destinadas a diseñar un auténtico control público en el sector bancario. Se trataba de la *Ley de Bancos de Emisión* y la *Ley de Sociedades de Crédito*. Ambas normas pueden ser categorizadas como los albores de la primera intervención pública de las entidades de crédito en situación de crisis.

Veamos, las leyes de 28 de enero de 1856 regulaban separadamente por un lado, los «bancos de emisión y de descuento» y por otro, «las sociedades de crédito». La primera norma reorganizó el Banco de San Fernando, dándole el nombre de Banco de España y atribuyéndole el privilegio de emisión por un periodo de veinticinco años, aunque admitía la creación de otros bancos, igualmente, emisores. El mecanismo de intervención se realizaba tal como se producía en el pasado, a través de la concesión, según se desprende de su articulado¹⁵.

Es importante retener las facultades extraordinarias que la Ley otorgaba al Gobierno, entre las que podemos destacar el nombramiento de un Gobernador (para el Banco de España) o un Comisario regio (para las demás entidades). Cargos, a los que se encomendaba la misión de «cuidar de que constantemente existan en caja y cartera metálico y valores realizables, cuyo plazo no exceda de noventa días, bastantes a cubrir sus débitos por billetes, cuentas corrientes y depósitos» (art.20).

Junto con las cautelas mencionadas, se añadieron otras, tales como: la limitación de emisión de billetes al portador, igual al triple de su capital efectivo, con la obligación de conservar en metálico la tercera parte, al menos de su importe (art.9); prohibición de hacer préstamos bajo la garantía de sus propias acciones o negociar en efectos públicos (art. 15); obligación de publicar mensualmente y bajo su responsabilidad en la Gaceta del Gobierno,

¹⁵ Art.5 «toda concesión de Banco, caducará a los tres meses»; art. 8: «las concesiones para la creación de Bancos...»; art. 22; «si antes de cumplirse el término de la concesión...»

el estado de su situación o la obligación de constituir un fondo de reserva equivalente al 10 % de su capital efectivo.

Para afrontar situaciones extremas de crisis bancarias, dada la experiencia acuñada con los precedentes ocurridos en torno al Banco de San Carlos y de Isabel II, se adoptaron diferentes medidas. En concreto, se reservó al Gobierno la facultad de aumentar el capital efectivo de los bancos, cuando lo considerase conveniente por necesidades públicas (art.6) o se previó expresamente que si antes de cumplirse el término de la concesión de un Banco, quedase reducido su capital a la mitad, el Gobierno propondría a las Cortes las nuevas condiciones para continuar con su actividad u ordenar su disolución y liquidación (art.22).

La segunda norma, *la Ley de Sociedades de Crédito*, aprobada el mismo día 28 de enero de 1856, completó el sistema. La figura de las sociedades de crédito, inédita como tal en España, tenía sus orígenes en Francia, e incluso con anterioridad, se podrían mencionar como antecedentes más remotos, aquellos bancos destinados a la promoción industrial como la *Société Générale* en Bruselas o la *Seehandlung* en Berlín, que sirvieron de ejemplo.

Estas entidades podían dedicarse a actividades muy diversas, si bien se excluía expresamente la emisión de billetes. Esto es, actuaban al mismo tiempo, como bancos de depósito y descuento o como bancos de inversión, realizando operaciones tales como préstamos a la promoción de empresas, anticipos al Gobierno, emisión de obligaciones a corto plazo...

Con este propósito, el Gobierno otorgó concesiones por medio de Reales Decretos para la organización de sociedades anónimas de crédito (artículo 10), por un periodo de noventa y nueve años como máximo (art. 2).

Al mismo tiempo, la Ley imponía una fiscalización exhaustiva de estas entidades, pues les impuso como obligación presentar un estado de su situación al Gobierno de S. M, todos los meses y publicarlo en la Gaceta (art.8). De hecho, siempre que el Gobierno lo solicitase, debían remitir los estados de caja, cartera y resúmenes de operaciones. En definitiva, el Ejecutivo podía examinar siempre y cuando lo estimase conveniente, las operaciones y contabilidad de las sociedades o comprobar el estado de sus cajas.

Al amparo de esta normativa, se crearon hasta 18 bancos de emisión y dos sucursales del Banco de España, lo que permitió que se llegase al número de veintidós entidades de emisión en el conjunto del país.

En cuanto a las sociedades de crédito, se debe señalar que, la disposición estaba dirigida originariamente a facilitar la entrada de capital francés, a través varios grupos financieros extranjeros vinculados a la construcción de los ferrocarriles. Sin embargo, los industriales y banqueros nacionales aprovecharon esta oportunidad para fundar sociedades de crédito con capital puramente autóctono.

Ello supuso, que en el momento más álgido del periodo, localizado en el año 1865, llegaran a existir alrededor de 35 entidades en el conjunto del territorio nacional. Estas nuevas entidades bancarias fueron protagonistas de una transformación radical en el mercado financiero español, «un boom inversor directamente vinculado a la construcción de los ferrocarriles».¹⁶

¹⁶ Sudrià Triay, C. (2014), «Las crisis bancarias en España, una perspectiva histórica.» *Estudios de Economía Aplicada*, Vol.32, nº2, págs. 473-496 y Martín Aceña, P. (2005), *La conformación histórica de la Industria Bancaria Española*, Mediterráneo económico, nº 8, (Ejemplar dedicado a: los retos de la Industria Bancaria en España/ coord. Por Oña Navarro. F), págs.21-44.

**Tabla 1. Organismos de Crédito por acciones existentes en España
A 31 de diciembre de 1864**

1. MADRID	Banco de España (1829, 1856)
	Sociedad Española Mercantil e Industrial (1856)
	Crédito Mobiliario Español (1856)
	Compañía General de Crédito en España (1856)
	Sociedad General Española de Descuentos (1859)
	Banco de Madrid (1863)
	Crédito Ibérico (1863)
	Sociedad Española General de Crédito (1863)
	Banca de Madrid y Londres (1864)
	Compañía General de Crédito, Depósitos y Fomento (1864)
	Sociedad Central Española de Crédito (1864)
	Sociedad Española de Crédito Comercial (1864)
2. BARCELONA	Banco de Barcelona (1844)
	Caja Barcelonesa (1855)
	Sociedad Catalana General de Crédito (1856)
	Crédito Mobiliario Barcelonés (1856)
	Caja Catalana (1856)
	Crédito Mercantil (1864)
	Crédito y Fomento de Barcelona (1864)
3. VALENCIA	Sociedad Valenciana de Crédito y Fomento (1846, 1859)
	Sucursal del Banco de España (1858)
	Crédito Valenciano (1858)
	Caja Mercantil de Valencia (1864)
	Crédito Mercantil de Valencia (1864)
4. VALLADOLID	Banco de Valladolid (1857)
	Crédito Castellano (1862)
	Unión Castellana (1864)
	Sociedad de Crédito Industrial, Agrícola y Mercantil (1864)
5. SANTANDER	Banco de Santander (1857)
	Crédito Cántabro (1861)
	Unión Mercantil (1862)
6. BILBAO	Banco de Bilbao (1857)
	Crédito Vasco (1861)
	Bilbaina de Crédito (1862)
7. CÁDIZ	Banco de Cádiz (1846)
	Crédito Comercial de Cádiz (1860)
	Compañía de Crédito (1861)
8. SEVILLA	Banco de Sevilla (1857)
9. JEREZ DE LA FRONTERA	Banco de Jerez de la Frontera (1860)
	Crédito Comercial de Jerez (1862)
10. PAMPLONA	Banco de Pamplona (1864)
	Crédito Navarro (1864)
11. MÁLAGA	Banco de Málaga (1856)
12. HUESCA	Crédito y Fomento del Alto Aragón (1864)
13. ZARAGOZA	Banco de Zaragoza (1857)
14. TARRAGONA	Banco de Tarragona (1864)
15. LA CORUÑA	Banco de La Coruña (1857)
16. SAN SEBASTIÁN	Banco de San Sebastián (1862)
17. BURGOS	Banco de Burgos (1863)
18. OVIEDO	Banco de Oviedo (1864)
19. PALENCIA	Banco de Palencia (1864)
20. VITORIA	Banco de Vitoria (1864)
21. PALMA DE MALLORCA	Banco Balear (1864)
22. SANTIAGO	Banco de Santiago (1864)
23. CÓRDOBA	Crédito Comercial y Agrícola de Córdoba (1864)
24. REUS	Banco de Reus (1863)
25. VIGO	Sociedad de Crédito y Fomento de Vigo (1864)
26. LEÓN	Crédito Leonés (1864)
27. ALICANTE	Sucursal del Banco de España (1858)

Fuente: TORTELLA (1970): *La evolución del sistema financiero español*.

B. EL NACIMIENTO DE LAS CAJAS DE AHORRO¹⁷

El periodo fue, también, convulso en lo que se refiere a la fundación de cajas de ahorro. Éstas se crearon a impulsos de los liberales y progresistas exiliados durante el reinado de Fernando VII, quienes al regresar a la península trataron de consolidar las ideas que en materia de ahorro se estaban fraguando en Inglaterra y Francia.

La primera norma oficial sobre cajas de ahorro sería la *Real Orden de 3 de abril de 1835*, firmada por Diego Medrano. Dicha orden compelió en su articulado a fundar estas instituciones para alcanzar la seguridad de los fondos depositados, siendo éste uno de los principales requisitos para autorizar su funcionamiento. Las cajas se diseñaron como una alternativa que permitía restablecer la moral y mejorar la condición de las clases industriales, garantizando «los ahorros del pobre».

La orden anterior ponía, como ejemplo, la caja de ahorros fundada en Jerez, en 1834, bajo la promoción del Conde Villacreses. A través de esta fórmula, se trataba de excitar el celo de los gobernadores civiles, para que con la cooperación de las personas más acomodadas, trataran de fundar estas cajas. Todo ello, con el compromiso de futuro que estos gastos serían asumidos, posteriormente, por los fondos públicos, una vez restablecido el crédito del Estado, seriamente mermado a causa de la guerra.

Fruto de esta orden, se creó Caja de Madrid, bajo la iniciativa del jefe político de la Provincia, Marqués viudo de Pontejos y cuya Instrucción para su funcionamiento fue aprobada el 1 de febrero de 1839.

A continuación, se dictaría la *Real Orden de 17 de abril de 1839*, que disponía la creación en cada provincia de una caja de ahorros y de un monte de piedad. Le seguirían al texto anterior, la fundación de múltiples entidades; Granada¹⁸ en 1839, Sagunto y Valladolid en 1841, Sevilla, Santander, La Coruña y Valencia en 1842, Barcelona en 1844, Burgos, Cádiz y Zaragoza en 1845, Vitoria en 1850 y Valladolid en 1851.

Finalmente, el *Real Decreto de 29 de junio de 1853* reguló de forma más minuciosa el funcionamiento de las cajas de ahorro, propiciando la aparición de nuevas entidades tales como en 1859, Sabadell; en 1863, Mataró Málaga, Jerez¹⁹ y Jaén; y en 1865, Manresa.²⁰

¹⁷ Martín-Retortillo Baquer, S. (1975), *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro*, Madrid, Tecnos.

¹⁸ Titos Martínez, M. (2005), «Las Cajas de Ahorro en la historia de Andalucía». *Papeles de economía española*, núm. 105-106. págs. 132-153.

¹⁹ Hasta 1863, con carácter privado, el Conde de Villacreses acreditaba con su solvencia la garantía de la entidad y decidía sobre la aplicación de sus recursos.

²⁰ Martín Aceña, P. (2005), *La conformación histórica de la Industria Bancaria Española*, Mediterráneo económico, nº 8, (Ejemplar dedicado a los retos de la Industria Bancaria en España/ coord. Por Oña Navarro. F), págs., 21-44.

Se deben destacar dos aspectos esenciales de la normativa. Por una parte, se habilitaba al poder público para que pudiera participar en distintos aspectos del funcionamiento de estas entidades. A modo de ejemplo, se puede destacar la exigencia de un título fundacional, cuya concesión dependía directamente de la conveniencia apreciada por los gobernadores o Ayuntamientos (artículo 1), la posibilidad de emisión de órdenes e instrucciones por parte del Ministerio de Hacienda en determinadas circunstancias (artículo 7), el otorgamiento de la dirección y administración a una Junta de gobierno, presidida por el gobernador de la provincia en las capitales y por el alcalde en los demás pueblos, junto con unos vocales nombrados y renovados por el propio Gobierno²¹.

En segundo lugar, y de extrema importancia para definir su naturaleza jurídica pública y por ende, la norma aplicable, se calificaron como «establecimientos municipales de beneficencia» (art.36).

A modo de síntesis, lo que se debe retener de este periodo es que este proceso inversor, que se abrió tanto para los bancos como para las cajas de ahorro, comenzó a reflejar sus primeros síntomas de agotamiento en 1863, cuando los tipos de interés empezaron a incrementarse. Este primer indicio se plasmaría, finalmente, en el advenimiento de un nuevo ciclo económico que culminaría en mayo de 1866, cuando la crisis económica se asienta de nuevo en todo su apogeo.

Dos fueron los desencadenantes de la crisis, tal como se expondrá a continuación: las penurias económicas del Estado y el fracaso financiero de los ferrocarriles, todo ello aderezado con una crisis financiera internacional que vino a agravar la situación de partida.

3. LA CRISIS DE 1866. LEY DE 11-19 DE OCTUBRE DE 1869 VERSUS DECRETO-LEY DE 19 DE MARZO DE 1874

El panorama económico que floreció abruptamente en 1866 fue, ciertamente, la consecuencia inmediata de los excesos en los que se había incurrido en los años precedentes²².

²¹ Todos estos cargos son honoríficos y gratuitos.

²² Martín Aceña, P. y Nogues-Marco, P. (2013), «Crisis bancarias en la historia. Del Antiguo Régimen a los orígenes del capitalismo moderno», en Comín, F. y Hernández, M. (coord.), *Crisis económicas en España, 1300-2012. Lecciones de la Historia*, Madrid, Alianza Editorial, págs. 141-165.

Las grandes compañías ferroviarias habían venido construyendo sus líneas con un notable sobrecoste, lo que, unido a un tráfico por debajo de las previsiones, ocasionó una insuficiencia financiera, que acabaría arrastrando las sociedades de crédito que habían facilitado su financiación. Por otro lado, los ejecutivos de la época adoptaron políticas que supusieron un incremento notable de los gastos, entre los más significativos, cabe mencionar la intervención militar en la Indochina francesa (1858-1862) y la guerra contra Chile (1865). Todo esto generó un incremento no sólo del déficit público, sino también de la deuda flotante.

En el ámbito internacional, se produjo en Londres el estallido de una crisis bancaria de primera magnitud, que conllevó la suspensión de pagos de la casa *Overend, Gurney & C* en Londres.

En España, la crisis, finalmente, reventó el sábado 12 de mayo de 1866 y tuvo su epicentro en Barcelona, cuando el Crédito Mobiliario Barcelonés primero, y la Sociedad Catalana General de Crédito, un día después, se declararon en suspensión de pagos, obligando al gobierno a decretar el estado de sitio, y al capitán general a aprobar un bando que incluía una moratoria.

A partir de aquí, la proliferación del papel moneda y la introducción en el mercado de todo tipo de valores llegaría a su fin. En Barcelona, de las siete sociedades anónimas de crédito existentes a principios de 1866, sólo quedarían al final de la crisis, el Banco de Barcelona y sus aliadas, la Catalana General de Crédito, que acabó levantando la suspensión de pagos inicial y el Crédito Mercantil.

En Madrid, el Banco de España tuvo que imponer limitaciones al pago de sus billetes y en el resto de España, cinco de los 19 bancos provinciales de emisión en funcionamiento, (el de Valladolid, había cerrado en 1864) dejaron de operar y lo mismo ocurrió de forma inmediata, con una decena de sociedades de crédito. En concreto, su número pasó de 35 registradas en 1865, a 14 en 1869. Esta situación tan delicada se prolongó hasta finales de 1866 y comportó que los billetes circularan con descuento entre los comerciantes de la capital.²³

En aquel tiempo, el Banco de España se preocupó, únicamente, de resolver sus propias dificultades y mantuvo una postura pasiva en cuanto al resto de operadores. Esta actitud se contrapone con la actividad desempeñada, intensamente, por el Banco de Inglaterra para evitar el colapso de *Overend&Gurne* y su contagio al resto de bancos y

²³ Martín Aceña, P. (2005), op.cit.

sociedades de crédito. Esto es, el Banco de España no puso en marcha ningún tipo de rescate, pues como ponen de manifiesto sus actas, consideraba que se trataban de problemas ajenos a su incumbencia. Sólo el Banco de Barcelona desempeñó un papel más activo, evitando el pánico en la ciudad, y rescatando a dos de sus entidades de crédito en apuros.

Este periodo de decadencia económica exigió una respuesta jurídica adecuada a los tiempos. En este momento, el Gobierno optó por regular la intervención administrativa en las sociedades de crédito, mediante el *Real Decreto de 30 de julio de 1865*, valiéndose de la necesidad de desarrollar la *Ley de Presupuestos* de 15 de julio de ese mismo año, lo que demuestra la rapidez de su tramitación. Se aprovechó, entonces, la oportunidad para incluir en el texto un reglamento de inspección que era aplicable a las mercantiles dedicadas al crédito.

Con este mecanismo, se perseguía sustituir el insuficiente sistema de fiscalización, ejercido hasta el momento por los gobernadores de las provincias según lo dispuesto en el Real Decreto de 17 de enero de 1847 y aplicar a esta clase de compañías, idéntica inspección a la que se venía ejerciendo sobre los concesionarios de obras públicas.

El Preámbulo del Real Decreto señalaba lo siguiente:

«La experiencia ha demostrado que las disposiciones mencionadas han sido insuficientes para evitar los abusos que en esta clase de Sociedades pueden introducirse, y que de hecho se han introducido en algunos, debidos en gran parte a la negligencia de los accionistas que no velan como deben por sus propios intereses (...) y el Ministro que suscribe, cumpliendo con este precepto, ha juzgado necesario consignar en el adjunto proyecto de reglamento las prescripciones indispensables para que periódicamente sean inspeccionadas las operaciones de las sociedades anónimas de crédito, sin perjuicio de poderlo verificar siempre que lo considere oportuno o lo exija la situación de las Compañías. El fin que el Gobierno se propone es aplicar a esta clase de compañías la inspección que viene ejerciéndose sobre los concesionarios de obras publicas con la diferencia esencial de no estar adscritos los inspectores a una sociedad determinadas. El Gobierno desea conciliar la vigilancia que le imponen las leyes, con la más amplia y absoluta libertad de las compañías para llevar a cabo su objeto social, si bien dentro de la órbita que les marcan sus estatutos especiales, dejando a los accionistas, como corresponde el deber de velar por sus intereses y de examinar los actos de los Administradores que nombran con entera independencia y reservándose tan solo el Gobierno el cuidado de que las compañías en sus operaciones no traspasen el círculo de sus facultades, recordándose

al propio tiempo la obligación en que se encuentran de interpretar la letra y el espíritu de la ley con arreglo á lo que corresponda para la seguridad de sus propios intereses y de los que con ellas contraen.»

A tales efectos, se creó un servicio de inspección, al amparo del nuevo Cuerpo de Inspección General de Sociedades Anónimas de Crédito, cuyo cometido dependía del Ministerio de Hacienda, reconociéndole amplias funciones, en orden al control de la gestión y contabilidad de estas entidades. Entre sus disposiciones, se debe destacar la posibilidad de efectuar visitas trimestrales para comprobar fundamentalmente los estados que mensualmente debían remitirse al Ministerio de Hacienda.

No obstante, dicha inspección estaría suavizada en tanto en cuanto no se permitía interferir en el negocio bancario. En este sentido, el artículo 15 prescribía «siendo exclusivamente de vigilancia las facultades que... se conceden a los Inspectores, (éstos) se abstendrán de todo acto administrativo que pueda embarazar la marcha de la compañía, limitándose siempre a hacer constar las faltas que encuentran y a ponerlas en conocimiento del Ministerio de Hacienda».

Por tanto, la intervención perseguía, exclusivamente, mantener un estado de confianza y de seguridad en las sociedades de crédito²⁴.

Posteriormente, se dictaron bajo estos objetivos, pero desde un enfoque más pragmático, la *Real Orden de 22 de noviembre de 1867*, que contemplaba la necesidad de efectuar diversas operaciones en el Banco de Sevilla que se encontraba en crisis, entre las que se hacía mención a los embargos, la sustitución de garantías o la no aprobación del convenio presentado por ineficacia²⁵ o la *Real Orden de 7 de agosto de 1867*, que,

²⁴ Martín-Retortillo Baquer, S. (1975), op.cit.

²⁵ La Real Orden de 22 de noviembre de 1867 se expresa en los siguientes términos:

«Desde su creación, el Banco de esa capital conducía sus operaciones subordinándolas al seguro principio de la ley y pesándolas en la balanza de los intereses bien entendidos del establecimiento y de la plaza. (...) Si se rompe el dique de las prescripciones legales y se lleva el movimiento de los negocios más allá de la prudencia en el cálculo, pasase entonces rápidamente de un estado de bienestar y confianza a otro de intranquilidad y descrédito como ha acontecido a ese Banco. Una operación de extraordinaria cuantía, cual fue la verificada por ese establecimiento con el Crédito Comercial del mismo domicilio, al descontar la certera de esa Sociedad, que ascendiendo a 20 millones era superior al capital desembolsado del Banco, ha traído a éste una serie de perturbaciones, empezando por el aumento de la circulación fiduciaria, obligado y perjudicialísimo recurso para llevar adelante las nuevas y trascendentales atenciones que se imponía, con olvido de las proporciones y reservas que la ley establece, a fin de asegurar medios y garantías a la libre voluntad del tenedor de billete para presentarlo al cambio. (...) En vista de las consideraciones que preceden, y de acuerdo con el informe del Consejo de Estado, la Reina ha tenido a bien disponer lo siguiente:

insistiendo en la misma línea, suspendería las operaciones del Banco de Valladolid, como consecuencia de las irregularidades legales habidas en su administración.²⁶

1º que no se dispense la solicitada aprobación al convenio verificado entre el Banco y el Crédito Comercial con fecha 20 de Febrero último y aprobado en junta general extraordinaria de accionistas en 26 de Marzo.

2º. Que en el plazo de un mes se remita por el Comisario Regio el balance e inventario de todos los bienes, derechos y acciones del Crédito Comercial, cuya operación ha debido ser el acto previo de la liquidación que se proyectaba hacer del capital de aquella sociedad.

3º que dentro del mismo plazo se verifique la sustitución de las garantías prestadas por el Crédito Comercial al Banco, consistentes en valores industriales y comerciales, así como en acciones de la emisión de este establecimiento.

4º Que conforme vayan produciendo sus efectos los embargos causados en los bienes del Crédito Comercial tenga lugar el reintegro de las cantidades de que el Banco resulta acreedor.

5º Que el Comisario Regio contribuya a activar el curso de las actuaciones judiciales pendientes para que el Banco acabe de reintegrarse en el más breve plazo posible de las anticipaciones hechas al Crédito Comercial.

6º. Que por el déficit que pueda resultar en el capital del Crédito Comercial venga a responder al Banco en la forma que la legislación en la materia que lo determine, los individuos del Consejo de Administración del Crédito Comercial y los de la Junta de gobierno del Banco que suscribieron el contrato de 26 de junio de 1866.

²⁶ «Hace tiempo que viene llamando la atención del Gobierno la situación del Banco de esa capital, cuyos tristes efectos se representan por la minoración del comercio pasada y la decadencia del existente, por el empobrecimiento de numerosas familias y por la desocupación de millares de individuos de la atendible y precaria clase obrera. Causas de distinta naturaleza, nacidas unas de la negligencia en el desempleo de las obligaciones administrativas, otras del abuso y torpeza en el cumplimiento de las mismas, han hecho perder el indispensable equilibrio en las encontradas operaciones del establecimiento, dejando sin cubrir la reservas metálicas que habían de salir al frente de futuras contingencias; verificando prestamos y descuentos con las sociedades de crédito domiciliadas en la plaza bajo la garantía de sus propias acciones y obligaciones sin haberlo solicitado previamente del Gobierno; recibiendo imposiciones a metálico a un interés convencional con desconocimiento de los fines de la institución, que se dirigen a prestar auxilios y no a recibirlos; omitiendo en las listas de crédito al señalamiento de una o mas firmas a los individuos comprendidos en ellas para la admisión de sus efectos, llenando la cartera del banco con obligaciones de sus propios administradores, y cambiando, últimamente, por efecto del incalificable convenio de 24 de octubre de 1864, los valores realizables o saneados por otros de las sociedades Crédito Castellano y Crédito Industrial, Agrícola y Mercantil, que se mancharon inmediatamente con el protesto (...). En atención a las consideraciones expuestas y de conformidad con el Consejo de Estado, la Reina ha tenido a bien acordar las disposiciones siguientes:

1º Queda autorizada la suspensión de operaciones del Banco (...)

2º Debiendo considerarse la representación de los bienes embargados a los deudores y responsable del Banco como la cartera legal del mismo y siendo estrictamente obligatorio de parte del Comisario Regio la vigilancia de las operaciones, cuyo encargo no puede tener otro objeto que el de cuidar de que la cartera este dotada de valores realizables por su saneamiento, el expresado funcionario facilitará los datos oportunos y prestará el auxilio de sus conocimientos y experiencia a la acción judicial en la forma que mejor se estime para el completo esclarecimiento de los hechos y la más rápida terminación de las diligencias pendientes.

3º. Las cantidades que en su día realicen como resultado de la subasta pública de los bienes embargados o por efecto de otros medios de indemnización legal, ingresarán inmediatamente en la Caja del Banco, aplicándose al cambio de billetes y satisfacción de las cuentas corrientes, depósitos y demás obligaciones por el orden de preferencia que la ley establece.

Finalmente, el modelo concesional, impulsado por el privilegio de emisión y el sistema intervencionista, se derrumbaría con la Revolución liberal de 1868²⁷.

A partir de entonces, se opta por una política absolutamente antagónica. Se aprueba la *Ley de 19 de octubre de 1869*²⁸ que declaró libre la creación de bancos y sociedades anónimas, prescindiendo incluso de la autorización previa y facultando a los bancos a emitir billetes hasta el límite que fijaran sus respectivos Estatutos. Esta Ley, firmada por el regente del reino, D. Francisco Serrano y por D. José Echegaray, como ministro de fomento e inspirada en los postulados liberales de la época, pasaría a configurar el sistema más absoluto de libertad, manteniendo exclusivamente un mínimo control estatal referido a la documentación exigida.

El artículo 1 comenzaba del siguiente modo: «desde la publicación de la presente Ley, se declara libre la creación de Bancos territoriales, agrícolas y de emisión y descuento, y de Sociedades de crédito, de préstamos hipotecarios, concesionarias de obras públicas, fabriles, de almacenes generales de depósitos, de minas, de formación de capitales y rentas vitalicias, y demás asociaciones que tengan por objeto cualquier empresa industrial o de comercio.». El artículo 10 señalaba expresamente que las nuevas sociedades y aquellas que se sometiesen a la nueva ley, no estarían sujetas a la inspección y vigilancia del Gobierno.

No obstante, un nuevo cambio de rumbo, auspiciado paradójicamente por nuestro premio nobel como consecuencia de los cambios políticos de la época, no tardaría en abrirse camino. Sólo los urgentes problemas de la Hacienda española, obligarían a cambiar el pensamiento liberal del ministro Echegaray, pergeñando un viraje en su política económica, que acabaría apostando por una postura contraria a la que había sostenido hasta

4º. Se amortizarán los billetes que se retiren de la circulación, empleándose al efecto el medio de quema, que tendrá lugar en el punto donde el Comisario Regio disponga, con previo anuncio del acto y con expresión del número y valor de dichos billetes.

5º. Quedarán extinguidos en la primera quema todos los billetes que hoy figuran en el activo del Banco, como existencia fiduciaria en Caja.

Y 6º. Si después de verificada la completa amortización de los billetes y satisfacción de las demás obligaciones del Banco, resultase un sobrante en el caudal de los bienes vendidos o en otros medios de indemnización previstos y sancionados por las leyes, que no llegará a cubrir la mitad del capital efectivo del Banco, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de 28 de enero de 1856».

²⁷ Martín-Retortillo Baquer, S. (1968), *Aspectos del Derecho Administrativo en la Revolución de 1868*, ponencia pronunciada el día 20 de noviembre de 1968 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, dentro del ciclo organizado *La obra legislativa de la Revolución de 1868*.

²⁸ La *ley de 10 de octubre de 1869* otorgó libertad para la creación de bancos de emisión y comerciales, así como cualquier otra empresa que tenga por objeto actividades industriales o de comercio, de 10 de octubre de 1869.

el momento. De hecho, un importante préstamo de 125 millones de pesetas fue entregado por el Banco de España, al Gobierno, de forma simultánea para lograr su objetivo.

Se aprueba, en este marco, el *Decreto-ley de 19 de marzo de 1874* por el que se otorgó al Banco de España el monopolio de emisión por treinta años, añadiendo a sus funciones, otros cometidos de carácter crediticio. Monopolio que sería prorrogado por el artículo 8 de la Ley de 14 de julio de 1891 hasta el 31 de diciembre de 1921, momento en el que se aprueba la denominada Ley Cambó.

La exposición de motivos de la norma, escrita y firmada por el propio José Echegaray justifica la regulación, del siguiente modo:

«Abatido el crédito por el abuso, agotados los impuestos por vicios administrativos, esterilizada la amortización por el momento, forzoso es acudir a otros medios para consolidar la deuda flotante y para sostener los enormes gastos de la guerra que ha dos años aflige a la mayor parte de nuestras provincias.

En tan críticas circunstancias, cediendo a las exigencias de la realidad presente y a las apremiantes necesidades de la lucha, el ministro que suscribe, de acuerdo con el Consejo de Ministros, se propone crear bajo la base del Banco de España y con el auxilio de los Bancos de provincias un Banco Nacional, nueva potencia financiera que venga en ayuda de la Hacienda pública, sin desatender por esto las funciones propias de todo Banco de emisión.

Tres objetos principales ha de llenar el nuevo establecimiento:

1.º Recoger las inmensas masas de valores que como pedazos del Patrimonio Nacional andan divididas y dispersas en prenda de múltiples operaciones, y darle vida al amparo de nuevos y sólidos capitales.

2.º Realizar la circulación fiduciaria única, pero voluntaria y garantizada siempre por reservas metálicas.

3.º Venir eficazmente en ayuda del comercio llevando el beneficio del descuento y de la emisión, primero, al mayor numero posible de nuestras plazas, y más tarde, a medida que el país se tranquilice, a todas ellas.»

Del texto legal, se debe hacer hincapié en el contenido del artículo 4, en el que se declaran en liquidación todos los Bancos de emisión y descuento. En concreto, el apartado 2 señalaba:

«en el término de treinta días a contar de la publicación de este Decreto, optarán los Bancos que en la actualidad existen en provincias por su anexión al de España, pudiendo aportar al mismo todo o parte de sus capitales efectivos y fondos de reserva en metálica, en equivalencia de los cuales recibirán acciones del Banco de España a la par, como compensación a la caducidad de sus respectivos privilegios.»

A los antiguos emisores, quince en total, se les dio la oportunidad de elegir entre integrarse en el de Banco de España o seguir como entidades independientes de descuento y crédito. Casi todos optaron por la fusión, en total diez entidades, entre las que se encontraban las de Jerez, San Sebastián, Sevilla, Málaga, Oviedo, Vitoria, Pamplona, Balear, La Coruña y Zaragoza. Por el contrario, cinco de ellas, (Bilbao, Santander, Barcelona, Tarragona y Reus) se negaron, en un principio. Si bien, estas últimas cuatro entidades acabarían por modificar sus estatutos para perder, definitivamente, la facultad de emisión. Sólo el Banco de Bilbao resistiría la presión del Estado hasta junio de 1878.

Resulta de interés mencionar, brevemente, que en lo que se refiere al Banco Bilbao²⁹, sus directivos lograron el apoyo de las autoridades locales³⁰ para recurrir ante los Tribunales, la ilegalidad del Decreto. Un juez de Bilbao les dio la razón y la Corte de Burgos confirmó la sentencia, en fecha 15 de noviembre de 1876. Pero, dicha decisión judicial sería en vano, ya que previamente una Real Orden obligó al Banco de Bilbao a retirar todos los billetes de circulación, dando por finalizado el proceso.³¹ El banco definió la situación como «una verdadera expropiación».³²

4. LA CRISIS DE 1920 Y LA LEY CAMBÓ DE ORDENACIÓN BANCARIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1921

A. LA ORDENACIÓN DE LA BANCA PRIVADA COMO RESPUESTA LEGAL

La crisis de 1920 tendría un carácter diferente al de su predecesora en 1866. Al igual que ocurrió, entonces, la crisis estuvo precedida de un intenso crecimiento, que se registró

²⁹ Egibar Urrutia, L. (1998), «La resistencia del Banco de Bilbao a la pérdida de la facultad de emitir billetes (1874-1878)». *Boletín de la Real Academia de la Historia*, Madrid, CXCV, núm.1, págs.133-163.

³⁰ Ayuntamiento, Diputación y Junta de Comercio.

³¹ García Ruiz, J.L. (1991), «Libertad de emisión en España, 1856-1874: una revisión», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, nº1, págs. 79-88.

³² *Memorias del Banco de Bilbao, 1874-1878.*

en las primeras décadas del siglo XX. No obstante, en este caso, las fluctuaciones internacionales tendrían un importante protagonismo en el desenlace final.

El primer empuje económico se produjo a tenor de la situación generada, a raíz del fin de las guerras coloniales en Cuba, Puerto Rico y Filipinas, el saneamiento financiero emprendido por el ministro de Hacienda, Raimundo Fernández Villaverde, la estabilización de la moneda, la renovación del privilegio de emisión del Banco de España y un clima político regeneracionista. La conjunción de estas circunstancias contribuyó a la activación del mundo mercantil y especialmente, el de su esfera bancaria.

La favorable coyuntura económica, se tradujo, por un lado, en la apertura de grandes sociedades con capitales elevados y por otro, en la existencia de un volumen desconocido de operaciones para las instituciones crediticias no emisoras. Así, podemos destacar la creación de múltiples entidades bancarias, tales como el Banco Español de Crédito que surgiría de la reorganización del Crédito Mobiliario, o el Banco Hispanoamericano, cuya fundación respondió a la existencia de un grupo de inversores afincados en América y liderados por Antonio Basagoiti, que decidieron repatriar sus capitales.

En el País Vasco, la región con una mayor dinámica económica, destacó gracias a la instauración de sociedades tan significativas como el Banco de Vizcaya, el Crédito de la Unión Minera y el Banco de Guipuzcoano, que se añadirían al veterano Banco de Bilbao.

Posteriormente, la situación económica favorable se reforzaría con la posición neutral que adoptó nuestro Estado durante la primera guerra mundial, lo que propició un incremento de la demanda internacional de los productos españoles y un aumento de los precios. Tanto los países en guerra que requerían armas y logística militar, como los antiguos clientes, ahora desabastecidos, buscaban suministros, a menudo, sin reparar en el precio.

Las excepcionales condiciones generadas por la contienda bélica favorecieron un rápido proceso de sustitución de importaciones, creándose sociedades mercantiles nuevas en todos los sectores o ampliando la capacidad de las ya existentes.

El sector bancario no permaneció ajeno a este movimiento. Entre 1915 y 1929, aumentó el número de entidades de 52 a 91. A los Bancos de Bilbao, Vizcaya, Hispano-Americano y Español de Crédito se agregaron otras nuevas. En 1918, se constituyó el Banco Urquijo sobre la base de la firma de su nombre, el Banco Vasco o la Banca López Quesada; en 1920, el Banco Central a partir de la firma de negocios Aldama y Cía, el Banco

de Oviedo ligado a Masaveu y Cía., el Banco Gijonés de crédito sobre los negocios de la banca Juliana y Cía, el Banco Sainz, el Banco Calamarte o el Banco de Cataluña.³³

Por el contrario, el final de la primera guerra mundial supuso el fin del ambiente de euforia y el incremento del riesgo en los mercados financieros de nuestro territorio, especialmente en Cataluña, donde se pusieron de relieve notables dificultades de liquidez y solvencia. La nueva situación impactó directamente en dos de las entidades más importantes de la zona, obligando al Banco de España a actuar sin éxito como prestador de último recurso.

Es importante detenerse, brevemente, en la quiebra del Banco de Terrasa³⁴ y Barcelona para entender la magnitud de los cambios introducidos por la ley posterior de 1921.

El Banco de Terrasa participó activamente en la llamada «especulación de divisas», que se originó al final del enfrentamiento bélico y que fue, especialmente intensa, en estados, como el nuestro, en el que existía un superávit en la balanza comercial.

Esta opción por una operativa arriesgada no respondía, al parecer, a una política deliberada de la dirección de la entidad, sino que se llevó a cabo, en su mayor parte, impulsada por la iniciativa de los responsables de la sucursal que la entidad había nombrado en la ciudad de Barcelona.³⁵

La delicada situación económica movilizó el sector bancario catalán para encontrar una solución de urgencia, actuando precisamente, Francisco Cambó, como mediador. Las primeras gestiones se dirigieron hacia el Banco de España que se mostró inicialmente dispuesto a actuar para evitar la suspensión de pagos del banco de Terrasa.

La operación de salvamento se justificó en que «ocasionaría un pánico horrible cuyas consecuencias afectarían a todos los demás establecimientos de crédito de la plaza y repercutiría en otras»³⁶ y se articuló a través de la constitución por parte de la mayoría de los bancos afincados en Barcelona de una nueva sociedad, la Compañía de Crédito Bancario, encargada de avalar ante el Banco de España, la cartera del Banco de Terrasa y asegurar, así, la liquidez.

³³ Martín Aceña, P (2005), op.cit.

³⁴ Royes Riera, A. (1999), *El Banc de Terrassa en el marc de la decadència bancària catalana, 1881-1924*, Barcelona, Proa.

³⁵ Sudrià Triay, C. (2014), op.cit.

³⁶ Carta de 14 de noviembre de 1914 del director de sucursales del Banco de España, desplazado a Barcelona para hacerse cargo de la situación. Archivo del Banco de España. Royes Riera, A. (1999), *El Banc de Terrassa en el marc de la decadència bancària catalana, 1881-1924*, Barcelona, Proa.

La línea de crédito otorgada por el Banco de España fue, primero, de 27 millones para pasar pocos días después a 50 millones. Dicho aumento se hizo necesario como consecuencia de la retirada masiva de depósitos que se produjo, una vez hecha pública, la situación económica financiera y el apoyo arbitrado al efecto.

Finalmente, el día 29 de noviembre de 1920, la situación era tan preocupante que se exigió la intervención del Gobierno. El ministro de hacienda, Lorenzo Domínguez Pascual emitió una Real Orden dirigida al Banco de España por la que obligaba al banco emisor a ofrecer crédito a los bancos españoles, establecidos en Barcelona, por la vía del redescuento de efectos y de la pignoración de valores bajo la garantía del Tesoro.

El montante de los créditos concedidos a raíz de esta orden, llegaría a los 33 millones³⁷, de los que serían beneficiarias 18 entidades entre las que destacaban no sólo el Banco de Terrasa, sino los de Barcelona y el Hispano Americano.

Se extienden, entonces, los rumores e incertidumbre sobre la situación del Banco de Barcelona, incrementando de nuevo, la retirada de depósitos en masa. De hecho, a finales de mes, el apoyo prestado por el Banco de España alcanzaría los 131 millones, de los que la mitad correspondía al Banco de Barcelona y el 17% al Banco de Terrasa.

Como se puede adivinar, la situación del Banco de Barcelona se volvería crítica durante el mes de diciembre. El ministro de Hacienda trató de llegar a una solución con la intermediación del Banco de España y le solicitó en sendas ocasiones, la concesión de crédito, pero el consejo del banco emisor consideró que las garantías eran insuficientes para avalar las operaciones, sin perjuicio de permitir otras operaciones menores.

El Banco de Barcelona se declaró, finalmente, en suspensión de pagos el día 27 de diciembre. A partir de ese momento, se extenderá un pánico financiero sin precedentes en la plaza de Barcelona, que se traduciría rápidamente en una brusca caída de los depósitos bancarios, suspensiones de pagos y, sobre todo, en una desconfianza hacia las actividades crediticias que, como se sabe, significa la pérdida del principal activo sobre el que se sustenta el negocio bancario.

En los meses siguientes tanto el Banco de Terrasa como el de Barcelona serían, finalmente, liquidados.

En cuanto a la canalización de las pérdidas, se debe destacar que la liquidación del Banco de Terrasa significó la supresión total del valor de las acciones, mientras que los consejeros del Banco tuvieron que hacer frente a pagos por avales, por un importe de hasta

³⁷ Cifras, según Sudrià Triay, C. (2014), op.cit.

5,4 millones de pesetas. El capital y las reservas del banco en el momento de estallar la crisis eran de 18 y 19 millones, respectivamente.

Menos rentable, aún, resultó el Banco de Barcelona, los acreedores fueron compensados con unos «bonos de realización» que sólo se amortizaron en parte, mientras los accionistas perdieron alrededor del 90% del valor de sus acciones y los directivos tuvieron que hacer frente a las letras por un importe de 5,3 millones. Al final de las operaciones, esta liquidación supuso una cifra de 150 millones de pesetas, frente al capital desembolsado y las reservas que se elevaban a unos 58 millones.

La descripción de esta realidad económica explica la posición que adoptó el Banco de España. Esto es, la experiencia final que se extrajo de esta crisis es que el banco nacional, se había investido como el único banco emisor, pero sin embargo, no había contraído ninguna obligación en relación con la estabilidad del sistema bancario, siendo responsabilidad del Gobierno la adopción de una política al respecto.

Los acontecimientos pusieron en evidencia que el Banco de España, a instancia del Gobierno, no tenía reticencia en actuar como prestamista de último recurso. Sin embargo, esta postura debía conciliarse con los intereses privados de los accionistas del Banco de España, lo que ya revelaba sus limitaciones y reticencias.

Al final, el impacto que generó la crisis económica exigió adoptar medidas al respecto. Y por ende, se hizo palpable la necesidad acuciante de una reforma legal al respecto. El temor a que se extendieran las quiebras y el convencimiento de que las entidades de crédito, por su especial naturaleza, debían estar sometidas a algún tipo de control, propiciaron la aprobación de la célebre *Ley de Ordenación Bancaria de 29 de diciembre de 1921*, conocida como Ley Cambó.³⁸

«Los quebrantos de un banco no afectan únicamente a sus accionistas, afectan a sus clientes, afectan a toda la economía del país, afectan de una manera especial a toda la banca privada de un país, y no puede consentirse que las imprudencias de uno afecten al crédito público y ocasionen repercusiones peligrosísimas...; los bancos más prudentes, los bancos más serenos, se ven llevados, forzosamente, a seguir el camino que les marcan los más audaces o los más inconscientes, y tienen que someterse al régimen de operaciones a que éstos les invitan, porque, al no hacerlo, no

³⁸ López Muñoz, A (1981), «Cambó y las crisis bancarias», *El País*, 29 de diciembre de 1981.

sólo no evitan el daño general que con esta política se ocasiona, sino que a este daño general suman el daño particular de verse considerablemente perjudicados en su clientela...»

Así se expresó D. Francesc Cambó i Batlle, ministro de hacienda del Gobierno de D. Antonio Maura, en la presentación de la *Ley de Ordenación Bancaria de 1921*, ante el Congreso de Diputados.

Hasta la promulgación de la ley Cambó y tal como se ha descrito con anterioridad, los bancos podían desarrollar su actividad en plena libertad; podían fundarse, establecerse, fusionarse y hacer cuantas operaciones considerasen oportunas sin limitación, obteniendo por sus servicios financieros las tarifas más diversas.

Ello había generado, según Cambó, una banca fuertemente competitiva, que «operaba con un espíritu de exagerado individualismo, casi podríamos decir anárquico». Se trataba, además, de una banca escasamente desaprobada, «uniforme y atomizada», «poco concentrada», «con falta de preparación técnica» y con una fuerte presencia de bancos extranjeros, que acentuaban la competencia y limitaban sus posibilidades de expansión. La banca era, a su parecer, «uno de los puntos más débiles, más flacos de nuestra economía», expuesta a numerosos riesgos y a crecientes dificultades, acentuadas por la crisis económica que sigue a la primera guerra mundial.

Bajo la excusa de prorrogar el privilegio de emisión del Banco de España, se procuró aprobar una auténtica ordenación de la banca privada³⁹, de aquí el título que se otorgó a la norma cuyo contenido se adelanta en la exposición de motivos de la norma.

El desarrollo normativo respondió a un planteamiento original dada la época en la que nos encontramos, donde triunfaban los principios más liberales. El Banco de España se regularía, por primera vez, como Banco Central y la banca privada a su vez como tal, estableciendo unos cauces de relación específicos que venían a sustituir las iniciativas privadas.

El ministro se valió de la técnica de fomento para cimentar la ordenación bancaria, en tanto en cuanto parecía difícil justificar como servicio público, una actividad eminentemente privada que había quedado ordinariamente al albur de la libertad y competencia de los bancos.

En consecuencia, la primera ordenación bancaria no es impuesta unilateralmente por el poder político como acto de soberanía, sino que surge de la demanda de los bancos,

³⁹ Pabón y Suárez de Urbina, J.(1999), *Cambó, 1876-1918*, Barcelona, Alpha.

a través de su inscripción previa en una organización corporativa propia, el Consejo Superior Bancario.

La intervención administrativa se justificaba, explicando que no se podía otorgar al Banco de España la prórroga de emisión interesada, ni a los bancos privados ciertos privilegios, sin ofrecer ninguna contraprestación al respecto. El propio Cambó lo explicó de este modo:

«Entiendo que el Banco de España, no se le debe dar la prórroga sin que ofrezca determinadas compensaciones a la Banca privada, pero creo también que a la Banca privada no se le deben dar esta compensación, sin que acepte someterse, en su propio interés, a un régimen de disciplina y ordenación. (...)

Están tan íntimamente enlazados estos dos aspectos fundamentales del problema de crédito (se refiere al privilegio de emisión y a la ordenación de la Banca privada) que sin atender simultáneamente a los dos perdería gran parte de su eficacia aun la mas acertada solución de uno de ellos.⁴⁰»

El éxito de la regulación estribaba, tal como se indicó anteriormente, en la constatación expresa y precisa de las relaciones que debían existir entre el Banco de España y la banca privada⁴¹. El Banco de España pasaría a ser el auténtico eje de la política monetaria, mientras que la organización del ordenamiento crediticio se instauraba en el Ministerio de Hacienda, a través de la Comisaría de Ordenación de la Banca Privada y el Consejo Superior Bancario (artículo 2).

Sobre este último, debemos destacar su carácter corporativo, pues el Consejo Superior Bancario estaría integrado por representantes de la banca y las importantes funciones que se le asignan entre las que se puede resaltar la fijación de las normas a las que debía atemperarse la Banca inscrita.

La Comisaría de Ordenación de la Banca Privada, por otro lado, se configuraba como el organismo ordenador de la banca privada española, excluyendo la banca oficial, la banca extranjera y las cajas de ahorro.

La inscripción de los bancos en la Comisaría era, en efecto, voluntaria (artículo tres, base sexta). Si bien, dicha inscripción comportaba beneficios de tal importancia en el

⁴⁰ Martín-Retortillo Baquer, S. (1975), op.cit.

⁴¹ Vega Serrano, J.M. (2010), «La regulación bancaria española», en Muñoz Machado, S.(dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, vol. X, Madrid, Iustel, págs.143-207.

régimen de bonificaciones aplicable a sus operaciones, que era difícil mantenerse al margen y no sucumbir a la tentativa.

Como contrapartida, esta inscripción implicaba, también, aceptar la disciplina que diseñaba la norma. Ello suponía la aceptación de las instrucciones en torno al capital mínimo, la sujeción a ratios o coeficientes de garantía y liquidez, la fijación de tipos máximos de interés o el acatamiento obligado a las disposiciones de carácter general que, sin menoscabo de la agilidad bancaria y de la peculiar manera de trabajar de cada uno de los bancos y banqueros inscritos, se estimaban necesarias o convenientes para el interés público. A su vez, se respaldaban las nuevas funciones, con un poder de inspección que se confiaba al Banco de España y por un poder sancionador específico, que en último término permitía «la eliminación del infractor de la inscripción en la Comisaria, con pérdida de todos los derechos y ventajas que se enumeran en la base sexta», (artículo. 2, base cuarta.)

El marcado corporativismo que subyacía en la regulación se contraponía con la autonomía que se reconocía a la banca no inscrita. Sólo así, podía continuar vigente el principio de libertad de creación de bancos instaurado en 1869 y confirmado, posteriormente, por el Código de Comercio de 1885.

El resultado más evidente de la inscripción voluntaria es que no se impedía, ni el desenvolvimiento de los competidores, ni se atentaba contra la libertad de base (*volenti non fit inuria*). En la práctica, lo que se revelaba realmente era la verdadera existencia de una disimulada intervención administrativa.

Posteriormente, con la dictadura de Primo de Rivera, que no deja de ser otra forma de crisis, se aprobó el *Real Decreto Ley de 25 de mayo de 1926*. Es decir, una vez tolerada una actividad administrativa de control desconocida hasta el momento, la Administración aprovechó la tesitura para asentar y fortalecer sus facultades.

El Decreto modificó el esquema anterior. Por un lado, exigió la autorización del Ministro de Hacienda, previo informe del Consejo Superior Bancario, para utilizar la denominación de banco o banquero. Por otro, el Consejo Superior incrementó los poderes de intervención y disciplina, extendiéndolos a la banca no inscrita e incluso a «cualquier persona o entidad que se dedique habitualmente a operaciones bancarias», sea cual fue su denominación. Asimismo, le capacitó para aplicar sanciones por infracción de las normas reguladoras de crédito.

Esta reforma implicó realmente el cierre del sistema a otros operadores, pues la banca ya asentada, se resistió, a través del Consejo Superior Bancario, a la concesión de nuevas autorizaciones.

«La Dictadura (...) normalizó de este modo con plena naturalidad unos poderes nacidos bajo un cierto signo de excepcionalidad y con plena naturalidad también, sin estruendo alguno, reforzó las estructuras así normalizadas sin parar mientes demasiado en el principio de jerarquía normativa, ciertamente convencional en este contexto»⁴²

Llegamos, así, al *Real Decreto-ley de 24 de enero de 1927*, que refunde las normas anteriores de 1921 y 1926, incluyendo una nueva redacción de la Ley de Ordenación Bancaria. A su vez, se aprobó el reglamento necesario para su ejecución, mediante el *Real Decreto de 8 de febrero de 1927*.

La importancia de esta nueva norma radica en que calificó al Consejo Superior Bancario, como un órgano de regulación y representación de los intereses de las entidades existentes (artículo 21), confiriéndole personalidad jurídica para el cumplimiento de sus fines en lo que denomina «la comunidad bancaria española».

El artículo 11 disponía que «el Consejo Superior Bancario es el órgano de regulación y de representación de todos los Bancos y Banqueros inscritos en la Comisaría. Lo será también de toda la Banca privada en el desempeño de las tareas que, siendo propias del Gobierno, reciba de éste en delegación». Continúa manifestando que «el Consejo Superior Bancario, como persona jurídica creada por la Ley tiene capacidad para la realización de todos los actos y la persecución de todos los fines explícitos o implícitos en el régimen de ordenación de la Banca privada española... Si la comunidad bancaria, representada por el Consejo Superior Bancario...»

En definitiva, la regulación e intervención administrativa se efectúa, principalmente, a través de un órgano de representación, con todas las implicaciones que ello suponía. Órgano que, además, se asentaría por un tiempo en el sector crediticio.

Más tarde, durante la II República se aprobaría la *Ley de Ordenación Bancaria de 26 de noviembre de 1931*. El preámbulo del proyecto de ley, presentado en las Cortes, aludía explícitamente al contraste existente entre los beneficios obtenidos por el banco emisor y la delicada situación económica.

⁴² Fernández Rodríguez, T-R. (1989), op.cit.

Fundamentalmente serían dos, los focos en los que se va a centrar esta modificación: por un lado, se trataba de garantizar la igualdad entre el Banco de España y el Tesoro, de modo que los riesgos no recayesen básicamente en este último, mientras los beneficios se obtenían casi en exclusiva por el banco nacional. Por otro lado, enuncia como segundo objetivo, aumentar la escasa presencia del Estado en la administración del establecimiento.

Lo más significativo de esta normativa, es que se fortalecieron las funciones del Gobierno, frente a la posición que venía ostentando el banco emisor. Es cierto que se mantiene el esquema societario del Banco de España, como sociedad anónima; si bien bajo una mayor instrumentalización del Gobierno.

Sobre este extremo, podemos destacar que las nuevas facultades gubernativas abarcaron, desde instar la revisión inmediata de los estatutos que deberían ser aprobados por el Ministerio de Hacienda, establecer un servicio inspector de la contabilidad a cargo de funcionarios de la Hacienda Pública o la concesión al Gobierno de la facultad de designar tres representantes en el Consejo de Administración.

B. EVOLUCIÓN DE LAS CAJAS DE AHORRO Y SU INTERVENCIÓN

Centrémonos, a continuación, en el desarrollo de las cajas de ahorro. A raíz de lo expuesto, debemos comenzar señalando que las cajas de ahorro quedaron al margen del sector bancario y por ende, del ámbito de aplicación de la Ley Cambó. Su progreso transitó desde una naturaleza orientada al carácter benéfico de su actividad hacia otra más estrictamente social.

Veamos, la *Ley de 29 de junio de 1880*, dictada en el periodo de restauración borbónica, es la primera norma de rango legal que regulaba las cajas de ahorro.

Con esta norma, se superó el carácter uniforme que se perseguía en la inmediata regulación anterior, y se optó por respetar la particularidad de cada institución. Asimismo, se remarcó su carácter privado, aunque ello no impidió exigir la autorización administrativa pertinente para su funcionamiento y la obligación de que los Reglamentos y estatutos fuesen debidamente aprobados (artículos 2 y 3).

Por otro lado, las cajas de ahorro dejaron de definirse como instituciones municipales y se configuraron como entidades privadas benéficas, dependientes del Ministerio de la Gobernación y no del Ministerio de Hacienda. Esta ubicación no resultaba baladí, pues reflejaba la prioridad de las funciones más relevantes que se les encomienda.

Gracias a esta ley, se registró una intensa oleada de fundaciones, en la que participaron corporaciones locales, la Iglesia, organizaciones obreras y sindicales y también, particulares entre los que destacaban miembros de la burguesía, nobles ilustrados o hacendados locales.

El número de entidades se incrementó, paulatinamente, entre 1880 y 1896, desde 12 a 49. En 1900, existían 55 cajas distribuidas por todo el país, con un volumen de negocios que alcanzaba el 20% del conjunto de depósitos del sistema.

Como entidades de beneficencia, se vincularon rápidamente a la política social del Estado. Por ejemplo, en 1908, se acordó un programa de colaboración, con los objetivos del Instituto Nacional de Previsión para la financiación de casas baratas.

Posteriormente, en tiempos de la Dictadura y de la República se produjo la consolidación de las cajas de ahorros. Mediante el *Real Decreto- ley de 9 de abril de 1926*, pasarían a depender del Ministerio de Trabajo, manteniéndose dicha dependencia en el posterior *Decreto de 14 de marzo de 1933*, bajo la justificación de la acción social que desarrollaba.

Entonces, el movimiento de las cajas se institucionalizó y se abrió al asociacionismo, tal como demuestran dos citas relevantes. La primera en 1925, supuso la celebración del I Congreso Internacional del Ahorro, con participación española en Milán y su resultado fue la Fundación del Instituto Internacional del Ahorro. La segunda tuvo lugar en Madrid, en 1928. Se trataba de la Asamblea General de Cajas de Ahorros y la Asamblea Nacional de Cajas de Ahorro y Previsión, en las que se acordó fundar una Confederación que agrupara a todas las entidades. Al año siguiente, surgió la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA).

Mención aparte, merece el *Real Decreto-ley 2532/1929, de 21 de noviembre, por el que se regula el régimen de ahorro popular y se aprueba el Estatuto Especial para las Cajas Generales de Ahorro*. Texto que se mantendría hasta la aprobación de la *Ley de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito* en 1988.

Lo relevante de esta norma radicaba en que incorporó un capítulo dedicado precisamente a las intervenciones de las cajas por las autoridades competentes. Esta iniciativa pionera clasificaba la intervención administrativa en función de si se producía de forma voluntaria o forzosa, temporal o permanente, general o con un fin concreto y permanente de garantía o de liquidación (artículo 119).

Ahora bien, cualquiera que fuese el tipo de intervención, no cabe duda de que la misma se concebía como una medida circunstancial y de aquí, su carácter transitorio por

más que a una de las modalidades de intervención se la calificase como permanente. En este sentido, el artículo 124, preveía que el acuerdo de intervención debía concretar expresamente «su naturaleza, duración probable y alcance».

La tipología escogida era relevante en cuanto definía las medidas a adoptar y el procedimiento a seguir. De este modo, la calificación de la intervención no resultaba inocua, pues dependía de la finalidad perseguida.

Del conjunto del contenido normativo, podemos destacar lo siguiente. En primer lugar, los presupuestos de la intervención forzosa eran múltiples: funcionamiento de la Caja sin haber obtenido la debida inscripción; negativa al cumplimiento de obligaciones relacionadas con la presentación de documentación, fondos, garantías, inversiones; o graves irregularidades económicas o simplemente administrativas. Asimismo, la finalidad que perseguían estas intervenciones transitaba desde solucionar anomalías transitorias hasta la vigilancia directa y constante de la entidad o la formalización de la liquidación posterior.

Por otro lado, las facultades de los interventores eran especialmente amplias, pues no sólo podían suspender o limitar temporalmente, pagos, plazos o realizar actos de precaución o de garantía para restablecer el crédito o la normalidad del funcionamiento de la entidad, sino que formaban parte de los consejos de administración y de las juntas de gobierno, con voz pero sin voto, gozando incluso de la prerrogativa de suspender o anular los actos y acuerdos o la adopción de imposiciones específicas, tal como la suspensión forzosa o la suspensión de pagos.

Desde un plano judicial, los acuerdos o medidas adoptadas por los interventores eran susceptibles de recurso de alzada ante el inspector general, siendo apelables estas resoluciones frente al ministro (artículo 131).

Expuestas las líneas fundamentales del desarrollo normativo, fácilmente se puede apreciar como conclusión, que la regulación se construyó sobre una mezcolanza entre dos técnicas de intervención, que hoy consideramos diferentes: la intervención simple y la sustitución de administradores.⁴³

⁴³Gamero Casado, E. (1995), *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*. Madrid. Marcial Pons

5. LA LEGISLACIÓN EN LA GUERRA Y EL STATUS QUO BANCARIO. LEY DE 27 DE AGOSTO DE 1938, SOBRE FACULTADES GUBERNATIVAS EN MATERIA BANCARIA Y LEY DE ORDENACIÓN BANCARIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1946

La guerra civil alentó el siguiente contexto de crisis, objeto de estudio. La ruina económica obligó a la reconstitución del tejido financiero con carácter de emergencia, pues el sistema monetario y bancario se había desarticulado, a causa de la división del país en dos zonas. La autarquía y el intervencionismo serían las dos notas fundamentales que definirían esta etapa.

Se consolida el llamado «status quo bancario», como una de las medidas políticas financieras más significativas. Se entiende como tal, la situación que presentaban las entidades bancarias en 1936, en la que se prohibía la creación e instauración de otras nuevas. En concreto, esta prohibición se artículo a través de la *Orden de 19 de octubre de 1939*, que establecía «la ineficacia de las autorizaciones concedidas y no utilizadas para usar el nombre de banco y banquero», así como «la ineficacia de otras autorizaciones sobre traslados, ampliaciones de capital, modificaciones de la naturaleza jurídica de las empresas,...».

Destacar, asimismo, la *Ley de 11 de julio de 1941, de nacionalización y transformación de empresas bancarias*, la cual no hizo más que extender al sector financiero, el proceso nacionalizador que había iniciado la *Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional de 24 de noviembre de 1939*. Esto es, la nueva norma se encargó de desarrollar el llamado procedimiento de «nacionalización» en las empresas bancarias y se traducía en la práctica, en la oportunidad que se ofrecía a la banca nacional de hacerse cargo en traspaso definitivo de los negocios bancarios que existiesen a nombre de entidades extranjeras, llegando incluso a ocupar los locales donde tuvieran sus oficinas⁴⁴. Se obtuvo,

⁴⁴ Artículo 1º. «Se autoriza a la Banca nacional para hacerse cargo, en traspaso definitivo de negocios bancarias que al presente giren en España a nombre de entidades extranjeras, y para ocupar los locales donde éstas tuvieran establecidas sus oficinas, siempre que cumplan las siguientes condiciones:

a) La entidad absorbente, que deberá hallarse inscrita en la antigua comisaría de Ordenación de la Banca Privada, quedará subrogada en todas las obligaciones que a favor del Estado o de terceros tenga la Empresa extranjera por razón de actividades realizadas como entidad operante en España y habrá de acreditar que cuenta con medios, cuya suficiencia juzgará el Ministerio de Hacienda, apropiados a la importación de la incorporación del negocio.

b) si el Banco extranjero se hallase afectado por cuestiones relacionadas con el desbloqueo de saldos, el Banco o banquero nacional con quien el primero contrate el traspaso queda obligado a cumplir todas las disposiciones que a tal respecto emanen del Gobierno o de sus órganos

así, como resultado, la fusión de la banca española, a costa de la extranjera y los pequeños bancos nacionales.⁴⁵

En materia de organización, destaca el *Decreto de 2 de marzo de 1938*, que suprimió el Consejo Superior Bancario y concentró en el ministro de hacienda todas las facultades atribuidas tanto a éste, como a la Comisaría de Ordenación de la Banca privada, a través de diversos mecanismos. Dicha normativa sería refrendada cinco meses más tarde por la *Ley de 27 de agosto de 1938, sobre facultades gubernativas en materia bancaria*.

Cabe detenerse en el contenido de esta norma, por su relevancia, ya que en rigor fue la primera regulación que incluyó disposiciones en materia estrictamente relacionadas con la intervención bancaria, al margen de la comentada anteriormente en relación con las cajas de ahorro. El hecho de tratarse de un periodo de guerra no empaña ni la relevancia del contenido, ni el carácter innovador que significó la norma para nuestro ordenamiento.

La citada Ley añadió a los poderes de ordenación, inicialmente previstos por la Ley Cambó, otros distintos entre los que destacó: la facultad de definir las normas generales de la política de crédito, formular indicaciones especiales a un banco sobre su política de crédito, efectuar inspecciones ocasionales en la forma y extensión que se considerasen necesarias, e incluso, la posibilidad de acordar la intervención en el gobierno y administración de un banco, la suspensión de sus operaciones o la liquidación definitiva.

Brevemente, conviene mencionar, en relación con este último inciso, que la competencia para acordar la intervención, resolución o liquidación se otorgaba directamente por el Consejo de Ministros, quien actuaba a propuesta del ministro de hacienda y ello a diferencia de las otras modalidades, cuya responsabilidad recaía únicamente en este último. De cualquier forma, la resolución adoptada debía especificar la modalidad escogida.

Por otro lado, y en lo que aquí interesa, el procedimiento de intervención o suspensión de un banco (art.4) diferenciaba atendiendo a la concurrencia o no de urgencia en la adopción de la medida, conscientes quizá de la necesaria celeridad de una respuesta

responsables, y a llevar la contabilidad de las cantidades bloqueadas y de las consecuencias del desbloqueo con absoluta separación del negocio propio hasta el término definitivo de aquél.

c) si el Banco o banquero nacional no llegara a utilizar alguna o alguna de las Sucursales o Agencias que la entidad extranjera tuviere establecidas en España, no podrá el primero traspasar a su vez a otro Banco o banquero nacional ni extranjero estas oficinas que deberán clausurarse.

d) Serán en todo caso de inexcusable cumplimiento los requisitos del apartado a) del artículo siguiente.»

⁴⁵ Fernández Rozar, J.C. (1975), «La inversión extranjera en el sector bancario español», *Anuario de Derecho Internacional*, II, págs. 347-377

eficaz en este ámbito, aunque nada se mencione sobre este extremo. Por el contrario, la modalidad urgente se excluía, expresamente, en los supuestos de liquidación del banco.

Así, la formación del expediente requería en el procedimiento que podemos calificar como «ordinario», la audiencia del banco interesado y el dictamen del Consejo Nacional del Crédito. Pero en casos de «justificada urgencia», se podían adoptar las medidas de intervención o suspensión de operaciones, sin esperar a la sustanciación del expediente, que debería incoarse en todo caso y cuya resolución definitiva se limitaría a confirmar o revocar el acuerdo adoptado. Por tanto, lo que se debe retener de esta fórmula es que cualquiera que fuere la medida a adoptar, en ningún momento se prescindía de la audiencia al banco afectado.

El Preámbulo de la norma trató de justificar la adopción de este conjunto de medidas, en la realidad bancaria de la posguerra, ateniéndose a argumentos puramente pragmáticos y omitiendo los ideológicos, que ya por sí mismos, podrían haber sido suficientes para justificar el cambio de orientación. Ahora bien, en este punto, no se puede obviar que la evolución internacional del Derecho bancario apuntaba en la misma dirección, pues la crisis de 1929 exigió a muchos países, la adopción de modificaciones legales en este sentido. El ejemplo italiano era, entonces, el más próximo.

Este régimen se mantendría, en esencia, durante décadas, a pesar de la aprobación de la *Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946* y el *Real Decreto-ley 5/1978, de 6 de marzo, sobre facultades de intervención el Banco de España*.

En suma, las disposiciones normativas posteriores no añadieron nada nuevo, ni en materia del régimen de autorización previa encomendado al ministro de hacienda; ni en relación a las facultades de regulación y dirección del sector. Tampoco, afectó a las previsiones en materia de intervención de las entidades bancarias, suspensión temporal de sus órganos de administración y dirección o en la liquidación administrativa. En este sentido, la norma de 1978 no alteró la regulación primigenia, que ya había sido desarrollada en la Ley de 27 de agosto de 1938.⁴⁶

Tomas Ramón Fernández llegó a afirmar al respecto que:

⁴⁶ La regulación se mantendría vigente, a pesar del transcurso del tiempo, pues la disposición final de la LOB 1946, no cita la de 1938, entre las normas derogadas por ella y tampoco, puede considerarse implícita, ya que su contenido no se oponía, sino que complementaba a la anterior. Lo mismo ocurre, con la LBOC 1962 que no afectó a la LOB 1946, a la que vino a superponer su propio desarrollo y el RDLMFBE.

«Desde 1938 hasta hoy mismo han variado los detalles, las técnicas concretas de intervención, la intensidad, por supuesto, de la intervención misma y, desde luego, la estructura de la autoridad monetaria y crediticia, pero las bases del sistema permanecen sin variación, pese al tiempo transcurrido, que no hizo sino afirmarlas, asentándolas en las costumbre y en los hábitos cotidianos con apoyo en nuevos y poderosos argumentos, que han terminado por eliminar, desplazándola, cualquier posible polémica doctrinal en torno a ellas».

El cuadro legislativo de la postguerra se cierra con *la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946*, firmada por el ministro de hacienda, Joaquín Benjumea y cuya única razón de ser, se justificaba en la finalización del plazo del privilegio de emisión, encomendado al Banco de España. La norma se limitó, en conclusión, a consagrar los principios que inspiraron la legislación en la etapa 1939-1942, sin introducir ninguna novedad de relevancia.

De cualquier forma, cabe retener que el intervencionismo reinante en el momento no se acompañó de un marco de supervisión efectivo y adecuado.

Desde el punto de vista institucional, la LOB 1946 confería las competencias inspectoras de la banca privada a un centro directivo del Ministerio de Hacienda, la llamada Dirección General de Banca y Bolsa, lo que constituía cierta anomalía, aún en esta época.⁴⁷

Tampoco, se arbitró un régimen de supervisión continuado, ya que las inspecciones eran meramente ocasionales, sin que fuera posible fiscalizar de forma efectiva la política de crédito de las entidades. Esto es, en el fondo, el acceso del supervisor a la información relativa a operaciones o clientes concretos se encontraba rígidamente limitada⁴⁸, lo que ponía de manifiesto la escasa entidad de las tareas asignadas.

⁴⁷ En Olariaga Pujana, L. (1946), *La ordenación bancaria en España*, Madrid, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, se analiza la situación de la siguiente forma: «La Dirección General de Banca y Bolsa no tiene explicación técnica satisfactoria, pues en ningún país se ha entendido que la reglamentación e inspección de los organismos de crédito pudiese ser eficaz y autorizadamente desempañada por un centro directivo de un Ministerio».

⁴⁸ En el artículo 49 de la LOB 1946 se indicaba que: «Los bancos y banqueros estarán obligados a facilitar a la Dirección General de Banca y Bolsa los datos y antecedentes que, no afectando a operaciones, actos o negocios determinados, les reclama aquélla, sin perjuicio de las facultades que a dicho Centro corresponden para acordar la práctica, cuando proceda, de inspecciones ocasionales con arreglo al apartado c) del artículo cuarenta y siete.

Estarán también obligados a remitir, en los plazos que se establezcan, sus balances y el extracto de su cuenta de pérdidas y ganancias a dicha Dirección, al Banco de España y al Consejo Superior Bancario».

Por otro lado, se debe efectuar una breve mención a la categorización del Banco de España en estos tiempos. Hasta este momento, se configuraba como una sociedad anónima bajo la dirección de la Administración del Estado, a través de su Gobernador. Pues bien, la LOB 1946 asumió, indubitadamente, como hemos indicado, que la dirección general de la política económica correspondía al Gobierno, lo que obligó, en cierta medida y como contrapeso, a acentuar la autonomía del banco emisor, que no olvidemos seguía siendo una entidad de carácter privado.

Esta mayor autonomía se tradujo, en el texto legal, en la necesidad de introducir ciertas disposiciones que respetasen el carácter privado del banco frente a posibles injerencias. Así por ejemplo, el artículo 7 *in fine*, reconoció que no se podía otorgar ningún crédito por el Banco, contra el voto unánime de aquellos vocales representantes de los accionistas o en el artículo 12, se autorizó el mantenimiento de las funciones propios de toda entidad bancaria privada (descontar y redescantar efectos, cupones, conceder prestamos...)

En cuanto al panorama final, se debe señalar que tras la LOB 1946, el sistema financiero quedó compuesto de tres tipos de instituciones: banca oficial (Banco de España, Hipotecario de España, Crédito Industrial, Crédito Local, Exterior de España, Sindicato Nacional de Crédito Agrario, Crédito Pesquero, Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional y la Caja Postal de Ahorros), banca privada y cajas de ahorro.⁴⁹

6. LA LIBERALIZACIÓN DE LA REGULACIÓN BANCARIA

A finales de los años 50, España atravesaba una situación económica complicada. El modelo autárquico que había sido implantado tras la guerra civil, comenzaba a mostrar claros signos de fatiga. En 1956, la inflación alcanzaba la cifra del 15%, dato ante el cual se optó por subir los salarios de los trabajadores, lo que no hizo más que empeorar las perspectivas de futuro. Asimismo, la deuda pública se había disparado y la balanza de pagos presentaba un déficit comercial muy alto. En este contexto, la necesidad de adoptar imperiosamente medidas de ajuste en la economía se presentaba como primordial.

Se optó, entonces, por aprobar el *Decreto-Ley 10/1959 de 21 de julio, de ordenación económica*, que daba contenido al conocido Plan de Estabilización de 1959 y cuyo mayor logro radicó en hacer efectiva la apertura hacia el exterior, adoptando medidas liberalizadoras en diversos sectores. El plan fue configurado con ayudas internacionales y

⁴⁹ Martín Aceña, P. (2005), op.cit.

se amparó por una parte, en las experiencias de las estabilizaciones atesoradas en otros países como Reino Unido (septiembre de 1957), Turquía (agosto de 1958), Francia (diciembre de 1958) y Chile (abril de 1959) y por otra, en la anuencia de organismos y entidades nacionales e internacionales que mostraron su apoyo.

Este impulso liberalizador se plasmó, también, en la regulación bancaria, a través de la *Ley 2/1962, de 14 de abril, sobre bases de ordenación del crédito y de la Banca*⁵⁰. Es significativo, en este orden de cosas, la justificación de la reforma, en la que se recalca el transcendental papel que desempeñan los bancos en la economía y que se incluye en el texto de la exposición de motivos, de la siguiente forma:

«La puesta en práctica, en un futuro próximo, de un Plan General de Desarrollo de la Economía Española exige un previo examen de los instrumentos de que se dispone para acometer con éxito esa transcendental tarea. Uno de esos instrumentos, quizá el más valioso, es el sistema bancario y la organización crediticia oficial, en los que se ha de apoyar, en gran medida, la financiación del Plan, para lo cual es preciso que el conjunto de instituciones que integran aquéllos funcionen armónica y coordinadamente, sin fallos, interferencias, ni vacíos, en forma tal que, estimulando por los medios adecuados la formación del ahorro, se logre canalizarlo convenientemente hacia la inversión.»

Consecuentemente, se acabó con *el status quo* bancario, al disponer que «se darán mayores facilidades y libertad al acceso a la profesión del banquero y al ejercicio de ésta, modificando, por tanto, la actual regulación» (base 7ª). No obstante, la actividad sería controlada por el Ministerio de Hacienda, que fijaría las condiciones de capital mínimo, según la plaza.

Aún la literalidad de la regulación reproducida anteriormente, la disposición reflejaba, a su vez, el rechazo expreso al principio de neutralidad económica, por lo que en ningún caso, se trató de instaurar una economía de mercado. Ello explica que se autorizase, al mismo tiempo, al Gobierno a reformar la totalidad del sistema, incluyendo no sólo el Banco de España y la banca privada, sino las cajas de ahorro, entidades oficiales de crédito, de inversión colectiva...

⁵⁰ Martín-Retortillo Baquer, S (1991), op, cit.

Bajo estas premisas, la ley atribuyó la dirección de la política financiera y monetaria al Ministerio de Hacienda, como autoridad monetaria; el cual ejercía sus funciones a través de tres órganos asesores y ejecutores: el Banco de España, el Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo, y el Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorros.

En concreto, el Banco de España se ocupaba de la ejecución de la política monetaria, con una organización autónoma; aunque, se le exigía, al mismo tiempo, una función de colaborador, informador y asesor del Gobierno. Ello supuso la culminación del proceso de nacionalización que se había llevado a cabo en relación con los bancos oficiales, entre los que, por supuesto, se encontraba el Banco de España. A propósito de lo expuesto, conviene apuntar que el Banco de España había sido efectivamente nacionalizado anteriormente por *Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio, de nacionalización y reorganización del Banco de España*.⁵¹

Además, se le encomienda a través de la Base segunda, f) de la Ley, desarrollada por el artículo 17 del *Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio, de nacionalización y reorganización del Banco de España*, la inspección de la banca privada⁵².

Dicho precepto dispone lo siguiente:

«Corresponderá al Banco de España como órgano de inspección de la Banca privada y atendiendo a las normas que dicte el Ministro de Hacienda:

a) Disponer inspecciones periódicas de la Banca privada a fin de comprobar el cumplimiento de las normas vigentes en relación a sus balances, estructura de sus cuentas, intereses y comisiones que aplique en sus operaciones, y en lo referente al cumplimiento de las normas generales sobre política de crédito.

b) Llamar la atención de los Consejos de Administración y directores de las Sociedades bancarias cuando estime que la política de dividendos que practique, sin incumplir las normas obligatorias sobre la materia, no se acomodan a los resultados efectivos de la explotación y a la situación y perspectiva de sus negocios. Si la entidad interesada desoyera la advertencia el Ministro de Hacienda, a propuesta del Banco de España, podrá disponer que la aludida indicación sea inserta en la Memoria que se presente a la aprobación de la primera Junta general de socios que se celebre.

⁵¹ Se habla de nacionalización de la banca oficial, «porque el hecho de tratarse de la Banca oficial o Banca del Estado, como se la calificó en ocasiones no fue óbice para que el sector privado tuviera en ella una importante participación patrimonial. No es, por tanto, ninguna redundancia hablar de nacionalización de la Banca». Martín-Retortillo Baquer, S (1975), op.cit.

⁵² Vega Serrano, J.M. (2010), op.cit.

c) Disponer inspecciones extraordinarias a un Banco privado sobre cualquier aspecto de sus actividades, cuando así lo juzgue conveniente.

d) Formular indicaciones a un Banco sobre la política de crédito que practique.

e) Proponer al Ministro de Hacienda las sanciones a que hubiera lugar, con arreglo a las normas legales que se dicten sobre la materia.

El ejercicio de la función señalada en los apartados b), c) y d) corresponderá al Gobernador del Banco y figurará entre las facultades no delegables.»

La intervención de la Administración pública afloró a través de una sucesión de normas que se dictaron a lo largo del tiempo y que incluían una gama de actuaciones muy diversas que se extendían más allá de las meras atribuciones inspectoras. Entre ellas, podemos destacar aquellas que afectaban a la organización, el funcionamiento o las relaciones crediticias. Ejemplo de las mismas serían el señalamiento de un capital mínimo, la definición del régimen de apertura de oficinas, el régimen de incompatibilidades⁵³, la fijación de determinados coeficientes⁵⁴, el modelo obligatorio de balances...

El mérito de la norma radicaba en que supuso una cierta acentuación y racionalización de la intervención pública sobre la banca y se configuró al Banco de España como un auténtico Banco central, atribuyéndole funciones de control y supervisión de las entidades de crédito, de manera que «la actividad quedaba sujeta no sólo a mecanismos de inspección y disciplina, sino a otros de control positivo o activo»⁵⁵.

Ciertamente, se puso término a la anómala estructura institucional de la LOB 1946, disponiendo que el Banco de España asumiría, esta vez sí, las funciones supervisoras. En concreto, se preveía que el Banco, como se ha manifestado anteriormente, practicaría inspecciones periódicas de la banca privada, a fin de comprobar el cumplimiento de las normas vigentes en relación con sus balances, las estructuras de sus cuentas, intereses y

⁵³ *Ley 31/1968 de 27 de julio de 1968, por la que se establece el régimen de incompatibilidades y limitaciones de los presidentes, consejeros y altos cargos ejecutivos de la Banca privada y Decreto 702/1969, de 26 de abril, por el que se desarrolla lo establecido en la Ley 31/1968 de 27 de julio, sobre régimen de incompatibilidades de Altos Cargos de la Banca y determinación de límites en concesión de créditos.*

⁵⁴ Por ejemplo, el coeficiente de inversión se introdujo en la disposición adicional cuarta de la *Ley 13/1971, de 19 de junio, sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial* y se desarrolló en la *Orden de 27 de diciembre de 1973*; el coeficiente de caja, de liquidez y garantía se regularon en el *Decreto-Ley 56/1962, de 6 de diciembre de 1962, sobre carteras y coeficientes de los Bancos privados* (artículo 7).

⁵⁵ Echevarría Hernández, J.M. (1978), «El control público de la Banca», en *La ordenación jurídica del crédito*, Madrid, Instituto de Estudios Financieros, págs. 264-265.

comisiones y en lo referente al cumplimiento de las normas generales sobre política de crédito.

Pero, en la práctica, las normas siguieron siendo deficientes, asistemáticas, dispersas y sin eficacia real. Por ejemplo, un instrumento como el coeficiente de solvencia, previsto en las Leyes de ordenación bancaria de 1921 y 1946, no se establecería efectivamente hasta 1974⁵⁶. Lo mismo ocurre con otros aspectos, tales como la fijación de tarifas y de tipos de interés o de redescuento, que finalmente se configuraron, respectivamente, a través de las Órdenes de 9 de agosto de 1974 y 24 de septiembre de 1974.

Esto significa que las medidas liberalizadoras no se instaurarían definitivamente hasta aproximadamente 1974. Proceso, que además se acentuaría con la aprobación de los Pactos de Moncloa en 1977. Incidiremos en ello en el próximo capítulo.

En definitiva, la ineficacia práctica de las disposiciones a las que hemos hecho alusión, se explica por la carencia de potestades efectivas de control, pues la atribución de nuevas funciones al Banco de España o su configuración como supervisor no era suficiente, al tratarse de normas sin un respaldo real que asegurase su cumplimiento. La relación con la banca seguía respondiendo a un modelo basado en la ambigüedad, de modo que se procuraba en todo momento el consenso con las entidades afectadas para garantizar el éxito de las medidas, lo que no dejaba de ser una herencia de épocas pretéritas.

En otro orden, se debe mencionar entre lo más destacado de esta década, la aprobación de la *Ley 31/1971, de 19 de junio, sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial*, que tenía como objeto tratar de organizar el sistema financiero, mediante la especialización bancaria y la reglamentación de los bancos de negocios. Esta reforma estuvo auspiciada por el escándalo Matesa⁵⁷ y la necesidad de llevar a cabo un cambio de criterio en la regulación del crédito oficial.

⁵⁶ *Orden de 9 de agosto de 1974*. De hecho, dicha Orden se dicta por el Gobernador del Banco de España y Subsecretario de Economía Financiero como consecuencia de la habilitación conferida al Ministerio de Hacienda, doce años antes por el artículo 7 del *Decreto-Ley 56/1972*, de 6 de diciembre.

⁵⁷ Matesa, una empresa de exportaciones, había sido receptora de una gran parte del crédito extendido por el Banco de Crédito Industrial, llevándolo a la quiebra. Según informaba el diario *El País* en 1983, la comisión liquidadora, creada al estallar el escándalo para intentar recobrar 9800 millones de pesetas en créditos y 1300 en intereses que debía Matesa al Banco de Crédito Industrial al estallar el escándalo, consiguió únicamente 6900 millones de pesetas al valor de 1983, procedentes fundamentalmente de las entidades de seguros. El proceso judicial abierto acabó condenando a los colaboradores más inmediatos y algunos empleados del Banco de Crédito Industrial que habían sido acusados de negligencia o cohecho por agilizar los trámites en la concesión de créditos oficiales.

7. LA CRISIS DE 1977 Y LA IMPROVISACIÓN DE LAS NUEVAS MEDIDAS DE INTERVENCIÓN BANCARIA

A. ASPECTOS GENERALES

A continuación, abordaremos una de las crisis bancarias más representativas de la historia reciente. Su transcendencia radica en las circunstancias que conformaron su origen, el amplio espectro temporal que abarcó, así como el elevado número de entidades a las que finalmente afectó.

Esta crisis económica puso al descubierto, las deficiencias normativas existentes hasta el momento y exigió improvisar una batería de medidas inmediatas, algunas de las cuales se mantienen en la actualidad, como es el caso del fondo de garantía de depósitos.

Como en las anteriores ocasiones, el decaimiento económico fue precedido de una etapa de prosperidad y auge a la que, ciertamente, contribuyó la *Ley 2/1962, de 14 de abril, sobre bases de ordenación del crédito y la Banca*.

El final del «status quo bancario» propició el incremento de nuevas entidades bancarias e incluso, el establecimiento de la banca extranjera, pero los objetivos a seguir exigían, en coherencia, una modernización de la estructura financiera. Ello se llevaría a cabo a través de la aprobación de distintas disposiciones en el verano de 1974, que acentuarían, primero, la liberalización en el sector, para después y paradójicamente, intensificar el recrudecimiento de la crisis.

Se trataba del *Decreto 2246/1974 de 9 de agosto, por el que se modifica la regulación de la creación de nuevos Bancos privados* y el *Decreto 2245/1974, 9 de agosto, por el que se modifican las normas de expansión bancaria*.

A las disposiciones anteriores, le siguieron los Pactos de Moncloa de 1977 que trataron de apuntalar la reforma del sistema financiero, a través de la enunciación de distintos principios de actuación⁵⁸ y que tuvo efectos entre otras materias, sobre los tipos

⁵⁸ En concreto, los pactos de Moncloa incluían como principios los siguientes:

«La reforma del sistema financiero responderá a los siguientes principios:

Antes del 31 de marzo de 1978 el Gobierno remitirá a las Cortes un Proyecto de Ley para la nueva regulación de los órganos rectores del Banco de España y del Crédito Oficial.

Se adecuarán las normas reguladoras del crédito oficial de forma que las entidades oficiales de crédito se financien, al menos en su tercera parte, con fondos captados en el mercado; sus operaciones activas puedan ser similares a las de la Banca privada y tengan posibilidad de acceso a los créditos de regulación monetaria.

de interés a corto plazo que se declararon libres y los coeficientes de inversión obligatoria que se suprimieron.

Desde una perspectiva internacional, el ascenso económico de los años 60 comenzó a mostrar sus limitaciones a partir de 1973, como consecuencia del encarecimiento de los precios del petróleo tras la guerra del Yom Kippur y el deterioro de los intercambios comerciales del país a lo que vino emparejado. A lo anterior, debemos añadir ya en nuestro territorio, el entorno político en transición, la fuerte inflación, el incremento del desempleo o la reconversión industrial. Comienza una profunda crisis que se extendería desde 1977 hasta 1985.

En el ámbito financiero, debemos añadir que a las causas exógenas propias del inicio de un periodo de recesión económica y de crisis industrial, se les añadió las endógenas que había arrastrado este sistema.

Los principales analistas identifican tres elementos fundamentales en la crisis del momento: la liberalización financiera, la inexperiencia de los directivos de algunas entidades y la falta de instrumentos, en manos de las autoridades para hacer frente a estas situaciones.

Resulta indiscutible, que la liberalización a la que antes hemos aludido, obligó a las entidades bancarias a competir entre sí, para ofrecer mejores condiciones; lo que evidenció la debilidad de muchas de ellas, en un contexto de altos tipos de interés que presionaban a

Las Cajas de Ahorros prestarán atención prioritaria a la financiación de la pequeña y mediana empresa, a la del comprador para la adquisición de la vivienda propia, a la de los sectores agrícola y pesquero y a la de cuantas actividades estimulan la creación de empleo en el ámbito territorial en el que operen. El Gobierno propondrá en el plazo de un mes las medidas oportunas en orden al cumplimiento de tales objetivos. Las autoridades financieras y la Sección de Política Monetaria de la Comisión de Economía del Congreso vigilarán, en sus respectivos ámbitos de competencia, el funcionamiento de estas entidades y garantizarán la representación efectiva en sus órganos de gobierno de los impositores y, cuando proceda, de las Entidades y Corporaciones y de los propios gobiernos autonómicos de su ámbito territorial.

Las Cajas Rurales pasarán a depender del Ministerio de Economía y serán controladas por el Banco de España en análogos términos que las Cajas de Ahorros y la Banca privada.

Se revisarán las actuales normas sobre incompatibilidades bancarias y se limitará la posibilidad de concesión de créditos por las entidades bancarias a sociedades anónimas en cuyo capital posea una especial participación alguno de los altos cargos de tales entidades bancarias.

Dentro del mercado de capitales se potenciarán las emisiones de títulos de renta fija, adecuándose sus tipos a los del mercado.

Respecto al mercado de hipotecas, se eliminarán las trabas legales y administrativas que actualmente obstaculizan el desarrollo del mismo.

Se revisará la función de los Agentes Mediadores en el mercado de capitales, en el sentido de liberalizar y ampliar la función mediadora.

Se revisará la legislación vigente en materia de inversión colectiva.»

la baja, la rentabilidad de unas empresas extremadamente dependientes de la banca para su financiación.

De hecho, esta dependencia resultó, al final, contraproducente para la propia banca, tanto por los créditos que se habían concedido, pues ello implicó un aumento significativo de las tasas de morosidad, como por la amplia cartera de participaciones industriales que habían llegado a acumular.

Por otro lado, el protagonismo de la construcción residencial en los años 1960 ayuda a explicar la alta concentración de activos inmobiliarios en los balances de algunos bancos. Un fenómeno que no nos resulta ajeno en la actualidad, pues recientemente hemos incurrido en la misma problemática.

Ahora bien, lo que resultó definitivo para sumir al sector en esta profunda crisis, fue la ausencia de una verdadera regulación de supervisión y liquidación bancaria. No sólo porque este vacío legal favoreció la crisis económica, en la medida en la que algunas entidades asumieron riesgos excesivos y efectuaron operaciones fraudulentas, sino porque también dificultó la resolución de las mismas. En consecuencia, se afrontarían unos costes elevados, que, finalmente, acabarían por sufragar tanto los contribuyentes, como la economía nacional.

En definitiva, el comienzo de la crisis de 1977 evidenció que toda liberalización bancaria exige un marco de supervisión, que entonces no existía y que se demostró que era tan necesario, como imprescindible, para el correcto funcionamiento del mercado financiero.

Veamos, hasta ese momento, no se habían previsto mecanismos de supervisión de las entidades bancarias, pues no podemos olvidar que eran las propias autoridades públicas, las que fijaban los tipos de intereses activos y pasivos o las que determinaban las inversiones. De modo, que no existía una necesidad acuciante de supervisión, sino sólo de vigilancia en el cumplimiento de la normativa.

Por el contrario, posteriormente, al permitir que cada banco definiera sus propias estrategias de mercado y asumiera las consecuencias de sus propias decisiones comerciales, se debieron arbitrar instrumentos que permitieran, paralelamente, supervisar tanto la viabilidad, como los efectos de estas operaciones y en último extremo, prever la posible intervención o liquidación de los bancos. El país no disponía, tampoco, en estos momentos de un sistema concursal adecuado y ágil que permitiera resolver con rapidez, las situaciones de insolvencia que se pudiesen generar.

Como sabemos, esta adaptación no se efectuó con la profundidad exigida, limitándose a un mero control fatuo. A mayor inri, el Banco de España no poseía los recursos materiales y humanos necesarios, de aquí, las consecuencias nefastas para la época y la necesidad acuciante de una modificación del marco regulatorio.

La carencia de una normativa que permitiera afrontar las nuevas problemáticas surgidas de la crisis, se reflejaría en el hecho de que ni siquiera existía una tipificación apropiada de las infracciones cometidas en materia de disciplina bancaria.⁵⁹

El desencadenante definitivo de la crisis fue, sin duda, la caída del Banco de Navarra. Es más, algunos autores refieren, exactamente, el inicio de la crisis al día 17 de enero de 1978, fecha en la que el Banco de España anunció, que se hacía cargo del Banco de Navarra. Comienza, entonces, a esbozarse una nueva regulación, que se convertiría en el preludio de nuestro actual panorama.

Pues bien, se intentaron varias vías para tratar de salir de la crisis, la primera fue la creación de un fondo de garantía de depósitos para cada uno de los grupos de entidades que venían operando.

B. LA CREACIÓN DE LOS PRIMEROS FONDOS DE GARANTÍAS

La finalidad de estos fondos consistía en ofrecer protección al ahorro y dar cobertura a los depósitos de clientes de las entidades con problemas. Se aprobó, entonces, el *Real Decreto 3048/1977, de 11 de noviembre por el que se crea el «Fondo de Garantía de*

⁵⁹ La STS de 18 de febrero de 1985 rec.1985/818 aborda la problemática de la ausencia de tipificación apropiada de las infracciones en materia de disciplina bancaria, como consecuencia de la administración del Banco de Navarra. De hecho, se tuvo que acudir al concepto de «relación especial de sujeción» para evitar la impunidad de las conductas. En concreto, el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 31 de mayo de 1978 sancionaba al Banco de Navarra, con la exclusión del Registro de Bancos y banqueros operante en España, su liquidación y sanción. La Sentencia afirma que existía tipicidad en el incumplimiento de circulares, instrucciones y requerimientos procedentes del Banco de España. Para llegar a esta conclusión, distinguía la relación que une la administración con los administrados en general y de la de aquellas personas individuales y jurídicas que están vinculadas por una especial relación jurídica que la doctrina califica de dominación procedente de un vínculo, como el de los funcionarios, el de los concesionarios de servicios u obras o de otra clase como ocurre precisamente con la relación de banqueros que han de inscribirse en un Registro especial, sin cuya inscripción no pueden operar. Asimismo, añade que no puede hablarse de confiscación, ya que la disolución es consecuencia ineludible de la exclusión del Registro.

*Depósitos en Establecimientos Bancarios*⁶⁰» y el Real Decreto 3047/1977, de 11 de noviembre, por el que se crea el «Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorros».

Es importante destacar que estos fondos continúan operando en la actualidad, si bien, con ciertas modificaciones respecto a la regulación original. Todo ello, sin perjuicio de su fusión como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósito de Entidades de Crédito.

No obstante, debemos retener como antecedente, que aunque esta figura se introduce en nuestro ordenamiento en 1977, sus orígenes propiamente se remontan a la década de los treinta, en la que se convirtieron en la clave de bóveda de la recuperación económica de Estados Unidos, tras el crac bursátil de 1929. En ese momento, la pérdida de la confianza de los ahorradores provocó una disminución importante del volumen de negocio y por ende, la quiebra de diferentes bancos. Nació, entonces, en junio de 1933 y dentro del programa de reformas, liderado por el presidente Franklin D. Roosevelt, el denominado *New Deal*, de la mano de *Federal Deposit Insurance Corporation*, con el fin de prevenir crisis futuras y asegurar los depósitos hasta 2.500 dólares.

Centrándonos en esta modalidad de actuación, lo más significativo, es que los fondos se integraron en el Banco de España, quien asumía la gestión y administración de los mismos, como consecuencia de su falta de personalidad jurídica.

La garantía que ofrecían estos fondos cubría exclusivamente la cantidad de quinientas mil pesetas por depositante, esto es, por persona natural o jurídica, una vez producida la suspensión de pagos o quiebra de la entidad.

El Real Decreto 54/1978, de 18 de enero amplió la aplicación de la garantía a aquellas situaciones en las que a la vista de la información suministrada por el Banco de España, se estimara que existía peligro de insolvencia y pudieran concurrir razones de interés públicos que aconsejaran una administración ordenada.

Por otro lado, se debe destacar que por imperativo legal, en el momento de su constitución, el Fondo de Garantía estaba dotado de una aportación de los Bancos integrados en el mismo del uno por mil de sus depósitos a 31 de diciembre de 1976, y de una cantidad aportada por el Banco de España igual a la suma de los anteriores (art.2).

⁶⁰ Piñel López, E. (1983), «La crisis bancaria desde la óptica del derecho (Análisis de la legislación española reguladora de las crisis bancarias)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm.11, págs. 553-578.

La inclusión de las entidades bancarias en el fondo era voluntaria. Ahora bien, la no participación impedía acceder a la financiación del Banco de España, lo que de facto suponía una adscripción obligatoria. Se reitera, por tanto, una táctica de actuación administrativa de fomento, que ya había sido ensayada en la célebre Ley Cambó, si bien en aquel tiempo únicamente se perseguía la inclusión de las entidades de crédito en la Comisaría de Ordenación.

Se debe destacar que entre las facultades otorgadas al Banco de España, se incluía la posibilidad de compeler a las entidades a adoptar las medidas necesarias, a fin de restablecer un nivel de solvencia normal, y en caso de incumplimiento, llegar a expulsar del fondo a la entidad de depósito. En este supuesto, la garantía del fondo quedaba limitada a los saldos de los depósitos protegidos que existieran en el momento de hacer público el acuerdo.

A pesar de la literalidad de los términos expuestos, la insuficiencia de esta previsión, obligó a dictar una norma más explícita y detallada. Se trataba del Real *Decreto-ley 5/1978 de 6 de marzo, por el que se modifican las facultades del Banco de España, previstas en la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 y el Real Decreto-Ley 18/1962 de 7 de junio*.

Llegamos, de este modo, al nacimiento de las primeras normas, en materia estrictamente de supervisión y resolución bancaria en nuestra democracia, dejando al margen las previsiones adoptadas durante el periodo de la guerra civil y aquellas otras incluidas en el ámbito de las cajas de ahorro.

En la exposición de motivos de este decreto, se incide en la necesidad de asegurar la intervención del Banco de España, tanto con la adopción de medidas cautelares de intervención, cuando se conoce la difícil situación de un Banco, como en la necesidad de participar en la liquidación impuesta, como sanción para velar por los intereses generales.

Así las cosas, entre las facultades y atribuciones que se conceden al Banco de España, se encuentra o bien la de acordar bajo su discrecionalidad, la suspensión temporal de los órganos de la administración y dirección de la entidad bancaria y su sustitución por otros de manera provisional, como primera opción; o bien, la intervención por personas designadas por el Banco de España, sin cuyo concurso no tendrían validez los acuerdos como segunda. Ambos mecanismos permitían compatibilizar los intereses privados que perseguía la entidad, por otros más preocupados por una gestión pública destinados al saneamiento y retorno del funcionamiento normal de la entidad.

Dado el contexto, y consecuencia de la falta de personalidad jurídica de los fondos, que limitaba la operatividad de los mismos a acciones de saneamiento, se constituyó como ente instrumental el día 1 de marzo de 1978, la Corporación Bancaria S. A. Su capital sería desembolsado a partes iguales, entre el Banco de España y la banca privada, entre la que podemos destacar el Banco de Bilbao, el Banco de Vizcaya, Banesto, el Banco Central, el Banco Hispanoamericano, el Banco Pastor, el Banco Popular y otros de pequeño tamaño como el Internacional de Comercio, López Quesada, March y Mas Sardà, llegando a alcanzar la cifra de 500 millones de pesetas.⁶¹

El objeto social de esta sociedad anónima, según sus estatutos, se centraba en «ayudar a la conservación de los bancos en crisis, con el intento de evitar su liquidación, en defensa de los depositantes, de los trabajadores de la entidad, y en especial, de la confianza del público en general en las instituciones bancarias».

El procedimiento de actuación fue, por lo general, similar en la gestión de las seis entidades en las que actuó hasta 1980, fecha en la que se dotó de personalidad jurídica al Fondo de Garantía de Depósitos. En principio, se adquiría un paquete mayoritario de acciones del banco en crisis, al precio inicial de una peseta, y a resultas de su posterior valoración. Tras lo anterior, se nombrará una nueva administración, con directivos procedentes de otros bancos y se saneaba la entidad, con la ayuda del banco y su posterior venta por la vía de la subasta pública.

En definitiva, esta sociedad permitía gestionar la entidad bancaria hasta su salida de la crisis.⁶² Pero pronto quedó claro que la magnitud de la crisis, sobrepasaba la capacidad

⁶¹ BBVA, (2018), *Breve historia del BBVA: crisis y reflote bancario (XXIII)*, disponible en <https://www.bbva.com/es/breve-historia-bbva-xxiii-crisis-reflote-bancario/>.

⁶² Franch i Sagner, M.(1992), *Intervención administrativa sobre Bancos y Cajas de ahorros*, Madrid, Civitas. Esta obra explica las operaciones que se deberían llevar a cabo ante una entidad en crisis. En concreto, alude a lo siguiente: «en primer lugar, deben concluir los pactos con los accionistas mayoritarios vendedores y, por vía de pacto o por vía judicial, lograr que los bancos se adjudiquen sus bienes en pago de créditos; en segundo lugar, ha de proceder a la clasificación contable del banco y de los grupos de empresas, donde suele darse un total conjunción patrimonial, a fin de conocer la verdadera situación; en tercer término, no solamente ha de proceder a la reestructuración de los órganos de administración y ejecutivos dando entrada a profesionales competentes, sin que también debe reestructurar los mandos intermedios y la plantilla de personal, ajustando ésta a la dimensión del banco para reducir los costes de estructura; en cuarto lugar, se encuentra con una gran masa de crédito contra deudores morosos, y otros activos, inmovilizados o ficticios, pero en todo caso improductivos, sobre los que no puede cargar intereses para nutrir la cuenta de resultados con el consiguiente deterioro de la misma; en quinto término, tiene que prestar toda la atención a la enajenación o recobro de los activos. En las fases siguientes, ha de hacer frente a la fuerte retirada de depósitos que se produce al conocer la clientela el paso del banco a Corporación Bancaria, tiene que captar además nuevos depósitos para sustituir a los antiguos de alto coste, ha de atender al pago de avales y la terminación de inversiones en curso y a reactivar sus inversiones

de actuación de esta corporación, por lo que se optó por otra forma más eficaz de actuación. Se decidió, entonces, dotar a los fondos de garantía de personalidad jurídica, así como de los instrumentos legales y económicos adecuados, dadas las circunstancias pertinentes.

Por tanto, un hito relevante en el desarrollo de esta normativa de supervisión fue la aprobación del *Real Decreto-ley 4/1980, de 28 de marzo, completado por el Real Decreto 567/1980⁶³ de 28 de marzo, por el que se perfecciona y amplía el Fondo de Garantía de Depósitos*, que otorgó personalidad jurídica a dicho Fondo.⁶⁴

La transcendencia de este cambio reside en que se produjo una reestructuración de las funciones que habían sido anteriormente asignadas, pues hasta el momento, el Banco de España había venido ejerciendo las facultades de inspección e intervención. El otorgamiento de personalidad jurídica a los distintos fondos les facultó no sólo para garantizar los depósitos bancarios en la forma y cuantía que el Gobierno estableciera, sino que también se les encomendó «realizar cuantas actuaciones estime necesarias para reforzar la solvencia y funcionamiento de los Bancos, en defensa de los intereses de los depositantes y del propio fondo».

En definitiva, los objetivos del Fondo se ampliaban para incluir funciones de supervisión, actuaciones de apoyo a su solvencia y normalización del funcionamiento. Así, pasaría a desempeñar las siguientes funciones:

- Acordar que los bancos integrados en el FGD se sometiesen a una auditoría contable con la periodicidad y alcance que se estableciera, que podría extenderse a las sociedades filiales del banco o al grupo de sociedades que controlase a este,
- Satisfacer el importe de los depósitos garantizados, subrogándose en todos los derechos del acreedor.

para enderezar la cuenta de pérdida y ganancias. En resumen, la Corporación bancaria precisa de medios personales, que ha adquirido a medida que los ha necesitado, y de medios financiero de los que carece dada la modestia de su capital, por lo que no ha tenido que ser proporcionados a las entidades bancarias por el Banco de España o por el fondo de Garantía de Depósitos Bancarios.

⁶³ Entre las novedades más destacadas, debemos resaltar la elevación del importe de la garantía a 750.000 ptas. Asimismo, configuró las aportaciones anuales a los fondos como el 1 por mil de los depósitos al cierre de cada ejercicio por parte de las entidades y una cantidad equivalente por parte del Banco de España, sin contar lo anticipos que éste pudiera otorgarle.

⁶⁴ El *Real Decreto-ley 18/1982* se encargó de dotar de personalidad jurídica el Fondo de Garantía de Depósitos en las cajas de ahorros a través su artículo primero, y a su vez, creó el Fondo de Garantía de Depósitos en las cooperativas de crédito, al que se le otorgó de personalidad jurídica desde su creación.

Tanto el *Real Decreto-ley 4/1980*, como el *Real Decreto-ley 18/1982* serían derogados definitivamente por el *Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito*.

- Suscribir las ampliaciones de capital que aprobasen las entidades bancarias requeridas por el Banco de España, para restablecer su situación patrimonial, en el supuesto de que las mismas no fuesen cubiertas por los accionistas de la entidad.
- Ofrecer en venta a entidades con capacidad y solvencia, las acciones adquiridas a través de la suscripción de las ampliaciones y resolver dicho concurso.

Con el fin de posibilitar la adjudicación de estas acciones, el Fondo podía asumir pérdidas y adquirir préstamos o créditos de dudoso cobro que figurasen en el balance del banco, así como responsabilizarse del resultado económico de los expedientes o procedimientos que estuvieran en curso o se incorporasen posteriormente a la entidad afectada. Por último, se otorgó al Fondo la posibilidad de expulsar aquellas entidades que incumpliesen la normativa al efecto, lo que suponía completar el círculo de atribuciones.

Ahora bien, el problema se plantearía, desde una perspectiva netamente dogmática, al pretender calificar la naturaleza jurídica de este nuevo fondo, ahora dotado de personalidad jurídica. El artículo 1.1 del *Real Decreto-ley 4/1980* alude a un ente al que se le otorga «personalidad jurídica pública, con plena capacidad para el desarrollo de sus fines, en régimen de derecho privado y sin sujeción a las normas reguladoras de las Entidades estatales autónomas y de las Sociedades estatales.»

Ciertamente, la definición responde a lo que la *Ley General Presupuestaria de 1977* calificaba como sociedades estatales, dentro de los entes públicos de gestión. No obstante, la propia definición legal excluía esta calificación, cuando se tratase de poderes exorbitantes y funciones públicas, como era el caso.

Así las cosas, se podría definir el Fondo de Garantía como un ente de carácter institucional, fundado por el Estado, con unos fines específicos, que tenía carácter público, pero que se encontraba sometido en cuanto a sus actuaciones al Derecho Privado. En definitiva, el Fondo actuaba como «autoridad en el cumplimiento de las funciones y con las prerrogativas correspondientes.»⁶⁵

Por contra, el Banco de España continuaba desempeñando la función de vigilancia y tutela de los bancos inscritos en el Registro de Bancos y Banqueros, mediante la realización de inspecciones, levantamiento de las actas correspondientes y propuesta de sanción remitida a las autoridades competentes. En situaciones de dificultad económica, se le otorgaba la posibilidad de conminar a los administradores de un banco, para que en el

⁶⁵ En estos términos, se definen los Fondos de Garantía de Depósitos dotados de personalidad jurídica en Franch i Sager, M (1992), op, cit.

plazo máximo de un mes, adoptasen las medidas necesarias. Se trataba de realidades percibidas a través del balance o de la información obtenida mediante auditorias o a través de otros medios, y en los que se daban los supuestos para entender en riesgo, el normal funcionamiento o la solvencia de la entidad.⁶⁶

La Corporación Bancaria, inoperativa desde 1980, duraría propiamente hasta 1981, cuando la crisis no había alcanzado su punto más álgido, siendo finalmente absorbida por el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios.

El *Real Decreto 18/1982, de 24 de septiembre, sobre fondos de garantía de depósitos en Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito* acabaría de configurar el cuerpo legal con una serie de previsiones que corresponderían, hoy en día, más bien a lo que categorizamos como derecho concursal.⁶⁷

En definitiva, se arbitraron un conjunto de potestades, instrumentos, instituciones e incluso, ayudas de otra naturaleza, como apoyos financieros del Banco de España o exenciones al cumplimiento de los diferentes ratios como los de solvencia, que sirvieron para tratar de paliar la crisis, en la que incurrió un gran número de entidades bancarias en la década de los 80.

Una de las prácticas que merece la pena destacar por su familiaridad actual, fue la conocida como «operación acordeón», sirviéndose de la regulación contenida en la Ley de Sociedades Anónimas. Dicha actuación consistía en reducir el capital a cero para absorber las pérdidas generadas en la entidad en crisis, para luego ampliar el capital por los nuevos accionistas que se habían cargo. Si el capital previo y las ayudas resultaban insuficientes, el Fondo de Garantía se hacía cargo adquiriendo activos dañados o de difícil colocación como ciertos inmobiliarios.

Al final y en síntesis de todo lo expuesto, debemos concluir que el decenio de crisis bancaria iniciado en 1977, se saldó con importantes consecuencias en el panorama jurídico y económico. Esto es, no sólo se introdujeron mecanismos institucionales precautorios,

⁶⁶ Sánchez Calero, F. (1981), «El Fondo de garantía de Depósitos», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 1, págs. 11-78.

⁶⁷ Esta norma preveía, por un lado, que cuando un banco, caja de ahorros o cooperativa de crédito presentase suspensión de pagos, los dos interventores que podían ser necesarios serían designados de las listas que con este objetivo remitiese el Fondo de Garantía de Depósitos. Si se procediese a la suspensión y sustitución de los órganos de la administración de la entidad suspensa, el administrador sería el propio Fondo. Por otro, cuando un banco, caja de ahorros o cooperativa de crédito se declarase formalmente en estado de quiebra, las funciones de sus órganos (comisario, depositarios y síndicos) serían asumidas por el Fondo de Garantía.

desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, sino también se fomentó la absorción y formación de distintos grupos bancarios en cuanto al ámbito económico.

El resultado final se plasmó a través de diferentes cifras que evidenciaron la situación del momento. Esto es, el 52% de los bancos españoles se vieron severamente afectados por la crisis. Sólo el saneamiento del Banco de Navarra exigió un equivalente a 13 millones de euros y el sector público hizo aportaciones cercanas a 1,3 billones de pesetas en 1985. Cifra especialmente relevante y cuya magnitud se debe valorar en contexto, teniendo en cuenta que ese año, los ingresos presupuestados por el Estado se situaron en los 4,6 billones de pesetas.

Por el contrario, las aportaciones de las entidades y el Banco de España a los fondos fueron inferiores al coste de los saneamientos llevados a cabo, por lo que el patrimonio de los fondos fue negativo en la mayor parte de los años de su existencia.

Cuando esta crisis bancaria puede darse por finalizada en 1985, el sistema financiero había experimentado una auténtica metamorfosis. Es decir, este ciclo económico avanzó desde un mercado escasamente diversificado compuesto por bancos, cajas de ahorro y algunas compañías de seguros en la primera década del siglo XX, hacia otro mucho más complejo en el año 1986, en un momento en el que se produjo la apertura europea, con el ingreso de España en las Comunidades Económicas Europeas.

Entonces, la configuración del ordenamiento se estructuró en torno a una pluralidad de figuras desde bancos comerciales e industriales, cajas de ahorros, entidades oficiales de créditos, sociedades mediadoras, entidades de financiación de ventas, cooperativas de créditos, entidades de arrendamiento financiero, sociedades de crédito hipotecario, sociedades de inversión, fondos de inversión, entidades de capitalización, compañías de seguros y bolsas de valores.

Comenzaba, en definitiva, otra etapa. Un tiempo que se caracterizó por la necesidad de afrontar nuevos retos, como consecuencia del inicio de nuestro proceso de integración en Europa, la globalización que supuso el nuevo siglo y la apertura de los mercados.⁶⁸

C. EL CASO RUMASA

La expropiación de Rumasa merece una reflexión independiente, ya que su examen permitirá abordar, posteriormente, junto con otros supuestos, la naturaleza de los

⁶⁸ Martín Aceña, P. (2005), op.cit.

mecanismos de resolución bancaria. No se puede olvidar que dicha expropiación constituye un episodio destacado en el periodo de crisis que nos ocupa.

Desde un examen meramente económico, debemos señalar que este grupo empresarial, creado en 1961, desarrolló a lo largo de los años un esqueleto que alcanzó a distintos sectores económicos, entre los cuales se incluía, por supuesto, el bancario con el control de una veintena de entidades de crédito.

No obstante, su característica más genuina radicaba en su estructura opaca y compleja, de modo que se servía de distintas sociedades instrumentales, no activas, para ocultar los aspectos negativos de su contabilidad. De hecho, en este entramado, los bancos ostentaban un papel protagonista, ya que se configuraban como el instrumento básico de financiación, suministrando los fondos necesarios a las distintas sociedades, como así lo llegó a reconocer el ministro de economía, Miguel Boyer, en la Comisión de Economía y Hacienda.⁶⁹

La regulación aprobada hasta el momento, puso en evidencia sus propios límites, dado que la cabecera del grupo no era una entidad bancaria, sino una sociedad holding que escapaba a la supervisión del Banco de España. Uno de los límites, dada la prevención con la que se trataron en su momento los derechos de propiedad, estaba relacionada con la inexistencia de control sobre los accionistas significativos de las entidades de crédito.

Aunque los problemas de Rumasa eran conocidos, lo cierto es que la intervención del Estado se precipitó, una vez que se constató su negativa a efectuar las auditorías requeridas por el FGD.

Entonces, la solución que arbitraron las autoridades, se canalizó a través del mecanismo expropiatorio, con la aprobación del *Real Decreto-ley 2/1983*, posteriormente convalidado por el Congreso de los Diputados, el día 3 de marzo de 1983 y la posterior *Ley*

⁶⁹ Cuervo García, A. (1989), «La crisis bancaria española en los años setenta» en Velarde J., García Delgado J.L. y Pedreño. A. , *El sistema financiero de la economía española: once estudios*, Colegio de Economistas de Madrid, pág. 35-54. Cabe destacar la referencia que se efectúa en esta obra, al Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Economía y Hacienda, nº 41, que recoge la sesión informativa, celebrada el viernes 2 de marzo de 1984, con asistencia del ministro de economía, Miguel Boyer, para informar de la situación del grupo Rumasa. En concreto, el ministro describe la situación existente en el momento de la expropiación, como un grupo compuesto por 647 sociedades, de las cuales eran activas 370 e inactivas 277. Asimismo, 443 eran sociedades no instrumentales y 204 sociedades instrumentales, cuyo fin fundamental era ocultar la concentración de riesgos que violentaba la normativa bancaria y la de ocultar las sociedades perteneciente al grupo, a través de pantallas interpuestas entre la auténtica propiedad dominante y quienes figuraban nominalmente como controladores de estas sociedades.

7/1983, de 29 de junio con el mismo título, tramitada a través del procedimiento de urgencia.

Dejando al margen el debate jurídico, en torno a la utilización de la figura del decreto-ley para consumir una operación de este calibre y que originó posturas enfrentadas entre los principales tratadistas de derecho administrativo, debemos centrarnos en lo que aquí interesa en el procedimiento elegido: la expropiación legislativa.

Esto es, en 1983, el Gobierno disponía de distintas alternativas para privar a los propietarios y administradores de Rumasa, de sus poderes de decisión sobre los bancos y empresas. Por un lado, pudo haber optado por la intervención y control previstos en el *Real Decreto -ley 5/1978, de 6 de marzo*, el *Real Decreto-ley 4/1980 de 28 de marzo* y *Real Decreto 567/1980 de 28 de marzo*, cuyas prerrogativas ya hemos mencionado anteriormente. Asimismo, la intervención de las empresas estaba, también, prevista en las *Leyes de 1 de septiembre y 24 de noviembre de 1939*, en el artículo 119 de la *Ley de Expropiación Forzosa* y en el artículo 11 del *Texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado*. Intervención que por otro lado, se encontraba ya plenamente constitucionalizada por el artículo 128.2 CE.⁷⁰

Pero, además, el ordenamiento jurídico ofrecía el camino de la expropiación urgente para conseguir el mismo objetivo, a través del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, técnica menos restrictiva de los derechos de los ciudadanos y más garantista.

No obstante, se optó por la expropiación legislativa, dado el carácter global de los distintos intereses en conflicto, como así se explica en su exposición de motivos:

«La intervención de las Entidades bancarias del grupo o la suspensión en sus funciones de sus Administradores, previstas en la Ley y utilizadas en casos de menor envergadura y complejidad, no resolverían los problemas planteados que, además de no ser coyunturales, sino estructurales, involucran un gran número de Sociedades matrices y filiales, que dominan o son dominadas por Bancos, obligando además de a la expropiación de aquéllos a efectuar la de todo el grupo de Sociedades, que constituye una unidad de dirección y de riesgo.

En consecuencia el Gobierno, considerando como utilidad pública e interés social, la defensa de la estabilidad del sistema financiero y de los intereses legítimos de los depositantes y trabajadores, a los que alcanzaría una crisis de la organización, ha decidido

⁷⁰ Parada Vázquez, R (1983), «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas (El caso Rumasa)». *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, págs. 1139-1168.

adoptar las medidas que recoge el presente Real Decreto-ley en el respeto más absoluto de los derechos de los accionistas mediante el pago del justo precio de sus acciones.»

El Tribunal Constitucional acabó refrendando la utilización de esta figura normativa, al no observar ninguna violación de derechos, entre los que examinó la incidencia del derecho a la propiedad o el principio de igualdad entre los más destacados⁷¹.

Una vez resuelto el problema de la constitucionalidad de la medida, se procedió a llevar a cabo la enajenación directa de los bancos expropiados a favor de un consorcio bancario. Las acciones se vendieron al precio de 1 peseta por acción, lo que significó un importe total 22.211 millones de ptas., (aproximadamente 133.491 euros) que sería abonado al contado, en el momento de la transmisión de las acciones.⁷² Dicha enajenación directa, también, fue avalada por el Tribunal Constitucional⁷³ y por el Tribunal Supremo.

Si analizamos la crisis particular de esta entidad desde un marco económico, se debe destacar, por un lado, el elevado déficit patrimonial del conjunto del grupo, que requirió una emisión especial de deuda pública por importe de 440.000 millones de pesetas (unos 2.645 millones de euros⁷⁴). Por otro, se debe destacar el coste especialmente elevado que implicó directamente para las arcas públicas, pues aunque los bancos afectados sólo

⁷¹ Debemos destacar la STC 111/1983, de 2 de diciembre, que conocía del recurso de inconstitucionalidad nº 116/1983, interpuesto por D. José María Ruiz Gallardón y 54 diputados frente al *Real Decreto Ley 2/1983* y que acabaría siendo dirimida con el voto de calidad del presidente. A este pronunciamiento, le seguirían otros en el mismo sentido, como la STC 166/1986, de 19 de diciembre, que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad nº 704/84, promovida por el Juzgado de Primera instancia nº 18 de Madrid, sobre los artículos 1 y 2 de la *Ley 7/1983*.

⁷² La *Resolución de 28 de junio de 1984, de la Subsecretaría, por la que se ordena la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autoriza la enajenación directa de la totalidad de las acciones representativas del capital social de diversos Bancos integrantes del «Grupo Rumasa»*, consiente la venta directa de las entidades del Grupo Rumasa, a favor de un consorcio bancario integrado por los Bancos: Español de Crédito, Central, Hispano Americano, Bilbao, Vizcaya, Santander, Popular, Pastor, Sabadell, Zaragozano, Herrero y March.

Los Bancos objeto de enajenación serán los siguientes: Banco de Albacete, S. A.; Banco Alicante de Comercio, S. A.; Banco Comercial de Cataluña, S. A.; Banco Condal, S. A.; Banco de Extremadura, S. A.; Banco General, S. A.; Banco de Huelva, S. A.; Banco Industrial del Sur, S. A.; Banco de Jerez, S. A.; Banco Latino, S. A.; Banco de Murcia, Sociedad Anónima.; Banco del Noroeste, S. A.; Banco del Norte S. A.; Banco del Oeste, S. A.; Banco Peninsular, Sociedad Anónima; Banco de Sevilla, S. A.; y Banco de Toledo, S. A.

No obstante, dicha Resolución menciona sólo 17 bancos, porque dos de ellos, Banco Atlántico y Banca Masaveu, se privatizaron de forma independiente, mientras que el Banco de Expansión Industrial continuó un tiempo en poder del Estado como entidad financiera de apoyo al proceso de privatización de Rumasa.

⁷³ STC 67/1988, de 18 de abril y STS de 17 de julio de 1984 (rec. 1984/4254).

⁷⁴ *RDL 8/1984, de 28 de junio, por el que se emite Deuda Pública del Estado con destino a la financiación del déficit patrimonial de las Sociedades que integran el Grupo Rumasa* y el RD. 1273/1984, de 4 de julio, por el que se dispone la emisión de Deuda pública del estado, interior y amortizado con ese destino.

representaban un 5% de los recursos de la banca, con un 7,5 % del número de oficinas y un 6,4% del personal; lo cierto es que comprometió el 45% del conjunto de recursos que se destinaron a entidades bancarias en todo el periodo 1977-1985.⁷⁵

8. LA LEY DE DISCIPLINA E INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO COMO EPÍLOGO DE LA CRISIS DE 1977

La tesitura económica que acompañó nuestra sociedad hasta 1985, exigió la aprobación de una nueva ley. Nace la *Ley 26/1988, de 26 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*.

Durante más de 25 años de vigencia y hasta su derogación por la *Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*, en cuya exposición de motivos se incide en los orígenes de la norma de 1988, LDIEC se encargó de asentar las bases de la intervención de las entidades de crédito,

Pues bien, el cuerpo legal de lo que podemos calificar como regulación prudencial bancaria, estuvo formado, entonces, por la *Ley 26/1988, de 26 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito* y la *Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros*. Ambas normas surgen de dos circunstancias históricas, a las que hemos hecho referencia con anterioridad: la profunda crisis económica que afectó a la mayoría de los bancos que operaban en nuestro territorio desde 1977 y el ingreso de España a la Comunidad Económica Europea, que obligó a la incorporación del llamado acervo comunitario.⁷⁶

La exposición de motivos hacía hincapié en la necesidad de someter a las entidades financieras a un régimen especial de supervisión administrativa, mucho más intenso que el que soportó la mayoría de los sectores económicos. Se incide en la escasez de conocimientos técnicos del público, en general, para analizar la solvencia de las entidades de crédito, justificación cuando menos escasamente original en tanto en cuanto ya se había utilizado por el ministro Cambó.

Basta la mera lectura de la exposición anterior o de su disposición derogatoria, para percatarse de la intención del legislador, que no era otra que ofrecer una articulación

⁷⁵ Ontiveros Baeza, E y Valero López, F.J. (2012), «Las crisis bancarias en España, 1977-2012», *Revista de la historia de la economía y de la empresa*, nº 7, págs. 277-317.

⁷⁶ En estos mismos términos, se relata el origen de la LDIEC en la exposición de motivos de la LOSSEC.

sistemática de ciertos aspectos esenciales de su régimen de actuación que afectaban directamente al negocio bancario, máxime teniendo en cuenta los múltiples tipos de entidades crediticias que se habían ido uniendo a los bancos tradicionales, desde la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y de la Banca.

Por otro lado, en el momento en el que se aprobó la nueva ley, existía un importante confusionismo en torno al ordenamiento crediticio y financiero, pues el amalgama de normas de diversa heterogeneidad formal impedían en algunas ocasiones conocer el verdadero precepto aplicable⁷⁷. Como anécdota, podemos destacar que tres publicaciones oficiales, tales como la Recopilación legislativa elaborada por la Confederación Española de Cajas de Ahorro, el código de las Leyes de Hacienda editado por el Servicio de Publicaciones del Ministerio y la edición de legislación bancaria española editada por el Banco de España mantenían posiciones dispares a la hora de precisar las normas vigentes.⁷⁸

En contra de las expectativas generadas, la nueva ley acabaría acentuando esta situación caótica preliminar, que curiosamente trataba de solventar, llegando incluso a agravarla.⁷⁹ Desde esta perspectiva, debemos tener en cuenta que la LDIEC ni era una ley de ordenación de las entidades de crédito, como ocurrió con la Ley Cambó, ni era tampoco una ley de disciplina bancaria, pues se limitaba a regular, exclusivamente, unos determinados aspectos del régimen sancionador de las entidades de crédito, renunciando a diseñar un tratamiento en conjunto.

Centrándonos en la regulación de las medidas de intervención y sustitución que se desarrollan en el Título III, artículos 31 a 38, se debe mencionar que estas medidas, junto a los poderes específicos dirigidos al control del accionariado previsto en el Título IV, sobre «régimen de las participaciones significativas»⁸⁰, van a definir las potestades del supervisor para prevenir o hacer frentes a las situaciones de crisis de las entidades financieras.

⁷⁷ Martín-Retortillo Baquer, S (1991), op. cit.

⁷⁸ Martín-Retortillo Baquer, S. (1989), «Reflexiones sobre la Ley de Disciplina e Intervención Bancaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 118, págs. 7- 34.

⁷⁹ Villar Palasí califica la exposición de motivos de la LDIEC como «todo un poema a la dispersión y al escaso respeto a los principios de legalidad y tipicidad» y Martín Retortillo critica la escasa técnica legislativa al utilizar lo que llama una ley ómnibus, ley escoba o ley de saldos. Villar Palasí, J.L, García de Enterría, E., Sánchez Calero, F.J., Broseta Pont, M., Fernández, T.R., (1987), «El proyecto de Ley sobre Disciplina e Intervención de Entidades de crédito», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm.28, págs. 701-738.

⁸⁰ Este título se introduciría, posteriormente, como consecuencia de la aprobación de la *Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero*.

Pues bien, el presupuesto para la adopción de las medidas de intervención y sustitución radicaba en la existencia de una entidad de crédito que se encontrase en una situación de excepcional gravedad que pusiera en peligro la efectividad de sus recursos propios, su estabilidad, liquidez o solvencia o bien, la existencia de indicios fundados de incurrir en las dificultades anteriores, aún cuando la verdadera situación no pudiera deducirse de su contabilidad.

La terminología que se utilizó para propiciar la adopción de estas medidas excepcionales ponía de relieve la existencia de una importante discrecionalidad. Es decir, se optó por una formulación genérica para tratar de abarcar todas las situaciones que podían originar una crisis bancaria, sin limitarse a enmarcar situaciones meramente objetivas de insuficiencia de recursos propios o de liquidez como ocurrió en otros sistemas. En este sentido, resultó crucial la experiencia atesorada por el Banco de España en épocas pasadas, ya que éste se había enfrentado con situaciones de muy diverso calado: accionistas que habían vaciado los recursos propios mediante autocarteras excesivas, créditos a sus empresas o asimismo, faltas de acuerdo entre accionistas o administradores que desestabilizaban la gestión, activos dañosos sin provisionar, pérdidas ocultas... De hecho, la redacción, en estos términos del artículo 31, permitió afrontar con éxito la situación en la que se encontró una de las principales entidades bancarias del momento, hablamos de Banesto.

La segunda conclusión que se extrae de los presupuestos mencionados fue la independencia que se asignó a tales medidas respecto a las facultades disciplinarias. Esto es, aunque en ocasiones la crisis de la entidad va ligada a la comisión de ciertas infracciones, lo cierto es que la intervención va a ser independiente del uso de la potestad sancionadora, pues dependerá únicamente de apreciar aquellos datos que evidencian el desequilibrio patrimonial o de otras fuentes de inestabilidad.

Retomando las medidas de intervención, la normativa incluía, realmente, dos técnicas distintas: la intervención simple y la intervención con sustitución de sus órganos gestores. En la primera modalidad, se mantenían los titulares de sus órganos de gestión, aunque su actuación pasaría a ser controlada por las personas que se designaban por la Administración, de modo que los actos de aquellos, necesitaban de la preceptiva aprobación de estos últimos. Por el contrario, la segunda modalidad, consistía en la sustitución del órgano de administración, de modo que los administradores designados se encargaban de la gestión de la entidad.

Aunque se trataba de dos modalidades diferentes, la ley las regulaba de forma conjunta, limitándose a añadir ciertas particularidades respecto a cada una de ellas en su desarrollo.

La autoridad encargada de su aprobación era el Banco de España, dando cuenta razonada de su adopción al ministro de economía y hacienda.

Las medidas de intervención o sustitución podían adoptarse durante la tramitación de un expediente sancionador o de forma aislada, por la simple constatación del presupuesto antes referido. Asimismo, se podían imponer, también, a solicitud de la entidad de crédito afectada, atendiendo a la petición formulada por los administradores, por el correspondiente órgano de fiscalización o por una minoría de socios que fuese, al menos, igual a la que exigía la legislación respectiva, para instar la convocatoria de una Asamblea o Junta General Extraordinaria.

Es importante destacar que estos acuerdos de intervención se adoptaban previa audiencia de la entidad de crédito, salvo que la medida se hubiera instado por la propia entidad o el retraso de este trámite comprometiese la efectividad de la medida o los intereses económicos.

A modo de síntesis, podemos extraer que el contenido de la ley abordaba con cierto detalle el establecimiento y adopción de la intervención bancaria, pero no así otros aspectos igualmente relevantes, como la gestión de la entidad una vez que se había acordado la intervención o bien qué ocurría cuando las medidas finalmente habían cesado. Por ejemplo, respecto a la cesación de las medidas aprobadas, únicamente se hacía referencia a la convocatoria inmediata de la junta general o asamblea de la entidad de crédito para la designación de un nuevo órgano de administración o en su caso, a la posibilidad de acordar la disolución de una entidad de crédito, pero sin mayor desarrollo.

Como crítica, es digno de mencionar la desconexión del tratamiento que ofrece esta ley, con la regulación de las situaciones de crisis económicas, incluida en el funcionamiento de los distintos Fondos de Garantías.

9. EL CASO BANESTO, CULMEN DE LA CRISIS DE 1990

La aplicación de la ley anterior alcanzó su punto álgido con la crisis de uno de los bancos tradicionales del sistema, en concreto, el de mayor tamaño hasta 1978. Es el caso del Banesto⁸¹.

No fue la primera ocasión en que se aplicó la LDIEC⁸², pero sí la primera en la que se sustituyó el consejo de administración en su integridad. De hecho, esta medida no se reiteraría hasta la actualidad.

Es cierto, que Banesto había venido presentando problemas con anterioridad, lo que había generado diversos intentos para lograr una solución de una u otra forma.⁸³ No obstante, la entidad se consideró, finalmente, saneada en 1989, tal como lo reflejó el informe de la inspección de 1990.

Posteriormente, una vez incurso, de nuevo, en dificultades, el banco intentó resolver sus problemas económicos y fortalecer su solvencia, con la puesta en valor de su corporación industrial. Entonces, sobrevino una etapa de crisis económica que no terminaría hasta 1994. Se trataba de una crisis que tenía su germen inicial en un acontecimiento internacional, cual era la invasión de Kuwait por Irak en 1990, acontecimiento bélico que acabó por afectar a las bolsas mundiales.

Pero, los problemas que condujeron a la insolvencia patrimonial no sólo se debieron a la concurrencia de una serie de causas internacionales, sino que también se produjeron un cúmulo de circunstancias diversas, mucho más domésticas, entre las que destacaban la combinación de una mala gestión, prácticas irregulares, ocultación de información, incumplimiento de la regulación prudencial y contable, fuerte concentración del poder de decisión y control en su principal ejecutivo y una estrategia de crecimiento a ultranza, en una época en el que el resto de entidades de crédito actuaron con cierta prudencia.

El resultado final de esta combinación de factores provocó que Banesto tuviera que afrontar serias dificultades, entre ellas una importante erosión de su capacidad de generar

⁸¹ Carrillo Donaire, J.A. (2010), «Intervención de entidades de crédito en crisis: alcance y límites» en Muñoz Machado, S.(dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, t.X, Madrid, Iustel, págs.781-825.

⁸² El Banco Europeo de Fianzas fue intervenido en 1991, Ibercorp en 1992 y Eurobank del Mediterráneo en 2003. Entonces, no se acordó la sustitución del consejo de administración, sino sólo su intervención, limitando las facultades de los administradores, a la aprobación previa de los interventores.

⁸³ En primer lugar, con la OPA hostil efectuada por el Banco Bilbao a finales de 1987, que no se llevó a cabo, finalmente, por razones jurídicas y posteriormente, se intentó de forma amistosa un acuerdo con el Banco Central, pero la operación acabó quebrándose en 1989.

beneficios, que propiciaba una necesidad continua de provisiones (morosidad, fluctuaciones, compromisos de pensiones).

La inspección del Banco de España detectó, a 30 de junio de 1993, un desfase en el patrimonio neto de unos 503.000 millones de ptas., cifra superior al importe de su capital y reservas (359.922 millones de ptas.). Ante esta realidad, el 21 de diciembre de 1993, Banesto presentó un plan de saneamiento, donde sólo reconocía desajustes por 372.000 millones de ptas., cantidad que por sí sola, ya era superior a los recursos propios de la entidad y que exigía, además, importantes exenciones en la aplicación de la normativa bancaria existente en el momento, con la anuencia y complicidad del Banco de España.

Este plan sería rechazado y, finalmente, la crisis de la entidad emergió con la sustitución de su consejo de administración decidida por el Banco de España, el 28 de diciembre de 1993, a través de la *Resolución de 28 de diciembre de 1993*⁸⁴.

Ese mismo día, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, tras haber observado movimientos atípicos en la negociación de acciones de Banesto muy superiores a las normales, decidió suspender la cotización. Dicha suspensión se mantendría hasta el 1 de febrero de 1994.

Posteriormente, a través del Acuerdo de 25 de febrero de 1994 se conminaba a la entidad y por ende, a los nuevos administradores a que en el plazo máximo de un mes se adoptasen las medidas necesarias para restablecer su situación patrimonial y cubrir el coeficiente de solvencia, legamente exigible en la época.

Al mismo tiempo, se ofrecía por parte del Fondo de Garantía de Depósitos, ayudas para saneamientos, préstamos y suscripción de una ampliación de capital por importe de ciento ochenta mil millones de pesetas, bajo la exigencia de cumplir las condiciones aprobadas anteriormente, entre las que cabe destacar que los accionistas debían renunciar a su derecho de suscripción preferente.

La situación económica de la entidad fue confirmada tanto por los administradores provisionales, como por el informe de auditoría de *Price Waterhouse*, que cuantificaron los ajustes necesarios a 31 de diciembre de 1993, en 605.000 millones de pesetas. Cifra que

⁸⁴ *Resolución de 28 de diciembre de 1993, del Consejo Ejecutivo del Banco de España, por la que se acuerda la sustitución provisional del consejo de administración y de cualquier otro órgano de administración que exista del Banco España de Crédito, SA y se designan administradores provisionales.*

sería ratificada por la Junta General de Accionistas de Banesto celebrada el 26 de marzo de 1994.⁸⁵

Una vez identificado el coste del saneamiento, el presidente de la Asociación Española de la Banca, y los presidentes de los Bancos Central Hispano, Bilbao Vizcaya, Argentaria, Santander, Popular y Español de Crédito propusieron por unanimidad un Plan de Saneamiento y Recapitalización, que sería finalmente sometido a la Junta General de Accionistas y aprobado el 26 de marzo de 1994.

Es importante destacar que aunque los accionistas fueron los principales afectados, no se les cargó con el total de las pérdidas que podían absorber, sino que sólo se vio afectado el importe de las reservas y el 42,9% del capital.

El calendario de actuaciones, que describía el Plan aprobado, incluía la colocación de la ampliación de capital al mejor postor. La subasta⁸⁶ se realizó el 25 de abril de 1994 y finalizó con la adjudicación al Banco de Santander, quien había ofertado un precio notablemente superior a las de sus competidores (762 pesetas por acción).

La comisión parlamentaria, que analizó la crisis del Banesto, valoró positivamente el proceso seguido por su «transparencia, celeridad y eficacia» según sus propias palabras y resaltó que precisamente el éxito del procedimiento consistió en reducir el coste de la crisis para el conjunto de la sociedad española, pues partiendo de un quebranto patrimonial de 605.000 millones, la aportación de fondos públicos se redujo a 96.000 millones de pesetas.

El Banco de España levantó la medida de sustitución del consejo de administración, con efectos desde la fecha de formalización de la escritura de compraventa de las acciones de Banesto, que finalmente se produciría el 13 de julio de 1994.

Asimismo, la conformidad de la Comisión Europea, que era exigible en este caso, a tenor de la dimensión comunitaria del Banco Santander, se produjo el 13 de junio de 1994.⁸⁷

⁸⁵ «Aprobación por el Pleno de la Cámara del Dictamen de la Comisión no permanente sobre la intervención del banco Español de Crédito (Banesto), así como anejos al mismo». *Boletín Oficial de las Costes. Congreso de los Diputados. Serie E. Otros textos, núm. 11*, 20-12-1994.

⁸⁶ El procedimiento para la adjudicación de la participación accionarial de la entidad se aprobó mediante *Resolución de 28 de marzo de 1994, del Banco de España, por la que se ordena la inserción en el «Boletín Oficial del Estado» del pliego de condiciones del concurso para la adjudicación de la participación accionarial del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios en el «Banco Español de Crédito, Sociedad Anónima»*. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de marzo de 1994, núm. 75, págs. 9992-9995.

⁸⁷ «No oposición a una concentración notificada» (Caso nº IV/M.455-Banco Santander/Banesto). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 178/16, de 30 de junio de 1994.

Cabe destacar en este contexto dos sentencias del Tribunal Supremo, en las que no nos detendremos en este momento, a la espera de analizarlas, posteriormente, con mayor profundidad. Si bien, como síntesis, y en lo que aquí interesa por ser objeto de estudio, debemos retener que en ellas se analizó el procedimiento de intervención seguido en la LDIEC, descartando tanto su naturaleza sancionadora, como su carácter expropiatorio. Se trata de la sentencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de 5 de mayo de 2004 (rec.3726/2000⁸⁸), y sentencia de 14 de marzo de 2006 (rec. 624/2002).⁸⁹

El respaldo que supuso la resolución de la crisis de Banesto permitió una mejor articulación de un nuevo mecanismo de protección financiero, auspiciado, ahora, por la necesidad de transponer dos nuevas Directivas.

En primer lugar, la implantación de la *Directiva 94/19/CEE, de 30 de mayo, relativa a los sistemas de garantía de depósitos*, implicó la aprobación del *Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera*, que modificó el anterior el *Real Decreto-ley 18/1982, de 24 de septiembre, sobre fondos de garantía y depósitos en Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito*. El desarrollo de la norma exigió, a su vez, la aprobación del *Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos en entidades bancarias*.

En segundo lugar, la *Directiva 97/9/CEE, de 3 de marzo, relativa a los sistemas de indemnización a los inversores*, introdujo nuevas previsiones en el *Real Decreto-ley 18/1982*, anteriormente mencionado. Asimismo, se desarrolló el Fondo de Garantía de Inversores, para dar cobertura a los clientes de las sociedades de valores.

Lo que se debe retener de la transposición europea es que los Fondos de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, Cajas de Ahorro y en Cooperativas de Crédito mantuvieron su configuración como una institución con personalidad jurídica pública, cuya actividad se encontraba sometida al derecho privado y a la que debían adherirse de manera obligatoria todas las entidades bancarias.

Su finalidad, asimismo, continuaba siendo doble: por un lado, se encargaba de la protección de los depositantes e inversores, y de otra podía actuar en «el saneamiento y reflotamiento de entidades en dificultades», según indicaba la exposición de motivos del *RDFGD*.

⁸⁸ STS de 5 de mayo de 2004 (rec.3726/2000).

⁸⁹ STS de 14 de marzo de 2006 (rec.624/2002).

Ahora bien, en un principio, los recursos de los distintos fondos provenían de las entidades adheridas, sin perjuicio de la previsión de que el Banco de España pudiese realizar aportaciones «al efecto de salvaguardar la estabilidad el conjunto de las entidades adscritas al fondo, de forma excepcional y mediante Ley.»

Los distintos Fondos de Garantía de Depósitos serían gobernados por una Comisión Gestora controlada por el Banco de España, lo que suponía la subordinación efectiva a los objetivos públicos. No se puede obviar, además que estos fondos carecía de medios para formarse por sí mismos una opinión sobre la situación financiera de una entidad, por lo que con mayor razón dependía de las previas decisiones del Banco de España.

El reglamento aprobado acabó de configurar el diseño final del régimen de actuación de los Fondos, de modo que ya no se limitaba a devolver los depósitos y liquidar la entidad, sino se le encomendó la gestión de la entidad en crisis, mediante la adopción de medidas preventivas y de saneamiento destinadas a facilitar la viabilidad de la entidad (art.8 RDFGD).

El plan de actuación que se exigía a la entidad y era aprobado por el Banco de España debía tener en cuenta el coste financiero de las medidas que se debían llevar a cabo, de modo que se permitiese compararlo, con los desembolsos que se hubiesen tenido que realizar de haber optado por efectuar el pago de los depósitos garantizados.

Expuesto lo anterior, lo más relevante es que dicho plan permitía adoptar medidas muy variadas, tales como aprobar ayudas financieras, ayudas a fondo perdido, conceder garantías, préstamos en condiciones favorables, financiaciones subordinadas, adquirir activos dañados o no rentables que figurasen en el balance de la entidad, reestructurar el capital de la entidad, facilitar procesos de fusión o absorción con otras entidades de reconocida solvencia o el traspaso de su negocio a otra entidad de crédito, suscribir ampliaciones de capital o en general, efectuar medidas de gestión que mejorasen la organización y los sistemas de procedimiento y control interno de la entidad entre otras.

En contraposición, el inconveniente que se observa en este desarrollo normativo es que la regulación incluyó escasas potestades del supervisor, en cuanto a la posibilidad de adoptar decisiones de naturaleza estrictamente mercantil. Es decir, en ningún caso, se podían imponer ampliaciones de capital, renunciando a los derechos preferentes de adquisición de los accionistas u operaciones de cesión de activos y pasivos propios de las operaciones mercantil de salvamento.

Por ultimo, hay que añadir que en este sistema de gestión de crisis, no había ninguna exención al régimen de responsabilidad patrimonial de la administración pública por eventuales negligencias, al contrario de lo que ocurría en la regulación anterior.

CAPÍTULO II. Marco regulatorio contemporáneo

SUMARIO: 1. CRISIS 2007. LA GRAN RECESIÓN. EL EMBRIÓN DE LA ACTUAL REALIDAD FINANCIERA. 2. EL REAL DECRETO-LEY 9/2009, DE 26 DE JUNIO. EL PRIMER ENSAYO DE RESOLUCIÓN BANCARIA. LA CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE CÓRDOBA (CAJASUR). 3. EL REAL DECRETO-LEY 24/2012, DE 21 DE AGOSTO, DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO. EL ACOPLAMIENTO DE NUESTRO SISTEMA FINANCIERO A LAS PRIMERAS DIRECTRICES INTERNACIONALES Y EUROPEAS. A. *El memorando de entendimiento y su contexto.* B. *La estructura del Real Decreto-ley 24/2014, de 21 de agosto, de reestructuración y resolución de las entidades de crédito.* a. Intervención temprana. b. Reestructuración. c. Resolución. C. *El Fondo de Reestructuración Bancaria (FROB).* 4. LA LEY 9/2012, DE 14 DE NOVIEMBRE, DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO. LA CONFIRMACIÓN DEFINITIVA. A. La Caja Rural de Mota del Cuervo y Banco de Madrid. 5. LA CONFIGURACIÓN DEFINITIVA DE LAS CAJAS DE AHORRO. 6. LA ESTRUCTURA MOLECULAR DEL RÉGIMEN NORMATIVO VIGENTE. A. *Aspectos generales.* B. *La Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito.* 7. LA LEY 11/2015, DE RECUPERACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO Y EMPRESAS DE SERVICIOS DE INVERSIÓN. A. *Objetivos y principios de la resolución.* B. *Semejanzas y diferencias con el régimen anterior.* C. *Condiciones, instrumentos de resolución y procedimiento.* D. *El nuevo papel que se asigna al Fondo de Reestructuración Bancaria.* E. *Régimen procesal y principio de transparencia.* F. *El Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la ley 11/2015, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.* 7. EL

MECANISMO ÚNICO DE RESOLUCIÓN BANCARIA. MUR. A. *Ámbito de aplicación y estructura*. B. *Procedimiento*. C. *El Banco Popular, la primera entidad bancaria resuelta*. D. *Los otros ejemplos de la aplicación del MUR. Los bancos italianos y letonos*. 8. LAS ÚLTIMAS NOVEDADES EN LA MEJORA DEL MARCO RESOLUTORIO. 9. UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO. A. *El nacimiento de una iniciativa internacional. La propagación de los rescates bancarios*. B. *El Consejo de Estabilidad Financiera y las Keys Attributes*. C. *La Ley Dodd Frank. El primer diseño de un régimen excepcional de resolución*. D. *Diferencias entre el modelo europeo y el americano*. a) Estructura. b) Presupuestos de actuación. c) Bancos, objeto de resolución. d) Estrategias de resolución. e) Planes de resolución o testamentos vitales. f) Herramientas de resolución. g) Transparencia. h) Financiación. i) Valoración. j) Impugnación. E. *La realidad de la aplicación del régimen de resolución*.

1. CRISIS 2007. LA GRAN RECESIÓN. EL EMBRIÓN DEL ACTUAL CONTEXTO NORMATIVO

En la última década se ha puesto en evidencia la existencia de una intensa preocupación por la regulación de este sector. Dicho cambio de conducta responde al advenimiento de una de las crisis económicas y financieras más virulentas, no sólo por la intensidad de sus efectos, sino también por la amplitud de su repercusión.

Hacemos referencia a la bautizada posteriormente como «la Gran Recesión». No obstante, esta crisis se diferencia de las anteriores en que no sólo impulsó una nueva legislación, que vino a solventar las deficiencias de la regulación existente hasta ese momento, sino que obligó a replantearse todo el ordenamiento jurídico en vigor, incluida la estructura encargada de preservar la legalidad vigente.

El origen de esta crisis financiera internacional se localiza, fácilmente, en Estados Unidos, con los llamados *hedge funds*, también conocidos como fondos de cobertura o fondos de inversión libre.

Bear Sterns, uno de los principales bancos de inversión anunció, en junio de 2007, que algunos de sus fondos habían perdido, prácticamente, la totalidad de sus recursos

propios. Poco antes, en mayo de 2017, la Unión de Bancos Suizos (UBS S.A) ya había tenido que absorber la sociedad de inversión, Dillon Read Capital Management, como consecuencia de las pérdidas sufridas en inversiones hipotecarias.

Ante las primeras señales de tensiones en los mercados financieros, a mediados del 2007, el BCE actuó con celeridad, anticipando una mayor provisión de liquidez a las instituciones financieras, a fin de intentar contrarrestar las perturbaciones en el mercado interbancario. En concreto, el 9 de agosto de 2007, el BCE inyectó 95.000 millones de euros y ofreció a las entidades de crédito de la zona euro, la posibilidad de acceder a préstamos, al interés básico y sin ningún límite. Al día siguiente, la intervención del BCE alcanzaría la cifra de 61.000 millones. No obstante, esta prematura respuesta no impidió, al final, la tensión de los mercados.

Pronto, la crisis se extendió a instituciones similares a los *hegde funds*, especialmente a los llamados *créditos subprime*, que no deja de ser el nombre que se da en Estados Unidos a las hipotecas de alto riesgo.

En septiembre de 2008, sobreviene un hito fundamental que permite comprender la magnitud de la crisis. *Lehman Brothers*, una de las compañías con mayor abolengo en Norteamérica y que había sobrevivido a acontecimientos dramáticos como la Guerra Civil, la crisis bancarias de 1907, o el crack de 1929, anunciaba, finalmente, su quiebra. El motivo de su estrepitosa caída respondía a las acusadas pérdidas, en las que había incurrido, al verse afectada directamente por un ingente número de títulos respaldados por créditos hipotecarios impagados. La mayor quiebra en la historia hasta el momento, alcanzaba un pasivo de 613.000 millones de dólares.

No obstante, este acontecimiento no sería ni mucho menos aislado. La Reserva Federal Americana anunciaba un paquete de rescate para salvar de la bancarrota a American International Group (AIG), el banco británico Lloyds TSB anunciaba la compra de Halifax Bank of Scotland para evitar su quiebra y los dos últimos bancos de inversiones más grandes de Estados Unidos, Goldman Sachs y Morgan Standley, se convirtieron en holding bancario, con el fin de estar protegidos por la Reserva Federal Americana. Asimismo, los activos del mayor banco de ahorro y préstamos en Estados Unidos, el Washington Muntual, serían vendidos en subasta, después de que la entidad fuera intervenida.

A nivel global, la situación económica provocó una restricción del crédito, lo que propició, a su vez, la mayor contracción económica desde la Gran Depresión de 1930. Los efectos negativos de la crisis financiera se acompañaron con otros elementos

desequilibrantes, cuales eran, por un lado, el hecho inédito de que el barril de brent se encontrase a 146.4 dólares, y por otro, las altas tasas de desempleo que presentaban algunos estados, como el nuestro.

Se constató, entonces, una falta de liquidez que aceleró la conversión de lo que inicialmente era una crisis financiera, en una crisis económica de primer orden.

Resulta un hecho no controvertido que en la presente época, una crisis en el epicentro de las economías industrializadas, se extiende fácil y profundamente a todo el sistema, con especial afectación del sector productivo, que goza de unas importantes condiciones de internacionalización y globalización que le hacen especialmente vulnerable a las circunstancias.

Cuando los acontecimientos de Estados Unidos se propagaron por el viejo continente, algunos Gobiernos optaron por adoptar medidas unilaterales de garantía de las obligaciones de sus bancos, y en particular, de aseguramiento universal de los depósitos. A su vez, la situación de elevada inflación obligó al Banco Central Europeo a incrementar los tipos de interés en la zona euro (4,25%).

La respuesta europea consistió en anunciar una modificación de la DRREC encargada de los sistemas de garantía de depósitos, con el objeto de elevar el nivel de cobertura. En la práctica, se trataba de una serie de medidas paliativas que únicamente perseguían superar la inquietud de los depositantes.

En clave nacional, el legislador procedió a la incorporación de las iniciativas europeas, a través del *Real Decreto 1642/2008, de 10 de octubre*, por el que se fijaron los importes garantizados del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, en la cantidad de cien mil euros.

Por otro lado, la crisis internacional impactó, inicialmente, en España como una mera crisis de liquidez, derivada del cierre de los mercados mayoristas de los que dependía nuestra economía. De modo que las normas adoptadas en este momento, se orientaban, básicamente, a facilitar la financiación y en ningún caso, a sanear los balances de los bancos. Destaca en este extremo, *el Real Decreto-ley 7/2008, de 13 de octubre, de medidas urgentes en materia económico-financiera* y *el Real Decreto-ley 6/2008 de 10 de octubre, por el que se crea el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros*.

Por último, la respuesta a la situación del momento se intentó controlar, facilitando la consecución de acuerdos entre las entidades de crédito y los deudores, a través del *Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre medidas urgentes a adoptar en materia*

económica, fiscal de empleo y acceso a la vivienda. Si bien, el escaso entusiasmo de las entidades de crédito por las dudas derivadas de los criterios judiciales, que se aplicarían a raíz de la normativa, obligó a afrontar reformas en la legislación concursal, valiéndose del posterior *Real Decreto-ley 9/2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal*.

A raíz de los acontecimientos y la situación concurrente, se evidenció que las autoridades se habían equivocado en el diagnóstico inicial que habían efectuado, pues lo que aparentaba una sintomatología propia de un problema de liquidez, resultó tener su origen en la quiebra de la solvencia del mercado financiero. Ello explica la insuficiencia de las medidas adoptadas hasta ese momento y la necesidad de afrontar una reestructuración del sistema, que además se antojaba urgente por la creciente morosidad y la desconfianza generada en el sistema dada su exposición desmesurada al «ladrillo».

Este cambio radical en la percepción de la situación real del sector, tuvo su origen en nuestro país, como consecuencia del episodio que protagonizó Caja de Castilla La Mancha, en marzo de 2009. El incumplimiento de los requerimientos de capital por parte de esta Caja obligó al Banco de España, a acordar la sustitución de sus administradores, al amparo de la LDIEC y posteriormente, su venta. El Fondo de Garantía de Depósitos acometió una inyección de liquidez de 7.000 millones de euros para su saneamiento.

Los acontecimientos pusieron de manifiesto las limitaciones e inconvenientes del marco normativo vigente, especialmente por su insuficiencia para afrontar la complejidad de los procesos iniciados, afectando, de modo singular a las cajas de ahorro por su particular configuración.

2. EL REAL DECRETO-LEY 9/2009, DE 26 DE JUNIO. EL PRIMER ENSAYO DE RESOLUCIÓN BANCARIA

A partir de entonces, se precipitó un ingente número de normas que trataron de construir las bases del nuevo sistema que se debía aplicar a aquellas entidades de crédito en situación de crisis. La primera sería el *Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (RDLRREC 2009)*.⁹⁰

⁹⁰ Rodríguez Pellitero, J. (2010), «Resolución de crisis bancarias», en Muñoz Machado, S.(dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, vol. X, Madrid, Iustel, págs. 827-897; Uría Fernández, F. (2010), «Crisis financiera, mecanismos de apoyo a las entidades de crédito en dificultades y derecho

A través de este Decreto-ley, se creó el Fondo de Reestructuración de Ordenación Bancaria (FROB), con la finalidad de gestionar los distintos procesos de «reestructuración» de entidades de crédito.

Bajo una escueta primera regulación, que se centraba en el objeto, régimen jurídico, gobierno, control parlamentario y extinción, el FROB nació el 27 de junio de 2009⁹¹, liderado por el Banco de España, asumiendo diferentes facultades para operar, bien en procesos voluntarios de integración o bien en la reestructuración de entidades no viables, siempre que hubiera fracasado la primera opción de acudir a los fondos de garantía de depósito. Para lograr su objetivo, se le otorgaron diversas atribuciones, entre las que destacaba la concesión de garantías, préstamos, financiaciones subordinadas o adquisición de participaciones preferentes convertibles.

Brevemente, se debe señalar que el FROB se definía en el artículo 52 apartado 2 como una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada para el desarrollo de sus fines, rigiéndose exclusivamente por el texto de la ley que lo crea, de modo que se excluye la aplicación de las leyes generales que regulan los demás organismos públicos, las disposiciones de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas o las normas existentes en materia de contratación. Esto es, el FROB se diseñó desde un principio como un «organismo apátrida⁹²» que desempeñaba una labor bifronte que justificaba su sometimiento tanto al ordenamiento jurídico privado, cuando actuaba como accionista de las entidades, órgano de administración o asamblea,

de la competencia», *Estabilidad financiera*, núm.18, págs. 85-108 y Carrillo Donaire, J.A. (2010), op.cit.

⁹¹ La disposición final octava del *RDLRREC 2009* señalaba que la entrada en vigor se produciría el día de la publicación de la norma.

⁹² Término acuñado por J.A. García-Trevijano Fos al referirse a aquellos organismos y entidades excluidos de la *Ley del Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958* que bajo el pretexto de una mayor eficacia, iniciaron un fenómeno de huida del Derecho administrativo que no se logró contener hasta la *Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado de 14 de abril de 1977*. García-Trevijano Fos, J.A., (1971) *Tratado de Derecho Administrativo*, t.II, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado.

El mismo Trevijano llegó a afirmar con anterioridad que «para plantearse bien el problema de la personalidad jurídica de los órganos es preciso advertir que no se trata de un principio teórico general, sino de estricto Derecho positivo. El saber si el órgano tiene o no personalidad hay que estudiarlo en cada ordenamiento positivo, porque no existe una incompatibilidad dogmática para que así sea (aunque al tener personalidad dejaría de ser órgano). Los ordenamientos jurídicos se caracterizan por su relatividad, ya que cada uno se organiza a su propio gusto y puede dotar de personalidad sus propios órganos. García-Trevijano Fos, J.A. (1957), *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, pág.87.

como al derecho público, cuando ejercía las potestades administrativas que le atribuía la ley.

Volviendo al texto legal, debemos resaltar que aún no se utiliza la palabra «resolución», aunque entre las medidas que se mencionan en su articulado, se preveía, expresamente, la cesión global y parcial de los activos.

Asimismo, se debe añadir que la llamada «reestructuración» no era un procedimiento proyectado, exclusivamente, a superar situaciones de crisis, sino que su objetivo, simplemente, perseguía mantener la confianza en el sistema e incrementar la fortaleza y solvencia de las entidades de crédito. De aquí, que su aplicación se extendiese a entidades que, sin encontrarse en una situación de dificultad, pretendían asegurar su viabilidad futura, mejorando, mediante tales procesos, su eficiencia a medio plazo.

En ningún momento, se define en el texto normativo qué se entiende como proceso de reestructuración. Ahora bien, de la exposición de motivos podemos extraer que se trata de un procedimiento destinado a generar empresas de crédito sólidas, capaces de proveer crédito con normalidad.

Conviene detenernos, brevemente, en su contenido. El capítulo II aborda los distintos procesos de reestructuración de entidades de crédito de forma progresiva, de modo que el fracaso del primer escenario lleva al segundo y así sucesivamente. En este sentido, se distinguen tres periodos.

Una primera fase, implícita en la regulación, consistía en la búsqueda por parte de la entidad de crédito de una solución privada que le reportase un reforzamiento de su solvencia.

Sin ningún desarrollo normativo de esta fase, el fracaso de la primera solución suponía el inicio de la segunda que se centraría en la adopción de medidas por parte de la entidad de crédito, con el objetivo final de afrontar las debilidades que afectasen a su viabilidad, valiéndose para ello de la actuación de los fondos de garantía de depósitos sectoriales.

El segundo periodo exigía la aprobación de un plan de actuación, que debía encaminarse a asegurar la viabilidad de la entidad, bien reforzando su patrimonio y solvencia, bien facilitando su fusión o absorción por otra de reconocida solvencia o en su caso, el traspaso total o parcial de su negocio, o de unidades del mismo a otras entidades de crédito (artículo 6). Por otro, el FROB se encargaba de canalizar las ayudas públicas (artículo 7).

Si finalmente, no se presentaba el Plan, éste resultaba inviable o se incumplían sus previsiones, el Banco de España podía acordar la sustitución provisional de los órganos de administración y dirección de la entidad afectada, así como cualquiera otra medida cautelar que estimase oportuna al amparo de la LDIEC. En suma, se entraría definitivamente en la tercera fase.

Lo más importante, una vez, que se iniciase el último periodo, era la aprobación de un plan de reestructuración que tuviera por objeto bien la fusión de la entidad o bien el traspaso total o parcial del negocio, mediante la cesión global o parcial de activos y pasivos, a través de procedimientos que aseguraban la competencia, como era el sistema de subasta. Dicho plan podía contemplar medidas de apoyo financiero (concesión de garantías, prestamos, suscripción o adquisición de valores representativos de recursos propios...) y medidas de gestión (organización, procedimiento y control interno de la entidad).

La transferencia total de activos se configuraba como una medida excepcional y se restringía a aquellos supuestos, en los que no fuese posible reflotar la entidad, mediante su reordenación o saneamiento.

Así las cosas, el FROB quedaba habilitado para llevar a cabo una amplia intervención en la gestión de la entidad y la administración de sus activos, que incluía la adquisición de acciones o cuotas participativas y el derecho de representación en la Junta General o en la Asamblea General, equivalente al porcentaje que había adquirido en el patrimonio neto de la entidad intervenida.

En cuanto a la aplicación práctica de la norma, el FROB inició la prestación de apoyos financieros, a finales de marzo de 2010. En total, se concedieron 9.674 millones de euros en participaciones preferentes convertibles, a través de distintos procesos de integración que perseguían la fusión de la entidad o la aplicación de un «sistema institucional de protección» (SIP)⁹³.

Entre toda su actividad, también se formalizó el primer proceso de reestructuración. Se trataba de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba (CajaSur).

⁹³ Un sistema institucional de protección es una novedosa fórmula de concentración empresarial, concebida para la mutua autoprotección de las entidades de crédito que la forman. Surge a raíz de la Directiva 2006/48/CE, de 14 de junio de acceso a la actividad de las entidades de crédito y alcanzó carta de naturaleza en nuestro ordenamiento a través del artículo 25 del *Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo*. Este proceso de agrupación es conocido como «fusión fría» o «fusión virtual» y se encuentra especialmente arraigado en relación con las cajas de ahorro y las cooperativas de crédito, pues esta fórmula permite el mantenimiento de cierta independencia jurídica y operativa, así como la conservación de la marca comercial.

FROB I. RESUMEN DE PROCESOS DE INTEGRACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN

CUADRO 1

Entidades	Estructura	Fecha de aprobación por el FROB	Tipo de apoyo	Estado	Importe del apoyo (millones de euros)	Fecha de desembolso
Procesos de integración						
UNIÓN DE CAIXES (UNNIM) Caixes d'Estalvis Comarcal de Manlleu, Sabadell y Terrassa	Fusión	25.3.2010	Participaciones preferentes	Suscrito y desembolsado	380	28.7.2010
CATALUNYA CAIXA (CX) Caixes d'Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa	Fusión	25.3.2010	Participaciones preferentes	Suscrito y desembolsado	1.250	28.7.2010
CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA (CEISS) Caja de Ahorros Caja España y Caja Duero	Fusión	25.3.2010	Participaciones preferentes	Suscrito y desembolsado	525	29.10.2010
NOVACAIXAGALICIA Caixa Galicia y CaixaNova	Fusión	29.6.2010	Participaciones preferentes	Suscrito y desembolsado	1.162	30.12.2010
BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS Caja de Ahorros de Madrid, Bancaja, Caja Ávila, Caja Segovia, Caja Insular de Canarias, Caixa Laietana y Caja Rioja	SIP	29.6.2010	Participaciones preferentes	Suscrito y desembolsado	4.465	28.12.2010
BANCO MARE NOSTRUM Caja de Ahorros de Murcia, Caja Granada, Caixa Penedès y Sa Nostra	SIP	29.6.2010	Participaciones preferentes	Suscrito y desembolsado	915	31.12.2010
BANCA BASE Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM), Cajastur, Caja Cantabria y Caja Extremadura	SIP	29.6.2010	Participaciones preferentes	Suscrito NO desembolsado	—	Suspendida
BANCA CÍVICA Caja de Ahorros de Navarra, CajaSol (incluye Guadalajara), Caja General de Canarias y Caja Municipal de Burgos	SIP	22.12.2010	Participaciones preferentes	Suscrito y desembolsado	977	11.2.2011
Total procesos de integración					9.674	
Procesos de reestructuración CAJASUR	Cesión de negocio	15.7.2010	Cuotas participativas	Suscrito y desembolsado	800	17.6.2010
Total procesos de reestructuración					800	

Fuente: Ponce Huerta, J. (2019).

Brevemente, se debe desarrollar este proceso por su importancia posterior al examinar la naturaleza del proceso. CajaSur, como otras tantas entidades, acusaron los efectos de las crisis financiera iniciada en el año 2007 y tras varios intentos de fusión, primero con Caja Murcia y después con Unicaja, terminaría por solicitar el 21 de mayo de 2010, siguiendo las indicaciones verbales facilitadas por el Banco de España, la aplicación del mecanismo previsto en el artículo 7 de este Real Decreto-ley.

Mediante Resolución de la misma fecha, el Banco de España acordó iniciar el proceso de reestructuración ordenada de la Caja y sustituir provisionalmente a su órgano de administración, nombrando como administrador provisional al FROB.

Los administradores, entonces, procedieron a valorar unilateralmente CajaSur, otorgándole un valor negativo. A continuación, se acordó la emisión de cuotas participativas, que fueron suscritas por el FROB, obteniendo, a través de esta estrategia, el control absoluto sobre los órganos de CajaSur. Los administradores del FROB convocaron,

a su vez, asamblea general ordinaria y extraordinaria advirtiéndole que todos los derechos políticos le correspondían. En el curso de esta Asamblea, en la que el FROB había suscrito todas las cuotas participativas en la cuantía fijada por los administradores y ejercido todos los derechos políticos, se acordó una reestructuración que consistía en la transmisión de todos los activos y pasivos a una tercera entidad (Bilbao Vizcaya Kutxa, BBK). Esta entidad había sido elegida por el FROB directamente.

El resultado final es que la compradora asumió todo el negocio de CajaSur, incluyendo su patrimonio, mientras el FROB se responsabilizaba de las pérdidas de una determinada cartera de activos, durante un plazo de cinco años y por un importe máximo de 392 millones de euros, según contrato de cesión de fecha 16 de julio de 2010. El precio de la operación se elevaba a 1 euro, a repartir entre el Cabildo de la Catedral de Córdoba y la Diputación Provincial de la misma ciudad.

Como se analizará en los siguientes capítulos, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 4 de marzo de 2016,⁹⁴ negó que en este procedimiento de reestructuración hubiera existido una vía de hecho imputable al Banco de España o al FROB.

Lo que se debe destacar de este texto legal y de la experiencia de su aplicación, es que el Real Decreto-ley, junto con la LDIEC regiría hasta su derogación por el *Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito*, siendo determinante en el proceso de reestructuración que se llevó a cabo en torno a las cajas de ahorro⁹⁵. En definitiva, la experiencia constató que se trataba de un verdadero ensayo de lo que estaría por venir.

A propósito de este proceso de reestructuración, resulta especialmente cuestionable que las previsiones de esta ley permitiesen al FROB, como en la práctica sucedió con distintas cajas de ahorro, servirse de sus facultades legales para hacer una valoración de la entidad, concluyendo que su patrimonio neto era negativo y ello sirviese, a su vez, como justificación suficiente para la transferencia total de los activos.⁹⁶

⁹⁴ STS de 4 de marzo de 2016 (rec.116/2013).

⁹⁵ El proceso de reestructuración contribuyó a reducir el número de cajas de ahorro, que pasó de 45 a 9, elevándose el volumen de activos de 28.504 millones de euros a 75.452 millones. Entre 2009 y 2010, se intervinieron dos cajas de ahorros (Caja Castilla La Mancha y Cajasur) y en 2011, se actuó en otras cuatro (CAM, Unnim, CatalunyaCaixa y NovaCaixa Banco). El lote se completa con Banco de Valencia y la intervención de Bannkia, en los primeros meses de 2012.

⁹⁶ Carrillo Donaire, J.A. (2012), op.cit.

En este sentido, no se puede obviar que la contabilidad de las cajas admitía diversas interpretaciones en función de las dotaciones, provisiones y coeficientes aplicables, de modo que el soporte legal del órgano de intervención para realizar operaciones de valoración, sin unos criterios claros al respecto, generaba no sólo dudas legales, sino también de rango constitucional por la afectación del derecho de propiedad. A esto, debemos añadir que las cajas de ahorro, solían incorporar en sus Estatutos, el régimen jurídico que resultaba aplicable a la entidad cuando entraba en fase de liquidación en consonancia con lo establecido en la Ley de Fundaciones que sería aplicable. De este modo, no era extraño que se previese estatutariamente que los remanentes revirtiesen en la entidad fundadora y ello a pesar de que dicha entidad podía perseguir otros fines de interés general.

Asimismo, la venta de una caja a otra entidad de crédito a través del FROB en el contexto de una reestructuración podía implicar un alteración de su propia naturaleza, pues conllevaba de forma inexorable la liquidación de la entidad fundacional.

Desde otra perspectiva, resulta rebatible que el texto legal, no incluyese tampoco una regulación más minuciosa sobre los procedimientos a seguir, en el supuesto de consolidarse finalmente como salida, la fusión o cesión total o parcial de los activos, más allá de la única exigencia de asegurar la competencia.

Finalmente, para concluir con las normas aprobadas en esta etapa legislativa y tratar de paliar la insuficiencia que evidenciaba la normativa aplicable, se dictó *el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorro* que perseguía avanzar en el proceso de transformación de las cajas de ahorro, disociando la entidad sin ánimo de lucro, de la entidad de crédito de su propiedad.

Más tarde, el régimen jurídico se acabaría de completar con el *Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero*, que incrementó los requisitos de capital de la banca y modificó el mandato del FROB para que pudiera recapitalizar las entidades en crisis, mediante la adquisición temporal de acciones ordinarias y no sólo, mediante participaciones preferentes convertibles, en aquellas entidades que así lo solicitasen.

ENTIDADES RECEPTORAS DE APOYOS POR EL FROB II

CUADRO 2

Entidades	Importe efectivo del apoyo (millones de euros)	Fecha del acuerdo
CATALUNYA CAIXA (CX) Caixes d'Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa	1.718	29.9.2011
NOVACAIXAGALICIA Caixa Galicia y CaixaNova	2.465	29.9.2011
UNIÓN DE CAIXES (UNNIM) (a) Caixes d'Estalvis Comarcal de Manlleu, Sabadell y Terrassa	—	29.9.2011
BANCO DE VALENCIA	998	21.6.2012
Total procesos de recapitalización	5.181	

Fuente: Ponce Huerta, J. (2019).

3. EL REAL DECRETO-LEY 24/2012, DE 21 DE AGOSTO, DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO. EL ACOPLAMIENTO DE NUESTRO SISTEMA FINANCIERO A LAS PRIMERAS DIRECTRICES INTERNACIONALES Y EUROPEAS

A. EL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO Y SU CONTEXTO

Llegados a este punto, el proceso de reestructuración exigía como toda actividad que se precie, una adecuada financiación a la que era difícil acceder, como consecuencia de la escasa confianza del mercado.

Una solución momentánea se consiguió a través de la aprobación del anteriormente mencionado *Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero*, que venía a imponer una mayor transparencia en los balances de las entidades de crédito, un endurecimiento de las normas contables y un reforzamiento de la base de capital exigible. En esta misma línea, se aprobarían, posteriormente, el *Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero* y el *Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero* que incluían nuevas exigencias en materia de requerimientos y provisiones.

A través de estos últimos decretos, se perseguía dar respuesta a una creciente preocupación del legislador, quien era consciente de la existencia de entidades en el sistema que carecían de recursos propios para acometer el necesario saneamiento. Comenzaba a visualizarse el problema de las cajas de ahorro.

Sánchez Calero⁹⁷ calificó la regulación que se había acometido en las cajas de ahorros durante el periodo 1977-2009 como una «regulación fracasada», pues bajo su consideración «la crisis de las cajas de ahorro ha sido legislativa en cuanto que las normas promulgadas dieron lugar a una configuración insatisfactoria de esas entidades que el paso del tiempo se ha encargado de poner de manifiesto».

Dichas cajas tuvieron que optar entre cumplir con el nuevo requerimiento de capital o rebajar esa exigencia, pasando a cotizar en bolsa, como ocurrió con Caixabank, BFA-Bankia y Banca Civics.

Pues bien, las nuevas exigencias impuestas por los decretos anteriores, debían alcanzarse antes del 31 de octubre de 2012, aunque previamente tenían que presentar un plan de cumplimiento el 11 de junio del mismo año. Esta fecha fue clave para reflejar la verdadera situación del conjunto del sector financiero.

En junio de 2012, la famosa prima de riesgo (el coste diferencial entre el bono español y el alemán) superaba los 600 puntos básicos y los informes sobre estabilidad financiera publicados por el Banco Central Europeo y la Comisión alertaban de la fragmentación financiera en la Eurozona.

Un informe del Fondo Monetario Internacional, efectuado el 25 de abril de 2012 «sobre el sector financiero español», ya advertía que la banca española podía necesitar ayudas cercanas a los 40.000 millones de euros y que un grupo de unos 10 bancos españoles, la mayoría de los cuales eran cajas bancarias, tendrían más que serias dificultades para cumplir con los nuevos requerimientos del Gobierno.

Antes esta tesitura, era necesaria una reacción inmediata europea, que finalmente se acabaría cristalizando con la firma de un Memorando⁹⁸ de entendimiento con nuestros socios comunitarios (MoU), que implicó la posibilidad de acceder de facto a una línea de crédito por un importe máximo de 100.000 millones de euros, para la recapitalización de las entidades que mostrasen deficiencias de recursos, a cambio del sometimiento a un control externo y el cumplimiento de una serie de obligaciones adicionales.

⁹⁷ Sánchez-Calero Guilarte, J. (2014). «La crisis de las cajas y la respuesta legislativa» en Colino Mediavilla J.L, González Vázquez J.C, Freire Costas R.M y Recamán Graña. E. (coords), *Las cajas de ahorro y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*. Granada. Editorial Comares. Pág. 1-24

⁹⁸ *Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid, el 23 de julio de 2012, y Acuerdo marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012.*

Este Memorando⁹⁹ asumía como principal objetivo, aumentar la flexibilidad a largo plazo del conjunto del sector financiero español, restableciendo su acceso al mercado. Para ello y como parte de su estrategia, exigía dar una respuesta efectiva a los activos heredados, segregándolos de los deteriorados, mejorar la transparencia de la situación bancaria y perfeccionar los mecanismos de identificación de riesgos y gestión de crisis.

Lo que se debe retener de la actuación europea llevada a cabo en España, es que se evitó el denominado «rescate total». De modo que, y a diferencia de lo que había ocurrido en otros Estados, no se condicionó globalmente las decisiones del Estado a la autorización de la «Troika» (Fondo Monetario Internacional, Comisión Europea y Banco Central Europeo), sino que el MoU presentaba un ámbito de actuación estrictamente limitado al sector financiero.

Coetáneamente, en el ámbito europeo comenzó a calar una creciente concienciación sobre la necesidad de adoptar medidas más definitivas que sirvieran para paliar las dificultades económicas en la que se encontraban ciertos países como España, Portugal, Irlanda, Grecia... En junio de 2012, la Comisión Europea optó por publicar una propuesta de Directiva sobre Recuperación y Resolución Bancaria, que trataba de introducir en el derecho europeo, un régimen de reestructuración y resolución bancaria adaptado a las recomendaciones del Consejo de Estabilidad Financiera, celebrado en octubre de 2011.

Se dan así, los primeros pasos hacia la unión bancaria europea que hoy constituye una realidad y en la que nos detendremos posteriormente.

El precedente inmediato de esta nueva preocupación se localiza fácilmente en la necesidad de ofrecer internacionalmente, una respuesta a la caída de las grandes empresas financieras a nivel global y con riesgo sistémico. Así, en octubre de 2011 y en sede del G-20, a través del Consejo de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Board, FSB*) se aprobó el documento «Elementos fundamentales para el régimen de resolución efectivo de instituciones financieras»¹⁰⁰ en el cual se delimitan los aspectos esenciales para el establecimiento de un adecuado régimen de resolución de entidades. Este documento tenía como objeto promover un marco legal adecuado para facilitar la reestructuración y

⁹⁹ Campuzano Laguillo, A.B. y Palomar Olmeda, A. (2015), «La reestructuración y la resolución de las entidades de crédito», en Campuzano Laguillo, A.B., Martínez Echevarría, A y Mínguez Prieto, R. (dirs.), *La gestión de la crisis bancaria española y sus efectos*, Madrid, La Ley, págs.189-240.

¹⁰⁰ *Keys Attributes of Effective Resolution Regimens for Financial Institutions*.

resolución de las entidades financiera de una manera ordenada, sin exponer al contribuyente a la asunción de pérdidas.

Dicho lo anterior, nuestro Memorandum ya incluía estas exigencias para el Estado Español, lo que explica la aprobación del *Real Decreto-ley 24/2012, de 21 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (RDLRREC 2012)*, y, posteriormente, la *Ley 9/2012 de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (LRREC 2012)* tramitada por la vía de urgencia.

Este texto vino a incorporar en su articulado la propuesta de la directiva que finalmente constituiría la futura DRREC. En línea con las orientaciones del Consejo de Estabilidad Financiera, se introduce en nuestro derecho, por primera vez, la figura de la «resolución» de entidades de crédito, entendiendo como tal un procedimiento de «extinción ordenada» en caso de inviabilidad. En la práctica legislativa, se consagró la derogación del RDLRREC 2009, pero no así de la LDIEC.

B. LA ESTRUCTURA DEL DECRETO LEY 24/2012, DE 21 DE AGOSTO DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO

La importancia del Real Decreto-ley y su posterior ley es indiscutible, en tanto en cuanto la regulación actual reproduce la misma estructura e incluso su contenido, al margen de ciertas salvedades, que se analizarán a continuación; de aquí la importancia de su estudio, con carácter previo.

Del examen exhaustivo de la nueva regulación, podemos extraer que el *Real Decreto-ley 24/2012* y la posterior *Ley 9/2012*, descansaban sobre una estructura de tres pilares, hasta entonces desconocida, a saber: actuación temprana, reestructuración y resolución. Se trataba de una organización de la intervención en las entidades de crédito de diferente intensidad, en función de la gravedad de los problemas que deben solventar y la posibilidad o no de recuperación.

Por un lado, la intervención temprana (artículo 6 y siguientes) era un procedimiento inédito y novedoso. Perseguía solventar debilidades transitorias leves que podían ser corregidas, mediante medidas dirigidas a que la entidad de crédito recobrase la estabilidad por sus propios medios, evitando la necesidad de inyectarle fondos públicos o haciéndolo de forma puntual y transitoria.

Por otro, se regulaban de forma minuciosa dos formas de organización de las entidades en crisis que se encontraban latentes en el RDLRREC 2009, esto es, la reestructuración y la resolución, en función de la viabilidad de las entidades afectadas.

La aplicación de estos procedimientos exigió, en primer lugar, un reforzamiento de los poderes del Banco de España y del FROB. En cuanto al primero, se le transfirieron por la vía de la modificación de la LDIEC, aquellas funciones relacionadas con el otorgamiento de autorizaciones e imposición de sanciones a las entidades de crédito, que antes correspondían al Ministerio de Economía. De nuevo otra exigencia del Memorandum, que vino a hacerse eco de los informes del Fondo Monetario sobre la necesidad de dotar de mayor autonomía a los supervisores financieros. En cuanto al segundo, se le reconoció personalidad jurídica y se aseguró su independencia del Ejecutivo, pues pasó a tener su propia Comisión Rectora formada por nueve miembros: cinco a propuesta del Gobierno y cuatro del Banco de España. De esta forma, se evitaba el conflicto de interés generado por la participación del sector privado en la Comisión Rectora, a través del Fondo de Garantía de Depósitos.

Procedamos, a continuación, a detenernos en cada procedimiento.

a. Intervención temprana

El presupuesto de la intervención temprana se encontraba en que se «incumpla o existan elementos objetivos conforme a los que resulte razonablemente previsible que no pueda cumplir con los requerimientos de solvencia, liquidez, estructura organizativa o control interno, pero se encuentre en disposición de retornar al cumplimiento por sus propios medios, sin perjuicio del apoyo financiero público excepcional previsto en el artículo 9.f)...»

Tan pronto como la entidad se encontrase en alguna de estas situaciones, debía informar al Banco de España y configurar un plan de actuación, en el que se concretasen las acciones previstas para asegurar la viabilidad a largo plazo, sin necesidad de apoyos financieros (objetivos, compromisos de solvencia, eficiencia, racionalización de su administración y gerencia...) No obstante, se preveía que si el Banco de España conociese que una entidad de crédito se encontrase en esta situación, podía requerirle tanto información, como la presentación del plan anterior.

El plan de actuación debía someterse a la aprobación del Banco de España, quien podía requerir las modificaciones o medidas adicionales que considerase oportunas. Asimismo, cuando se solicitase apoyo financiero público, se exigía el informe favorable del FROB, quien debía evacuarlo en el plazo de diez días. La aprobación definitiva del Plan debía producirse, a lo sumo, en un plazo de diez días.

Desde entonces, el FROB quedaba habilitado para realizar el seguimiento, junto con el Banco de España, hasta que este último declarase finalizada la situación de actuación temprana.

Las medidas que podía adoptar el Banco de España se traducían en lo siguiente: a) requerir al órgano de administración de la entidad para que convocase, o bien convocar directamente si el órgano de administración no lo hiciese en el plazo requerido, a la junta o asamblea general de la entidad, así como proponer el orden del día y la adopción de determinados acuerdos. b) requerir el cese y sustitución de miembros de los órganos de administración o directores generales y asimilados. c) requerir la elaboración de un programa para la renegociación o reestructuración de su deuda con el conjunto o parte de sus acreedores. d) adoptar cualquiera de las medidas establecidas en la normativa vigente en materia de ordenación y disciplina. e) en caso de que las medidas anteriores no fueran suficientes, acordar la sustitución provisional del órgano de administración de la entidad. f) con carácter excepcional, requerir medidas de recapitalización mediante instrumentos convertibles en acciones ordinarias o aportaciones al capital social en las que el plazo de recompra o amortización no exceda de dos años, de conformidad con las exigencias legales.

Si se observa con detenimiento esta fórmula, recuerda a la intervención temporal, sin sustitución de administradores, que incluía la LDIEC. En ambos supuestos, tanto la intervención temporal, como la actuación temprana aborda el procedimiento más débil de intervención pública.

Pero si efectuamos una comparación más exhaustiva de ambos procedimientos, veremos que existen notables diferencias por dos motivos: primero, por la laxitud del presupuesto de actuación que exigía la actuación temprana en la que incidiremos a continuación, y en segundo lugar, por las medidas exorbitantes que podía adoptar el Banco de España, al incluir la recapitalización excepcional de forma parcial o temporal, con ayudas públicas.

A raíz de lo expuesto, lo determinante de esta fase es la configuración de la premisa de inicio. Como se ha analizado anteriormente, se trata de una fórmula preventiva que tiene como finalidad, evitar que una situación de riesgo leve no se agrave o venga a requerir una intervención futura más costosa. Es decir, la actuación temprana, legitimaba al Banco de España a adelantarse a futuros incumplimientos de ratios de solvencia, liquidez o aprovisionamientos, que en la realidad, todavía, no se habían producido.

Cabe destacar que el perfil aparentemente bajo de su presupuesto de actuación contrasta con las amplias facultades de intervención, que se otorgan al Banco de España o al FROB.

En esta misma línea, no se puede dejar de mencionar que el futuro riesgo o previsión de incumplimiento, como condición para la actuación temprana se diseñaba, de una forma excesivamente abierta o ambigua, de modo que se incrementaban las posibilidades de discreción de la Administración, exigiendo un esfuerzo de motivación y cuidada aplicación del principio de proporcionalidad. Este será el caballo de batalla que se reiterará en la legislación posterior, hoy vigente.

b. Reestructuración

Este mecanismo es el heredero de la «reestructuración ordenada y reforzamiento de los recursos propios» de las entidades intervenidas del derogado RDLRREC 2009, con la única salvedad, de la exclusión de la posibilidad de transmisión total de activos, que queda subsumida en la última vía de la resolución bancaria.

Esta reestructuración orbita sobre la premisa del saneamiento como vía ordinaria para reflotar las entidades en crisis. Procedía, dicha reestructuración cuando se requería apoyo financiero público para garantizar su viabilidad y existían elementos objetivos que hacían razonablemente previsible que dicho apoyo sería reembolsado o recuperado, en los plazos previstos para cada instrumento en el capítulo V. Asimismo, se podía optar por la reestructuración de una entidad de crédito, aunque no concurriesen los elementos objetivos anteriores, cuando la resolución de la entidad podía producir efectos gravemente perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero en su conjunto, de modo que resultaba preferible su reestructuración, a efectos de minimizar el uso de recursos públicos.

Los instrumentos de reestructuración podían consistir en una o varias de las siguientes medidas: otorgamiento de garantías, la concesión de préstamos o créditos, adquisición de activos o pasivos, la recapitalización de la entidad mediante acciones ordinarios, aportaciones al capital social o instrumentos convertibles, sin perjuicio de que también podían acordarse la transmisión parcial de activos tóxicos o pasivos a la sociedad de gestión de activos.

La mecánica se asemejaba a la actuación temprana. Cuando una entidad se encontrase en esta situación debía informar de inmediato al FROB y al Banco de España, presentando a continuación y en el plazo de quince días, un plan de reestructuración en el que se concretasen las medidas previstas para asegurar la viabilidad a largo plazo de la

entidad. Del mismo modo, si era el Banco de España quien tenía conocimiento de una situación equivalente, lo debía poner en conocimiento de la entidad, requiriéndole la presentación del plan.

En este caso, era el FROB quien podía requerir la modificación del plan presentado o de las medidas adicionales que considerase, aunque la aprobación definitiva le correspondía al Banco de España en el plazo de un mes como máximo.

Es importante destacar que la norma preveía específicamente que la aprobación del plan debía especificar las operaciones a través de las cuales se instrumentaría la reestructuración, incluyendo en su caso, las eventuales adquisiciones de participaciones significativas o las modificaciones estatutarias. Estas últimas, además, no requerirían ninguna autorización administrativa ulterior.

Esta sencilla previsión, de suprimir cualquier autorización posterior, vino a solventar preventivamente cualquier futuro conflicto relacionado con las autorizaciones referidas a las cajas de ahorro y las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia.

En cuanto al seguimiento del plan, una vez acordada la reestructuración, la entidad intervenida quedaba obligada a remitir al FROB y al Banco de España, con periodicidad trimestral, un informe sobre el grado de cumplimiento de las medidas contempladas en el Plan de Reestructuración y de su situación de liquidez. Asimismo, tanto el Banco de España, como el FROB podían requerir la adopción de las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del plan de reestructuración y, en todo caso, las que antes hemos enumerado.

Cuando el plan de reestructuración fuese ejecutado y la entidad saneada, el Banco de España declaraba finalizado el proceso de reestructuración. Si por el contrario, no se reembolsase o recuperase el apoyo financiero o no fuera posible superar la situación de deterioro, el Banco de España procedía a la apertura del proceso de resolución bancaria.

c. Resolución

Por último, se regulaba como válvula de cierre el mecanismo de resolución, que vino a configurarse como el reverso de la reestructuración. Se trataba de una auténtica novedad en nuestro ordenamiento jurídico que nacía para dar respuesta a aquella situación en la que se debía hacer frente a la constatación de entidades inviables, facilitando su supresión y su venta. La resolución no era otra cosa, por tanto, que una liquidación ordenada de la entidad bancaria.

De nuevo, como ya ocurrió en otros episodios históricos, se trataba de conseguir con esta norma, una normalización de situaciones excepcionales, que permitiera afrontar las crisis de las entidades bancarias, como episodios cotidianos y ordinarios de la vida económica del Estado.

La resolución ordenada se inspiraba en las medidas de fusión forzosa y traspaso total de activos a otra entidad, que ya contemplaba el RDLRREC 2009, para los casos de inviabilidad, pero con notables cambios en su desarrollo. Esta vez, mucho más minucioso y preciso.

El presupuesto de la resolución, a grandes rasgos, giraba sobre el concepto de entidad inviable, pues la resolución procedía cuando nos encontrábamos ante una entidad inviable o era razonablemente previsible su inviabilidad en un futuro próximo y por razones de interés público, resultaba necesario o conveniente acometer la resolución de la entidad, por cuanto la disolución y liquidación de la entidad en el marco de un procedimiento concursal no permitía alcanzar los objetivos de la reestructuración.

El primer gran inconveniente de este presupuesto radicaba en la vaguedad del término «razonablemente previsible», ya que exigía una labor de concreción, que se dejaba otra vez en manos de la Administración.

El artículo 20 señala:

«1. Se entenderá que una entidad de crédito es inviable si:

a) La entidad se encuentra en alguna de las siguientes circunstancias:

i) la entidad incumple de manera significativa o es razonablemente previsible que incumpla de manera significativa en un futuro próximo los requerimientos de solvencia; o,
ii) los pasivos exigibles de la entidad son superiores a sus activos o es razonablemente previsible que lo sean en un futuro próximo; o,

iii) la entidad no puede o es razonablemente previsible que en futuro próximo no pueda cumplir puntualmente sus obligaciones exigibles.

b) Y no es razonablemente previsible que la entidad pueda reconducir la situación en un plazo de tiempo razonable por sus propios medios, acudiendo a los mercados o mediante los apoyos financieros a los que se refiere el Capítulo V.

A los efectos de considerar que una entidad de crédito es inviable o es razonablemente previsible que vaya a serlo en un futuro próximo, se tendrá en cuenta igualmente la situación financiera del grupo del que, en su caso, forme parte.»

La única excepción a la aplicación de este proceso derivaba de la presencia de un banco o grupo denominado sistémico, pues su peso en el sector justificaba que se descartase el procedimiento resolutorio, en favor de la reestructuración. En este caso, se entendía que dado el tamaño de la entidad de crédito o su repercusión en el mercado, la resolución podía producir efectos gravemente perjudiciales, para la estabilidad del sistema financiero en su conjunto. Curiosamente, se perseguía, a través de esta fórmula, minimizar el uso de recursos públicos.

Cuando el Banco de España, de oficio o a propuesta del FROB, acordase la apertura inmediata del proceso de resolución debía informar a la entidad, a la autoridad de la Unión Europea responsable de la supervisión y a la Autoridad Bancaria Europea, dando cuenta al Ministro de Economía. A continuación, acordaría la sustitución del órgano de administración de la entidad al amparo de LDIEC y designaría como administrador de la entidad, al FROB.

En el plazo de dos meses, el FROB debía elaborar un Plan de Resolución para la entidad o en su caso, pronunciarse sobre la procedencia de la apertura de un procedimiento concursal. El plan aludido debía incluir al menos el siguiente contenido: las condiciones sobre las que se sustentaría la apertura del proceso, los instrumentos de resolución ya implementados, y las facultades de las que pretendiese hacer uso a tal efecto, así como los compromisos adoptados para minimizar el uso de recursos públicos y las eventuales distorsiones a la competencia que pudieran resultar de tales instrumentos y facultades, las medidas de apoyo financiero por parte del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, la valoración económica de la entidad o de sus correspondientes activos y pasivos, las acciones de gestión de los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada y el plazo máximo de ejecución.

El Plan era sometido a la aprobación del Banco de España, así como sus modificaciones. Dicha aprobación, al igual que ocurrió en los procesos de reestructuración, no exigía ninguna otra autorización ulterior para efectuar las concretas operaciones que fuesen necesarias para instrumentar la resolución, incluidas las adquisiciones de participaciones significativas y las modificaciones estatutarias que se pudiesen necesitar.

El mecanismo de resolución se podía llevar a cabo a través de uno o varios de los siguientes instrumentos: el apoyo financiero, la venta del negocio de la entidad y la transmisión de activos o pasivos, bien a un banco puente o bien a una sociedad de gestión de activos.

Las medidas de apoyo financiero eran las mismas que en los supuestos de reestructuración: el otorgamiento de garantías, la concesión de préstamos o créditos, la adquisición de activos pasivo y la recapitalización. No obstante, la utilización por parte del FROB de instrumentos de apoyo financiero, tampoco, reducía las pérdidas derivadas de la reestructuración o la resolución que debían soportar, en primer lugar, los accionistas, socios y acreedores subordinados.

Si nos detenemos en cada uno de estos instrumentos, podemos mencionar lo siguiente. El banco puente (bridge bank) era una figura anglosajona, orientada a facilitar el normal desarrollo de la actividad financiera, en tanto se procedía a llevar a cabo la búsqueda de un comprador. Este banco podía ser administrado y gestionado con el objetivo de venderlo, o bien podía optarse por vender sus activos o pasivos, cuando las condiciones fuesen apropiadas y en todo caso, en el plazo máximo de cinco años, desde su adquisición o constitución por el FROB.

De todas formas, se revocaría la autorización del banco puente como entidad de crédito y cesaría en su actividad transcurrido un año desde que dejase de estar participado por el FROB, o desde que se traspasase la totalidad o la mayor parte de sus activos o pasivos a otra entidad y, en todo caso, en el plazo máximo de seis años, desde su constitución.

Otro mecanismo de resolución consistía en trasladar los activos o pasivos tóxicos, o más problemáticos, esto es, créditos dudosos y otros provenientes del sector inmobiliario a una sociedad de gestión de activos, «banco malo», con el fin de maximizar su precio de venta en el futuro. La parte que no se traspase se liquidaba y se resolvía en el marco de un proceso concursal. Este mecanismo podía operar, a diferencia del anterior, tanto como un instrumento de reestructuración como de resolución.

El denominado «banco malo» se configuró como una sociedad anónima que tenía por objeto la tenencia, gestión y administración directa o indirecta de los activos que le transfiriesen las entidades de crédito. Activos, que como se ha mencionado, se caracterizaban por ser especialmente dañosos o cuya permanencia en el balance, se consideraba perjudicial para su viabilidad.

El artículo 35, en sintonía con lo expuesto, disponía que el FROB podría obligar a una entidad de crédito a transmitir a la sociedad de gestión de activos estas categorías de bienes. Es importante destacar que la transmisión se realizaba, sin necesidad de obtener el consentimiento de terceros y sin tener que cumplir los requisitos procedimentales oportunos en materia de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. O lo

que es lo mismo, sin necesidad de seguir un procedimiento contradictorio y sin necesidad de audiencia a la Junta, Asamblea General, accionistas o propietarios de la entidad.

Para la gestión de estos activos, el FROB constituyó la denominada Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A, según lo ordenado por la disposición adicional séptima RDLRREC 2012. El precedente de esta organización lo encontramos en la irlandesa *National Asset Management Agencia*¹⁰¹.

La última posibilidad de actuación que debemos analizar y en la que nos debemos detener, como mecanismo de resolución es la transmisión a un adquirente, que no sea un banco puente, de las acciones, cuotas participativas, aportaciones al capital social o con carácter general, instrumentos representativos del capital (artículo 26). En este supuesto, no existe una previa clasificación de activos dudosos, al contrario de lo que ocurre con la transmisión a la sociedad de gestión de activos.

La venta del negocio de la entidad no requería, tampoco, el consentimiento de los accionistas, ni de terceros diferentes del comprador, ni tenía que cumplir con aquellos requisitos procedimentales en materia de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Lo único que se exigía es que se procediese, atendiendo a las circunstancias del caso y en condiciones de mercado.

La selección del adquirente se debía efectuar, a través de un procedimiento competitivo y transparente, cuyo principal objetivo era maximizar el precio de venta y minimizar el uso de recursos públicos. No obstante, se permitía exceptuar este procedimiento concurrente y sustituirlo por una adjudicación directa en determinadas condiciones y sin perjuicio de la comunicación, que se debía cursar a la Comisión Europea, a efectos de lo establecido en la normativa en materia de ayudas de Estado y defensa de la competencia.

La excepción abarcaba, especialmente, todos aquellos supuestos, en los que se justificase adecuadamente que existía una seria amenaza, para la estabilidad del sistema financiero, bien sea como consecuencia de la situación de la entidad o bien porque el desarrollo de dicho procedimiento podía dificultar la efectividad del instrumento de resolución.

Para concluir, se debe tener presente que para determinar el importe resultante de la transmisión que debía abonarse a la entidad o a sus accionistas, se debían deducir del

¹⁰¹ Vega Serrano, J.M (2011), «La crisis bancaria irlandesa», *Boletín Económico del ICE* nº 3007, págs. 29-37.

precio de venta, los gastos administrativos y de cualquier otra naturaleza, incurridos por el FROB, incluyendo el coste de los instrumentos de apoyo financiero que este hubiera podido adoptar.

Expuestos los distintos mecanismos de resolución y reestructuración, debemos poner de relieve que tanto en uno y otro caso, se incorporaron instrucciones, para proceder a la previa valoración económica de la entidad intervenida (artículo 5). El objetivo de esta previsión legal era cuantificar su valor, ya sea para saber cuanto apoyo financiero o ayuda pública podía necesitar, ya sea para saber cuantificar en el mercado, las acciones y participaciones.

Por imperativo legal, le correspondía al FROB efectuar esta valoración a través de un procedimiento que se apoyaba en los informes confeccionados por uno o varios expertos independientes. No obstante, ni era un procedimiento contradictorio, ni exigía la audiencia de los propietarios de la entidad.

Realizada la exposición de los mecanismos de resolución y la valoración de la entidad, debemos añadir que la aplicación y eficacia de la nueva regulación dependía del papel que se asignaba al llamado Fondo de Reestructuración Bancaria (FROB).

C. EL FONDO DE REESTRUCTURACIÓN BANCARIA (FROB)

Tal como se ha mencionado anteriormente, el Fondo se configuró como una entidad de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada para el desarrollo de sus fines, que tenía como objeto gestionar los procesos de reestructuración y resolución de las entidades de crédito.

La sencillez de la definición se contrapone a la difícil categorización de su actividad, como consecuencia del régimen jurídico que le era aplicable. Según el artículo 50, el FROB quedaba sometido al ordenamiento jurídico privado, salvo que actuase en el ejercicio de potestades administrativas. No obstante, en este supuesto se excluía, expresamente, la aplicación de la *Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración general del Estado*, las disposiciones de la *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, así como las normas generales que regulaban el régimen presupuestario, económico-financiero, contable y de control de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, a excepción de la fiscalización externa del Tribunal de Cuentas, y al sometimiento del régimen interno de su gestión en el ámbito económico-financiero al control financiero

permanente de la Intervención General de la Administración del Estado conforme a lo previsto en el capítulo III del título VI de la *Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria*.

La dicotomía del régimen jurídico se correspondía, a priori, con las diferentes facultades que le eran otorgadas. Por una parte, ejercitaba una serie de facultades mercantiles, entre las que se encontraban aquellas que la legislación mercantil confería como propias del órgano de administración, de los accionistas o titulares de cualesquiera valores o instrumentos financieros, o incluso de la junta o asamblea general. No obstante, este último supuesto, sólo autorizaba a actuar al FROB, cuando se obstaculizase o rechazase la adopción de los acuerdos necesarios para llevar a cabo las medidas pertinentes de reestructuración o de resolución, o en casos de extraordinario urgencia.

Por el contrario, el artículo 62, enunciaba las facultades de carácter administrativo que le eran encomendadas y entre las que mencionaba sin ánimo de ser exhaustivo, determinar el valor económico de la entidad, requerir información, ordenar la transmisión de las acciones o cuotas, realizar operaciones de aumento o reducción de capital, de emisión y amortización, determinar los instrumentos en que se concreten las medidas de reestructuración o resolución...

En consonancia, con lo expuesto en el artículo 68, se señalaba que tenían la condición de acto administrativo, las siguientes actuaciones:

- suspender, cualquier obligación de pago o entrega que se derive de cualquier contrato celebrado por la entidad, por un plazo máximo que se inicia con la publicación del ejercicio de esta facultad, hasta las cinco de la tarde del día hábil siguiente. Se excluye los depósitos abiertos en la entidad.
- impedir o limitar la ejecución de garantías, sobre cualquiera de los activos de la entidad por el periodo de tiempo limitado que el FROB considere necesario para alcanzar los objetivos de resolución.
- suspender el derecho de las contrapartes a declarar el vencimiento o resolución anticipada o a instar la ejecución o compensación de cualesquiera derechos u obligaciones relacionados con las operaciones financieras y acuerdos de compensación contractual a los que se refiere la sección 2.^a del capítulo II del título I del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, como consecuencia de la adopción de cualquier medida de resolución, reestructuración o actuación temprana, por un plazo máximo que se inicia con la publicación del ejercicio de esta facultad hasta las cinco de la tarde del día hábil siguiente.

Asimismo, no se puede dejar de mencionar que la función del FROB se conectaba directamente con aquella atribuida al Banco de España. De hecho, este último podía llegar a modificar los actos del primero.

De todo lo expuesto, lo que puede resultar perturbador en la configuración de este régimen y en lo que incidiremos en el capítulo dedicado a examinar la naturaleza del procedimiento resolutorio, es que una entidad de derecho público como el FROB, en su condición de órgano administrativo que asume funciones estrictamente mercantiles, toma decisiones a las que se les reconoce la condición expresa de actos administrativos y que son enjuiciadas, con criterios de Derecho Público, en el ámbito del proceso contencioso administrativo.

4. LEY 9/2012, DE 14 DE NOVIEMBRE, DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Como consecuencia de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, se publica *la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de las entidades de crédito (LRREC 2012)*.

Las únicas novedades que merece la pena destacar, respecto al texto embrionario, es la concreción de la competencia de supervisión de las sociedades de gestión de activos que le corresponde, ahora, al Banco de España, por mandato del artículo 38, en conexión con el 7.6 de la *Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España*. A través de esta fórmula se habilitaba al Banco de España, para realizar las inspecciones y comprobaciones que considerase oportunas en el marco de las funciones asignadas.

Desde una dimensión práctica de la ley, cabe mencionar que el FROB se tuvo que enfrentar con dos episodios de consideración: la resolución de una cooperativa de crédito, a través de la venta del negocio en 2014 y la liquidación de una entidad intervenida por el Banco de España en 2015. Ambos sucesos tuvieron lugar antes de la entrada en vigor de la actual *Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*.

Al amparo del artículo 21 LRREC 2012, la cooperativa de crédito, Caja Rural de Mota del Cuervo¹⁰², fue declarada en situación de inviabilidad por el Banco de España, en fecha 14 de enero de 2014. Se trataba de una pequeña caja rural que representaba menos

¹⁰² Cámara Largo, A.O. (2017), «Banco Popular: la segunda resolución bancaria tiene un desconocido antecedente», *Revista la Ley Mercantil*, núm.40, pág.10.

del 0,01% de los activos del sistema bancario español¹⁰³. Asimismo, se acordó nombrar al FROB como administrador provisional bajo el apoyo legal de la LDIEC y la transmisión de la totalidad de las aportaciones sociales pertenecientes a los socios. A través de un procedimiento de urgencia, la entidad se vendió a otra cooperativa, Globalcaja, quien según el FROB presentó la mejor oferta, 1.275.800 euros, más los gastos en que había incurrido el FROB.¹⁰⁴

El segundo episodio se protagonizaría por parte del Banco de Madrid, una entidad con un balance en torno a los 1.300 millones. En marzo de 2015, se anunció por parte de *Financial Crimes Enforcement Network* del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, su decisión de considerar a la *Banca Privada d'Andorra (BPA)*, como una institución financiera extranjera, sometida a preocupación de primer orden en materia de blanqueo de capitales. Ello supuso la imposibilidad para BPA y todas las entidades de su grupo, entre las que se incluía Banco de Madrid, de operar en Estados Unidos y mantener sus cuentas; lo que dificultaba seriamente su actividad de mercado.

Ante las graves acusaciones, el *Institut Nacional Andorrà de Finances*, en su condición de supervisor bancario andorrano, aprobó la intervención cautelar de esta entidad BPA. El Banco de España actuaría de forma similar, con el Banco de Madrid, pues mediante la Resolución de 10 de marzo de 2015, acordaría la intervención de la entidad y la sustitución de los administradores.

Los administradores provisionales solicitaron el concurso de acreedores y suspendieron la operativa de la entidad, en tanto se pronunciara la autoridad judicial competente. El Juzgado de lo Mercantil nº1 de Madrid comunicó al FROB la suspensión del procedimiento, al objeto de que este organismo, le comunicase si iba a iniciar un proceso de reestructuración o de resolución. Tras analizar la situación y habiendo sido notificado el acuerdo de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, por el que anunciaba

¹⁰³ «La entidad tenía una única oficina, con una plantilla de 11 empleados. Sus activos totales eran de 82,55 millones de euros, un 0,003 % respecto de los activos en el sistema financiero español». Así se definió la situación de la entidad bancaria en Ponce Huerta, J. (2019), «El FROB en la Reestructuración del sistema bancario español. Evolución tras una década de actividad (2009-2019) y consideraciones para la Unión bancaria», *Revista de Estabilidad Financiera*, núm.36, págs.25-46.

¹⁰⁴ La Audiencia Nacional acabaría pronunciándose sobre la conformidad a derecho del procedimiento, en sendas sentencias de fecha 13 de octubre de 2016. En concreto, SAN de 13 de Octubre de 2016 (rec.77/2014) y SAN de 13 de Octubre de 2016, rec.345/2014.

que no se apreciaban razones de interés público, el FROB comunicó al órgano judicial su decisión de no iniciar un proceso de resolución del Banco de Madrid.

A continuación, se activó, por primera vez, la garantía de los depósitos cubiertos por el Fondo de Garantía de Depósitos y la entidad se declaró en concurso voluntario de acreedores. Transcurridos cinco años, todavía no se ha concluido el concurso mencionado, ratificando la poca eficacia de estos procesos ordinarios para gestionar la liquidación de las entidades de crédito.

5. LA CONFIGURACIÓN DEFINITIVA DE LAS CAJAS DE AHORRO

El diseño definitivo de las Cajas de ahorro se configuró en la *Ley 26/2013, de 27 de diciembre de cajas de ahorro y fundaciones bancarias*. Brevemente, se debe mencionar para completar el estudio de los cambios legislativos que se abordaron como consecuencia de la tesitura económica, la ambiciosa reforma que se efectuó en torno a las cajas de ahorro.

Las cajas fueron, sin duda, las grandes protagonistas de la crisis económica, en tanto en cuanto su estructura y la politización de sus órganos, les impedía una reacción rápida para acomodarse a las variaciones económicas.

Esto explica que el Memorandum abordase específicamente esta cuestión, exigiendo como garantía de un marco sólido para el sector bancario que se reforzasen los mecanismos de gobernanza de las cajas de ahorro, la aclaración de la función que desempeñaban en su calidad de accionistas de entidades de crédito o la adopción de medidas para reforzar la idoneidad de los órganos de gobierno de las cajas de ahorro como sus incompatibilidades.

Desde esta perspectiva, las modificaciones más significativas del nuevo texto normativo, se distribuyen en dos ejes: las cajas de ahorro en sentido estricto y las fundaciones bancarias.

En cuanto a las cajas de ahorro, la gran novedad fue la limitación de su tamaño y su ámbito geográfico. El propósito último de esta medida era configurar las cajas de ahorro como entidades de reducida dimensión, limitadas al ámbito de la comunidad autónoma en las que se implanta y destinadas a satisfacer las necesidades de clientes minoristas y pequeñas y medianas empresas. Se eliminaba de esta forma el peligro del carácter sistémico del modelo de las cajas.

El reto del crecimiento de las cajas se resolvió con la creación de una nueva figura, las fundaciones bancarias. Éstas son definidas como aquellas fundaciones que tienen un porcentaje mínimo del 10% de participación en un banco.

La norma preveía la obligatoria transformación tanto para las cajas de ahorro, como para las fundaciones ordinarias. En concreto, no se podría mantener la calificación como caja de ahorros, cuando se alcanzase un activo consolidado superior a 10.000 millones de euros o una cuota de depósitos superior al 35% del total en el mercado territorial en el que ejercía. Respecto a las fundaciones ordinarias, su transformación se produciría cuando se alcanzase el porcentaje de participación citado.

Por último, la ley desarrolló el marco jurídico en el que se desenvuelven actualmente las fundaciones bancarias. Así, introdujo diversas previsiones sobre el gobierno corporativo o sus incompatibilidades y detalló las medidas que se debían adoptar para regular las relaciones entre la fundación bancaria y la entidad de crédito en función de su participación. En el fondo, lo que se perseguía con esta previsión, era garantizar que las fundaciones operasen en los mercados financieros de una forma adecuada y no se pusiera en riesgo la estabilidad del sistema económico.

Por otro lado, se impulsa la profesionalización de los órganos de gobierno, al exigir que todos los miembros del consejo de administración, contasen con conocimientos y experiencia específica. Asimismo, se reforzó la independencia y se incluyeron normas sobre incompatibilidad en el ejercicio de las funciones. Entre las novedades más representativas destacó la imposición de un número determinado de consejeros independientes o la reducción de la presencia de las Administraciones Públicas en la composición de la asamblea general.

El *Real Decreto 877/2015, de 2 de octubre*, se encargó de desarrollar la ley anterior, dedicando buena parte de su contenido a concretar la constitución del fondo de reserva exigido.

La puesta en práctica del nuevo diseño ha permitido la consecución de uno de sus principales objetivos que no era otro que la reducción paulatina de la participación de las fundaciones en las entidades de crédito y la reestructuración del sector de las cajas.

6. LA ESTRUCTURA MOLECULAR DEL RÉGIMEN NORMATIVO VIGENTE

A. ASPECTOS GENERALES

La estructura molecular del actual régimen normativo vigente se construye sobre la base de dos ordenamientos que convergen en el mismo objetivo: el nacional y el comunitario.

En clave nacional, se edifica, a su vez, sobre la base de dos pilares contrapuestos. Por un lado, la supervisión y ordenación de las entidades de créditos reservada para situaciones de normalidad y por otro, la reestructuración y resolución de las entidades de crédito en situaciones de crisis. Ambos supuestos surgen para dar respuesta a la necesidad de una actuación pública dentro del mercado financiero, pues a estas alturas, no se puede ignorar, tal como ha constatado nuestra historia reciente, el interés público que genera.

La distinción entre una y otra regulación descansa en la posición que adopta la Administración, en función del contexto. En el primer supuesto, trata de evitar futuras situaciones de crisis, a través de una actividad meramente preventiva y de control. Por el contrario, en el segundo y como consecuencia de la concienciación y experiencia acumulada con el transcurso de los años, la Administración se ve obligada a actuar, con prerrogativas más allá de las propias de policía, para conciliar los múltiples intereses públicos que se pueden ver afectados y afrontar con éxito, la crisis de una entidad de crédito y su posible disolución.

En definitiva, hablamos de dos leyes complementarias, que cierran el círculo del control e intervención que se ejerce sobre la actividad bancaria; *la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito (LOSSEC)* y *la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (LRREC 2015)*.

La primera ley aglutina en un mismo texto, las principales normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito aprobadas hasta el momento, si bien las adapta al marco regulatorio que está surgiendo con motivo de la situación financiera y a la necesidad de armonización de las legislaciones europeas, como paso previo para afianzar la futura Unión Bancaria.

Uno de sus principales logros reside en configurar un texto único, dada la inteligibilidad ocasionada por la dispersión de textos legales vigentes existentes hasta el momento y su falta de sistemática o rigor. Basta observar la disposición derogatoria para

percatarse de la repercusión de la nueva disposición legal. Esto es, se deroga la *Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946*, la *Ley 31/1968, de 27 de julio, de incompatibilidades y limitaciones de los Presidentes, Consejeros y altos cargos ejecutivos de la Banca privada*, la *Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros*, *Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea* y lo que es más determinante *Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC)*.

No obstante, el texto legal no se conforma con la mera vigilancia de la actividad bancaria, sino que se expande a otras materias, como la reserva de actividad, el control de acceso e idoneidad de directivos y accionistas, el refuerzo específico de las exigencias del gobierno corporativo o, en última instancia, el tratamiento singular de las entidades, con dificultades de viabilidad, que incluye la posibilidad de intervención y sustitución de sus administradores o la imposición de pérdidas a sus acreedores. Asimismo, se hace hincapié en la necesidad de reducir la excesiva dependencia de las agencias de calificación crediticia, en la medición de la exposición que soportan a distintos riesgos.

B. LA LEY 10/2014, DE 26 DE JUNIO, DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Estamos ante una Ley calificada como de «reforma, adaptación y refundición» de la normativa de ordenación, solvencia y supervisión bancaria en España. La LOSSEC nace, entonces, con la condición de norma general o cabecera en la que se debía integrar la LRREC 2012, como norma más específica¹⁰⁵.

Desde la perspectiva de la supervisión, el cambio normativo responde al impulso comunitario, como consecuencia de las directrices que surgen a nivel internacional,

¹⁰⁵ Chinchilla Marín, M.C. (2015), «El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.102, págs.17-106 y Campuzano Laguillo, A.B. y Palomar Olmeda, A. (2015), «La reestructuración y la resolución de las entidades de crédito», en Campuzano Laguillo, A.B., Martínez Echevarría, A y Mínguez Prieto, R (dirs.), *La gestión de la crisis bancaria española y sus efectos*, Madrid, La Ley, págs.189-240.

especialmente con «el Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios» (Basilea III).

En este sentido, la Unión Europea trasladó los acuerdos adoptados en la materia al *Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión*, y a la *Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su supervisión prudencial de las entidades de crédito*.

Las nuevas normas supusieron una modificación sustancial del régimen aplicable hasta el momento, ya que alteraba paralelamente, el régimen de supervisión, el sancionador y los requisitos de capital.

La inicial transposición se llevó a cabo a través del *Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea, en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras*, y se continuó con la presente norma.

La LOSSEC ahonda en las facultades de supervisión concedidas al Banco de España. En este sentido, el artículo 4.2 f) señala que corresponde al Banco de España ejercer la función supervisora y sancionadora de las entidades de crédito y, cuando corresponda, de las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera.

A propósito de estas facultades, lo más importante es que la ley incluye un ejercicio escalonado de las mismas. Así, se atribuye al Banco de España desde la mera supervisión prudencial, hasta el reconocimiento de actividades de inspección e investigación, la adopción de medidas de supervisión prudencial, medidas de intervención y sustitución de los órganos de administración, y finalmente, la aplicación del régimen sancionador.

No obstante, la ley diferencia las actividades en régimen de supervisión de aquellas otras que suponen el ejercicio de la potestad sancionadora. Conviene, entonces, precisar el contenido de uno y otro concepto.

La supervisión responde a una noción amplia que consiste en garantizar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina y, para ello, se le permite recabar información necesaria, requerir y comunicar informaciones, llevar a cabo investigaciones o inspecciones y adoptar diferentes medidas, ya sean provisionales, de supervisión prudencial, de intervención o sustitución de los órganos de administración.

En cambio, la potestad sancionadora se refiere al ejercicio del poder punitivo por parte del Banco de España, respecto a aquellos sujetos que cometen las infracciones, previamente tipificadas en la ley.

No procede aquí debatir sobre si la supervisión y la potestad sancionadora forman parte de la misma actividad de policía que ejerce la Administración, pues aunque se considere que la actividad de policía y limitación o intervención fuesen sinónimos, lo que resulta más discutible es que la actividad sancionadora se pueda incluir en la anterior, ya que la finalidad que persiguen una y otra o los principios por los que se rigen estas actividades son notoriamente diferentes¹⁰⁶.

En síntesis, se debe retener que la supervisión y potestad sancionadora responden a la misma finalidad de salvaguardar el interés general, aunque sea a través de facultades que incluyen la restricción o limitación de los derechos y libertades de los sujetos en el caso de la intervención o castigando a los infractores en el ejercicio del poder punitivo.

Llegados a este punto, se debe retener que este bloque normativo aborda el régimen jurídico de la actuación pública en situaciones que podríamos calificar como «de normalidad», lo que no empaña el indiscutible interés público que se persigue, en la medida en la que se trata de evitar futuras crisis de las entidades de crédito.

Centrémonos, a continuación, en el contenido más destacado del texto legal. El Título III de la Ley bajo la rúbrica «Supervisión», diferencia dos tipos de regímenes, atendiendo a la entidad del incumplimiento: las medidas de supervisión prudencial y las medidas de intervención y sustitución.

La *supervisión prudencial* se configura como una regulación que tiene por objeto asegurar que las entidades de crédito operen con recursos propios suficientes para asumir los riesgos. Para que concurra el presupuesto, se exige que se verifiquen determinadas circunstancias, cuales son que no se cumplan las obligaciones contenidas en la normativa de solvencia, liquidez, estructura organizativa o control interno, recursos propios o cuando conforme a los datos a disposición del Banco de España, existan razones fundadas para considerar que la entidad va a incumplir estas obligaciones en los siguientes doce meses.

En estos casos, el Banco de España puede exigir cualesquiera de las siguientes medidas: un nivel de recursos propios superiores a los establecidos con carácter general, la reformulación de sus procedimientos de gestión, la confección de un Plan de los previstos

¹⁰⁶ Rebollo Puig, M. (2019), «La actividad administrativa de limitación», en Rebollo Puig, M. y Vega Jurado, D. (dirs.), *Derecho administrativo*, t.III, Madrid, Tecnos.

en el Reglamento 575/2013, mayores dotaciones de provisiones, limitar actividades u operaciones, limitar la remuneración variables o imponer obligaciones adicionales de información entre otras.

Es importante destacar que la adopción de una supervisión prudencial es compatible con el régimen sancionador y las medidas de actuación temprana que pueden adoptarse, de conformidad con lo previsto en la LRREC 2012.

Expuesta la supervisión prudencial, se debe analizar *las medidas de intervención y sustitución*. Medidas que no constituyen ninguna novedad, por lo que no procede efectuar una nueva descripción de su contenido, sino únicamente resaltar las diferencias respecto al régimen previsto en el texto de 2012.

En este sentido, se amplían los presupuestos en los que procede la intervención de una entidad de crédito, incluyendo otros dos: por un lado, la existencia de indicios fundados de que la entidad de crédito se encuentra en una situación distinta de la prevista en la LRREC 2012, aunque de excepcional gravedad, llegando incluso a poner en peligro su estabilidad, liquidez o solvencia y por otro, la adquisición de una participación significativa en una entidad, sin respetar el régimen previsto en la ley o concurriendo razones fundadas y acreditadas, que ponen de manifiesto una influencia negativa, en detrimento de la gestión sana y prudente de la entidad. Esto es, se amplían las hipótesis fácticas, pero persiste la misma vaguedad terminológica y la escasa densidad normativa en torno a la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados utilizados. Del mismo modo que en la supervisión prudencial, estas medidas son compatibles con un expediente sancionador.

La competencia de la intervención y sustitución le corresponde al Banco de España, dando cuenta razonada al Ministerio de Economía y Competitividad y al Fondo de Reestructuración Ordenación Bancaria. Anualmente, se enviará a las Cortes Generales una memoria, con la descripción de todas aquellas actuaciones, que han dado lugar a medidas de intervención o sustitución.

Otra de las novedades que contempla esta regulación es la posibilidad que el acuerdo pueda dictarse a petición de la propia entidad, ya sea a través de sus administradores, su órgano de fiscalización interna o una minoría de socios que sea, al menos, igual a la que exija la legislación mercantil, para instar la convocatoria de una asamblea o junta general extraordinaria. Incluso, la entidad de crédito puede decidir su disolución y liquidación voluntaria, comunicándolo, directamente, al Banco de España quien ejercerá el control de dicha decisión, fijando en su caso las condiciones.

Dentro de las garantías procedimentales, se prevé de forma expresa en el artículo 72 que los acuerdos de intervención o sustitución se adopten previa audiencia de la entidad de crédito interesada, durante un plazo que no podrá ser inferior a cinco días. No obstante y en la línea de la LRREC 2012, también, se puede suprimir esta exigencia procedimental, cuando se comprometa gravemente la efectividad de la medida o los intereses económicos afectados.

El resto del desarrollo normativo que se concentra en los artículos 74 y siguientes, hace alusión al contenido del acuerdo de intervención y sustitución, los requisitos de validez de los actos y acuerdos posteriores a la fecha de intervención y el cese de las medidas. Si bien, estas previsiones no son más que una mera reiteración de la regulación que ya contenía la LDIEC.

Con carácter general, se puede decir que la Ley 10/2014 aumenta las garantías de publicidad y transparencia de las actuaciones del supervisión, a través de distintas medidas, como la aprobación anual por el Banco de España de un programa supervisor. Pero más allá de ciertas garantías puramente formales y puntuales, el texto legal no difiere sustancialmente de su predecesor.

7. LEY 11/2015, DE 18 DE JUNIO, DE RECUPERACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO Y EMPRESAS DE SERVICIOS DE INVERSIÓN

A. OBJETIVOS Y PRINCIPIOS DE LA RESOLUCIÓN

La LRREC 2015 viene a representar en nuestro estudio, la cumbre normativa del periplo histórico relatado. Constituye la regulación vigente, si bien como indica su exposición de motivos, es una norma que entronca claramente con la regulación previa, y es digna heredera de la LRREC 2012,¹⁰⁷ pues se asienta sobre los mismos principios y replica buena parte de su estructura y articulado.

De hecho, el propio legislador reconoce que el nuevo texto se ha limitado, exclusivamente, a añadir aquellos mandatos que resultaban imprescindibles, para la correcta transposición de la *Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014, por la que se*

¹⁰⁷ La disposición derogatoria de la LRREC 2015 deroga de forma expresa la LRREC 2012, salvo sus disposiciones modificativas y las disposiciones adicionales segunda, tercera, cuarta, sexta a decimotercera, decimoquinta, decimoséptima, decimoctava y vigésima primera que incluyen ciertas previsiones en relación con el FROB y la Sociedad de Gestión de Activos entre lo más destacado.

establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión. Y así, bajo la excusa de mejorar la sistematicidad y claridad de las normas financieras, se desechó la opción de aprobar una mera modificación de la regulación vigente hasta el momento, en beneficio de una nueva ley que prácticamente reproduce a la anterior.

En suma, podemos concluir que el objetivo de la nueva regulación no es tanto acometer la transposición de la directiva comunitaria mencionada, pues ya se había incluido buena parte de sus exigencias en la LRREC 2012, sino completar el texto con aquellas previsiones que no habían podido ser incorporadas al tiempo de su aprobación al ser un texto embrionario, esto es, una propuesta de directiva.

Lo que resulta indiscutible es que la LREEC 2015 es la última pieza que encaja en la nueva estructura diseñada en el viejo continente, para abordar lo que podemos denominar el «nuevo derecho bancario europeo» y cuyo primer resultado es la Unión Bancaria. Como posteriormente analizaremos, esta Unión Bancaria se levanta sobre dos cetros fundamentales: por un lado, el Mecanismo Único de Supervisión (MUS) y por otro, el Mecanismo Único de Resolución (MUR); éste último, compuesto por la Junta Única de Resolución y el Fondo Único de Resolución (FUR).

Desde esta óptica, la ley permite, también, acomodar el texto legal, al *Reglamento 806/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014, por el que se establecen las normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento n° 1093/2010*, el llamado Reglamento MUR (RMUR).

El procedimiento de resolución bancaria, que se consagra definitivamente, es definido como un proceso singular, de carácter administrativo, a través del cual se gestiona la inviabilidad de aquellas entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que no puede acometerse mediante su liquidación concursal, al concurrir razones de intereses público y estabilidad financiera.

Por tanto, el mecanismo de resolución bancaria ni es un simple procedimiento de liquidación ni supone una mera supervisión. Aquí reside la razón de ser de su singularidad.

En primer lugar, no es una liquidación, entendiendo como tal la finalización de las actividades de una entidad financiera en el marco de un proceso judicial ordinario. Pero, esto no significa que se encuentre proscrita la utilización del procedimiento de liquidación

concursal, sino que este último régimen se considera más apropiado para entidades de reducido tamaño y complejidad, que no afectan al interés público.

En segundo lugar, la resolución bancaria se considera como una nueva parcela de intervención pública, en contraste con el mandato clásico de la supervisión clásica que se ha centrado en asegurar el cumplimiento de la normativa que vincula a las entidades financieras, especialmente, hoy en día, en materia de solvencia.

La resolución, por el contrario, asume una función destinada a garantizar que una entidad incapaz de seguir operando por sus propios medios, pueda finalizar su actividad, sin afectación a las arcas públicas y con la mínima alteración en el sistema financiero y por extensión, en el interés público. En definitiva, la supervisión vela por la continuidad de la entidad, mientras que la resolución parece responder, a priori, a organizar su correcto cierre. Luego, insistiremos en la naturaleza del procedimiento.

El articulado de la ley se sustenta sobre la proclamación de cuatro principios¹⁰⁸ fundamentales:

En primer lugar, aborda la necesidad de un procedimiento especial, riguroso y flexible, a raíz de la insuficiencia de los procedimientos concursales, como consecuencia del tamaño y complejidad de las entidades financieras o la singularidad de las fuentes de financiación, en particular de los depósitos legalmente garantizados. Tal como invoca la norma, la liquidación ordinaria de una entidad financiera, difícilmente, podría evitar daños irreparables al sistema financiero y a la economía del país.

La exigencia de un procedimiento de liquidación propio para las entidades de crédito o la necesidad de incorporar particularidades en el mismo ya se puso de manifiesto en el momento de la aprobación de la derogada *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, pues, en su disposición adicional segunda, se remitía a la legislación especial cuando se trata de liquidaciones de entidades de crédito o similares, empresas de inversión y aseguradoras.

El segundo principio exige constatar la separación entre las funciones supervisoras y resolutorias, de modo que no se limite solamente a una clasificación de funciones, sino que esta distinción se debe verificar, a su vez, desde un punto de vista formal. Es decir, como cada una de las operaciones persigue objetivos antagónicos, y por ende, las tareas necesarias para alcanzar dichos objetivos pueden llegar a ser opuestas, no se puede pretender que los mismos órganos se encarguen de ellas. Por el contrario, se aconseja que

¹⁰⁸ Tapia Hermida, A.J. (2015), «Las líneas básicas de la nueva regulación de las crisis bancarias: la Ley 11/2015», *Revista La Ley Mercantil* núm. 16.

estas actividades se realicen de forma independiente, lo que no obsta la leal colaboración entre los responsables supervisores y resolutorios. La ley distingue además entre las funciones de resolución en fase preventiva, que encomienda al Banco de España y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y las funciones de resolución en fase ejecutiva, que se asignan al FROB.

En tercer lugar, el proceso de resolución se articula en tres fases: la fase preventiva, la actuación temprana y la estrictamente ejecutiva, en la que se hace efectiva la resolución. Partiendo de la experiencia de los países de nuestro entorno, la configuración del procedimiento en diferentes etapas, responde a varias razones. Por un lado, permite interiorizar en la entidad de crédito, la necesidad de reflexionar de forma ordinaria y continuada sobre su propia resolubilidad, de manera que si la entidad tuviera que se resuelta, su estructura y operatividad estaría preparada para afrontar la situación. Por otro lado, permite que las autoridades actúen, de forma inmediata, desde el primer momento, lo que garantiza que la adopción de las medidas resulte más eficaz. De aquí la exigencia de elaboración de los diversos planes de recuperación y resolución.

Por último, se hace hincapié en la autofinanciación del sistema. El último objetivo de la ley se centra en plasmar en nuestro ordenamiento, la aplicación efectiva del principio anglosajón *bail in*. Básicamente, se pretende que los recursos públicos no se vean afectados y que los costes de la resolución sean asumidos en primer lugar, por los accionistas y acreedores de la entidad y, en su defecto, por el resto de entidades, bajo la consideración de que dichas entidades obtendrían precisamente un beneficio de esta resolución ordenada. Siguiendo este lema, se diseñan los mecanismos internos de absorción de pérdidas por los accionistas y acreedores de la entidad en resolución, en lo que se denomina recapitalización interna, como alternativa previa a la financiación a cargo de un fondo de resolución financiado, también, por la propia industria. A través de esta fórmula, se mitiga por un lado, el riesgo en el que pueden incurrir ciertas entidades, al evitar que puedan presumir que serían rescatadas por medio de recursos del contribuyente y por otro, se otorga credibilidad al principio de autofinanciación.

B. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON EL RÉGIMEN ANTERIOR

La estructura de la ley, viene a reproducir la de su antecesora, en su afán continuista. Consta de 93 artículos, distribuidos en 9 capítulos, 17 disposiciones adicionales, 7 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 17 disposiciones finales, que

modifican de manera significativa distintas leyes, entre las que se debe resaltar la Ley del Mercado de Valores o la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativo.

Dentro del ámbito subjetivo, que constituye la relación administrativa de sujeción especial que estamos estudiando, debemos diferenciar las entidades financieras supervisadas y las autoridades públicas de control.

Entre las entidades sujetas, se incluyen no sólo las entidades de crédito, como ocurría en la LRREC 2012, sino también las empresas de servicios de inversión establecidas en España, sus filiales y sucursales, o las sociedades financieras de cartera, entre otras. Por tanto, su ámbito de aplicación va a ser más extenso, respecto a la regulación primigenia. En cuanto a las autoridades públicas de control, se diferencian unas de otras en función de la fase de actuación en la que participan y la entidad sujeta a control. Así, podemos distinguir como supervisor competente, el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como autoridades encargadas respectivamente de la supervisión, bien en el caso de las entidades de crédito o bien, empresas de servicios de inversión. La autoridad de resolución preventiva sería igualmente el Banco de España o la Comisión Nacional, en función de la entidad sujeta al control, si bien a través de órganos operativamente independientes. Por último, la autoridad de resolución ejecutiva, sería el FROB.

Las principales novedades que incluye el texto normativo, al margen de la ampliación del ámbito subjetivo, al que hemos hecho referencia anteriormente, se pueden resumir de la siguiente forma:

Primero, la valoración de la entidad de crédito constituye la piedra angular de la resolución, de aquí su inclusión en el texto legal, tras la enunciación de los principios que inspiran la resolución. Dicha valoración que resulta desconocida en el procedimiento concursal, opera como una garantía esencial, ya que el importe de la misma permite dimensionar las medidas de reducción, novación o conversión de la entidad. Es decir, permite determinar al final, si se dan las condiciones para calificar a la entidad como inviable, los instrumentos a aplicar o las pérdidas por reconocer.

Esta tarea se adjudica a expertos independientes por el FROB, según metodologías que se desarrollan reglamentariamente. Ahora bien, el legislador es consciente de que nos encontramos, con un proceso de una enorme repercusión pública y económica, de aquí que prevea un procedimiento de valoración provisional en supuestos de urgencia, que deberá ser acompañada, posteriormente, por otra valoración definitiva y completa.

Además, otra valoración independiente deberá abordar las pérdidas que los accionistas y acreedores hubiesen soportado, si la entidad hubiese sido liquidada en el marco de un procedimiento concursal. Esta mención a una valoración teórica sobre lo que hipotéticamente hubiesen llegado a percibir los accionistas y acreedores si el banco hubiese sido liquidado en concurso, en lugar de ser sometido a resolución; responde a otro principio o garantía que consagra la LRREC 2015, pues esta norma legal estipula como un límite insoslayable para el FROB que los afectados no puedan resultar en peor posición de la que hubieran sufrido, si la entidad hubiese sido declarada en concurso. Por tanto, la aparente libertad de la que dispone el FROB para dosificar a su criterio, las pérdidas entre las distintas tipologías de acreedores, presenta un límite en la aplicación de este principio esencial *no worse off*.

En segundo lugar, destaca el papel que adquiere la recapitalización interna o *bail in*, en la norma actual. La absorción de pérdidas se extiende, a diferencia de la antigua ley, más allá de la deuda subordinada y afecta a todo tipo de acreedores, a través de las llamadas operaciones «de amortización o conversión de instrumentos de capital». Si bien, se excluyen algunos pasivos, como los depósitos garantizados, hasta el nivel previsto en la norma para el Fondo de Garantía de Depósitos y otros detallados en la ley. En definitiva, se fortalece la protección del consumidor.

En tercer y último lugar, debemos destacar que la configuración del procedimiento es notoriamente diferente. La LRREC 2012 incluía tres posibles estados o fases en los que podría encuadrarse las entidades de crédito: actuación temprana, reestructuración y resolución. A los anteriores, debíamos sumar la existencia de un cuarto estado, que podríamos calificar como «normalidad» y que estaría excluido del ámbito de aplicación de la ley, pues se trataría del supuesto en el que la entidad cumple o es previsible que cumpliera con los requerimientos de solvencia, liquidez, estructura organizativa y control interno.

Por el contrario, la LRREC 2015 no incorpora una exacta correspondencia con las fases anteriores. Para comenzar, desaparece la fase de «reestructuración», que es sustituida por la llamada *fase preventiva de la resolución*, sin que una y otra se puedan equiparar en su contenido. Es decir, podemos diferenciar, de nuevo, cuatro categorías, pero con distinto sustrato: «normalidad», actuación temprana, fase preventiva de resolución y fase ejecutiva.

Es importante destacar que a diferencia de la regulación anterior, la entidad de crédito debe cumplir con la obligación de presentar y tener preparado un plan de recuperación, aún cuando se encuentre en una situación de estabilidad o «normalidad».

En este sentido, podemos concluir que se produce un reforzamiento de la fase preventiva, en tanto en cuanto se exige a todas las entidades, sean o no inviables que cuenten con planes de recuperación, para el caso de que incurriesen en supuestos de inviabilidad. Estos planes que deberán contemplar las medidas y acciones a adoptar por la entidad, para el caso de que se produjera un deterioro significativo de la misma, deberán ser aprobados y actualizados por el órgano de administración de la entidad, para su posterior revisión por el supervisor competente. Se consigue, así, interiorizar en la vida cotidiana de la entidad, la tarea de tener preparado y actualizado un plan de resolución, para el caso de que finalmente se haga efectiva lo que hasta el momento no era más que una eventual resolución.

Por otro lado, *la actuación temprana* concurre, cuando la entidad o una matriz del grupo, incumpla o existan elementos objetivos conforme a los que resulte razonablemente previsible, que no pueda cumplir en un futuro próximo con la normativa de solvencia, ordenación y disciplina, pero se encuentre en disposición de retornar al cumplimiento por sus propios medios. Para valorar esta posibilidad de incumplimiento, se puede atender entre otros aspectos, a la existencia de un rápido deterioro de la situación financiera o de liquidez de la entidad, un incremento rápido de su nivel de apalancamiento, mora o concentración de exposiciones, así como otros indicadores objetivos desarrollados reglamentariamente.

La anterior ley incluía, exclusivamente, como presupuestos para el inicio de la llamada intervención temprana, incumplir o constatar la existencia de elementos objetivos conforme a los que resulta razonablemente previsible que se incumplirían los requerimientos de solvencia, liquidez, estructura organizativa o control interno. La nueva ley acapara, al menos formalmente, un mayor número de supuestos para iniciar esta fase, utilizando para ello una enumeración meramente ejemplificativa, que permite ser ampliada con otros indicadores a través de la vía reglamentaria. El único requisito es que estos nuevos índices sean igualmente objetivos.

No obstante, la remisión al desarrollo reglamentario ya se incluía en la anterior normativa, por lo que en el fondo, ambas normas conducen a un mismo resultado y la diferencia en la regulación es, en definitiva, más aparente que real.

En contraposición, el iter procedimental es notablemente diferente. La LRREC 2012 exigía la elaboración de un plan de actuación que debía confeccionarse al efecto en

cada una de las fases, salvo en el supuesto de funcionamiento normal de la entidad. Ello se entendía, sin perjuicio de la adopción de una serie de medidas, que podían llegar a la sustitución provisional del órgano de administración, en el caso de ser insuficiente la actividad desplegada hasta ese momento.

En cambio, la LRREC 2015 se remite a la aplicación de las medidas incluidas en el plan de recuperación¹⁰⁹, que debe estar confeccionado con carácter previo. No obstante, también, se prevé que se pueda pedir la actualización del plan, con la incorporación de otras nuevas medidas o incluso, requerir un plan de actuación concreto al efecto.

Las medidas son mucho más extensas que en la regulación anterior, pues entre las mismas debemos destacar las siguientes: requerir al órgano de la entidad para que examine su situación; requerir el cese o la sustitución de uno o varios miembros del órgano de administración, directores generales o asimilados, o incluso, si no son aptas de conformidad con los requisitos de idoneidad, puede designar un delegado del supervisor competente en la entidad, con derecho de asistencia, voz, pero sin voto a las reuniones de órgano de administración y de sus comisiones delegadas; requerir cambios en la estrategia empresarial de la entidad, en las estructuras jurídicas u operativas; o recabar todas la informaciones necesarias para actualizar el plan de resolución o en su caso, preparar la posible resolución. En suma, las medidas presentan una gran heterogeneidad, si bien, se confunden en buena medida con las medidas supervisoras que puede exigir la autoridad de supervisión prudencial.¹¹⁰

De igual forma que en la regulación anterior, en el caso de que las medidas sean insuficientes, se puede acordar el nombramiento de uno o varios interventores o la sustitución provisional del órgano de la administración de la entidad, para lo cual nos remite al procedimiento establecido en el capítulo V, del *Título III LOSSEC*, con las especialidades previstas en la presente ley.

Sin perjuicio del seguimiento periódico de las medidas, a través de informes trimestrales a presentar por la entidad, la autoridad competente podrá empezar a evaluar sus activos y pasivos, así como exigir que contacte con posibles compradores para preparar su resolución.¹¹¹

¹⁰⁹ Alés Hermosa, G. (2020), «Planes de recuperación y resolución de entidades de crédito», en Ruiz Ojeda, A y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios sobre resolución bancaria*, Pamplona, Aranzadi, págs. 265-298.

¹¹⁰ Art. 68 de la Ley 10/2014 y Art. 9 de la LRREC 2015.

¹¹¹ Art. 11 LRREC 2015 y artículo 13.3 RMUR.

Desde este momento, los jueces mercantiles no podrán declarar el concurso necesario de la entidad afectada, ni ésta podrá solicitarlo de forma voluntaria, tal como señala la disposición adicional decimoquinta de la ley. La prioridad que se otorga a los procedimientos de resolución, ya sea de actuación temprana o de estricta resolución, frente a los procedimientos de insolvencia nacionales se hace patente al exigir al juez competente, que con carácter previo y antes de su admisión a trámite, que consulte a la autoridad competente, no sólo para conocer si se ha iniciado un proceso de actuación temprana o resolución, sino también, si tiene previsto proceder a su iniciación. Sólo en el caso de obtener una respuesta negativa, se podrá admitir a trámite la petición y continuar con el concurso en una u otra modalidad.

En lo que se refiere a la *situación de resolución*, se debe avanzar que no equivale a la situación de reestructuración a la que se hacía referencia en la LRREC 2012, sin perjuicio de compartir elementos comunes.

En la vigente regulación, procede la resolución cuando concurran simultáneamente las siguientes circunstancias: nos encontremos con una entidad que sea inviable o razonablemente sea previsible que lo vaya a ser en un futuro próximo, no existan perspectivas razonables de que las medidas procedentes del sector privado puedan corregir la situación y por razones de interés público, resulta necesario evitar la liquidación concursal.

Por el contrario, la reestructuración centraba toda su operativa, en aquellas entidades de crédito, que requerían apoyo financiero público para garantizar su viabilidad, siendo previsible que el apoyo fuese, finalmente, reembolsado o recuperado.

Otra diferencia sustancial, es que la situación de reestructuración de la LRREC 2012 exigía la elaboración de un plan que concretarse las medidas a adoptar. Por el contrario, en la resolución actual, la elaboración de un plan en el seno de la fase preventiva, permite evaluar su aplicabilidad, a lo largo de las distintas fases del procedimiento resolutorio.

De cualquier forma, el procedimiento presente comparte aspectos similares con el anterior, tales como la sustitución automática del órgano de la administración¹¹² o el uso de determinados instrumentos, tales como el apoyo financiero público extraordinario. Aunque se debe añadir que dicho apoyo financiero tiene un carácter subsidiario en la norma vigente, instrumentándose no a través del FROB directamente, sino gracias al Fondo de

¹¹² Únicamente lo extiende a los directores generales o asimilados, respecto a la regulación de la LRREC 2012.

Resolución Nacional o el Fondo Único de Resolución Europeo. De hecho, el plan de resolución nunca puede presuponer la existencia de apoyo financiero público.

Para concluir con el procedimiento, debemos señalar que la situación de resolución se bifurca en dos fases claramente separadas e inspiradas en distintos objetivos y principios. Se trata de las *fases preventiva y ejecutiva*.

Pues bien, *la fase preventiva* consiste en el conjunto de procedimientos y medidas que tienen como finalidad garantizar la resolubilidad de la entidad, una vez constatada la inviabilidad de la entidad y facilitar la eventual resolución de la entidad.

El punto de partida se encuentra en el plan de resolubilidad, pues dicho plan permite a la autoridad de resolución preventiva evaluar si la entidad es resoluble, previo informe del supervisor y del FROB, así como de las autoridades de resolución de las jurisdicciones en las que se encuentren establecidas sucursales significativas. Se considera «resoluble» si la entidad puede ser sometida a liquidación en el marco de un procedimiento concursal o resolución, de acuerdo con la ley, de forma que no se produzcan consecuencias adversas significativas para el sistema financiero correspondiente y se garantice, en su caso, la continuidad de las funciones esenciales desarrolladas por la entidad. También, se valoraría si, en el caso de que la entidad cumpliera las condiciones para la resolución, ésta podría llevarse a cabo, sin la intervención de apoyo público.

En el caso de que al realizar la evaluación se detectasen obstáculos a la resolubilidad, la autoridad preventiva lo notificará al supervisor competente, a la entidad y a las autoridades de resolución. El resultado será presentado al FROB y se concederá un plazo de cuatro meses, desde la recepción de la notificación, para proponer a la autoridad preventiva medidas adecuadas para reducir o eliminar los obstáculos. En el caso de que las medidas se consideren insuficientes, se podrá solicitar, motivadamente, la toma de medidas concretas, que deberán ser incluidas en un plan de implementación, elaborado por la entidad en el plazo de un mes.

Por el contrario, la fase ejecutiva conlleva la aplicación y puesta en práctica de la resolución en toda su plenitud, con el fin de gestionar el final de la entidad de crédito con éxito. La iniciación de la fase ejecutiva dependerá de la inviabilidad o no de la entidad, según concurren simultáneamente las circunstancias a las que antes hemos hecho mención y que se resumen en que la entidad sea inviable o sea razonablemente previsible que vaya a serlo en un futuro próximo, no existan perspectivas razonables de que las medidas alternativas acometidas por el sector privado o el supervisor puedan impedir dicha

inviabilidad en un plazo razonable y razones de interés público impongan, finalmente, la resolución.

C. CONDICIONES, INSTRUMENTOS DE RESOLUCIÓN Y PROCEDIMIENTO

A raíz de la exposición de los requisitos mencionados, debemos preguntarnos qué es una entidad inviable y cuándo concurren razones de interés público¹¹³.

El concepto de entidad inviable es similar al incorporado en la LRREC 2012, aunque frente a su artículo homónimo, el precepto actual¹¹⁴ amplía los incumplimientos no sólo a los requerimientos de solvencia, sino a cualesquiera otros requisitos necesarios para mantener su autorización. Asimismo, añade como entidad inviable, aquella que requiera ayuda financiera pública extraordinaria, siempre y cuando se trate de un apoyo destinado a evitar o solventar perturbaciones graves de la economía y preservar la estabilidad financiera, cuando se adopten alguna de las formas que subraya el texto normativo.

Por otro lado, el concepto de interés público se liga al cumplimiento de los objetivos de resolución expuestos en el artículo 3, en la medida en la que un procedimiento concursal no permite su consecución de la misma forma. Los objetivos a los que se hace referencia persiguen la continuación de las actividades y servicios, evitando cualquier perjuicio en la estabilidad del sistema, la utilización más eficiente de los recursos públicos o la protección de los depositantes, fondos reembolsables y otros clientes. Esto significa que una entidad de crédito inviable debería ser, en principio, sometida a los procedimientos de insolvencia ordinarios. Esta opción debe ser creíble para evitar el denominado riesgo moral y operaciones temerarias, por parte de las entidades y sus gestores, de modo que sólo cuando se pone en peligro la estabilidad financiera o cualquier otro objetivo se debería proceder a utilizar este mecanismo. No obstante y como crítica, la configuración de la norma en estos términos favorece que en la práctica, la excepción se puede convertir en regla general.

A continuación, debemos abordar los instrumentos de resolución. La LRREC 2012 detallaba en los artículos 25 y siguientes, un conjunto de herramientas que podían ser aplicadas conjunta o individualmente y consistían en venta del negocio de la entidad, transmisión de activos o pasivos a un banco puente, instrumentos de apoyo financiero, sociedad de gestión de activos y diversas acciones relacionadas con la gestión de

¹¹³ Salvador Armendáriz, M.A. (2015), «El nuevo modelo de regulación bancaria y su encaje constitucional», en Salvador Armendáriz, M.A.(coord.), *Regulación bancaria: Transformaciones y Estado de Derecho*, Madrid, Aranzadi, págs. 33-130.

¹¹⁴ Art. 20 LRREC 2015.

instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada, en el marco de la recapitalización interna de la entidad.

La LRREC 2015 mantiene los instrumentos de venta del negocio y la transmisión de activos o pasivos a una sociedad de gestión en términos idénticos¹¹⁵, aunque el control y supervisión queda, ahora, en manos del FROB, como autoridad encargada de esta fase. Por el contrario, los instrumentos de apoyo financiero se suprimen. Asimismo, permanece la supresión de los derechos políticos y económicos de los accionistas inaugurado en la anterior normativa y que supone una auténtica derogación, no ya de la Ley de Sociedades de Capital, sino del propio Código Civil.

Se debe resaltar, además, los cambios notorios que se introducen respecto del marco de intervención con la gestión de los instrumentos híbridos, que es sustituido por una profusa regulación en el capítulo IV, dedicado a la amortización y conversión de instrumentos de capital y recapitalización interna.

La minuciosidad de la regulación y por ende, su relevancia estriba en que el FROB deberá proceder a la amortización o conversión de los instrumentos de capital, cuando se adopten medidas de resolución de las que se deriven la asunción de pérdidas por parte de los acreedores. No obstante, también, se prevé que el FROB podrá acordar paralelamente medidas de recapitalización interna para recuperar la confianza del mercado o como instrumento para su transmisión a una entidad puente.

El procedimiento es sencillo. En primer lugar y con carácter previo, el FROB deberá llevar a cabo la valoración de los activos y pasivos de la entidad, de modo que esta valoración constituirá la base del cálculo del importe en que será necesario recapitalizar la entidad afectada. El cálculo determinará, a su vez, el importe por el cual los pasivos elegibles deben ser amortizados o convertidos, para restablecer el coeficiente de capital ordinario de nivel 1 de la entidad, consiguiendo, de este modo, mantener la confianza suficiente del mercado en la entidad y permitir el cumplimiento durante al menos un año, de las condiciones para su autorización, prosiguiendo con las actividades para las que está autorizada.

La amortización, se ejercerá, atendiendo a la prelación de los créditos aplicable al procedimiento concursal¹¹⁶, de forma que se produzca el siguiente resultado:

¹¹⁵ Art. 25 LRREC 2015.

¹¹⁶ Así lo ha subrayado la *Resolución de la Comisión Rectora del FROB de fecha 7 de junio de 2017, por la que se acuerda adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta Única de Resolución, en su sesión ejecutiva ampliada de fecha 7 de junio de 2017, por la que se*

En primer lugar, se amortizará los elementos del capital ordinario de nivel 1¹¹⁷ de forma proporcional a las pérdidas y hasta donde fuera posible.

En segundo lugar y si el importe anterior no fuera suficiente para la recapitalización, se procederá a amortizar el importe principal de los instrumentos de capital adicional de nivel 1¹¹⁸ o se convertirán en instrumentos de capital ordinario de nivel 1 o ambas operaciones.

Por último, si los importes anteriores tampoco resultan suficientes, se amortizará el importe principal de los instrumentos de capital de nivel 2¹¹⁹ o se convertirá en instrumentos de capital ordinario de nivel 1.

En cualquier caso, el FROB no podrá convertir en capital o amortizar una clase de instrumentos, mientras otra clase subordinada no haya sido convertida en capital o amortizada en su totalidad. Asimismo, cuando se lleve a cabo la amortización o conversión del principal de los instrumentos de capital, la reducción del principal será permanente y no subsistirá ninguna obligación, frente al titular de los instrumentos de capital, respecto al importe amortizado, con carácter general.

Conforme a lo expuesto, el nuevo marco legislativo impone que todos los acreedores de la entidad y en especial, todos los tenedores de instrumentos de capital contribuyan a la recapitalización de la entidad y a la asunción de pérdidas. Únicamente, se excluyen aquellos pasivos, que expresamente se detallan y entre los que debe destacarse los depósitos garantizados o los pasivos contraídos con empleados, con acreedores comerciales por el suministro de bienes o con la Administración tributaria y la Seguridad

adopta el dispositivo de resolución sobre la entidad Banco Popular Español S.A. (F.J.2). BOE núm.155, 30 de junio de 2017, págs.. 55470 a 55482.

¹¹⁷ El capital de nivel 1 ordinario, según la normativa de solvencia, se compone de los siguientes elementos: capital y prima de emisión, ganancias acumuladas, otros ingresos acumulados y reservas, participaciones minoritarias, beneficios provisionales. De cualquier forma, los recursos propios se ajustan ante la concurrencia de ciertas deducciones: pérdidas esperadas de renta variable, activos por impuestos diferidos, activos intangibles...

¹¹⁸ Los instrumentos de capital de nivel 1 consisten en instrumentos de capital y primas de emisión, clasificados como pasivo, junto con otros elementos, entre los que se incluyen las participaciones preferentes del grupo.

¹¹⁹ El capital de nivel 2 se compone principalmente de financiación subordinada recibida por el Grupo, instrumentos y elementos emitidos o admisibles como fondos propios antes del 31 de diciembre de 2011, instrumentos de fondos propios admisibles e incluidos en el capital de nivel 2 consolidado emitidos por filiales y en manos de tercero, exceso entre las correcciones de valor por deterioro de los activos más las provisiones por riesgos calculadas en los términos legales entre otros.

Social¹²⁰. A pesar de tratarse de una lista cerrada, el FROB previa comunicación a la Comisión Europea, podrá excluir justificadamente otros pasivos.

Además, con el objeto de superar los previsibles obstáculos que pueden surgir, las entidades deberán incluir en los contratos que celebren una cláusula de sujeción de sus pasivos, al ejercicio de la facultad de amortización y conversión del FROB, así como de acatamiento de cualquier reducción del importe principal o adecuado y cualquier conversión o cancelación.

Llegados a este punto, se puede adelantar que la previsión de estas cláusulas contractuales se antoja fundamental en el futuro, como consecuencia del diseño de las nuevas las relaciones con el Reino Unido, una vez consumado definitivamente el brexit, pues a partir de entonces los instrumentos de este país tendrán la consideración de tercer estado y es necesario garantizar el reconocimiento de ejecución de un eventual *bail-in*.

Por otro lado, la aplicación de la medida de recapitalización interna exige que el órgano de administración de la entidad o persona designada, presente un plan de reorganización de actividades, para restablecer la viabilidad a largo plazo de la entidad. Dicho plan será aprobado por el FROB.

Una de las principales diferencias con la LRREC 2012 es que, en el marco de la recapitalización interna, el FROB podrá hacer uso del Fondo de Resolución Nacional en los términos que se desarrollan y con carácter meramente subsidiario.

Para completar el presente estudio, debemos reflexionar sobre los cambios ocasionados en la organización administrativa, a través del nuevo papel que se otorga al FROB.

¹²⁰ En concreto, el artículo 42 hace referencia a los depósitos garantizados hasta la cuantía prevista por la normativa del Fondo de Garantía de Depósitos; pasivos garantizados, incluidos los bonos garantizados (cédulas y bonos hipotecarios); pasivos resultantes de la tenencia de activos o dinero de clientes; pasivos resultantes de una relación fiduciaria entre la entidad o sociedad afectada, como fideicomisario, y otra persona, como beneficiaria, cuando dicho cliente esté protegido con arreglo a la normativa concursal; pasivos de entidades, excluidas las sociedades que formen parte del mismo grupo, cuyo plazo de vencimiento inicial sea inferior a siete días; pasivos que tengan un plazo de vencimiento restante inferior a siete días en el marco de sistemas de pagos y de liquidación de valores, o de sus participaciones y resultantes de la participación en uno de estos sistemas; pasivos contraídos con empleados en concepto de salarios, pensiones u otras remuneraciones fijas devengadas, con acreedores comerciales por el suministro de bienes y servicio esenciales para el desarrollo cotidiano de sus actividades, con la Administración tributaria o de la Seguridad Social, con el sistema de garantías de depósitos surgidos de contribuciones debidas.

D. EL NUEVO PAPEL QUE SE ASIGNA AL FONDO DE REESTRUCTURACIÓN BANCARIA

La LRREC 2015 configura un reparto estricto de funciones, atendiendo a la fase de actuaciones en la que nos encontremos, de este modo, el FROB asume plenamente la fase ejecutiva. Entre las amplias facultades que se le encomiendan, debemos destacar por su importancia, la evaluación a través de expertos independientes de los activos y pasivos de la entidad.

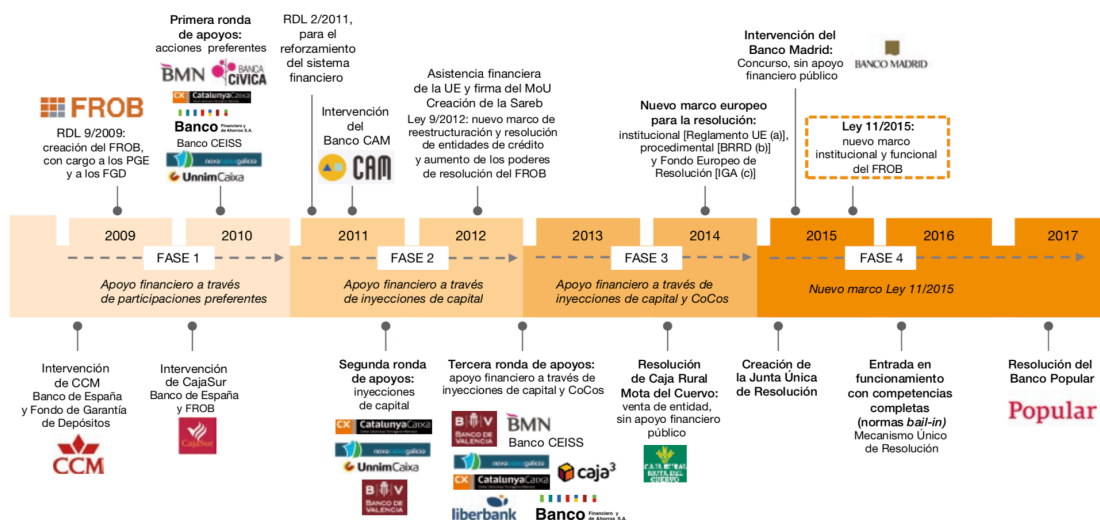
No obstante, la actividad del FROB quedará limitada en un doble sentido, pues por un lado, la Junta Única de Resolución (JUR), asumirá sus atribuciones, respecto a las entidades integradas en el Mecanismo Único de Resolución y por otro, se encomienda a una unidad autónoma dependiente del Banco de España como autoridad de resolución preventiva, asegurar la perfecta coordinación entre el ejercicio de las funciones de supervisión y de resolución preventiva o preliminar.

Las características del FROB se mantienen en términos generales, pues no varía su naturaleza jurídica, estructura societaria o funcional, por lo que nos seguimos encontrando ante una entidad de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada para el desarrollo de sus fines. La disposición adicional vigésima de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*, califica el FROB como una autoridad administrativa independiente, con las implicaciones que ello conlleva.

Se aprecian cambios en su estructura, especialmente en la Comisión Rectora, para dar entrada a las autoridades y supervisores competentes de la fase preventiva y en la supresión de la figura del Director General, cuyas funciones son asumidas por el Presidente.

Entre los cambios más significativos, se debe destacar que el FROB pierde la condición de herramienta financiera, al ser asumida por el Fondo de Resolución Nacional, sin perjuicio de la gestión que se le encomienda al respecto. Se culmina de esta forma, su proceso de transformación, desde su configuración inicial que nació para ofrecer una respuesta coyuntural a los problemas de gestión y recapitalización que presentaban ciertas entidades en dificultades, hasta convertirse en una pieza imprescindible del proceso de resolución bancaria.

La financiación de los recursos propios del FROB, al margen del Fondo, se asemeja a la LRREC 2012, pero además, percibe una tasa anual del 2,5% sobre la contribución que las entidades tienen que realizar al Fondo de Resolución Nacional.



excepción del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales. Conviene reseñar, por su importancia, que la valoración que acompañe a estos actos no puede ser objeto de recurso por separado.

La legitimación para recurrir se encuentra únicamente restringida, en el caso de amortización o conversión de instrumentos de capital y recapitalización interna, pues en este punto únicamente los accionistas o socios que representen al menos el 5% del capital social de la entidad emisora, los titulares de valores incluidos en la acción, los depositantes y acreedores de la entidad o el comisario o representante del sindicato o asamblea que agrupe a los titulares de los valores de una determinada emisión afectada por la decisión del FROB ostentan dicha legitimación.

Las previsiones procesales finalizan con la inclusión de una norma específica que analiza la imposibilidad de ejecución de la sentencia, en la que desarrolla el importe máximo de la indemnización que se puede reconocer al recurrente y lo fija concretamente en la diferencia entre el daño efectivamente sufrido y la pérdida que habría soportado en caso de que, en el momento de adoptarse la decisión de resolver el banco, se hubiera producido la liquidación en el ámbito de un procedimiento concursal.

Un capítulo independiente merece el artículo 59 LRREC 2015, que apenas ha sido abordado por nuestra doctrina en general, a pesar de constituir una clara reproducción de la norma comunitaria¹²¹. Se trata del deber de secreto por el que los datos, documentos e informaciones que obren en poder del FROB tienen carácter reservado, impidiendo su divulgación y utilización para finalidades distintas. Una obligación de guardar secreto que se expande a todas las personas que pueden intervenir en el proceso recibiendo información, ya sean las autoridades o personas, asesores legales o incluso expertos independientes.

Esta previsión no se concilia bien, desde la perspectiva de la transparencia y el acceso a la información pública como uno de los principios satélite de nuestro procedimiento administrativo. No parece sensato que el interés público que impone el uso del procedimiento de resolución, en detrimento de la liquidación concursal, sea el mismo que puede justificar la excepción del principio de transparencia.

En este sentido, parece que lo razonable sería haber incluido este deber de secreto, como una excepción y no como una regla general, cuya aplicación quedase relegada a

¹²¹ Art.88 RMUR

aquellos supuestos en los que se evidenciara y justificara la concurrencia de un interés superior, como la estabilidad financiera.

Es indiscutible, que una información excesiva sobre la situación real de la entidad bancaria que podría ofrecer el FROB, en el momento en el que decide iniciar la resolución, puede resultar contraproducente, sumiendo a la entidad en unas mayores pérdidas.

No obstante, mantener en el tiempo este deber de secreto e incluso, una vez finalizado el proceso, no parece que tenga mucho sentido, tal como se está produciendo actualmente con el asunto de la venta del Banco Popular. A propósito de esta realidad, no se puede obviar que el TJUE ya ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la extensión temporal del secreto bancario, siendo esta decisión fácilmente trasladable a la información utilizada en un procedimiento de resolución bancaria.

En concreto, el TJUE en Sentencia de 19 de junio de 2018, *Baumeister*, C-15/16,¹²², llegó a afirmar que no toda la información de la entidad bancaria comunicada a la autoridad competente, ni todas las declaraciones que figuran en el expediente constituyen incondicionalmente información confidencial cubierta por la obligación de guardar el secreto profesional.

En cuanto al periodo temporal del secreto, señaló que aquella información que tiene cinco o más años en poder de la administración pierde su carácter secreto por el mero transcurso del tiempo «salvo si, excepcionalmente, la parte que invoca ese carácter demuestra que, a pesar de su antigüedad, dicha información sigue constituyendo un elemento esencial de su posición en el mercado o de la de terceros afectados».

¹²² Por el contrario, sólo merece la calificación de secreto, aquella información en poder de las autoridades competentes que carece de carácter público y cuya divulgación puede resultar lesiva, ya sea a los intereses de la persona física/jurídica de la que dimana la información o de terceros que pudieran verse implicados, ya sea a la propia organización del sector a través de su sistema de control. SSTJUE de 19 de junio de 2018, *Baumeister*, C-15/16, apartado 54 y de 14 de marzo de 2017, *Evonik Degussa/Comisión*, C-162/15 P, apartado 64.

F. REAL DECRETO 1012/2015, DE 6 DE NOVIEMBRE

La LRREC 2015 sería posteriormente desarrollada, mediante *el Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 11/2015, de 18 de junio de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito*. Esta norma reglamentaria se encarga de concretar el contenido de cada una de las tres fases, que componen el procedimiento de recuperación y resolución.

Su mayor aportación descansa en diversos aspectos novedosos, que permiten por un lado, matizar la regulación legal, como acontece con las previsiones en materia de valoración y por otro, facilita la aplicación efectiva de la norma, a través, por ejemplo de la concreción de las facultades del FROB, del Fondo Único de Resolución o las ayudas financieras intragrupo.

Comenzando por comentar la valoración de las entidades, la disposición reglamentaria hace hincapié en el contenido que debe presentar el expediente de valoración y las exigencias que deben concurrir para acudir a una valoración meramente provisional. Clarifica la interpretación del artículo 5 y lo unifica con las disposiciones del Reglamento y la Directa, a las que posteriormente haremos referencia.

Del desarrollo normativo, se extraen tres tipos de valoraciones dirigidas a cumplir distintos objetivos:

- La valoración 1, informa a la autoridad de resolución si se cumplen las condiciones para la resolución.
- La valoración 2, informa a la autoridad de resolución sobre la cuantificación de las pérdidas y la estrategia o instrumentos de resolución que pueden aplicarse.
- La valoración 3, asegura que los accionistas y acreedores no incurran en mayores pérdidas que en un proceso de liquidación.

Del examen de los criterios tenidos en cuenta para la práctica de esta tasación, se extrae que la norma muestra cierta preferencia por ofrecer una valoración meramente contable de la entidad, prescindiendo de otras formas o modalidades de cuantificación.

Lo más interesante de esta clasificación es que se excluye de la valoración destinada, como sabemos, a conocer el valor de los activos o pasivos de la entidad para apreciar si se cumplen las condiciones para proceder a la resolución de la entidad (valoración 1), aquella otra valoración calificada como «diferencia de trato», esto es,

aquella valoración que persigue conocer si los accionistas y acreedores habrían recibido mejor trato, si la entidad se hubiera liquidado (valoración 3).

La valoración 3, también denominada valoración «diferencia de trato» o *no creditor worse off* exige expresamente una cuantificación diferente que debe ser efectuada por un experto independiente, si bien, una vez consumada la resolución. Esta última valoración requiere la clasificación de los pasivos de la entidad, según su nivel de prelación y la aplicación del régimen general de insolvencia, para determinar qué resultado habrían obtenido los accionistas y los acreedores antiguos, en caso de que no se hubiera puesto el banco en resolución.

En este extremo, la regulación que incluye el Real Decreto se encuentra en clara consonancia con las exigencias del Reglamento y la Directiva comunitaria, que prácticamente reproduce. De todas formas, conviene destacar que ni la ley ni su desarrollo precisa exactamente las herramientas que se deben de tener en cuenta para efectuar los cálculos de la valoración o los escenarios en los que se realiza. Asimismo, en ningún momento se ha descrito qué se entiende cómo experto, ni tampoco en qué consiste esa independencia, ni respecto de quién se debe predicar, ni siquiera se aborda cuál es el procedimiento para su designación, ni si se puede utilizar el mismo experto independiente para ambas valoraciones. No se ha incluido ninguna explicación, que permita comprender por qué no se puede analizar en la misma valoración todas las cuestiones, ni porqué la valoración 3, se debe realizar a posteriori.

Asimismo, el Real Decreto incorpora un régimen novedoso en relación con la ayuda financiera intragrupo y distingue según la resolución afecte a las filiales o al grupo en general. De este modo, se consigue dar respuesta a la realidad de los grupos españoles más relevantes, compuestos por una matriz y filiales sitas en diversos estados (*múltiple point of entry*), en oposición a otros bancos internacionales que se configuran a través del modelo opuesto de banco, con sucursales (*single point of entry*).

La estrategia es diferente en uno u otro caso. En el supuesto de grupos *single point of entry*, la actuación se centra, a priori, en la cabecera del grupo, mientras que en el *múltiple point*, la resolución puede afectar a todas o algunas de sus filiales, que actúan de manera independiente. De aquí la necesidad, de estructurar con detalle, el mecanismo de ayuda financiera que se produce intragrupo, pues puede concretarse en una o varias filiales, con auxilios programados tanto entre filiales y matrices, como entre las propias filiales,

pudiendo consistir en préstamos, concesión de garantías o suministro de activos para uso como garantía.

Cambiando de tercio, la norma reglamentaria demuestra una mayor sensibilización, con las implicaciones transfronterizas que puede experimentar un proceso resolutorio, dadas las numerosas referencias que se incluyen, tales como la necesidad de coordinación de las medidas de actuación temprana, colegios de autoridades de resolución europeos, decisiones conjuntas, acuerdos con terceros países...

También, se debe destacar la encomienda de funciones a la autoridad de resolución preventiva, pues se le otorga entre otras, la determinación del requerimiento mínimo de instrumentos aptos para su obligatoria conversión.

Uno de los contenidos esenciales del reglamento consiste en la regulación detallada del Fondo de Resolución Nacional. Dicho fondo es un mecanismo de financiación de las medidas de resolución de la LRREC 2015, administrado por el FROB, al carecer el primero de personalidad jurídica. Se constituye como un patrimonio separado, cuyos recursos financieros debían alcanzar el 1 por ciento del importe de los depósitos garantizados, de todas las entidades bajo el régimen de aplicación de la ley, antes del 31 de diciembre de 2024. Asimismo, le corresponde al FROB determinar anualmente la contribución total que el conjunto de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión debe hacer, llegando incluso a imponer la existencia de contribuciones extraordinarias, que no podrán superar el triple del importe anual de las contribuciones ordinarias.

8. EL MECANISMO ÚNICO DE RESOLUCIÓN (MUR)

A. AMBITO DE APLICACIÓN Y ESTRUCTURA

El sistema que hemos expuesto debe conciliarse, sin embargo, con la aplicación, a partir del 1 de enero de 2016, del llamado Mecanismo Único de Resolución (MUR), en el marco del nuevo proyecto de Unión Bancaria, que aún no se ha completado en su integridad¹²³.

Se cumple, de esta forma, el mandato que impone la disposición adicional cuarta de la LRREC 2015, en el que expresamente se menciona que la ley se aplicará de manera

¹²³ Munuera Cebrián, J. y Salinas Rincón, A. (2015), «La unión bancaria (II): el régimen europeo de resolución y el mecanismo único de resolución (MUR)», en Campuzano Laguillo, A.B., Martínez Echevarría, A y Mínguez Prieto, R (dirs.), *La gestión de la crisis bancaria española y sus efectos*, Madrid, La Ley, págs. 133-162 y Carrascosa Morales, A. (2019), «El Mecanismo de Resolución Bancaria», *Revista de Estabilidad Financiera*, núm.36, págs.7-24.

compatible con lo dispuesto en el *Reglamento 806/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014, por el que se establecen las normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento n° 1093/2010*. Es el conocido Reglamento MUR.

Brevemente, se debe reiterar que la concienciación de la Unión Europea, con la verdadera situación financiera se produjo de manera tardía, una vez que se constató la ineficacia de las medidas diseñadas por los distintos Estados, para hacer frente a la desestabilización de los mercados, a través de ayudas financieras o garantías universales *blanket guarantees* diseñadas al efecto. Pronto, esta reacción natural acabaría poniendo en entredicho la calidad crediticia del propio Estado, estableciendo un inexorable vínculo entre la crisis de las entidades bancarias y la de su deudor soberano (*sovereign-bank loop*). Así, ocurrió en el caso de Irlanda y pronto, se extendería a otros Estados, España, Portugal, Italia, Chipre...

En definitiva, la inicial perturbación que supuso la quiebra sufrida por numerosas instituciones, entre las que se encontraba *Fortis*, diversos bancos islandeses, *Anglo Irish Bank*, *Dexia*, *Royal Bank of Scotland Group plc*, *Northem Rock*... dio paso a otro escenario, en el que comenzaban a consolidarse serias dudas sobre la credibilidad crediticia que mostraban no, ya, algunas entidades de crédito, sino los propios Estados.

Una vez sensibilizados los países de la repercusión real de la crisis, las autoridades financieras internacionales agrupadas en el Consejo de Estabilidad Financiera¹²⁴ publicarían, en octubre de 2011, un documento en el que se encargaban de describir los atributos básicos que debían tener un procedimiento específico, llamado resolución¹²⁵ y que afectaba a las entidades financieras. Se trataba de un nuevo régimen extrajudicial, gestionado por una autoridad administrativa y no judicial, con facultades para acordar por sí sola y en casos extremos, la reducción del capital de dicha entidad y de sus deudas.

En Europa, los principios internacionales se plasmaron con la andadura del nuevo Mecanismo Único de Resolución, tras la entrada en funcionamiento del Mecanismo Único

¹²⁴ El Consejo de Estabilidad Financiera o Financial Stability Board (FSB) es un organismo internacional que persigue la eficacia y estabilidad del sistema financiero internacional. Se creó tras la Cumbre del G-20 en Londres (abril de 2009), como sucesor del Foro de Estabilidad Financiera. El Consejo integra a todas las economías importantes del G.20 y tiene su sede en Basilea, Suiza.

¹²⁵ *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, octubre de 2011, que sería posteriormente reeditado para incorporar nuevas proposiciones en octubre de 2014.

de Supervisión y a la espera del diseño del Sistema Europeo de Garantía de Depósitos, los tres pilares que configurarían la nueva Unión Bancaria.

El impulso que experimentó en este periodo la Unión Bancaria¹²⁶ únicamente perseguía institucionalizar el cambio de paradigma, que se estaba generando. Había que alterar la forma de gestionar las crisis bancarias, abandonando la concesión de garantías públicas y rescates con dinero de los contribuyentes, para centrarse en la aplicación de la disciplina que marca el propio mercado. Esto, sencillamente, significaba que los accionistas y acreedores debían absorber tanto las pérdidas, como la posible recapitalización, mientras los bancos debían financiar las eventuales ayudas externas, que se pudieran exigir a través de sus propias aportaciones. Este es el axioma que inspiró el proyecto comunitario¹²⁷.

El nuevo Mecanismo tomó como punto de partida las disposiciones de la DRREC¹²⁸, que se había aprobado con carácter previo y se organizó sobre la siguiente estructura: la Junta Única de Resolución (JUR o SRB por sus siglas en inglés), como autoridad europea central responsable de la eventual resolución y el Fondo Único de Resolución (FUR o SRF, por sus siglas en inglés), administrado por la JUR. Uno y otro se encuentran regulados en el RMUR.

En cuanto al ámbito de aplicación, el RMUR se aplica directamente a las entidades de crédito, cuyo supervisor de origen es el Banco Central Europeo, en aquellos Estados miembros, cuya moneda sea el euro o en aquellos cuya moneda no sea el euro, pero hayan establecido una cooperación estrecha en los términos legales previstos en el artículo 7 del *Reglamento n° 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre, que encomienda al Banco Central*

¹²⁶Ruccia, N. (2017), «The role of the private sector in resolution for banks», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 57, págs. 615-640.

¹²⁷ Wojcik, K.F (2016), «Bail-in in the banking Union», *Common Market Law Review* núm.53, págs.91-138.

¹²⁸ Además del RMUR y la DRREB, existe una pluralidad de normas en materia de resolución bancaria. Podemos destacar entre otras, distintos Reglamentos Delegados (2015/63, de 21 de octubre, 2016/860, de 4 de febrero, 2016/1075, de 23 de marzo, 2016/1400, 2016/1401 y 2016/1450, de 23 de mayo, 2016/1712, de 7 de junio) y Reglamentos de Ejecución (2016/911, de 9 de junio, 2016/962, de 16 de junio, 2016/1066, de 17 de junio) aprobados por la Comisión. Igualmente, la EBA (Autoridad Bancaria Europea) ostenta importantes prerrogativas y funciones en materia de resolución, pues participa y coopera con las autoridades pertinentes, a través de la publicación de Directrices, Guías, recomendaciones o informes. Otros acuerdos relevantes son el Memorandum de entendimiento entre la JUR y BCE, sobre la cooperación en el intercambio de información, de 22 de diciembre de 2015 o el Acuerdo Intergubernamental, sobre la transferencia y mutualización de las aportaciones al FUR, hecho en Bruselas el 21 de mayo de 2014. También, se debe incluir la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y liquidación de entidades de crédito, traspuesta por la Ley 6/2015, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidaciones de entidades de crédito.

Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

Es decir, el MUR persigue su aplicación a los bancos y entidades financieras que se encuentran ubicados en Estados participantes en el MUS, bajo la supervisión del BCE y de aquellas autoridades nacionales existentes en este marco. Esto implica, a sensu contrario, que los bancos establecidos en los Estados miembros, que no participen en el MUS, no deben estar sometidos al MUR, pues de lo contrario y tal como indica la exposición de motivos del Reglamento comunitario, se generarían incentivos inadecuados para ellos. En concreto, este texto legal, explica la conexión entre ambos mecanismos de la siguiente forma:

«En particular, los supervisores de esos Estados miembros podrían ser más indulgentes con los bancos de su jurisdicción, pues no tendrían que soportar íntegramente el riesgo financiero de su inviabilidad. Así pues, para garantizar el paralelismo con el MUS, el MUR debe aplicarse a los Estados miembros que participen en el MUS. A medida que los Estados miembros se vayan adhiriendo al MUS, deben pasar automáticamente a estar sujetos también al MUR. A la postre, este podría ampliarse potencialmente a la totalidad del mercado interior.»

Para una mejor comprensión del MUR, debemos aclarar, curiosamente qué es el Mecanismo Único de Supervisión (MUS). Pues bien, el MUS es un sistema a escala de la UE, para la supervisión prudencial de las entidades de crédito en la zona del euro y en aquellos países que deciden adherirse voluntariamente. Dicha supervisión se lleva a cabo a través de una actuación combinada entre la autoridad supranacional y las autoridades nacionales de supervisión, que cooperan estrechamente de acuerdo con un conjunto único de normas y requisitos.

A grandes rasgos, podemos decir que el Banco Central Europeo se encarga de supervisar, directamente, todos los bancos «significativos» de la zona euro y en particular, los denominados bancos sistémicos. Por el contrario, las autoridades nacionales de supervisión se encargan, tanto de la supervisión de los bancos más pequeños, como de otras operaciones menores relacionadas con la protección de los consumidores, el blanqueo de capitales, los servicios de pago y las sucursales de bancos de terceros países.

Determinado el ámbito de aplicación del MUR y ciertas nociones básicas del MUS, debemos analizar, ahora, la estructura sobre la que se asienta el primero, esto es, la Junta Única de Resolución (JUR) y el Fondo Único de Resolución (FUR).

Si nos preguntamos qué es la Junta Única de Resolución (JUR), llegamos a la conclusión de que nos encontramos ante una agencia de la Unión, con personalidad jurídica, a quien se le ha atribuido la responsabilidad del funcionamiento eficaz y coherente del MUR. Como agencia, creada según lo dispuesto en el artículo 114 TFUE actúa con independencia y al amparo del interés general, al igual que ocurre con otras autoridades nacionales de resolución.

La JUR como principal órgano de decisión del MUR debe resolver acerca de los sistemas de resolución a emplear. No obstante, la actividad que desempeña varía en función de la entidad sobre la que decide actuar.

En este sentido, la JUR es directamente competente respecto de las fases de planificación y resolución de los bancos transfronterizos y de aquellas entidades bancarias que directamente supervisa el Banco Central Europeo, como consecuencia de su tamaño o su carácter sistémico. Dicha previsión resulta coherente, con la pretensión de alcanzar la homogeneidad del sistema, pues no tendría sentido dejar en manos de las autoridades nacionales la operativa del marco resolutorio, cuando la supervisión se ha realizado dentro del MUS. Por tanto, en estos supuestos, la JUR interviene como autoridad de resolución.

Por el contrario, la resolución de una entidad o grupo cuya supervisión inmediata le corresponde al Banco de España y no al Banco Central Europeo, la autoridad de resolución seguirá siendo, atendiendo a la fase de resolución, el Banco de España o el FROB, lo que no impide a que la JUR pueda impartir instrucciones y a asumir el control de dicha resolución en los términos, posteriormente, analizados.

En el caso de una resolución de un grupo transfronterizo, las decisiones se adoptan en el seno del Colegio de Autoridades de Resolución, en el caso de que las entidades del grupo se encuentren en Estados miembros no participantes¹²⁹.

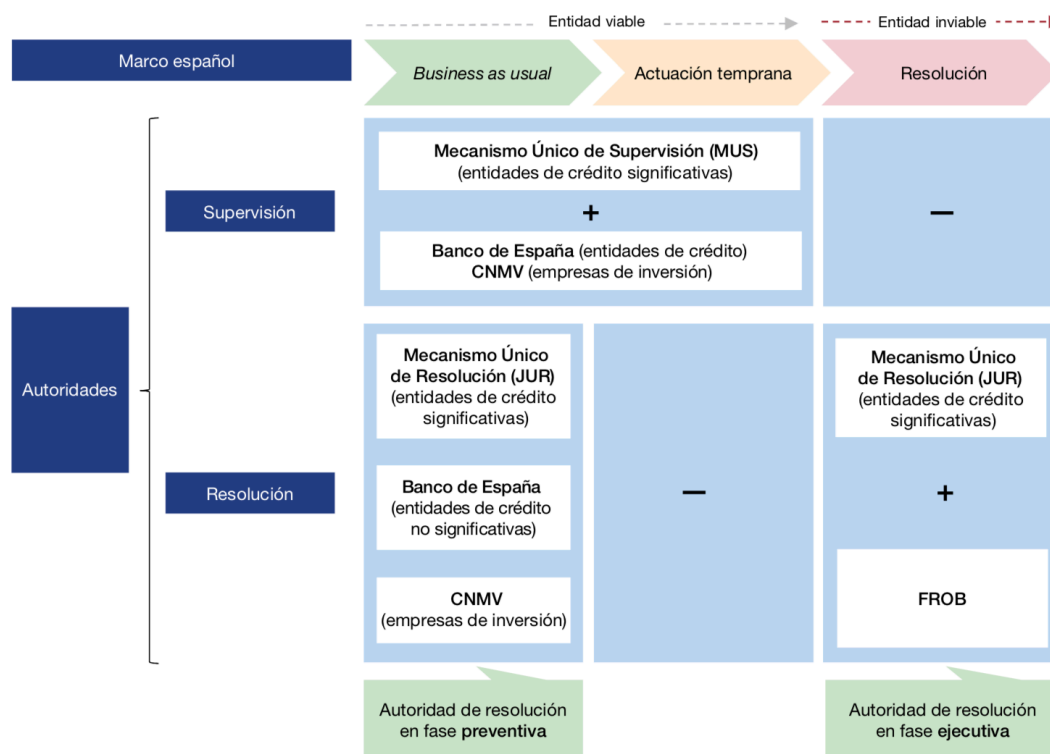
La actividad de la JUR se extiende, también, a todas aquellas entidades, cualquiera que sea el régimen de supervisión, cuando exigen recurrir al Fondo Único de Resolución. Asimismo, nada impide que los Estados miembros participantes puedan ceder sus competencias de Resolución a la Junta, en relación con aquellas entidades o grupos no significativos.

¹²⁹ La Directiva 2019/879 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, por la que modifica la Directiva 2014/59/UE en relación con la capacidad de absorción de pérdidas y de recapitalización de las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión detalló el trabajo de estos colegios de autoridades de resolución.

De cualquier forma, no se puede obviar que la JUR es la responsable, en última instancia, de todos los banco de la Unión bancaria, y por tanto, puede ejercer su potestad respecto de cualquier banco, cuando lo considere conveniente.

ARQUITECTURA INSTITUCIONAL DE SUPERVISIÓN Y RESOLUCIÓN DE ESPAÑA

ESQUEMA 3



Fuente: Ponce Huerta, J. (2019)

De todas las tareas que se encomiendan a la JUR, no cabe duda que la planificación es una de las principales, pues no deja de configurar el eje del sistema del MUR en torno al cual orbita, la capacidad para comprender la operativa del banco o la posibilidad de identificar posibles obstáculos a una resolución ordenada, además de permitir a la autoridad estar preparada para cualquier eventualidad que pueda surgir.

La JUR se compone en cuanto a su estructura orgánica, de un presidente, un vicepresidente, una secretaria y cuatro miembros a tiempo completo, junto con un miembro nombrado por cada uno de los Estados participantes, en representación de sus autoridades de resolución nacionales. Tanto el presidente, vicepresidente como los otros cuatro miembros, son nombrados sobre la base de sus méritos, cualificaciones, conocimiento de los asuntos y experiencia en la materia, a través de un procedimiento de selección abierto y por un periodo de cinco años.

Las sesiones de trabajo pueden ser ejecutivas o plenarias, lo que implica distinta competencia y composición. A grandes rasgos, podemos mencionar que la sesión ejecutiva se encarga de preparar y adoptar todas aquellas decisiones que sean necesarias para su aplicación a los bancos que se encuentren bajo su competencia. En cambio, la sesión plenaria se reserva para decisiones de índole más general, relativas a normas del procedimiento, aprobación del presupuesto anual, inversiones, personal... aunque, también, puede decidir cuestiones relacionadas con el uso del Fondo Único de Resolución, cuando la petición exceda de ciertos umbrales o se trate de solicitudes de préstamos o aportaciones ex post.

No podemos finalizar el estudio de la JUR, sin efectuar una breve mención al fundamento jurídico de su intervención. El RMUR alude a un proceso de resolución centralizado, que se confía a la JUR; si bien no hace ninguna mención a precepto alguno que sustente, desde el punto de vista del derecho primario europeo, el papel que se le encomienda mediante el uso de unas prerrogativas exorbitantes.

Esta ausencia ha llevado en algunas ocasiones a cuestionar que el *Reglamento 1024/2013, del Consejo de 15 de octubre* que modificó la estructura organizativa del BCE y construyó el sistema europeo bancario en el que se incluyó el RMUR, es abiertamente contrario al artículo 127.6 TFUE, pues este último artículo sólo encomienda a las instituciones de la Unión la política monetaria, pero no así, las competencias de supervisión o resolución. En la práctica, esto supone que la facultad de supervisión y resolución sólo podría recaer en los Estados.

Sobre este extremo, el debate jurídico puede resultar estéril, pues no se puede obviar el TJUE ha seguido una política de deferencia respecto a las instituciones europeas, cuando se trata de justificar su actuación en determinadas áreas, máxime dada la concurrencia de razones de interés público. Es el caso de la Sentencia *Gauweiler*¹³⁰ que vino a ratificar el anuncio del programa de compra de deuda pública por el BCE. La importancia de este pronunciamiento es que el TJUE ratificó la intervención del BCE como prestamista de última instancia de los Estados, a pesar de que ello era contrario al derecho originario de la UE, donde no existían ninguna previsión al respecto. Entonces, se negó expresamente que se hubiera transgredido el régimen competencial por parte del BCE.

¹³⁰ STJUE de fecha 16 de junio de 2015, *Peter Gauweiler y otros contra Deutscher Bundestag*, Asunto C-62/14.

El segundo pilar del MUR, lo constituye el Fondo Único de Resolución, que no es más que un fondo establecido a escala supranacional, propiedad de la JUR. Su finalidad no es otra, que asegurar la aplicación eficiente de los instrumentos de resolución, nutriéndose de las aportaciones del sector bancario. A propósito de estas contribuciones, la JUR es responsable de su cálculo que lo efectúa ex ante¹³¹, mientras las autoridades nacionales se encargan de la recaudación.

El FUR deberá alcanzar en el plazo máximo de ocho años, el 1% de los depósitos, con cobertura de todas las entidades de crédito autorizadas, en todos los Estados miembros de la Unión bancaria. Aproximadamente, se calcula que puede llegar a una cifra en torno a los 55.0000 millones de euros. Hasta alcanzar este valor, el Fondo estará compuesto por una suerte de «compartimentos nacionales», que se irán fusionando progresivamente. Recientemente, se ha formalizado un acuerdo con el Eurogrupo para que la completa financiación se alcance el 31 de diciembre de 2022 y no en el 2023, tal como inicialmente estaba previsto.

La utilización del Fondo estará supeditada al acuerdo por el que los Estados miembros participantes convienen en transferir al Fondo, las aportaciones que recauden a nivel nacional, de conformidad con el presente RMUR y con DRREC.

Es condición previa para acceder al mismo, la aplicación de las normas de recapitalización interna y de los principios desarrollados en la materia. De cualquier forma, se han consagrado dos limitaciones estrictas para su acceso: el conjunto de accionistas y acreedores de la entidad habrán tenido que sufrir antes, una pérdida o quita de al menos el 8% del pasivo total de la entidad y la aportación del Fondo no podrá superar el 6% de dicho pasivo.

¹³¹ Recientemente, el TGUE anuló la decisión de 11 de abril de 2017 por la que la JUR fijaba las aportaciones ex ante para 2017 de las entidades Landesbank Baden-Württemberg Landesbank, Hypo Vorarlberg Bank AG y Portigon AG; y al mismo tiempo declaró la ilegalidad parcial del *Reglamento Delegado 2015/63 de la Comisión, de 21 de octubre de 2014, por el que se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las contribuciones ex ante a los mecanismos de financiación de resolución*. La sentencia fundamenta su decisión en que el cálculo de las aportaciones efectuado por la JUR resulta opaco. En concreto, explica que las entidades anteriores no pueden comprobar el importe de su aportación a raíz de la motivación incluida en la decisión y ello a pesar de tratarse del elemento esencial de dicha decisión. De este modo, las entidades no pueden conocer si el importe de su contribución ha sido calculado correctamente. SSTGUE de 23 de septiembre de 2020, *Landesbank Baden-Württemberg contra Junta Única de Resolución*, T411/17; *Hypo Vorarlberg Bank AG/JUR*, T 414/17; y *Portigon AG/JUR*, T420/17.

Hasta que el Fondo se encuentre suficientemente capitalizado, la JUR podrá pedir contribuciones ex post o en su caso, solicitar financiación al mercado o alguna institución pública.

Expuesta la estructura fundamental del MUR, debemos detenernos brevemente en el procedimiento a seguir.

B. PROCEDIMIENTO

Inicialmente, le corresponde al Banco Central Europeo, como organismo de supervisión, notificar a la JUR que se cumplen los criterios legalmente exigidos para concluir que una entidad se encuentra en graves dificultades (*failing*) o existe previsión de la concurrencia de las mismas (*likely to fail*). Excepcionalmente, dicha decisión depende de la propia iniciativa de la JUR si, tras haber informado al BCE, éste no adopta ninguna medida en el plazo de tres días.

Un ente tiene graves dificultades o probablemente vaya a tenerlas, si concurren cualquiera de las siguientes circunstancias¹³²; la entidad ha infringido o es probable que infrinja en un futuro cercano, los requisitos para conservar su autorización; el activo de la entidad es inferior a su pasivo o es probable que lo vaya ser próximamente, la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o pasivos a su vencimiento o es probable que no pueda hacerlo en un futuro cercano y la entidad requiere ayuda financiera pública extraordinaria. Hasta aquí, el presupuesto fáctico no difiere del ya analizado anteriormente en relación con la LRREC 2015 y la DRREC que es desarrollada por la ley anterior.

A continuación, corresponde al comité ejecutivo de la JUR comprobar que no existen otras medidas alternativas privadas y que la resolución es de interés público.

En caso de verificarse los presupuestos mencionados, la Junta adoptará un dispositivo de resolución y desarrollará los detalles de la decisión: instrumentos que deben aplicarse, medidas necesarias y si procede, nombramiento de un administrador especial por las autoridades nacionales. De no constatarse tales presupuestos fácticos, se ordenará que se acuda al procedimiento de liquidación de conformidad con la legislación nacional.

El dispositivo de resolución entrará en vigor a las 24 horas desde su adopción por la JUR, siempre y cuando no se presenten objeciones por la Comisión, o el Consejo. El mismo plazo se aplica a aquellos supuestos en los que el dispositivo de resolución es aprobado por la propia Comisión.

¹³² Art.18 RMUR.

RESOLUCIÓN DE BANCOS INVIALES

ESQUEMA 1



Fuente: Carrascosa Morales, A. (2019).¹³³

Del examen del artículo 18 del RMUR, se evidencia la relevante tarea que se encomienda al Consejo, como último garante del control efectivo que se debe realizar sobre la evaluación efectuada por la Junta, pues le corresponde al Consejo, a propuesta de la Comisión, analizar la existencia del interés público y evaluar cualquier modificación significativa del importe del Fondo¹³⁴. De hecho, si el Consejo formula objeciones a que se someta una entidad a un procedimiento de resolución, por carecer el asunto de interés público, la entidad, en cuestión, será liquidada de manera ordenada.

¹³³ SRB son las siglas en inglés de la Junta de Resolución Bancaria (JUR). Por razones de simplicidad, el autor no incluye el papel que pueden desempeñar la Comisión Europea y el Consejo Europeo.

¹³⁴ Esta complejidad institucional se debe, en parte, a las limitaciones derivadas de la conocida doctrina Meroni del TJUE, que prohíbe la delegación de competencias a entidades instrumentales, no previstas en los Tratados. STJUE de 13 de junio de 1958, *Meroni & Industrie Metallurgiche, SpA., Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, S.A.S. contra High Authority of the European Coal and Steel Community*, C9/56.

Por otro lado, la tarea que se encomienda a la Junta, exige la cooperación imprescindible de las Autoridades Nacionales de Resolución. De modo que se debe distinguir la actividad de la JUR, en función de las entidades sobre las que ejerce sus prerrogativas.

En lo que se refiere a las entidades y grupos significativos o grupos transfronterizos, la Junta se encarga de aprobar el dispositivo de resolución e impartir las instrucciones que sean necesarias. La Autoridad Nacional, por su parte, se encargará de hacer efectivo dicho dispositivo, adoptando las medidas necesarias.

Sobre aquellas otras entidades, cuyas competencias de resolución corresponde inmediatamente a las Autoridades Nacionales de Resolución, la JUR podrá formular una advertencia o ejercer directamente las facultades de resolución, cuando considere que las medidas adoptadas por las Autoridades nacionales no cumplan, con las disposiciones del Reglamento o con las instrucciones generales que se hubieran facilitado.

En suma, las Autoridades Nacionales de Resolución deberán aplicar las decisiones adoptadas por la Junta e informarle en todo momento sobre el ejercicio de dichas funciones. En el caso de no haber aplicado la decisión exigida por la Junta o haberlo hecho de modo que suponga una amenaza para los objetivos de la resolución, se exponen a que la Junta ordene directamente a la entidad, objeto de resolución, la adopción de las medidas de resolución propicias.

Visto lo analizado anteriormente, es evidente que la cooperación que debe mediar entre la Junta y las Autoridades Nacionales de Resolución comporta la única vía válida para lograr el correcto funcionamiento del MUR. Esto explica la necesidad constante de adoptar directrices e instrucciones generales por parte de la JUR.

Brevemente, se debe mencionar que las normas comunitarias desarrollan ciertas previsiones, en materia de valoración de activos y pasivos de la entidad, objeto de resolución, para proteger el derecho de los accionistas y acreedores, asegurando que la mencionada cuantificación responda a criterios razonables, prudentes y realistas.

En concreto, se distinguen tres tipos de valoraciones, para la consecución de los objetivos y a las que hemos hecho referencia con anterioridad, pues nuestro ordenamiento nacional en desarrollo de la directiva comunitaria, también las incorpora. De cualquier forma, y dada su relevancia para las conclusiones de esta tesis, conviene insistir. A saber:

Valoración 1: centrada en informar sobre el cumplimiento de las condiciones necesarias para iniciarse la resolución. Este informe contable sirve para verificar la inviabilidad.

Valoración 2: centrada en la cuantificación de las pérdidas y la elección de la estrategia e instrumentos de resolución a utilizar. Este informe trata de determinar cuánto vale el banco en ese momento, teniendo en cuenta todos los potenciales riesgos y obstáculos y los costes que se deben asumir. En supuestos de venta, permite valorar la razonabilidad de las ofertas presentadas por los compradores.

Valoración 3: centrada en asegurar que los accionistas y acreedores no incurren en mayores pérdidas en este proceso que una liquidación ordinaria.

Como también se produce en nuestra norma nacional, se efectúa en el RMUR, una marcada diferencia entre la valoración que podemos denominar ordinaria (1 y 2), de aquella otra destinada a calcular la llamada «diferencia de trato» o «no creditor worse off» (3). Está última se centra en asegurar que los accionistas y los acreedores, en el seno de un procedimiento de resolución, no incurran en peor condición que de haber seguido un procedimiento de liquidación. A parte de los inconvenientes que anteriormente hemos puesto de relieve, el problema más grave que se plantea es la falta de homogeneidad de los regímenes de insolvencia en los distintos países europeos, tal como más tarde tendremos la ocasión de mencionar.

Asimismo, la JUR ha publicado en el año 2019, su propio marco de valoración, con el objetivo de proporcionar a los tasadores independientes una indicación de las expectativas de la JUR con ocasión de las metodologías y principios aplicables a la valoración 2-provisional o definitiva, así como la Valoración 3. Se trata de un conjunto de indicaciones que persiguen mejorar la comparabilidad y coherencia de las valoraciones¹³⁵.

En cuanto a las posibilidades de impugnación, cabe señalar que la actividad de la JUR es susceptible de recurso en vía administrativa en los supuestos expresamente contemplados ante el llamado Panel de Recurso. En concreto, se puede interponer recurso respecto a aquellas decisiones relacionadas con el acceso a documentos, aportaciones ex post extraordinarias, contribuciones a los gastos administrativos de la Junta, multas, requisitos mínimos de fondos propios y pasivos elegibles, obligaciones simplificadas en relación con la elaboración de los planes de resolución o en materia de evaluación de la resolubilidad a raíz de la información contenida en los planes de resolución o su actualización.

Dicho Panel es un órgano específico formado por cinco personas de excelente reputación, con un historial acreditado de conocimientos y experiencia profesional y a los

¹³⁵ SRB, (2020), Valuation Data Set, Explanatory note, diciembre 2020, Bruselas.

que le exige independencia, en el sentido de excluir el personal en funciones de la Junta y del personal en funciones de las autoridades de resoluciones, instituciones, órganos y organismos nacionales o de la Unión que participen en el ejercicio de las actividades encomendadas a la Junta. En cuanto a la legitimación ante el Panel, toda persona física o jurídica puede interponer recurso contra las decisiones de la Junta y se decidirá por mayoría de tres de sus cinco miembros.¹³⁶

En materia jurisdiccional, las decisiones del Panel de Recurso o en su caso, de la propia Junta cuando no quepa recurso ante el Panel, pueden recurrirse ante el Tribunal de Justicia, haciendo uso del recurso de anulación. Por el contrario, si se trata de la inactividad de la Junta en aquellas situaciones en las que estando obligada a intervenir se abstiene, se deberá optar por presentar un recurso de omisión. En el caso de tratarse de un recurso amparado en el artículo 263 TFUE, la legitimación se ostenta por parte de los Estados miembros, las instituciones de la Unión Europea o cualquier persona física o jurídica.

Cambiando de tercio y continuando con el proceso de consolidación de la Unión bancaria, más recientemente se ha tratado de avanzar en este objetivo, gracias a la nueva política MREL (*Minimum Requirement for own funds and Eligible Liabilities*). Se trata de un nuevo requerimiento regulatorio, que persigue exigir a los bancos europeos una capacidad para absorber pérdidas, gracias a sus fondos propios y pasivos suficientes, que les permitan recapitalizar la entidad, con el mínimo impacto posible, tanto para dicha entidad, como para la estabilidad financiera o los fondos públicos. Cada año, la autoridad de resolución se encargaría de fijar el requisito mínimo de los fondos propios y pasivos admisibles para cada entidad o grupo, tras consultar al BCE y a las autoridades competentes.

El 23 de mayo de 2016, se publicó el Reglamento Delegado 2016/1450 de la Comisión, que completa el artículo 45 de la Directiva comunitaria en materia de resolución, duplicando básicamente los requerimientos de capital exigidos. Pero, sería en 2017, cuando la JUR desarrolló su nueva política y adoptó sus primeras decisiones vinculantes para los principales grupos bancarios. Su implantación definitiva, durante el año 2018, se ha efectuado de forma progresiva, diferenciando aquellos bancos de estructuras más sencillas, sin presencia fuera de la Unión Bancaria, de otros de mayor complejidad.

En diciembre de 2018, un nuevo acuerdo político ha tratado de asegurar por una parte, que bancos con una presencia semejante en la Unión Bancaria tengan unos requisitos

¹³⁶ Artículo 85 RMUR.

de MREL similares y por otra, una mayor flexibilidad en la determinación de los objetivos, atendiendo a las características de resolubilidad de cada banco.

El 7 de junio de 2019, el Consejo Europeo ha aprobado el «paquete bancario», para acoger las conclusiones presentadas en noviembre de 2016, por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea y el Consejo de Estabilidad Financiera. Dicho conjunto de medidas incide entre otras, en exigir el requisito mínimo de fondos y pasivos (MREL) a todas las entidades, siendo aún más reforzado para el caso de entidades de importancia sistemática.

Posteriormente, se ha efectuado una actualización general de la Política MREL del Paquete Bancario según lo publicado el 20 de mayo de 2020 que cubre: requisitos de MREL para instituciones de importancia sistémica global, cambios en la calibración de MREL y en su calidad, reglas específicas para determinados negocios, aclaraciones sobre emisiones de terceros países o aclaración de dudas sobre la introducción gradual.

Las decisiones concretas se comunicarán a principios de 2021 e incluirán dos objetivos MREL, según se deban cumplir en 2022 y 2024.

C. EL BANCO POPULAR, LA PRIMERA ENTIDAD BANCARIA RESUELTA

a. Circunstancias concurrentes y particularidades del procedimiento

El Banco Popular español tuvo el dudoso honor de ser la primera entidad bancaria, a la que se le aplicó el recién estrenado Mecanismo Único de Resolución Bancaria o MUR. Merece la pena reproducir la cronología utilizada en el nuevo operativo, a fin de valorar los defectos y virtudes del régimen normativo actual¹³⁷.

¹³⁷ En el análisis de las actuaciones efectuadas en relación con el Banco Popular se ha manejado diferentes estudios y comentarios, entre los que destacan: Ariño Sánchez, R. (2018), «La problemática de Banco Popular desde la perspectiva de contratación europea», *Anuario de derecho Administrativo* 2018, Thomson-Reuters-Civitas, págs.137-158; Calvo Vérguez, J. (2019), «Perspectivas de futuro en la resolución de entidades financieras tras el caso “Banco Popular”», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154, págs.155-174; Díaz Morgado, C. (2018), «El mecanismo Único de Supervisión y el Mecanismo único de Resolución: Resolución del Banco Popular». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.110, págs.295-313; González Vázquez, J.C. (2018), «La primera aplicación del procedimiento de resolución bancaria por el MUR: dudas y valoraciones (provisionales) a la luz del caso «Banco Popular», en Fernández Torres, I, Arias Varona, F.J y Martínez Rosado, J., *Derecho de las sociedades y los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid, Iustel, págs.1083-1116; Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A. (2018), «El caso del Banco Popular», en Vaquer Caballería, M., Moreno Molina, A.M. y Descalzo González, A.(coords), *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, vol.II, Madrid, págs.1527-1547; Poveda Anadón, R. (2017), «La resolución del popular», *Revista Consejeros: la revista del buen gobierno y la responsabilidad corporativa*, núm. 130, págs. 57-63 y Tapia Hermida, A.J. (2017), *La resolución de la crisis del Banco Popular*

En el año 2012, el Banco Popular suspendió los stress test o pruebas de resistencia elaboradas por la entidad *Oliver Wyman*, que habían sido diseñados dentro de las exigencias introducidas por el Memorándum de entendimiento (MoU). En concreto, se puso de manifiesto una necesidad de capital que ascendía al importe de 3.200 millones de euros. En respuesta a este resultado, la entidad optó por efectuar una ampliación de capital de 2.500 millones, junto con la adopción de otra serie de ajustes.

En el año 2014 y como consecuencia del inicio de la supervisión por el MUS, se diseñaron nuevas pruebas para todas aquellas entidades que pasaban a depender del BCE, entre las que se encontraba el Banco Popular. Entonces, nada se comentó en relación con la situación de esta entidad de crédito, a pesar de que se posicionó a la cola de los bancos españoles tanto en los test de 2014, como en 2016, esta vez, junto con Liberbank.

En mayo de 2016, el Banco comunicó una previsión de pérdidas de 2.000 millones, la suspensión de pago del dividendo y unas provisiones por importe de 4.700 millones de euros. Efectuado un nuevo plan de negocio que incluía el cierre de oficinas y la reducción de personal, se llevó a cabo una nueva ampliación por el mismo importe que la anterior. La agencia de calificación crediticia *Standard & Poor's* confirmó, a la vista de la adopción de las nuevas medidas, el rating B+, como así lo harían otras agencias como DBRS. En definitiva, ninguna agencia de calificación efectuó una valoración negativa.

En fecha 5 de diciembre de 2016, se aprobó el Plan de Resolución del grupo del Banco Popular, que contemplaba la liquidación de la entidad a través del régimen *bail in*.

A partir de entonces, el estado de las cuentas, los cambios en la dirección del banco y diversas noticias relacionadas con el verdadero estado financiero de la entidad, propiciaron un deterioro negativo, que se vio alimentado por las calificaciones negativas que comenzaron a sucederse¹³⁸ y la consecuente salida de depósitos que ello reportó.¹³⁹

El 5 de mayo de 2017, el Banco Popular presenta sus resultados del primer trimestre y reconoce pérdidas por valor de 137 millones, derivadas de saneamientos inmobiliarios. Una semana más tarde, el banco anunció el inicio de un proceso de venta, lo que provocó una caída bursátil significativa.

mediante su venta al Banco Santander. Del “bail-out” al “bail-in”. El primer paso de un largo camino, El Blog de Alberto J. Tapia Hermida, 8 de junio de 2017.

¹³⁸ El 19 de mayo de 2017, la agencia *Finch* rebaja la calificación hasta B, con perspectiva negativa. *Moody's* ya lo había hecho, con anterioridad, al igual que *Standars & Poor's* y DBRS.

¹³⁹ Cada reducción de la calificación crediticia de la entidad dificulta el mantenimiento de los depositantes corporativos, que suelen exigir un nivel mínimo de nota. Esto significa que las rebajas en la calificación se ven acompañadas de importantes salidas de depósitos.

El 23 de mayo de 2017, la presidente de la JUR, Elke König efectuó unas declaraciones en *Bloomberg*, mencionando el seguimiento que se estaba efectuando al Banco Popular, en aras a una posible intervención. El 31 de mayo, la agencia de noticias Reuters, se hacía eco de las declaraciones de König y publicó que un alto cargo europeo afirmaba que König mantenía que los preparativos generales estaban en marcha, dado que los intentos de fusión de la entidad eran infructuosos.

El 5 de junio de 2017, se activó un programa de liquidez de emergencia con el BCE, conocido como ELA (*emergency liquidity assistance*)¹⁴⁰, para hacer frente al severo problema de liquidez al que se enfrentaba. Se trata de una modalidad excepcional de crédito, que el Banco Central puede conceder, a cambio de unos activos de contrapartida que la entidad debe ofrecer como colateral, para la provisión urgente de liquidez ante la presencia de problemas transitorios. En concreto, se solicitó un ELA el lunes 5 de junio y el martes 6 de junio, pero la fuga de depósitos llegó a tal magnitud, que a las tres de la tarde del martes, la entidad agotó la liquidez disponible y al parecer, carecía de colateral para una nueva petición.

En la última semana previa a la resolución, las acciones perdieron el 50% del valor y su capitalización bursátil, se situó en unos 1.3330 millones. La huida de depósitos que se había producido durante los meses de abril y mayo fue el detonante de la falta de liquidez que ocasionó la resolución final.¹⁴¹

Se desconoce la fecha de inicio de la fase de actuación temprana, si bien consta que se requirió a la entidad para que entrase en contacto con potenciales compradores, generándose un cuaderno de venta y un *Data Room Virtual*, con información confidencial del banco a la que accedieron, el Banco Santander y el BBVA. Comenzaba de esta forma,

¹⁴⁰ Las entidades de crédito de la zona del euro pueden recibir crédito del Banco Central no sólo a través de las operaciones de política monetaria, sino también, de forma excepcional, a través de la provisión urgente de liquidez (ELA). Por provisión urgente de liquidez, se entiende la provisión efectuada por un Banco Central Nacional del Eurosistema de dinero de banco central y/o de cualquier otro tipo de asistencia que pueda representar un incremento del dinero del banco central, a una institución financiera solvente, o a un grupo de instituciones financieras solventes, que se encuentre, atravesando problemas de liquidez temporales, sin que estas operaciones se encuadren en el marco de la política monetaria única. Todo ello, bajo la única responsabilidad del Banco Central que deberá asumir los costes y los riesgos.

¹⁴¹ Según datos de la AEB, 14.251 millones en abril y junio y 18.552 millones de euros en el primer semestre de 2017.

la JUR a preparar la resolución¹⁴² incluyendo la contratación de asesores legales y el encargo de una valoración independiente a Deloitte.¹⁴³

El 6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo comunicó a la JUR que el Banco estaba en FOLTF (*failing or likely to fail*), de conformidad con lo previsto en el artículo 18.4 c) del RMUR, pues no podía hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o por existir elementos objetivos que indicarían que no podría hacerlo en un futuro. En idéntica fecha, la propia entidad financiera comunicó al Banco Central Europeo, que concurría en la condición de inviabilidad, señalada en el artículo 21.4 LRREC 2015.

Previamente, la JUR ya había recibido el borrador de valoración a los efectos de la consulta prevista en el artículo 18.1RMUR. La valoración que tenía carácter provisional fue encargada a Deloitte, sin que exista constancia de ninguna valoración adicional, efectuada con carácter definitivo, incumpliendo las previsiones de la normativa a este respecto. En concreto, se efectuó el informe de Valoración I, el día 5 de junio de 2017 y el Informe de Valoración II, el día 6 de junio de 2017.

Este informe incluía unos valores económicos que cifraba las pérdidas de la entidad entre los 2.000 millones y los 8.200 millones de euros negativos, en función se tuviera en cuenta un escenario central u otro más estresado. No obstante, y tal como se supo un mes mas tarde, aún cuando ni en la Resolución del FROB ni la información facilitada por el ministro de Guindos en su comparecencia se hiciera mención, el informe incorporaba una tercera valoración, esta vez positiva, que se elevaba a los 1300 millones, más acorde con la valoración bursátil de esos días.

Tras la comunicación de inviabilidad, la JUR adoptó la *Decision of the single resolution board in its executive sesión, of 7 june 2017, concerning the adoption of a resolution scheme in respect of Banco Popular Español S.A., with a Legal Entity Identifier 80H66LPTVDLMOP28XF2S, addressed to FROB (SRB/EES/2017/08)*.

Mediante esta Decisión, la JUR concluyó que se cumplían las condiciones previstas en el Reglamento para la calificación de la entidad como inviable y que asimismo, la resolución era de interés público.

¹⁴² De Guindos, Comparecencia ante la Comisión de Economía, Industria y Competitividad del Ministro De Guindos, DSCD, XII Legislatura nº 11, 12 de junio de 2017.

¹⁴³ Las diversas informaciones, entre las que destaca la comparecencia del Ministro de Economía antes mencionada, demuestran que a mediados del mes de mayo, la JUR estaba adoptando medidas al respecto.

En primer lugar, la inviabilidad se sustentó en la falta de liquidez¹⁴⁴ de la entidad bancaria. De hecho en el informe de Valoración 1, se reconocía explícitamente en sus conclusiones que en la fecha de dicha valoración, el banco no era insolvente, y no había indicios que reflejasen la infracción de los requisitos de capital para continuar con la autorización. En segundo lugar, consideró que concurrían razones de interés público, ya que se debía evitar el riesgo de contagio y asegurar la continuidad de las funciones críticas del banco, en relación con los depósitos de consumidores y empresas no financieras, la financiación a pymes y empresarios individuales o servicios de caja y de pago. Añadió que no existían perspectivas razonables de que otras alternativas privadas, pudieran impedir la inviabilidad como un solución posible, a adoptar a través de la actuación temprana y/o la amortización o conversión de instrumentos de capital. Asimismo, se optó por el instrumento de resolución, consistente en la venta del negocio de la entidad, mediante la venta de las acciones de la sociedad, al banco de Santander S.A, previa la amortización y conversión de los instrumentos de capital necesarios, para la absorción de las pérdidas por los accionistas y los acreedores, y por último, dio instrucciones al FROB, como encargado de la ejecución, para que adoptara las medidas necesarias.

Se debe de poner de relieve que la JUR se decantó por la venta del negocio, como medida más adecuada para la consecución de los objetivos y ello, a pesar de no estar incluida en el plan de resolución, que había sido aprobado unos seis meses antes por el mismo organismo. Sobre este extremo, la decisión confesó que el escenario que se barajaba en el plan de resolución de la entidad para proceder a su liquidación, a través de la herramienta *bail in* no resultaba creíble.

Dicho lo anterior, conviene poner de relieve que la decisión mencionada no ha sido puesta a disposición del público en su integridad, sino únicamente una versión no confidencial y censurada. La importancia de la decisión es determinante, pues analiza entre otros aspectos, por qué otros instrumentos de resolución no permitirían la consecución de los objetivos o las razones que justificaron la valoración final de la entidad.

La Comisión Europea y el Banco Central se han negado, reiteradamente, a facilitar información del proceso de resolución. La primera, asegura que la publicación de los documentos, interesados por los perjudicados, podría dañar los intereses comerciales del

¹⁴⁴ No obstante, se viene sustentando que el Banco Popular no sólo tenía un problema de liquidez sino de solvencia. En este sentido, se considera que la ampliación de capital de 2016, como los requerimientos de recursos propios en 2018, tuvieron su incidencia en dicha situación. Estos aspectos están siendo analizados en diversos procedimientos penales ante la Audiencia Nacional.

Banco Santander y atentar contra la estabilidad financiera. El segundo, apela a la confianza que se debe mostrar en los supervisores, no sembrando dudas sobre su actividad¹⁴⁵.

Tras numerosas recursos desestimados por el panel de la JUR, se ha admitido recientemente en varias decisiones, entre las que podemos destacar la última emitida en fecha 19 de junio de 2019, rec.47/2017, el acceso de los perjudicados tanto a una versión censurada de la Decisión emitida, como a versiones censuradas de los informes de valoración utilizados.

La opacidad que se ha observado en este procedimiento, bajo la excusa del deber de secreto profesional, ha generado denuncias en diversos ámbitos nacionales e internacionales, constituyendo en la actualidad, una de las principales quejas sobre la actuación de las instituciones europeas, al considerar que dicho comportamiento se opone a los principios de transparencia y buena administración que propugna la Carta de Derechos de la Unión Europea, en su artículo 41, amén del principio de tutela judicial efectiva.

Así, entre otras instancias, actualmente se encuentra suspendido el procedimiento judicial, relativo al recurso contencioso administrativo, interpuesto por el FROB, frente a la Resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que estimaba parcialmente el acceso a determinada información del dispositivo de resolución del Popular. Este recurso ha sido suspendido por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente, para su tramitación hasta que recaiga resolución definitiva de la Justicia Europea, sobre los asuntos tramitados ante ella, en los que se dilucida la conformidad a derecho de la Decisión de la Junta Única de Resolución.

Además, un grupo de inversores mexicanos encabezados por Antonio del Valle, junto a los fondos de inversión *Pimco* y *Anchorage Capital*, iniciaron procedimientos legales en juzgados estadounidenses para obligar al Banco Santander a revelar documentación, clave sobre la resolución. Este procedimiento, conocido como *Discovery*, persigue solicitar pruebas sobre una causa legal abierta en el extranjero, siempre que el demandado tenga presencia en Estados Unidos. El Tribunal, sin embargo, dictaminó que, solamente, *Santander Investment Services*, su bróker dealer estadounidense, debía revelar la documentación del Popular de la que disponía, negando la petición para las entidades Banco Santander S.A, Santander Holding USA y Santander Bank NA. Los demandantes tras haber recurrido el fallo y presentado una queja ante el Tribunal de Apelaciones

¹⁴⁵ <https://www.expansion.com/empresas/banca/2017/08/24/599edc7e22601d1b6b8b45a6.html>

del Segundo Circuito de Nueva York han visto desestimada su solicitud, ya que dicha corte ha confirmado la decisión inicial.

Dejando al margen estas reflexiones sobre el acceso a la documentación del procedimiento y continuando con su tramitación, parece que el FROB habría remitió, con anterioridad a la Decisión de la JUR, el mismo día 6 de junio, una carta a las posibles entidades interesadas en adquirir el Banco para que presentaran ofertas vinculantes, antes de las 24 horas, aclarando que no habría ayuda pública y que la empresa adquirente debía garantizar la liquidez del Banco. Sólo el Banco Santander presentó una oferta vinculante, por importe de 1 euro.

La JUR transmitió a la Comisión Europea, el mismo día 7 de junio, a las 5:13 horas, la decisión adoptada y este último, aprobó el régimen de resolución diseñado, sin presentar objeción ni explicación adicional mediante la Decisión (UE) 2017/1246 de la Comisión, de 7 de junio de 2017.¹⁴⁶

El FROB se encargó en sesión ejecutiva ampliada, en la madrugada del 7 de junio, de ejecutar la decisión anterior, a través de la *Resolución de la Comisión Rectora del FROB de 7 de junio de 2017*¹⁴⁷, por la que se acuerda adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la JUR.

El esquema de resolución contenía una serie de operaciones a efectuar de modo simultáneo. El punto de partida era la existencia de un capital social de 2.098.429.046,00 euros, representado por 4.196.858.092 acciones nominativas, íntegramente suscritas y desembolsadas, con un valor nominal cada una de ellas de cincuenta céntimos de euros, pertenecientes a una única clase y serie, gozando de plenos e idénticos derechos políticos y no existiendo acciones privilegiadas.

En primer lugar, se llevaría a cabo la amortización de todas las acciones ordinarias, en circulación de la entidad de crédito, con la finalidad de constituir una reserva voluntaria,

¹⁴⁶ DOUE de 11 de julio de 2017, vol. 60, L 178/15.

¹⁴⁷ Resolución de 7 de junio de 2017, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerda adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta Única de Resolución, en su sesión ejecutiva ampliada de fecha 7 de junio de 2017, por la que se ha adoptado el dispositivo de resolución sobre la entidad Banco Popular Español, SA, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento (UE) n° 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n° 1093/2010. BOE núm. 155, de 30 de junio de 2017, págs. 55470-55482.

toda vez que la valoración económica del Banco Popular había sido negativa, tal como corroboraba, según la JUR, el precio resultante de venta.

Asimismo, se informa que el experto independiente ya había estimado que los accionistas y acreedores afectados no incurrían en pérdidas más importantes que las que hubieran sufrido, si la liquidación hubiera sido realizada conforme a un procedimiento concursal.

En segundo lugar, se procedió al aumento de capital, con exclusión del derecho de suscripción preferente para la conversión de la totalidad de los instrumentos de capital adicional de nivel 1, por importe de 1.356.542.000 euros, dividido en acciones de un euro, declarándose íntegramente suscrito y desembolsado el aumento de capital y amortizándose inmediatamente para constituir una reserva voluntaria indisponible.

En tercer lugar, los instrumentos de capital de nivel 2 se convirtieron en acciones de nueva emisión por importe de 684.024.000 de un euro de valor nominal, declarándose íntegramente suscritas y desembolsadas, sin cumplir con los tramites y requisitos legales y contractuales por imperativo legal.¹⁴⁸

Por último, se acordó transmitir la totalidad de las acciones de Banco Popular Español, emitidas como consecuencia de la conversión de los instrumentos de capital de nivel 2 referenciados, a la entidad Banco Santander S.A. por el valor de un euro. La transmisión se realizó en representación y por cuenta de los accionistas, sin necesidad de obtener su consentimiento, ni de terceros diferentes al comprador y sin tener que cumplir los requisitos de procedimiento exigido en materia de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.7 LRREC 2015. Asimismo, se ordenó que el precio de venta, se distribuyese por el orden que indica, primero al pago de todo gasto razonable en el que había incurrido tanto la JUR como el FROB y, subsidiariamente, a los titulares de los instrumentos de capital de nivel 2.

De esta forma, el FROB procedió al escrupuloso cumplimiento de la decisión de la JUR, que había aplicado con todas las consecuencia el modelo *bail in* y el Banco Santander se convirtió en el propietario del 100% del capital del Banco Popular, sin tener que repartir el euro entre los titulares de bonos Tier 2 que ciertamente, habría sido muy complicado.

Después de la consumación de la resolución, podemos destacar varios episodios. Santander procedió a ampliar el capital del Banco popular por importe de 7.000 millones,

¹⁴⁸ Estas facultades se contemplan en los artículos 64.1e y 64.2 LRREC 2015.

como parte de la operación y así lo reconoció en un comunicado efectuado, el mismo día 7 de junio de 2017.

En el primer informe semestral de 2017, el ajuste patrimonial del Banco Popular alcanzó los 12.400 millones de euros, según explicó la propia entidad en la presentación de resultados. Una parte de esta cantidad respondía al saneamiento de los activos inmobiliarios y otros se acometieron en ajustes contables.

El 13 de julio de 2017, el Banco Santander comunicó a la CNMV, una oferta de «bonos de fidelización» dirigidos a determinados antiguos accionistas y bonistas, que se hubieran visto afectados por la resolución del Banco Popular, bajo determinadas condiciones, de modo que podrían recibir, sin desembolso alguno, valores negociables emitidos por Banco Santander por un importe nominal equivalente a la inversión en acciones o en determinadas obligaciones subordinadas del banco de las que eran titulares a la fecha de resolución.

b. Escenario judicial

A continuación, procede efectuar una breve exposición sobre el escenario judicial que se ha abierto. Las acciones que se han iniciado han sido adoptadas en distintas esferas, originando procedimientos penales, civiles y administrativos tanto en tribunales españoles como europeos.

En el ámbito nacional, destaca la interposición de querellas y denuncias ante la Audiencia Nacional, hasta 103, por supuestos de delitos de administración desleal y apropiación indebida, estafa y falsedad de cuentas entre otros, que han originado las diligencias previas 42/2017, cuyo conocimiento se ha atribuido al Juzgado Central de Instrucción nº4 de la Audiencia Nacional. Cabe mencionar que dichas querellas se interponen por la deficiente gestión desarrollada por los órganos de la administración, basados en la ampliación de capital que sufrió el Popular en mayo de 2016.

También, consta el inicio de un expediente sancionador emitido por el Banco de España a 41 antiguos gestores del banco, como consecuencia de diversos incumplimientos de la normativa relativa a la consolidación prudencial y requerimientos de recursos propios durante los años 2014 y 2017.

Se han presentado numerosos recursos ante el Panel del Recurso¹⁴⁹, tratando de impugnar el contenido de la Decisión adoptada por la JUR, desestimándolos en su

¹⁴⁹ La competencia del Panel de la JUR se regula en el artículo 85.3 RMUR.

integridad, al entender que tras un examen preliminar, se están planteando cuestiones fuera del ámbito de dicho Panel. Estos recursos son diferentes de aquellos otros a los que hemos hecho mención anteriormente, relacionados con la confidencial que se ha pregonado de la documentación.

En la actualidad, existen al menos 96 recursos de anulación presentados ante el Tribunal General de la Unión Europea, tanto contra la Decisión de la JUR, como contra la participación de la Comisión, aprobando la operación, pues se considera que esta institución fracasó en la evaluación de los aspectos discrecionales de la resolución¹⁵⁰. A efectos meramente didácticos, cabe subrayar, que la naturaleza del recurso de anulación le impediría, en caso de ser estimado el recurso, entrar a valorar el fondo del asunto o adoptar una decisión al respecto, estando obligado a remitir el procedimiento al organismo que hubiera cometido la infracción,

Paralelamente, se han interpuesto ante la Audiencia Nacional 262 recursos contencioso administrativos contra la decisión ejecutiva del FROB, si bien la tramitación ha sido suspendida a la espera de una resolución definitiva en los recursos de anulación presentados. Se debe destacar que dichas demandas acompañaban una solicitud de suspensión cautelar de la venta de las acciones al Banco Santander que fue desestimada.

Por otro lado, el 18 de octubre de 2017, un acreedor del Banco Popular solicitó la declaración del concurso necesario, previa proclamación de la nulidad de la decisión de la Comisión y del FROB o subsidiariamente, interesó que se procederá a la apertura de la pieza de calificación conforme el artículo 174 de la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*. Mediante Auto de 13 de noviembre, el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, inadmitió a trámite la solicitud de concurso, aplicando la disposición adicional quince de la LRREC 2015. De la misma forma, desestimó la solicitud de apertura de sección autónoma de calificación, al entender que la pretensión de nulidad el procedimiento de resolución y las decisiones dictada al efecto, deberían haberse ejercitado, con carácter previo, a la presentación el concurso necesario y ante los órganos competentes. En relación a la sección autónoma de calificación, el juzgado, además de negar la legitimación activa al acreedor, señala que la ley concursal no impone inexorablemente su apertura en todos los supuestos en que se produce la intervención de los organismos público de supervisión, sino sólo en aquellos, en los que las medidas adoptadas comporten la disolución y liquidación de una entidad, lo que no se ha producido en este caso.

¹⁵⁰ Artículo 24 y 26 RMUR..

Desde otros enfoques, también se puede mencionar las siguientes reclamaciones. El FROB ha recibido 1.070 reclamaciones por responsabilidad patrimonial derivadas de su gestión en este asunto, según indica su memoria de 2019¹⁵¹. Reclamaciones que también se reiteran ante el Banco de España, el Ministerio de Economía y la CNMV.

En relación con las reclamaciones de responsabilidad patrimonial dirigidas al Banco de España por los daños ocasionados a consecuencia de la resolución al no haber realizado correctamente las funciones supervisoras y de control, la Audiencia Nacional ha venido dictando diversas resoluciones judiciales, confirmando la inadmisión de la reclamación, al entender que el Banco de España carecía de competencias en materia de supervisión del Banco Popular, pues se había producido una reasignación previa de responsabilidades supervisoras en el caso de entidades significativas como era el caso del Banco Popular, atribuyendo dicha actividad al Banco Central Europeo.¹⁵²

Asimismo, la JUR tras un procedimiento de audiencia pública en el que se conminaba a los accionistas y acreedores afectados a presentar los comentarios que considerasen oportunos, adoptó su decisión final en fecha 17 de marzo de 2020, concluyendo que los accionistas y acreedores del Banco Popular Español afectados por la resolución no tenían derecho a compensación, dado que la liquidación de la entidad en un proceso de insolvencia ordinario hubiera sido más costosa.

La documentación que se les puso a disposición se reducía a lo siguiente: el informe elaborado por *Deloitte* en el que se evaluaba si los accionistas habrían recibido un tratamiento mejor, si la institución hubiera sido liquidada con arreglo a un procedimiento de insolvencia ordinaria (informe valoración 3); la comunicación de la JUR de 2 de agosto de 2019, en el que se decidía no compensarles y un documento aclaratorio confeccionado por *Deloitte*, en el que analizados los comentarios, se reafirmaba en la validez de su informe inicial.

Al margen de los procedimientos iniciados en España y Luxemburgo, el grupo inversor mexicano MIG, liderado por Antonio del Valle, ha iniciado dos arbitrajes internacionales contra España, al concluir que se han incumplido las garantías y protecciones establecidas en el Tratado Bilateral de Inversión España-México de 2006.

Tras una primera carta remitida al Ejecutivo en enero de 2018, comunicando el inicio de este proceso y tras un periodo de reflexión de seis meses sin solución, se han

¹⁵¹ FROB, (2019), *Memoria de actividades*.

¹⁵² SSAN de 9 de septiembre de 2020 (rec.664/2019) y de 26 de febrero de 2020 (rec.665/2019).

presentado solicitudes ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), un organismo del Banco Mundial, y ante la Comisión de las Naciones Unidas y las Reglas de Arbitraje para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). No obstante, en junio de 2019, se optó por unificar ambos procedimientos ante el CIADI. De este modo, el arbitraje iniciado bajo el Reglamento Uncitral, será el único procedimiento arbitral que continúe su curso. El Gobierno, a través del Ministerio de Justicia y el Ministerio de Economía y Empresa, suscribió un convenio con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España y el Fondo de Reestructuración Ordenación Bancaria para defender sus intereses de forma conjunta. La Corte Permanente de Arbitraje de La Haya ha citado a las partes para celebrar el juicio de forma presencial en mayo de 2021.

Por último, se ha presentado una denuncia contra Elke Köning, presidenta de la JUR, ante la Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude (OLAF), la Comisión Europea y el vicepresidente de la JUR, por presuntas violaciones de sus deberes como funcionaria europea, al entender que formuló una serie de declaraciones imprudentes, violando el deber de confidencial.

D. LOS OTROS EJEMPLOS DE LA APLICACIÓN DEL MUR. LOS BANCOS ITALIANOS y LETONOS

Al contrario de lo que puede parecer, el Banco Popular no fue la única entidad de crédito a la que se aplicó la normativa comunitaria, si bien fue la única en la que se hizo patente la aplicación de un mecanismo de resolución, consistente en la venta de la entidad por parte de las instituciones europeas. De este modo, conviene centrarnos en otras actuaciones que se han llevado a cabo.

Con anterioridad al Banco Popular, la Directiva Comunitaria se aplicó en noviembre de 2015. Entonces, las autoridades italianas sometieron a resolución cuatro bancos para acceder a las ayudas estatales. Se trataba de la *Banca delle Marche*, *Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio*, *Cassa di Risparmio di Ferrara* y *Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti*. Los cuatro bancos, todos ellos ya sometidos al régimen de administración extraordinaria, obtuvieron la ayuda interesada, cumpliendo con la

amortización del capital y la deuda subordinada y sin que fuera aplicable el régimen de capitalización interna por no haber entrado en vigor.¹⁵³

El Banco Nacional de Grecia y el Banco del Pireo recibieron, también, apoyo cautelar a la liquidez con arreglo al artículo 32. apartado 4 de la DRREC y artículo 12, apartado 4, RMUR, en abril de 2015 y, posteriormente recapitalizaciones cautelares en noviembre 2015.

Sin embargo, destaca la actividad seguida en relación con la *Banca Monte dei Paschi di Siena*, la *Banca Popolare di Vicenza* y *Veneto Banca*, en la que nos debemos detener¹⁵⁴.

En cuanto a la *Banca Monte dei Paschi di Siena*, tras un primer apoyo cautelar de liquidez en diciembre de 2016 y un intento fallido de obtener capital de inversores, la Comisión comunicó, el 4 de julio de 2017, la aprobación del plan italiano, para respaldar la recapitalización preventiva del banco italiano, *Monte dei Paschi di Siena*, sobre la base de un plan de reestructuración efectivo. Dicha reacción europea respondía al acuerdo alcanzado el 1 de junio de 2017, entre el Comisario Vestager y el Ministro de Economía de Italia.¹⁵⁵

El resultado final supuso formalmente que esta entidad, la cuarta de mayor tamaño en Italia, que no había conseguido suficiente liquidez apenas 6 meses antes, y que había suspendido los test de estrés de 2016 en el escenario adverso, presentó una instancia para acceder a la medida de recapitalización cautelar, contemplada expresamente en el Título II del *Decreto legislativo n° 237, de 23 de diciembre de 2016*.¹⁵⁶

La Comisión concedió la aprobación pretendida, una vez que avaló que la entidad era viable, que la ayuda publica superaba el control de compatibilidad con la normativa de

¹⁵³ La aplicación de las disposiciones relacionadas con la capitalización interna, debían entrar en vigor a partir del 1 de enero de 2016, a más tardar, según el artículo 130 de la DRREC.

¹⁵⁴ De Diego de Mingo, J. (2020), «El interés público en la resolución bancaria. Un concepto controvertido», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios de resolución bancaria*, Madrid, Editorial Aranzadi, págs.649-680.

¹⁵⁵ Rispoli Farina, M. (2018), «La recapitalización cautelar del Monte de Paschi di Siena y la Liquidación forzosa administrativa de Veneto Banca y Banca Popolare di Vicenza. Estudios comparativo», en González Vázquez, J.C. y Colino Mediavilla, J.L.(dirs.), *Cuestiones controvertidas de la regulación bancaria*, Madrid, La Ley, págs.325-356 y Mayorga Toledano, M. C. (2020), «Operatividad del MUR: Tratamiento de las últimas crisis bancarias en España e Italia», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.) *Estudios de resolución bancaria*, Madrid, Editorial Aranzadi, págs. 1241-1278.

¹⁵⁶ Dicho decreto legislativo se convertiría en la posterior *Ley n° 15, de 17 de febrero de 2017*, encargada de transponer la DRREC.

contención y que los accionistas y tenedores de bonos junior contribúan con 4.300 millones de euros, sin perjuicio de la adopción de otros ajustes.

En la práctica, la intervención comunitaria escondió una autorización para rescatar a un banco de importancia significativa, a través de una inyección de capital público, por importe de 5,4 mil millones de euros.

En cuanto a las otras entidades, el día 23 de junio de 2017, el BCE declaró inviables o con probabilidad de serlo a *Banca Popolare di Vicenza*¹⁵⁷ y *Veneto Banca*¹⁵⁸. No obstante, la JUR concluyó que la resolución no revestía interés público, aún cuando las entidades inviables eran significativas y no existían medidas alternativas para superar la situación. La autoridad comunitaria llegó a esta conclusión, al entender que ambas entidades no cumplían funciones críticas y no se esperaba que su caída tuviese un impacto significativamente adverso en la estabilidad financiera, ni un efecto contagio. Los datos que se barajaban se resumían en que los activos totales de *Veneto Banca* representaban el 1% del total de los activos del sector bancario italiano (sobre 28 mil millones de euros y los de la Banca Popolare di Vicenza el 1,4 % (alrededor de 34,4 mil millones de euros).

La consecuencia de la decisión de la JUR implicaba la directa aplicación de las normas de insolvencia recogidas en la legislación nacional italiana. Valiéndose del Decreto Legislativo 99/2017, el ejecutivo italiano procedió a aprobar una inyección de unos 17.000 millones de euros, y autorizó la compra de parte de las actividades de ambas entidades, al precio simbólico de un euro, por parte del grupo bancario italiano *Intesa Sanpaolo*, asumiendo el Estado los créditos deteriorados de alto riesgo, así como entre 3.500 y 4.000 empleados. En síntesis, *Intesa* asumía activos sanos que representaban unos 2.000 millones de euros y el Estado constituía un banco malo que debía financiar¹⁵⁹.

Otros episodios más recientes, son los siguientes. En 2018, destacó la crisis bancaria que experimentó el banco ABLV, AS¹⁶⁰, tercera entidad bancaria de Letonia y su filial

¹⁵⁷ Decisión de 23 de junio de 2017, (SRB/EES/2017/12). Disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/srb-ees-2017-12_non-confidential.pdf.

¹⁵⁸ Decisión de 23 de junio de 2017, (SRB/EES/2017/11). Disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/srb-ees-2017-11_non-confidential.pdf.

¹⁵⁹ Calvo Végez, J. (2017), «Claves de la articulación del rescate de las entidades financieras en Italia», *Revista de derecho Bancario y Bursátil*, núm.148, págs.161-198.

¹⁶⁰ Decisión de 23 de febrero de 2018, (SRB/EES/2018/09). Disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/decision_srb-ees-2018-09_ablv_lv_non_confidential_version_final_0.pdf

*ABLV Bank Luxembourg S.A*¹⁶¹. De igual forma, el BCE determinó en febrero de 2018, que los bancos eran inviables o tenían probabilidades de serlo, pero la JUR adoptó la decisión de no iniciar medidas de resolución, dada la ausencia de interés público, pues entendía que no existía un impacto adverso significativo en la estabilidad financiera. Posteriormente, *ABLV AS* solicitó la liquidación voluntaria en virtud de la legislación letona y *ABLV Bank Luxembourg AS*, continuó en régimen de suspensión de pagos de conformidad con la legislación luxemburguesa.

De nuevo en Italia, el 2 de enero de 2019, el BCE comunicaba la designación de tres administradores temporales y un comité de vigilancia de la entidad de crédito italiana Carige, como medida a adoptar en el marco de una actuación temprana, encaminada a garantizar la continuación y consecución de objetivo de cumplir con los requerimientos de capital de manera sostenible.

Esta entidad había incumplido el plazo otorgado para alcanzar un nivel suficiente de recursos propios, al haber fracasado su intento de ampliación de capital en diciembre de 2018 y haber suspendido las pruebas de estrés de 2018.

Se trata de una pequeña entidad, que en principio por su escaso tamaño, dependería de las autoridades nacionales italianas y no de la JUR, si bien no se puede obviar que era una entidad catalogada como banco sistémico de medio tamaño bajo la supervisión del BCE. Diversa información publicada, vuelve apuntar a una solución *ad hoc* para la banca italiana¹⁶² en cuanto el Gobierno italiano adoptó diversas medidas de apoyo público, con el fin de evitar una perturbación grave para la economía.

En fecha 15 de agosto de 2019, la JUR decidió no aplicar el mecanismo de resolución con respecto a la entidad letona *AS PNB Banka*, una vez que concluyó que la entidad estaba fallando dado que sus activos eran inferiores a sus pasivos y que el banco estaba infringiendo los requisitos para la continuación de la autorización de su negocio. Ahora bien, de la misma forma que en el caso anterior, concluyó que no concurrían razones de interés público, ya que las funciones que desarrollaba el banco como recepción de depósitos, préstamos de actividad o servicios de pago no eran críticos, de modo que la interrupción de los mismos no era esencial ni para la economía en Letonia ni para otros

¹⁶¹ Decisión de 23 de febrero de 2018, (SRB/EES/2018/10). Disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/decision_srb-ees-2018-10_ablv_lux_non_confidential_version_final.pdf

¹⁶²<https://www.ft.com/content/3ef79716-0e69-11e9-a3aa-118c761d2745>. ECB appoints administrators to Banca Carige.

Estados miembros. En conclusión, se optó por dirigir la decisión a la Autoridad Nacional de Resolución de Letonia para implementar las medidas necesarias de conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional.

9. LAS ÚLTIMAS NOVEDADES EN LA MEJORA DEL MARCO RESOLUTORIO

Hasta aquí se ha expuesto un marco normativo estructurado y bien definido, cuyo éxito se deja a expensas de las numerosas instituciones y autoridades que se ven involucradas en el proceso.

En este sentido, se ha avanzado mucho en aspectos organizativos y operativos. No obstante, la definición teórica del sistema adolece de numerosos defectos, tal como ha puesto en evidencia la práctica de la norma¹⁶³.

En primer lugar, las diferencias existentes en la puesta en marcha del operativo en España e Italia, demuestran que existe un amplio margen de discrecionalidad para los Estados, que pone en peligro la pretensión homogeneizadora, que persigue la Unión Europea.

De modo que la ambiciosa Unión Bancaria es, hoy en día, más ficticia que real, pues los hechos han demostrado que el mecanismo unitario no se encuentra debidamente consolidado por la huida que pueden diseñar e incluso, negociar al efecto los distintos Estados.

El auxilio prestado a los dos bancos del Véneto y las informaciones publicadas en torno a la Banca Carige plantea el mismo interrogante acerca de si existe realmente un sistema unitario europeo de solución de crisis bancarias.

La asimetría del trato recibido a acreedores y contribuyentes transmite el mensaje de que ciertos bancos gozan de una garantía del Estado, de la que otros carecen, lo que también contribuye a falsear la competencia entre entidades, quebrando los objetivos que persigue la norma.

La discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados (solvencia, inviabilidad, iliquidez, interés público, estabilidad financiera) utilizados a lo largo de los distintos textos normativos comunitarios y nacionales, facilitan la disparidad de criterios y

¹⁶³ Uría Fernández, F. (2017), «Últimos avances (y retrocesos) en la resolución bancaria», *Papeles de la Fundación (Instituto Español de Analistas Financieros)*, nº 57, págs.177-188 y Uría Fernández, F. (2019), «La resolución bancaria cuatro años después», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 38, págs. 195-210.

las denuncias de arbitrariedad. Las referencias a supuestos juicios de razonabilidad o probabilidad ayudan a incrementar las referencias vagas y genéricas que incluye la regulación. En definitiva, la indefinición de los términos con los que trabaja el mecanismo de resolución permite, a la vez, justificar y prohibir el mismo comportamiento, vulnerando el principio general de seguridad jurídica, básico para fomentar la libertad de empresa y garantizar la libre competencia.

Sobre este extremo, la comparativa de los distintos casos descritos, plantea importantes dudas¹⁶⁴. Frente al Banco Popular que superó con carácter general los distintos test y nunca incumplió los requerimientos de capital, las otras entidades italianas los suspendieron, experimentando significativas fugas de depósito y presentando serias dificultades para obtener financiación en el mercado, al no haber solventado con éxito sus propias ampliaciones de capital. No obstante, los bancos italianos consiguieron eludir el MUR, calificando a la entidad *Monte dei Paschi di Siena* como solvente y a los bancos del Véneto, como inviables, pero carentes de interés público, a pesar de que éstas últimas eran entidades significativas.

Conviene destacar al respecto, que en relación con los Bancos del Véneto, se afirma por parte de la JUR, que la iniciación del procedimiento de insolvencia no impide la consecución de los efectos que persigue la resolución, ya que nada obsta a que se proceda a la venta del negocio. En cambio, con el Banco Popular, la JUR llegó a afirmar en su Decisión, (artículo 4.4.1 in fine), que la iniciación de un procedimiento concursal implicaba la retirada de la licencia y por ende, la imposibilidad de hacer frente a sus propias obligaciones. Cuestión que técnicamente era incorrecta, pues sólo se produce en el supuesto de apertura de la fase de liquidación dentro del concurso, según el artículo 8.1 h) de la LOSSEC.

A propósito de estas diferencias, en el informe elaborado por la Comisión, para el Parlamento Europeo y el Consejo, en fecha 30 de abril de 2019, sobre la aplicación y revisión de la DRREC y RMUR, se hace hincapié en la necesidad de garantizar que la recapitalización cautelar se utilice de forma adecuado. Así, insta a aclarar las condiciones y el procedimiento para conceder la recapitalización cautelar, mencionado como ejemplo,

¹⁶⁴ Scipione, L. (2018), «La liquidación «ordenada» de los bancos del véneto: ¿hacia la quiebra de la nueva normativa europea?», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 28, págs.315-336.

la necesidad de determinar qué autoridad debe confirmar que el banco es solvente, cuál es la definición de solvencia o la autoridad que debe indicar las pérdidas entre otros.

En el supuesto español, el artículo 20.2 LRREC 2015 que transponía el artículo 32.4 DRREC legitimaba al Estado español a otorgar una ayuda pública extraordinaria y de modo cautelar, siempre que la finalidad de la misma, se centrara en la estabilidad del sistema y se limitara a entes solventes. No obstante, no se hizo uso de esta posibilidad de recapitalización en el caso del Banco Popular, a diferencia de nuestros vecinos con la entidad de Siena.

Expuesto lo anterior, la disfunción existente entre el tenor literal de la norma y su práctica merece una reflexión en profundidad, pues curiosamente la huida del derecho administrativo que se evidencia en esta área, conlleva de facto a que la regulación actual acabe por institucionalizar definitivamente el rescate público.

La falta de eficacia de las medidas de actuación temprana es otro tema a tratar como después se analizará, pero lo más acuciante de la normativa descansa, sin duda, en aclarar los conceptos jurídicos indeterminados sobre los que descansa el éxito del mecanismo, de modo que su concreción debe ser asequible para todos los operadores a través de una densidad regulatoria adecuada.

De cualquier forma, una vez identificados los defectos más groseros de la práctica, la Unión Europea es consciente de la necesidad de avanzar en esta senda. Así en el Consejo Europeo, celebrado en Bruselas, en diciembre de 2018, convino la necesidad de profundizar en la adopción de nuevas medidas y abordar el futuro de la unión bancaria. El paso más inminente a realizar es la implantación del mecanismo común de protección para el FUR, con el objeto de incrementar la credibilidad del Mecanismo Único de Resolución.

El informe de la Comisión de 30 de abril de 2019 asume ciertas disfunciones en el presente mecanismo, si bien considera que es prematuro elaborar y adoptar propuestas legislativas, informando que en lo sucesivo, continuará realizando un seguimiento de la aplicación del marco resolutorio

Por otro lado, el propio Parlamento Europeo empezó a estudiar en el año 2019, una propuesta del Instituto para la Estabilidad Financiera por la que interesa la exclusión de los tribunales en la tarea de liquidar una entidad de crédito y reclama que esta función sea asumida por las autoridades de resolución o los fondos de garantía.

Asimismo, en junio de 2019, el Parlamento Europeo y el Consejo publicaron la *Directiva 2019/879 por la que se introducen diversas modificaciones en la DRREC* que afecta a las definiciones ya existentes como los pasivos admisibles o incluyen nuevos

conceptos en materia de instrumentos admisibles subordinados, entidad de resolución o grupo de resolución. También, se incluyen modificaciones en materia de preparación, instrumentos de resolución, amortización o resolución de grupo transfronterizo.

El 1 de abril de 2020, la JUR ha publicado un documento que recoge sus expectativas para los bancos y describe el papel que deben asumir estas entidades junto con las autoridades de resolución para lograr que las primeras puedan lograr, finalmente, su resolubilidad¹⁶⁵.

Asimismo, en diciembre del año 2020, el trabajo de la JUR ha sido especialmente fructífero, pues ha venido publicando diversa documentación entre la que se encuentra una nota explicativa y unas instrucciones en torno al conjunto de datos de valoración que se requieren en este proceso y en la que trata de abordar el problema que plantea la disponibilidad y la calidad de los datos que se intercambian entre las autoridades europeas y las entidades bancarias, con el objeto de facilitar la tarea de valoración que se debe realizar a lo largo del proceso de resolución bancaria. De cualquier forma, se intenta evitar costes excesivos a las instituciones por lo que se coordinan los datos interesados con las plantillas que se deben remitir a la EBA y sobre la base de las definiciones comunes existentes utilizadas.

También, ha preparado una guía orientativa sobre la continuidad operativa en resolución que se refiere a la capacidad de implementar eficazmente desde un puesto de vista operativa, la estrategia de resolución, estabilizando y reestructuran el banco. En este caso, se da una especial importancia al mapeo y la identificación de los servicios esenciales de la entidad con el objeto de adoptar las medidas pertinentes por parte de las autoridades¹⁶⁶. Del mismo modo, se ha desarrollado una orientación operativa para planes de contingencia FMI que respalden el acceso continuo a servicios esenciales antes y durante la resolución¹⁶⁷ y se ha trabajado en un documento para garantizar la resolubilidad de los bancos que participen en fusiones, adquisiciones y otras transacciones corporativas.¹⁶⁸

Por otro lado, en el año 2020 se ha producido una actualización general de la política MREL del Paquete bancario, si bien las decisiones que implementaran el marco del nuevo ciclo se comunicarán a principios del 2021.

¹⁶⁵ SRB, (2020), *Expectations for Bank*.

¹⁶⁶ SRB, (2020), *Operational guidance on operational continuity in resolution*.

¹⁶⁷ SRB, (2020), *Operational guidance for FMI contingency plans*.

¹⁶⁸ SRB, (2020), *Single Resolution Board expectations for ensuring the resolvability of banks engaging in mergers, acquisitions and other corporate transactions*.

Especialmente interesante han sido los últimos documentos elaborados, tales como una guía para ayudar a los bancos a garantizar la preparación necesaria para la configuración adecuada del *bail in*, con diversas preguntas y respuestas sobre el tema o una nota explicativa sobre los datos, instrucciones y orientación operativa sobre los libros de jugadas de rescate que no deja de ser un documento interno de los bancos que establece un conjunto de objetivos, procesos y estructuras.

Una de las preocupaciones más recientes de la JUR se ha centrado en plasmar una estrategia conjunta con el BCE, la EBA y el resto de Autoridades Nacionales de los países miembros en torno al Brexit, previendo los efectos potenciales de la salida del Reino Unido en los escenarios más adversos. Dicha posición se ha recogido en el documento publicado, el 15 de noviembre de 2018, bajo el título *Single Resolución Board expectations to ensure resolvability of Banks in the context of Brexit. Position Paper*.

De cualquier forma, la presidente de la JUR, Elke König ha advertido que ha existido un tiempo de preparación significativo para que los bonos emitidos desde el año 2016 se hubiera podido adaptar a la nueva situación.

Dejando al margen ciertas reflexiones sobre los activos elegibles como MREL y la continuidad operativa, lo más reseñable del documento es el abordaje que efectúa de la complejidad de la configuración de los distintos grupos bancarios, con presencia en el Reino Unido en aras a la absorción de sus pérdidas.

En cualquier caso, se ha previsto un periodo de transición hasta finales del año 2020, en el que el derecho comunitario es aplicable; si bien tras esta fecha se considerarán pasivos de terceros países y pueden llegar a requerir cláusulas adicionales. El impacto del Brexit se debe tener en cuenta en la planificación de la resolución de la JUR para el ciclo de planificación que se efectúe a partir de 2020.

Para finalizar, conviene efectuar una breve consideración, en torno a la realidad existente, hoy en día. La situación económica en la que debemos afrontar los nuevos retos en materia de crisis bancaria había evolucionado notablemente desde el comienzo de la crisis. Tal como reconoció el Fondo Monetario Internacional, en su informe del artículo IV para España del año 2018, la rentabilidad de la mayoría de los bancos españoles había mejorado sustancialmente los niveles de eficiencia en términos de costes se encontraban entre los más altos de Europa y existía un progreso adecuado en el cumplimiento de los nuevos requisitos regulatorios, con una intensa fluidez en el crédito. Ahora bien, la lección que nos ha dejado la historia es que la superación de las dificultades previas no puede inducirnos a relajar las necesidades de reforma, pues de lo contrario caeremos en el riesgo

de retornar a la espiral histórica, que liga la regulación a la crisis económica en la que ha nacido.

Es significativo el apoyo del Eurogrupo para aumentar la capacidad del FUR en la gestión de las quiebras bancarias con el objeto de aportar una mayor confianza al sistema. Aunque todavía, queda mucho trabajo pendiente para completar la Unión Bancaria, en la que el acuerdo de un sistema europeo de garantía de depósitos sigue siendo una prioridad.

Curiosamente, otra crisis económica, esta vez, ligada a una crisis sanitaria como la del COVID-19 es el último reto que puede poner en peligro la regulación dictada hasta el momento para afrontar la nueva realidad. Quizás las nuevas perspectivas que se deben afrontar obliguen a una mayor flexibilización en torno a la reticencia y fuerte oposición hacia las ayudas públicas.

A lo anterior, se debe añadir que la pendencia de numerosas decisiones que se encuentran en manos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otros tribunales nacionales, como consecuencia de la resolución del Banco Popular, auguran que el actual mecanismo de resolución aplicable hasta el momento, podrá ser objeto de nuevas modificaciones. Veremos si el Tribunal acaba por actuar como legislador positivo.

10. UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO¹⁶⁹

A. EL NACIMIENTO DE UNA INICIATIVA INTERNACIONAL. LA PROPAGACIÓN DE LOS RESCATES BANCARIOS

Los trabajos realizados en el seno de numerosas instituciones internacionales ponen de relieve que el marco internacional de la resolución bancaria se encuentra todavía en proceso de construcción. No obstante, una vez superada las embestidas más cruentas de la crisis de 2007 y observada una cierta relajación de los impulsos iniciales, no faltan voces que denuncian que es necesario otra nueva crisis para concluir definitivamente y con éxito los trabajos efectuados hasta el momento, esto es, «una nueva crisis con entidad suficiente para asustar, pero no tan grande como para que nos paralice».

Así lo denunció Oliver Guersent, director general de Mercados Financieros de la Comisión Europea, a través de una reflexión emitida en voz alta, con ocasión de la celebración de la Conferencia anual celebrada en el año 2018, en el seno de la JUR, bajo el

¹⁶⁹ Velasco Caballero, F. (2019), «Metodología comparativa para el Derecho administrativo», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm.200, págs.51-76.

lema «Diez años de inicio de la crisis, ¿son los bancos ahora resolubles?»¹⁷⁰. Veremos, si la reciente crisis sanitaria ofrecerá esta oportunidad.

No cabe duda de que los acontecimientos internacionales han favorecido una concienciación, casi unánime, sobre la necesidad de dar una respuesta específica a la liquidación de las entidades bancarias, dadas sus dificultades económicas y repercusiones sociales, sobre todo cuando alcanzan cierta dimensión y complejidad.

Pero al margen de esta sensibilización mundial, el desarrollo de las distintas iniciativas, sobre cómo se debe resolver un banco, han respondido a distintas estrategias y configuraciones, muchas veces motivadas por la propia organización del sistema y otras por la existencia de precedentes normativos. De aquí, la importancia de efectuar un estudio de derecho comparado y la contextualización de su origen para una mejor comprensión de nuestro propio sistema.

Como sabemos, el 15 de septiembre de 2008, la firma mundial de servicios financieros, *Lehman Brothers*, se declaró en quiebra. La caída del cuarto mayor banco de inversión de Estados Unidos evidenció la existencia de una realidad económica, que ya no se podía disimular en la simple concatenación de una serie de escenarios adversos. Este hito en la historia económica no respondía exclusivamente a la alteración especulativa de los mercados inmobiliarios americanos, sino que ponía en evidencia las limitaciones del propio sistema financiero para afrontar la complejidad de un mercado como el bancario. La relevancia de este episodio radica en que permitió hacer patente abruptamente una crisis estructural, cuyo desenlace acabaría afectando a la esfera internacional, con el advenimiento de una crisis económica de primer orden, como ya se ha comentado.

Pero antes, debemos remontarnos, a comienzos de agosto de 2007. Entonces, la burbuja inmobiliaria de las *subprime* en Estados Unidos había alcanzado tal magnitud que ocasionó directamente la paralización de los mercados. Pronto, la superación de las dificultades económicas exigiría inyecciones de capital, y así el Banco Central Europeo efectuaría la mayor intervención en el mercado monetario desde el año 2001, pero también la Reserva Federal de Estados Unidos, el Banco de Canadá o el Banco de Japón intervinieron directamente en el sistema. Se había encendido una mecha, cuyos esfuerzos para tratar de apagarla exigía una coordinación ardua entre los distintos Estados. Por el

¹⁷⁰ SRB, (2018), *10 years after the crisis: are Banks now resolvable?*, Conferencia SRB, 15 de octubre de 2018, Bruselas.

contrario, la práctica del momento se limitó a la adopción de políticas unilaterales en cada país, lo que propició la propagación aún mas acelerada de la amenaza.

Si somos exactos en la cronología, se debe mencionar que a partir de 2008, varios gobiernos anunciaron medidas para enfrentarse de forma unilateral a la crisis financiera, evitar el colapso y recuperar la confianza. Comenzaron a fraguarse, en este momento, los primeros rescates bancarios.

Así, en Estados Unidos, se inicio un plan de rescate que sería finalmente aprobado el 3 de octubre de 2008. Básicamente, dicho plan permitía a las instituciones financieras deshacerse de los activos tóxicos de sus balances. No obstante, esta medida fue acogida con cierto escepticismo por la comunidad científica, quien cuestionaba el régimen aprobado ya que entendía que no afrontaba el principal problema, que no era otro que la descapitalización de las entidades financieras.

Por su parte, Gran Bretaña anunció el 8 de octubre del mismo año, una estrategia de actuación, que pronto se convertiría en referente para el resto de países. En este caso, se optó por una triple vía: la nacionalización parcial de las entidades bancarias más importantes a través de la compra de acciones por valor de 50.000 millones de libras, garantizar la liquidez bancaria a través una inyección directa de capital por valor de 200.000 millones de libras, con la concesión de créditos a corto plazo y asegurar la capitalización de los préstamos interbancarios, con una garantía de 250.000 millones de libras.

A la luz de lo expuesto, el Tesoro Americano alteró el rumbo de su política inicial y decidió dedicar más recursos a la recapitalización (unos 250.000 millones de dolores). Lo mismo haría el viejo continente, pues tras la reunión celebrada en París el 12 de octubre, rectificó su postura inicial, superando los recelos para la adopción de medidas de este calado.

De esta forma, Alemania pondría en marcha su plan, incluyendo la nacionalización de activos, con el objetivo de salvar a su banca nacional e hipotecaria como fue el caso de *Hypo Real State*. Le seguirían, Francia, Bélgica, Luxemburgo o España con la adopción de actuaciones semejantes.

En Islandia, se anunció un programa de rescate que alcanzaba los 20.000 millones de dólares adicionales a los recursos que el gobierno ya había utilizado en la nacionalización de los bancos como *Glitnir*, *Kaupthing* o *Ladnsbanki*, tras acordar su administración judicial. Rusia diseñó un plan de rescate que consistía fundamentalmente en préstamos a largo plazo a favor de las entidades bancarias. El Banco Central de Japón

tuvo que inyectar unos 14.400 millones de dólares como consecuencia de los problemas bursátiles que estaba generando la crisis americana.

En contrapartida, países emergentes como China¹⁷¹, Singapur o Emiratos Árabes aprovecharon la coyuntura para efectuar inversiones en entidades de primera magnitud como Morgan Stanley, UBS, Citigroup, Blackstone...

El año 2009 fue el momento en que la concienciación internacional se percató de la necesidad de realizar una modificación más profunda que debía comenzar en la propia estructura financiera. A partir de este momento, EE.UU, la Unión Europea y el G-20 comenzaron a trabajar en la confección de propuestas encaminadas a afrontar futuras situaciones de crisis bancarias, una vez que los sistemas presentes demostraron que habían sido ineficaces tanto en su detección, como en el tratamiento fraguado.

En EE.UU, se promulgaría la ley llamada *Dodd-Frank*¹⁷² *Act*, en fecha 21 de julio de 2010, una reforma global que cambiaría de forma radical la regulación financiera del país y que afectaría tanto a las agencias como a todas las instituciones financieras. Sus principales modificaciones se ciñeron a áreas relacionadas con la elevación de los requerimientos de capital y liquidez, el fortalecimiento de la regulación de las instituciones sistemáticas importantes, el establecimiento de un nuevo procedimiento de resolución, la protección del consumidor o la coordinación y protección internacional¹⁷³.

Mientras, la UE presentó un informe (*European Commission*, 2009a) confeccionado por un grupo de trabajo de alto nivel presidido por Jacques de Larosière y cuyas principales recomendaciones fueron acogidas por el Consejo Europeo de Jefes de Estado el 19 de junio de 2009. En lo que aquí interesa, el paquete de medidas incluía la creación de una Junta Europea de Riesgo Sistemático, encargada de la supervisión financiera. No obstante, estos esfuerzos no se concretarían finalmente en ninguna norma.

Por otro lado, la voluntad del G-20 se plasmó en cuatro cumbres celebradas en Washington, el 15 de noviembre de 2008; Londres, el 2 de abril de 2009; Pittsburg, el 25

¹⁷¹ Bodellini, M (2019), «Theoretical Reflections on the Application of the Bail-In Tool to Chinese Banks in Crisis», *Symposium on the Internationalization of the RMB: Risks and Challenges Ahead*, organizado en Londres el día 27 de junio de 2017, Queen Mary University of London and East China University of Political Science and Law, en asociación con the Institute for Global Law, Economics and Finance.

¹⁷² La ley fue propuesta inicialmente el 2 de diciembre de 2009 por Barney Frank en la Cámara de Representantes y por Chris Dodd, en el Senado.

¹⁷³ Pineda, L. (2011), «La crisis financiera de los Estados Unidos y la respuesta regulatoria internacional», *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, págs.129-214.

de septiembre de 2009; y Toronto, el 26 de junio de 2010. Entre sus conclusiones más relevantes, se aceptó inicialmente la utilización de los recates bancarios, si bien se elaboró un ambicioso programa de regulación financiera que abarcaba la mejora de la supervisión, el incremento de los requisitos de solvencia, la existencia de una mayor transparencia con la imposición de deberes de información o la racionalización de las remuneraciones de los directivos entre otras.

B. EL CONSEJO DE ESTABILIDAD FINANCIERA Y LAS *KEYS ATTRIBUTES*

Lo más importante desde el punto de vista internacional, fue el trabajo realizado en el seno del nuevo Consejo de Estabilidad Financiera (en inglés *Financial Stability Board* o FSB), que había sido creado en la cumbre de Londres en 2009. En concreto, el FSB publicó en octubre de 2011, las *Keys Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, que serían posteriormente respaldadas por el G-20 en la Cumbre de Cannes, celebrada en noviembre de 2011 y reeditados en 2014. Se trataba de la confección de un novedoso estándar internacional que se debería tener en cuenta por los Estados miembros a la hora de organizar sus regímenes de resolución.

Lo que interesa destacar es que este documento definía las características esenciales que debía incluir un régimen de resolución bancaria para que el mismo fuese factible y efectivo. El objetivo último se centraba en garantizar la resolución ordenada de la entidad, sin que se produjera una alteración en la prestación de los servicios financieros sistemáticamente importantes. Todo ello, sin exponer a los contribuyentes a pérdidas y garantizando que fuesen los accionistas y acreedores quienes soportasen los costes de la quiebra, sin el apoyo de ayudas públicas. Para su consecución, abogaba por un procedimiento rápido, transparente, previsible y creíble.

Asimismo, fijó los atributos que debía contener la nueva autoridad administrativa de resolución y sus poderes de resolución, entre los que incluía el *bail-in* o la transferencia de activos. También, aludía a la necesidad de coordinación entre autoridades y el deber de configurar nuevas estructuras o diseñar recursos legales y acciones judiciales, de manera que no se entorpeciese la efectividad de la resolución. Sobre este extremo, se incidía en la necesidad de reconocer exenciones temporales en materia de divulgación de información.

Por último, se mostró una especial sensibilización con la necesidad de planificar la recuperación y resolución y su evaluación periódica (*living wills*).

La propuesta del FSB sería asumida posteriormente por la UE, quien ya había tenido en cuenta estas conclusiones en la elaboración de la DRREC, tal como se consigna en su exposición de motivos¹⁷⁴. Curiosamente, esta directiva comunitaria diseña un sistema de resolución bajo las directrices de sus propios responsables políticos, quienes se decantaron por el modelo existente en el Reino Unido, si bien adecuado a las influencias de los trabajos internacionales elaborados por la FSB, destacando el papel protagonista precisamente de las *Key Attributes*, las que a su vez se basaron en la experiencia de la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) estadounidense en sus largos años de historia desde su creación en 1934.

No obstante, la implementación de las *Key Attributes* aún esta incompleta en varias jurisdicciones¹⁷⁵. La mayoría de los países aún no han aprobado un régimen de resolución integral para instituciones financieras no bancarias de importancia sistemática, pues únicamente Estados Unidos, los Países Bajos, Hong Kong o Japón han concluido sus trabajos y en cuanto a las bancarias, algunos de ellos tampoco han completado la inclusión de la totalidad de los poderes de resolución (Argentina, Brasil, China, México, India, Arabia Saudí, Sudáfrica, Turquía, Rusia...) o su planificación (Australia, Korea, México...)

De cualquier forma, se debe añadir que América Latina ya disponía en muchos de sus países de regímenes de resolución bastante detallados, a raíz de las diversas crisis que han venido azotando la zona desde las décadas de los años 1980 y 1990. De hecho, la crisis de 2009 apenas le ha afectado, lo que explica que estos estados no sientan ninguna necesidad acuciante para emprender modificaciones urgentes, máxime cuando ninguno de sus bancos ha sido incluido en la lista de importancia sistémica global (G-SIBs). La consecuencia es que la regulación no se encuentra totalmente alineada con el FSB y ello, a pesar de que países como Argentina, Brasil y México, miembros del FSB habían asumido el compromiso internacional de reformar su normativa antes de 2015.

Ya, en el continente asiático, resulta de interés que Japón acometió en el año 2014, la modificación de la Ley de Seguro de Depósitos¹⁷⁶ para diseñar una regulación acorde con las recomendaciones efectuadas a nivel internacional. La reforma operada en este ámbito discrimina dos mecanismos de resolución para las instituciones en quiebra con

¹⁷⁴ Apartado 101 DRREC.

¹⁷⁵ Según un estudio reciente elaborado por el FSB en fecha 25 de junio de 2019, titulado *Progress in implementation of G20 financial regulatory reforms*.

¹⁷⁶ *Deposit Insurance Act*

riesgo sistemático, dependiendo de si los bancos solventes mantienen sus operaciones o se trate de instituciones insolventes que se deben liquidar.

El resultado es que hay pocas jurisdicciones con un marco de resolución tan avanzado como UE, Estados Unidos, Canadá o Suiza. Otros como Japón o Rusia, únicamente les resta por completar el desarrollo de las poderes de resolución en su integridad (*bail-in*, transferencia banco puente...)

Ahora bien, la iniciativa de las *Key Attributes* se ha plasmado en los textos legislativos de distinta forma.

En este sentido, conviene efectuar un estudio de derecho comparado, centrándonos especialmente en las diferencias y similitudes que presenta la normativa en Estados Unidos y Europa por ser los grandes sistemas a tener en cuenta. Todo ello sin perjuicio de los matices introducidos en otros lugares que pueden enriquecer la perspectiva adoptada.

Llegados a este punto, debemos comenzar evidenciando la primera dificultad del estudio de esta materia. Así, se debe destacar que el término «resolución» no es equivalente en todos los territorios, lo que implica que en el presente campo la semántica es un escollo a tener en cuenta.

En algunos países como Estados Unidos o Canadá, el término «resolución» es un concepto general que abarca todas las modalidades en las que se puede encontrar un banco no viable, incluida la liquidación. Por el contrario, en Europa, la DRREC y el RMUR reducen el uso de la palabra «resolución» a un proceso concreto, exigido por razones de interés público y estabilidad financiera, asociado a un banco que se encuentra en situación de graves dificultades (*failing*) o existe previsión de la concurrencia inmediata de las mismas (*likely to fail*) y que difiere de la iniciación de un procedimiento concursal. Este último sentido, se asemeja en parte al término norteamericano «liquidación ordenada», lo que posteriormente analizaremos como OLA.

Lo mismo ocurre con el término «liquidación», pues en Estados Unidos denota un estado en el que se puede encontrar la compañía y no un proceso. Esto es, un banco es insolvente a grandes rasgos, si sus pasivos exceden de sus activos, mientras que en Europa la palabra «liquidación» se refiere al procedimiento seguido por aquellos bancos no viables frente a los que no se inicia el proceso de resolución bancaria.

Como decíamos, la configuración legal más o menos coetánea de este régimen jurídico surge en uno y otro lado del océano para dar una respuesta común a la crisis económica. Aunque pronto, empezó a sonar una alarma que advertía del riesgo asociado a

aquellas políticas que se enfrascaron en la concesión de ayudas públicas a la banca, lo que obligó a adoptar medidas urgentes. Se trataba del llamado «riesgo moral» o «moral hazard», en tanto en cuanto las compañías de cierto peso podrían operar de manera arriesgada, bajo la creencia de que el gobierno del lugar impediría su caída por la repercusión económica que podría provocar en su ciudadanía. Este es el punto de partida que justifica las propuestas legislativas que se desarrollaron en los distintos estados y su necesidad acuciante.

La Ley *Dodd Frank* se aprueba paralelamente a los compromisos adoptados en sede del FSB, en sus *Key Attributes*, no así en la UE donde los trabajos se dilatarían hasta 2014. No obstante, se debe mencionar que España se alineó con celeridad a los objetivos internacionales, e incluso antes que la norma comunitaria, como consecuencia de la firma del Memorando de Entendimiento y el Acuerdo Marco de Asistencia financiera en el año 2012 (MoU). Nos encontramos con nuestro RDLRREC 2012 y su ley posterior LRREC 2012, estudiados anteriormente.

Pero la existencia de un punto de partida común centrado en la necesidad de resolver rápidamente las instituciones financieras en quiebra y minimizar las contribuciones de los contribuyentes no ha impedido la constatación de una cierta distorsión en los objetos finales que se perseguían con estas normas. En Estados Unidos, el proceso de resolución permitió incorporar el suficiente capital para liquidar la compañía holding matriz, mientras que Europa se afanaba por evitar los rescates públicos dada su repercusión directa en el incremento de la deuda pública de la eurozona. El viejo continente tenía la necesidad de atajar el vínculo que se estaba originando entre las crisis de los bancos nacionales y la credibilidad de la deuda de los estados soberanos, lo que no era ninguna necesidad acuciante en norteamericana.

En cuanto al modelo de resolución, la doctrina alude a dos sistemas: resolución abierta o cerrada (*Open bank Resolution o Closed bank Resolution*). En el primer sistema, se distinguen dos posibilidades que consisten en que el banco haya quebrado previamente (*gone concern*) o que pudiera hacerlo (*going concern*). Esto implica que previamente a la calificación como banco no viable, se puede llevar a cabo la intervención o la recapitalización. Por el contrario, el modelo cerrado, solo abarca la opción de que el banco haya quebrado, de modo que lo único que procede es la resolución de la entidad.

Pues bien, la Ley *Dodd Frank* ha preferido el modelo *gone concern*, frente a la UE más proclive a un sistema abierto. La elección de este modelo explica la dinámica del procedimiento, pues de forma muy esquemática la *Ley Dodd Frank* persigue resolver la

entidad para que el resto de filiales no se vean afectadas, entregando un certificado al uso (*bill of health*).

C. LA LEY DODD FRANK. EL PRIMER DISEÑO DE UN RÉGIMEN EXCEPCIONAL DE RESOLUCIÓN

Brevemente, cabe mencionar que la *Ley Dodd Frank*, distribuida en 16 títulos, constituyó el soporte para la consecución de una amplia gama de temas ávidos de reforma (estabilidad financiera, supervisión, resolución, protección de inversores y de consumidores, financiación, agencias de rating, entidades sistémicas...). No en vano, este texto normativo supuso la modificación de 243 leyes.¹⁷⁷

Aquí, nos vamos a centrar en los dos primeros Títulos, dedicados respectivamente a la Estabilidad Financiera y a la Autoridad de Liquidación Ordenada. Por una parte, el Título I, se centra en la creación del Consejo de Supervisión de la Estabilidad Financiera (*Financial Stability Oversight Council, FSOC*) al que se le asigna el encargo de identificar las amenazas a la estabilidad financiera, concediéndole amplias facultades en la vigilancia, investigación y evaluación de los posibles riesgos para el sistema financiero. Asimismo, se efectúan reformas estructurales entre las que cabe destacar la ampliación de las labores de supervisión que le corresponde a la Reserva Federal. Por otra parte, el título II, desarrolla las facultades de la *Federal Deposit Insurances Corporation* (FDIC) como autoridad de resolución.

¹⁷⁷ En el estudio de la Ley Lodd Frank destaca: Levine, A.M y Macey, J.C. (2018), «Dodd-frank is Pigouvian regulation». *Yale law Journal*, núm.127, págs.1336-1415; Maciuch, M.R. (2018), «Backstop, not bailout: The case for preserving the orderly liquidation authority under dodd-frank», *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Comercial Law*, núm.3, págs.263-286; Stern, G.H. (2012), «Too big-to-fail and the dodd-frank legislation», *Hamline Law Review*, núm. 35, págs.339-342; Suska, D.K. (2017), «Reappraising dodd-frank's living will regime», *Review of Banking and Financial Law*, núm.36, págs.779-816.; Taylor, C.R. (2018), «The dodd-frank death knell», *Loyola University Chicago Law Journal*, núm.49, págs. 655-668 y Welch, C. (2013), «Dodd-Frank's Title II Authority: A disorderly liquidation of experience, logic, and due process», *William & Mary Bill of Rights Journal*, núm.21 (3), págs.989-1022 y Ponce Solé, J. (2014), «Crisis, Bancos privados, Obligaciones de Servicio Público y Servicio Universal. Actividad bancaria y servicios de interés económico general», en Tejedor Beilsa, J. y Fernández Torres, I.(coords.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Navarra, Ed. Civitas.

El funcionamiento de este sistema podemos resumirlo de la siguiente forma: Una vez que la entidad bancaria cumple los criterios para declararla en quiebra, previstos en la Ley de Quiebras y se califique como de riesgo sistémico, se declarará en «resolución» por la FSOC. Conviene precisar que antes de la *Ley Dodd-Frank*, la autoridad de la FDIC limitaba su actuación a los bancos comerciales, descartando los bancos de inversión, compañías de seguro o instituciones financieras sistemáticamente importantes.

La primera responsabilidad de la FDIC es proteger a los depositantes, brindándoles el acceso a unos fondos financiados mediante tarifas cobradas a los bancos que se agrupan en el Fondo de Seguros de Depósitos (DIF), lo que supone su prefinanciación. No obstante, en el caso de que el DIF se agotase, la FDIC puede solicitar un préstamo al Tesoro de los Estados Unidos.

En los Estados Unidos, el código de bancarrota es el marco de resolución común, pues se considera que la disciplina de mercado ofrece el control más seguro frente a aquellas compañías que asumen excesivamente riesgos.

Ahora bien, el Título II incluye la llamada Autoridad de Liquidación Ordenada (OLA) como una nueva creación de la *Ley Dodd Frank*. Se trata de un régimen de resolución administrativa que otorga al FDCI, la autoridad de resolver una institución fuera de la bancarrota tradicional. La OLA puede activarse únicamente, si la empresa en quiebra no puede resolverse a través del proceso de quiebra, sin causar unos efectos adversos graves a la estabilidad financiera.

Al mismo tiempo, el título II se preocupa en que las pérdidas resultantes de la situación sean asumidas por los tenedores de acciones y acreedores y no por el gobierno y los contribuyentes.

En el marco de la OLA, la FDIC puede extraer fondos del Fondo de Liquidación Ordenada (*Orderly Liquidation Fund*, OLF). La peculiaridad de este fondo, frente al antes mencionado o su homólogo europeo es que no se encuentra prefinanciado, lo que implica que si se utiliza el OLF, la FDIC debe evaluar las tarifas suficientes para la compensación de los gastos por las grandes empresas.

El gran inconveniente de este sistema, tal como se ha puesto de manifiesto en el informe elaborado para el Presidente Trump en fecha 21 de febrero de 2018,¹⁷⁸ es que el

¹⁷⁸ En febrero de 2018, el Departamento del Tesoro emitió un informe en respuesta a un memorándum aprobado en abril de 2017, en el que el Presidente ordenó al Departamento del Tesoro que considerara si sería mejor el OLA o un proceso de bancarrota mejorado. El informe recomendó un régimen mejorado de bancarrota para compañías financieras y reformas determinadas en la

gobierno y los contribuyentes pueden llegar a sufrir pérdidas temporales hasta que los fondos sean recuperados, especialmente cuando nos encontramos con dificultades económicas asociadas a una crisis.

La utilización de la OLA impone el examen previo de unos requisitos para su aplicación, con el objetivo de cerciorarse que es el último recurso disponible, ya que tal como se ha indicado anteriormente, el régimen de aplicación preferente será siempre el de la bancarrota.

Primero, la Reserva Federal por un voto de dos tercios de sus miembros debe recomendar por escrito el nombramiento de la FDIC como receptora de la compañía que ha fallado. Dicha recomendación debe abarcar ocho puntos concretos entre los que se menciona una evaluación sobre si la compañía esta en incumplimiento o en peligro de incumplimiento, una descripción del efecto para la estabilidad financiera, una evaluación de la probabilidad de una alternativa en el sector privado, una recomendación de las acciones a desarrollar...¹⁷⁹

Asimismo, el otro regulador implicado deberá emitir su propia recomendación, tras el examen de los mismos ocho puntos. La identidad del regulador dependerá de la entidad frente a la que se va a actuar: un banco, un corredor de bolsa o una compañía de seguros.

En general, actuara como regulador la propia FDIC, quien deberá aprobar la iniciativa por una mayoría de dos tercios de sus miembros en buena parte de los supuestos. Aunque si estamos ante un corredor de bolsa, será la Comisión de Bolsa y Valores quien

OLA, pero no su derogación. Entre lo más destacado, propuso la utilización de préstamos del sector privado en lugar de préstamos directos del Departamento del Tesoro, limitar la duración de los fondos OLF o modificar determinadas disposiciones en materia revisión judicial.

¹⁷⁹ La sección 203.a).2 menciona exactamente los siguientes ocho criterios:

- (A) una evaluación de si la compañía financiera está en incumplimiento o en peligro de incumplimiento;
- (B) una descripción del efecto de los Estados Unidos;
- (C) una descripción del efecto que el incumplimiento de la sociedad financiera en las comunidades de bajos ingresos, minoritarias o desatendidas;
- (D) una recomendación sobre la naturaleza y el alcance de las acciones que se tomarán bajo este título con respecto a la compañía financiera;
- (E) una evaluación de la probabilidad de una alternativa del sector privado para evitar el incumplimiento de la compañía financiera; (F) una evaluación de por qué un cuadro en quiebra El código no es apropiado para la compañía financiera;
- (G) una evaluación de los efectos sobre los acreedores, contrapartes y accionistas de la compañía financiera otros participantes del mercado; y
- (H) una evaluación de si la empresa satisface la definición de una compañía financiera bajo la sección 201.

aprobara este régimen por mayoría de dos tercios, previa consulta del FDIC. De tratarse de una compañía de seguros, la tarea se encomienda por la misma mayoría al Director de la Oficina Federal de Seguros, bajo la consulta del FDIC.

Una vez recibidas las recomendaciones requeridas, el Secretario del Tesoro adoptará la decisión, tras la consulta del Presidente. Tomada su determinación, se notifica la misma a la junta directiva de la compañía financiera, con la finalidad de que muestre su aquiescencia o consentimiento. De no ser así, el secretario debe presentar una petición en la Corte Federal del Distrito de Columbia, quien deberá realizar una revisión de la decisión en un plazo máximo de 24 horas, limitando su estudio a si la decisión es arbitraria o caprichosa.

El mecanismo de actuación es sencillo y parte de la estrategia «punto de entrada único» (SPOE), en la que sólo la sociedad matriz se colocaría en quiebra y por tanto, sólo existiría un único mecanismo de resolución. Es decir, se trasladan las deudas de la filial quebrada al holding superior del grupo bancario, garantizando que sean los accionistas de la holding los que soporten las pérdidas, haciendo evidente el *bail in*.

Los activos y filiales sanos se transfieren a una compañía nueva que opera como puente (*NewCo*), aunque la holding originaria conserva la propiedad de la filial quebrada; de modo que previa valoración de una entidad independiente canjea todos los instrumentos financieros necesarios (acciones, deuda subordinada, deuda no garantizada) por acciones de la holding para absorber las pérdidas. El canje es potestad de la FDIC.

La *NewCo* puede acceder a un fondo de liquidación público, al que antes hemos hecho referencia como OLF, y que se encuentra bajo la garantía del resto de filiales, lo que le permite continuar a la expectativa de una posterior financiación del mercado.

Semejante a este régimen, es el modelo japonés, pues la prioridad sigue siendo, aquí, la utilización del régimen ordinario de bancarrota. En Japón, la *Ley de Seguros de Depósitos* fue revisada en junio de 2013 y marzo de 2014 para desarrollar las indicaciones internacionales. La reforma establece dos regímenes de resolución distintos: por un lado, el régimen de resolución especial para entidades bancarias que se encuentran en situación de quiebra y por otro, la resolución ordenada de los activos y pasivos de las instituciones financieras con el propósito de garantizar la estabilidad del sistema financiero.

D. LAS DIFERENCIAS MÁS CARACTERÍSTICAS ENTRE EL MODELO EUROPEO Y EL AMERICANO

Expuesto a grandes rasgos el modelo estadounidense, cabe hacer hincapié en las diferencias entre los dos grandes sistemas por antonomasia, el americano y el europeo, por tratarse de dos métodos de actuación que con diferente metodología, tratan de alcanzar los mismos fines¹⁸⁰.

a. Estructura

Como hemos señalado anteriormente, el régimen estadounidense para bancos no viables se construye sobre el trabajo de la FDIC. Un banco no viable falla cuando su autoridad de constitución revoca su autorización y nombra al FDIC como receptor. Se trata de una institución creada en 1934, que acumula a lo largo de los años una gran trayectoria en el tratamiento de bancos no viables, especialmente en los de pequeña dimensión. No obstante, la Ley *Dodd Frank* introdujo importantes reformas para fomentar su eficacia en relación con aquellas instituciones bancarias más grandes y complejas.¹⁸¹

FDIC reúne amplios poderes entre lo que se incluye por ejemplo, disponer de archivos, asumir o rechazar contratos, reconocer y pagar deudas... Su labor centralizada se efectúa a través de dos áreas: la administración judicial y la protección de los depósitos.

En Estados Unidos, frente la multiplicidad de autoridades a las que se encomiendan actividades prudenciales de supervisión, la resolución unifica toda su actividad en una sola institución, FDIC. Ello favorece la eficiencia del mecanismo al simplificar su estructura.

Es importante precisar que la heterogeneidad supervisora americana frente a la resolución unificada en la FDCI, se explica atendiendo a la autoridad encargada de la concesión de la autorización de la actividad. Esto es, los bancos pequeños son autorizados por los Estados y supervisados tanto a nivel estatal como federal, mientras que los bancos grandes están sometidos a supervisión federal. No obstante, la Reserva Federal también

¹⁸⁰ Merler, S. (2018), *Varieties of Banking Union: Resolution Regimes and Backstops in Europe and the US*, IAI Papers, nº18/21, Scott, K. (2012), «Dodd-Frank: Resolution or expropriation?», en Scott, K y Taylor J.B, *Bankruptcy Not Bailout: A Special Chapter 14*, Stanford, Calif.: Hoover Institution Press, 2012, págs. 119-203 y Deslandes, J, Dias, C, y Magnus, M. (2019), «Liquidation of Banks : Towards and FDIC for the Bank Union? Documento de Análisis elaborado para el Parlamento Europeo y disponible en www.europarl.europa.eu/supporting-analyses.

¹⁸¹ La *Ley de Bancos de 1933*, Sección 8, insertó una nueva Sección 12 b en la *Ley de la Reserva Federal*, que decía lo siguiente «...por la presente se crea una Corporación Federal de Seguros de Depósitos, cuyo deber será para comprar, mantener y liquidar, según se estipula en lo sucesivo, los activos de los bancos nacionales que han sido cerrados (); y para asegurar, como se estipula en los sucesivos, los depósitos de todos los bancos que tienen derecho a los beneficios del seguro bajo esta sección»

ejerce funciones de supervisión, máxime tras la reforma de la *Ley Dodd Frank* e incluso la propia FDCI.

En la UE, la concesión de las licencias bancarias, le corresponde en exclusiva al BCE, quien ejerce además las funciones de supervisión, ya sea directamente cuando se trate de entidades significativas o indirectamente a través de las autoridades nacionales de supervisión. El BCE es responsable de la supervisión directa de alrededor 120 grupos, que suman en conjunto casi el 85 % de los activos bancarios de la zona del euro. En cualquier caso, las decisiones claves le corresponden al BCE, tales como la concesión o revocación de las autorizaciones bancarias o el control de la adquisición de participaciones significativas de una entidad de crédito localizada en la eurozona.

En lo que se refiere a la resolución, el diseño institucional de la Unión Europea es mucho más complejo, dada la participación de múltiples agentes en el operativo.

Si nos referimos al Mecanismo Único de Resolución, la autoridad de resolución es la JUR, sin embargo la iniciativa del procedimiento le corresponde de forma excepcional, pues generalmente la propuesta procederá del BCE quien efectuara la inicial evaluación. Asimismo, el Consejo, a propuesta de la Comisión deberá analizar la existencia del interés público, así como evaluar cualquier modificación significativa del Fondo.

Por otro lado, la ejecución de la decisión, se lleva a cabo por las Autoridades Nacionales de Resolución. En el caso de una resolución de un grupo transfronterizo, la competencia le corresponde a la JUR, si bien debe adoptar las decisiones en el seno del Colegio de Autoridades de Resolución, en el supuesto de que las entidades del grupo se encuentren en Estados miembros no participantes.

En suma, existe una participación múltiple de instituciones que abarca la JUR, la Comisión, el Consejo, el BCE, las Autoridades Nacionales de Resolución y si fuese necesario, el Colegio de Autoridades de Resolución. De aquí, su mayor complejidad en comparación con el modelo americano.

Por el contrario, si nos encontramos ante entidades no incluidas en el MUR, la facultad de resolución se otorga a la autoridad nacional, sin perjuicio de las facultades de la JUR para formular advertencias o para ejercer directamente las facultades de resolución, cuando considerase que las medidas adoptadas por las autoridades nacionales no se ajusten a las disposiciones del Reglamento o a las instrucciones generales facilitadas. Asimismo, intervendrá la JUR, cuando sea necesario acudir al FUR.

En lo que se refiere a las Autoridades de Resolución, se debe añadir que los Estados que componen la Unión Europea, tampoco, han optado por el mismo modelo de

organización. Por ejemplo, España ha escogido una solución híbrida, de modo que separa las competencias de resolución ejecutiva en sentido estricto, de la llamada resolución preventiva, como también ocurre en Dinamarca o Croacia. En el primer caso, se encomienda al FROB, la ejecución del plan de resolución, mientras que en el caso de la resolución preventiva, se asigna a una unidad específica del Banco de España, separada jerárquica y funcionalmente de la supervisión, encargándose de la elaboración y aprobación del plan de resolución. de las entidades de crédito menos significativas.

Este modelo es único en Europa, pues la mayor parte de los países han situado su autoridad nacional de la resolución en el seno del organismo regulador, así por ejemplo la *Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* (Francia), *Banca d'Italia* (Italia), *Central Bank of Ireland* (Irlanda), *National Bank of Belgium* (Bélgica), *De Nederlandsche Bank* (Dinamarca), *Bank of Greece* (Grecia) o *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (Alemania), entre otros.

Otros países albergan instituciones similares. A grandes rasgos podemos mencionar, *Canada Deposit Insurance Corporation* (Canadá), al que se le asignan funciones de resolución en la Ley de compensación y liquidación de pagos¹⁸² o *Deposit Insurance Corporation of Japan* (Japón), con ocasión de la modificación operada en la Ley de seguro de depósitos.

En Reino Unido, el esquema de resolución es semejante al europeo, pues al margen de que sirvió de modelo, no se puede obviar que este país asumió los compromisos de transposición adquiridos antes del brexit, estando centralizada la Resolución en el Banco de Inglaterra.

No obstante, otra diferencia respecto al modelo europeo, radica en que FDCI aglomera la posición de autoridad de resolución y a su vez, actúa como aseguradora, pues es responsable de pagar los depósitos asegurados.

b. Presupuestos de actuación

Desde una evaluación a grandes líneas del mecanismo de resolución europeo y el OLA americano, podemos concluir que los presupuestos de actuación son comunes, al exigir la concurrencia de una serie de circunstancias idénticas. Esto es, la existencia de un ente en graves dificultades económicas o la probabilidad que vaya a estarlo próximamente,

¹⁸² *Payment Clearing and Settlement Act*

la necesidad de proteger el interés público y/o la estabilidad financiera, así como la ausencia de una alternativa privada que permita evitar el incumplimiento.

Ahora bien, si efectuamos un análisis en detalle, observamos que en la norma americana incluye entre los presupuestos de adopción, el supuesto en el que la empresa se encuentra ya inmersa en una situación de quiebra. Asimismo, los presupuestos de actuación se asocian a un agotamiento del capital, ya sea por la acumulación de pérdidas, por insuficiencia de activos o por la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones. Por el contrario, el ámbito europeo parte de una referencia mucho más amplia que no se reduce a la escasez de capital, pues se remite genéricamente a la existencia de dificultades económicas, sin mayor concreción.

Por último, y tal como denuncia el informe elaborado al Presidente de los Estados Unidos, no está claro que las condiciones relevantes mencionadas en la sección 203 para la aplicación de la OLA, deban producirse de forma alternativa o acumulada. En este extremo, el Reglamento y la Directiva comunitaria son más claros, al exigir la concurrencia alternativa.

c. Bancos, objeto de Resolución.

En cuanto a la aplicación de la norma, el procedimiento de liquidación ordenada se reserva para aquellas compañías complejas, con un nivel de activos financieros superior a 250 mil millones de dólares o bien compañías financieras no bancarias designadas por el Consejo de Supervisión de Estabilidad. De modo, que el alcance de la regulación responde a un sistema mixto. En Canadá también se ha optado por este enfoque mixto, pues la planificación se exige a los bancos de forma discrecional, según lo considere necesario su autoridad de resolución.

Otros países restringen la aplicación a aquellas compañías calificadas como de importancia sistémica a nivel internacional y/o nacional, tal como se produce en China, Brasil, Japón, Rusia, Singapur o Suiza.

Por el contrario, el régimen europeo cubre a través del Reglamento y la Directiva europea, todas las instituciones de crédito y empresas de inversión localizadas en la Unión Europea, sean o no de importancia sistemática. Lo mismo ocurre, con la normativa de Hong Kong o Méjico.

d. Estrategias de resolución.

Tal como se ha mencionado, la estrategia de resolución adoptada en uno y otro caso es diferente. La estrategia de entrada surgió en el seno de FSB cuando emitió un informe

sobre cómo hacer operativos los requisitos de las Keys¹⁸³, desarrollando la posibilidad de dos estrategias de resolución que globalmente podían ser utilizados por los bancos: el punto de entrada único (sus siglas en inglés SPE) y el punto de entrada múltiple (MPE).

En este documento, se especificaron las características principales de cada estrategia y la condiciones que debían cumplirse en cada una de ellas para su correcto funcionamiento, teniendo en cuenta el modelo de negocio y la estructura corporativa y legal. A grandes rasgos, las estrategias de resolución pueden operar en dos sentidos: en un punto único, cuando los poderes de resolución se aplican a la parte superior del grupo o ente matriz o en punto múltiple, en el que dos o mas autoridades de resolución aplican las herramientas de resolución a diferentes partes del grupo. Esto es, el punto único implica tanto la aplicación de las herramientas de resolución, como la capacidad de absorción de pérdidas en el nivel superior del grupo o en la empresa matriz. Por el contrario, el punto múltiple permite la utilización de distintas herramientas en cada una de las partes del grupo sobre el que se aplica (rescate, uso de una entidad puente, transferencia de negocio...).

Ahora bien, ambas estrategias no son excluyentes y pueden combinarse en función de las circunstancias. Por lo general, una estrategia de MPE puede ser más adecuada para entidades bancarias altamente integradas, siempre que la entidad matriz tenga capacidad suficiente para absorber las pérdidas del grupo, garantizando la supervivencia del resto de entidades subordinadas. Por el contrario, el SPE se presenta más idónea cuando nos encontramos ante grupos fuertemente descentralizados que cuentan con una separación legal, financiera y operativa más intensa.

En Estados Unidos se ha optado, prácticamente, de forma unánime por un único punto de entrada a través del holding del grupo, (SPE). Esta estructura es plenamente acorde con el contexto de aplicación, pues la mayoría de los G-SIFIs (bancos designados por el FSB como de importancia sistemática a nivel mundial) son nacionales organizadas en una estructura de sociedad formada de un ente matriz de primer nivel con entidades interconectadas. En coherencia, *Ley Dodd Frank* actúa sobre la sociedad holding, dejando sus filiales para la continuación de las operaciones

Por el contrario, en Europa se han perfilado ambos enfoques, permitiendo una margen de maniobra más amplio, atendiendo a las circunstancias e incluso la combinación

¹⁸³ Financial Stability Board (Julio 2013). *Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Financial Institutions: Guidance on Developing Effective Resolution Strategies*.

de ambos supuestos si fuera necesario, con la sólo exigencia de una mayor coordinación entre las autoridades de resolución.

A modo de ejemplo, los grupos multinacionales españoles diseñan sus planes de resolución a través de múltiples puntos de entrada (MPE), dada su peculiar configuración. Lo que se contrapone con la mayoría de grupos bancarios europeos que prefieren el punto único de entrada (SPE), ya que su estructura se basa en la existencia de sucursales en otros países, pero no de filiales en sentido propio.

e. Planes de resolución o testamentos vitales

La eficacia de la resolución depende de la correcta utilización de las herramientas puestas en juego, ya sean ex ante o ex post. En concreto, la resolución combina una serie de herramientas, cuyo propósito puede descansar en prevenir el advenimiento de la situación de resolución o bien en facilitar la liquidación final de la entidad, una vez que se han cumplido todos los presupuestos para su inicio.

Entre las medidas de naturaleza preventiva, destaca la elaboración de los planes de resolución y la construcción de amortiguadores realistas que permitan lidiar con las pérdidas de las instituciones. Entre estas últimas medidas, podemos destacar en Europa la fijación de los requisitos mínimos de pasivo elegibles o MREL que han sido recientemente modificados y constituyen el campo de batalla de las discusiones europeas para la consolidación de una Unión bancaria real y a los que posteriormente haremos referencia.

Procede detenernos, ahora, en los llamados planes de resolución¹⁸⁴.

La mayoría de las jurisdicciones del FSB ya han adoptado sus propios marcos de planificación. Destacan en el año 2017, Singapur o Hong Kong entre los últimos países que han llevado a término estos trabajos. No obstante, todavía hay estados en los que no se ha implementado sus compromisos como es el caso de la India, donde el proyecto de ley se retiró por el gobierno en 2018 o en Argentina donde a pesar de que ciertos D-SIB (Banco designado por la autoridad nacional como sistemáticamente importante a nivel nacional) están obligados a enviar información, con fines de planificación de resolución, realmente no existe ningún marco legal al efecto. En otros Estados o bien se encuentran en proceso de aprobación, como ocurre en Corea o Sudáfrica o bien en procesos de discusión como es el caso de Australia, Brasil, Indonesia, Arabia Saudi o Turquía.

¹⁸⁴ Russo, C.A. (2019), «Resolution Plans and Resolution Strategies: Do they make G-SIBs Resolvable and avoid ring fence», *European Business Organization Law Review*, nº7, 735-777.

Ahora bien, una vez asumida la obligación de llevar a cabo la planificación, existe una libertad considerable para que los países configuren el sistema a su antojo. Desde esta perspectiva, deben optar primero por definir el alcance de la planificación, es decir, fijar los bancos a los que se va a exigir la presentación de los planes y segundo, determinar el alcance y detalle de los requisitos.

En cualquier caso, la razón de ser de la planificación es configurar un marco operativo y viable que permita actuar sobre la entidad bancaria en crisis.

Veamos, en EE.UU, sólo se requiere a determinadas compañías la presentación de sus testamentos vitales: por un lado, los G-SIBs y por otro, las grandes compañías financieras con activos consolidados superiores a 250 mil millones o bien entre 100 y 250 mil millones, siempre y cuando se concluya por parte de la Junta de la Reserva Federal que no es apropiada la aplicación del estándar prudencial para prevenir o mitigar los riesgos para la estabilidad financiera de los EEUU o para promover su seguridad y solidez.

El umbral de aplicación establecido inicialmente en 50 mil millones de dólares fue elevado como consecuencia de la aprobación de la Ley de Crecimiento Económico, Alivio Regulatorio y Protección al Consumidor¹⁸⁵ de 2018 que modificó la sección 165 de la Ley *Dodd Frank*. Los planes de resolución o testamentos en vida se deberán presentar a la Reserva Federal y a la FDCI para su aprobación.

En Canadá, también, se ha optado por este enfoque mixto, pues la planificación se exige a los bancos de forma discrecional según lo considere necesario su autoridad de resolución¹⁸⁶.

Otros países exigen la planificación para todas aquellas compañías calificadas como de importancia sistémica a nivel internacional y/o nacional (G-SIB o D-SIB), tal como se produce en China, Brasil, Japón, Rusia, Singapur o Suiza.

Por el contrario, el régimen europeo cubre a través del RMUR y la DRREC todas las instituciones de crédito y empresas de inversión localizadas en la Unión Europea, sean o no de importancia sistemática. Lo mismo ocurre, con la normativa de Hong Kong o Méjico.

La intensidad del régimen aplicable a la planificación también difiere entre los países: frecuencia de presentación de los planes, formato de revisión, personal encargado

¹⁸⁵ *Ley de crecimiento económico, alivio reglamentario y protección del consumidor n° 115/174*. (2018)

¹⁸⁶ *Payment Clearing and Settlement Act* (PCSA), (ley de compensación y liquidación de pagos)

de evaluar, contenido de los testamentos...En la mayoría de los países, estas exigencias se describen en la ley, estatutos o reglamentos de supervisión salvo en el caso de Brasil o Canadá que carecen de desarrollo al efecto.

La revisión de estos planes se programa de forma anual o cuando acontecen cambios significativos. La excepción es Méjico que sólo prevé la revisión, cuando lo considere necesario.

No obstante, en Estados Unidos, la Junta de la Reserva Federal y la FDCI anunciaron¹⁸⁷ en octubre de 2019, la propuesta para la aplicación de una nueva guía en consonancia con la Ley de Crecimiento Económico, Alivio Regulatorio y Protección del Consumidor. Entre lo más destacado, la nueva guía propone que la presentación de los planes de resolución se efectué cada dos años e incluso tres años, para aquellas instituciones que no presentan riesgo sistémico, alternando planes de resoluciones completos, con otros más específicos centrados en los aspectos más vulnerables.

La razón de esta modificación estriba en la necesidad de aumentar el tiempo para que tanto las administraciones puedan revisar los planes, como las compañías abordar los comentarios de la agencia.

Si nos centramos en el contenido de los testamentos existe disparidad de criterios. En Estados Unidos, los testamentos deben incluir información sobre el mapa de negocio y operaciones críticas, información financiera sobre activos pasivos, capital, financiación, información relacionada con el riesgo de la contraparte...¹⁸⁸ En la Unión Europea, deberá incluir de forma cuantificada, siempre que sea posible un resumen de los elementos fundamentales del plan, una descripción de las medidas necesarias para abordar los obstáculos y de los procesos para la valoración de activos, una explicación de la formula de financiación, una descripción de las diferentes estrategias de resolución...entre lo más destacado.¹⁸⁹

La dinámica operacional es sencilla. En el caso de los Estados Unidos, los planes de resolución se realizan directamente por las empresas y su contenido es examinado posteriormente con la remisión de la llamada «carta de comentarios», en la que se analiza las deficiencias que se observan. Cartas que son públicas, lo que permite aumentar la transparencia de este sistema. El plan debe ser creíble y debe incluir la estrategia de resolución. Una vez recibido el Plan, la Reserva Federal y la FDIC puede rechazarlo y

¹⁸⁷ <https://www.federalreserve.gov/newsevents/pressreleases/bcreg20191028b.htm>

¹⁸⁸ Sección 165 *Ley Dodd Frank*

¹⁸⁹ Artículo 8.8 RMUR y en los mismos términos, el artículo 25.1 RREC.

solicitar una nueva presentación. Si el plan tampoco es creíble, las agencias pueden imponer un capital más estricto, apalancamiento, requisitos de liquidez, restricciones de crecimiento, actividades y operaciones...entre otros.

En Europa, todas las entidades deben presentar sus propios planes de reestructuración. Pero al margen de ello, y ya con carácter no sólo preventivo, sino preparatorio de la resolución, se deben elaborar los planes de resolución. Si bien esta vez, la tarea se encomienda a la autoridad designada para ello, con la colaboración de la entidad afectada tanto para su confección como para su actualización. Si nos encontramos ante una resolución grupal, el plan deberá incluir las previsiones sobre una resolución a nivel de la empresa matriz de la UE o mediante la ruptura y resolución de filiales.

Por tanto, a priori existe en primer lugar, una notoria diferencia en cuanto quién debe elaborar el plan de resolución: los bancos o la autoridad de resolución.

De cualquier forma, la actuación de la autoridad supervisora puede consistir en una mera consulta (Hong Kong o Reino Unido) o puede asumir un papel más activo, involucrándose directamente en la planificación de la resolución. Asimismo, se puede destacar que en la mayor parte de las jurisdicciones, esta tarea se asigna al personal asociado a la actividad, excluyendo la ayuda de expertos externos, salvo países como Canadá, Suiza y Países Bajos, en relación con aquellas entidades que se encuentran bajo su mandato que permiten la utilización de dichos agentes externos.

Por tanto, frente a la Unión Europea, en la que es la propia autoridad de resolución, la encargada de la elaboración del plan; en otras jurisdicciones, son los bancos los que no sólo brindan información al efecto, sino que también se encargan de elaborar una parte o la totalidad del plan, tal como se ha analizado en Estados Unidos. Lo mismo sucede en Canadá, China o Suiza.

En segundo lugar, no en todos los países se efectúan evaluaciones de resolubilidad. De hecho, no existen dichas evaluaciones en países como Brasil, Méjico o Rusia. Es importante destacar que normalmente, dicha evaluación se extiende a las mismas entidades bancarias que se encuentran sometidas a planificación, salvo en el caso de Canadá donde se limita a los G SIB y D-SIB, excluyendo al resto de bancos sujetos a planificación.

La fuente de regulación de la evaluación se encuentra en la ley, el estatuto, las reglas de supervisión y los distintos desarrollos normativos, si bien en Canadá se atiende a la práctica existente en la materia, al no existir una regulación al efecto.

Por otro lado, los aspectos cubiertos por la evaluación se describen igualmente en reglas, directrices o políticas. Así, podemos destacar algunos países como los pertenecientes a la Unión Europea, Canadá, Hong Kong, Reino Unido o Estados Unidos. Otros países efectúan esa evaluación sobre la base de las propias *Keys* (China, Japón, Singapur y Suiza).

Por último, el iter procedimental expuesto anteriormente pone de relieve la posibilidad que se otorga a las autoridades competentes para requerir cambios en la planificación con el objeto de mejorar la resolubilidad. En ocasiones, se reconoce esta facultad de forma explícita como sucede en Estados Unidos y la Unión Europea, pero también en Japón, Singapur, Reino Unido o Suiza. En otros, en cambio como Argentina, Brasil y China se confieren facultades para incitar cambios en la estructura, pero los propósitos y circunstancias para llevarlos a cabo varían notablemente.

Se debe destacar por su importancia que ocho jurisdicciones conceden a los bancos la posibilidad de revisar o apelar estos requerimientos para exigir cambios en sus planes de resolución (Australia, Francia, Hong Kong, Italia, Países Bajos, Singapur, Suiza y Reino Unido).

En Estados Unidos, no presentar un plan de resolución creíble desencadena la acción reguladora que puede llegar a exigir una imposición de capital más estricto, requisitos de liquidez adicionales o incluso, restricciones en su crecimiento, actividades o adquisiciones¹⁹⁰, tal como hemos mencionado anteriormente.

f. Herramientas de resolución

Las estrategias de resolución y la elección de la utilización de la herramienta adecuada depende del tamaño, complejidad y circunstancias de las distintas entidades bancarias, como se pone de manifiesto en las diferentes legislaciones.

La ley *Dodd Frank* describe cinco herramientas de resolución en el Título II: venta de activos a un tercero, transferencia de activos a una compañía puente, fusión, transferencia de activos y/o pasivos separados a un tercero sin la necesidad de ninguna aprobación, asignación o consentimiento de las partes relacionadas y la recapitalización interna (*bail in*).¹⁹¹

La Unión Europea incluye como herramientas; la venta del negocio, el banco puente, la separación de activos y la recapitalización interna (*bail in*).

¹⁹⁰ 12 Code Federal Regulation (CFR), 243.6.

¹⁹¹ Sección 210.a.1.D-M. Ley *Dodd Frank*.

Las pérdidas se distribuyen según el orden de prioridad establecido legalmente. Esto es, la cascada de responsabilidad y pérdidas atiende al siguiente orden jerárquico. De modo, que sólo se descenderá de escalón, una vez recapitalizado cada uno de los compartimentos señalados. El orden se deduce del contenido de los artículos 48 DRREC y en Estados Unidos Sección 210.b.1.A-H Ley *Dodd Frank*.

UE	EEUU (Título II LDA)
• Capital CET 1 (accionistas) • Nivel 1 adicional, Tier 1 • Nivel 2 adicional, Tier 2. • Importe principal o pendiente de los pasivos admisibles distinto de los anteriores, atendiendo a la jerarquía prevista en los procedimientos de insolvencia ordinarios • Depósitos de las personas físicas, microempresa, pequeñas y medianas empresas que exceda del nivel garantizado (100.000 euros) • Depósitos cubiertos y garantías de depósitos de las personas físicas y microempresas, pequeñas y medianas empresas que serían depósitos admisibles si no estuvieran constituidos a través de sucursales situadas fuera de la Unión.	• Obligaciones con los accionistas, miembros, socios u otros tenedores de instrumentos de capital (Tier 1, Tier 2...) • Salarios y comisiones adeudadas a altos ejecutivos y directores • Cualquier obligación subordinada a acreedores no incluidos en las anteriores supuestos. • Cualquier responsabilidad general o senior no incluida en las categorías anteriores. • Contribuciones adeudadas en beneficio del empleado a través de distintos tipos de planes dentro de los límites legales. • Salarios o comisiones devengados por empleados, incluidas vacaciones, indemnizaciones por despido o pagos por licencia por enfermedad con un límite de 11.725 dólares por personas según las condiciones legales. • Cualquier cantidad adeudada a los Estados Unidos • Gastos administrativos del receptor.

De la simple observancia del orden anterior, se evidencian algunas diferencias sustanciales. En el marco de la UE, se distinguen los distintos instrumentos de capital, es decir los accionistas del resto de tenedores, mientras que en Estados Unidos, todos ellos se encuentran al mismo nivel. Por otro lado, es importante destacar que en Europa se excluyen por imperativo legal algunos pasivos, tales como pasivos contraídos con empleados en relación con salarios o pensiones, administraciones fiscales o de seguridad social, acreedores comerciales para el suministro a la entidad o sociedad de bienes y servicios esenciales para el desarrollo cotidiano de sus actividades...¹⁹² Por el contrario, en Estados Unidos pueden ser objeto de recapitalización interna, tras la utilización del conjunto de instrumentos de capital, los sueldos y comisiones de ejecutivos y directores, e incluso, beneficios en diversos planes, salarios, sueldos, comisiones, incluyendo vacaciones, indemnizaciones y licencias por enfermedad de los trabajadores dentro de unos límites legales.

En cuanto a la elección de las herramientas de resolución, el contenido de la normativa y la práctica llevada a cabo hasta el momento, ha revelado que en el caso de grandes compañías o de importancia sistémica se ha optado por mantener la estructura del banco y su operativa al entrar en resolución. Ello se explica por la repercusión transfronteriza, si se optara por dividir el ente matriz. De modo que en la práctica, existe una cierta preferencia por la recapitalización interna o *bail in*.

Por ejemplo, en la normativa del Reino Unido se configura el *bail in* para su uso en empresas complejas y de gran tamaño, mientras la transferencia parcial o la insolvencia, se enmarcan más en bancos de tamaño más reducido. La justificación es que estas compañías por su dimensión y complejidad, presentan una mayor interconectividad y su venta pueda llegar a no ser factible. Por el contrario, la estrategia del *bail in* permite tanto la recapitalización como diferir la necesidad inmediata de encontrar un comprador o favorecer la venta a través de la división del negocio.

Esta preferencia por la recapitalización interna ha revertido en el desarrollo de planes de resolución, cada vez más sofisticados en lo que se refiere al *bail in*, pero escasamente evolucionados, cuando se trata de escoger una estrategia diferente. De hecho, algunos países han venido a aprobar distintos tipos de manuales o playbook, ofreciendo pautas internas en materia de organización, valoración, compensación...que persiguen

¹⁹² Art. 44.2 DRREC y artículo 27.2 del RMUR.

conseguir un plan real y factible. Tal es el caso de la Unión Europea, Estados Unidos y Japón.

Con el mismo objetivo, también, se han llevado a cabo simulaciones de resolución en la Unión Europea, Canadá, México, Países Bajos y Reino Unido, centrándose en el pago de los depósitos asegurados y el menor coste público.

Una diferencia fundamental en el uso de esta herramienta estriba que en el caso del ámbito europeo, se permite el uso de la recapitalización interna en aquellas instituciones, cuya viabilidad puede ser restaurada, mientras que en el sistema americano, se aplica como parte del procedimiento de liquidación de la entidad, sin que exista esta posibilidad de reversión.

g. Transparencia

La transparencia del proceso de resolución en la UE es el desafío más importante al que se enfrenta la JUR, tal como se ha demostrado con los últimos acontecimientos.

Lo que se debe retener es que el público en general no tiene acceso a una versión no confidencial de los planes, lo que resta credibilidad al trabajo de la JUR. Es más se desconocen los criterios utilizados, siendo las decisiones finales, en buena parte, confidenciales. Así, por ejemplo, una parte de la decisión por la que se ordenó la resolución del Banco Popular, aún no se conoce.

En este sentido, las normas comunitarias y la ley española someten tanto el contenido de los planes, como el ejercicio de las prerrogativas de resolución bancaria a estrictas exigencias de secreto profesional, bajo la excusa de la sensibilidad de la información contenida.

No obstante, en el Plan de trabajo hecho público en el año 2019, la JUR se ha comprometido a desarrollar las pautas o criterios a tener en cuenta en la resolución, con la elaboración de un manual de planificación, que efectivamente ha visto la luz en el año 2020. Todo ello, sin perjuicio de facilitar información genérica sobre la planificación de la resolución o su evaluación, al igual que el resto de países.

En cambio, en Estados Unidos, los contribuyentes pueden saber con más detalle cómo operan los bancos y cómo se estructuran. Se debe resaltar que los planes de resolución se dividen en una sección confidencial y otra pública. La existencia de una sección pública de los planes es obligatoria según la ley americana. Lo mismo ocurre con las cartas de recomendación elaboradas por Reserva Federal y la FDIC, en las que se especifican los

criterios utilizados para la evaluación de los bancos y lo que se espera del conjunto. Todas ellas están disponibles al público.

De esta forma, se facilita información sobre los pasos tomados por el banco para mejorar la resolución, información sobre su interconexión financiera, recursos de liquidación y capacidad de la empresas para absorber pérdidas o bien la estrategia diseñada por la empresa. Igualmente, Reino Unido y Suiza incluyen información pública de las entidades bancarias de forma más específica.

En definitiva, el desarrollo normativo es notablemente diferente, pues UE parece primar la confidencial, mientras EE.UU muestra un grado elevado de transparencia.

Al margen de lo que se podrían pensar, la doctrina ha mantenido que una versión pública de los planes de resolución y de los criterios utilizados por las agencias incrementa la confianza de los mercados, pues por un lado, permite saber a los contribuyentes como operan sus compañías, sin que se observe hasta el momento ningún impacto negativo en los bancos y por el otro, mejora la responsabilidad de la administración pública, al poder conocer sus pautas de valoración.

h. Financiación

Las fuentes de financiación temporal varían entre los distintos estados e incluyen mecanismos de financiación que abordan tanto a los propios bancos centrales, fondos de resolución o fondos de seguros entre otros.

La Ley *Dodd Frank* incluye, tal como hemos examinado anteriormente, el Fondo de liquidación Ordenada (*Orderly Liquidation Fund*, OLF) que a diferencia del DIF, no es previo. La OLF tiene la consideración de préstamo del Tesoro de los Estados Unidos y se limita al 10 por ciento del valor en libros del total de los activos consolidados de la empresa en quiebra durante el periodo de 30 días después de la designación de la FDIC y al 90 % del valor de mercado de los activos consolidados totales de la empresa a partir de entonces. De acuerdo con el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, esto supone un descuento del 10% del valor razonable de los activos para cubrir el riesgo de que el valor razonable fuese exagerado o se deba disminuir.

El Secretario del Tesoro debe aprobar los préstamos y la FDCI debe determinar que la financiación de OLF se efectúa en interés de la estabilidad de los Estados Unidos, preparar un plan de liquidación ordenado para su financiación y acordar un plan de pago con el Tesoro de los Estados Unidos, si efectivamente la financiación excede el 10% de los activos de la compañía cubierta. Es interesante resaltar que la OLF tiene prioridad de

reembolso por delante de todos los acreedores no garantizados de la administración judicial y se prohíbe expresamente que la FDIC pueda adquirir participaciones en el capital o convertirse en accionista.

Este fondo únicamente puede ser destinado para proporcionar liquidez. Pero, si dicho fondo fuese insuficiente, se autoriza a la FDIC para comprar y vender valores en nombre de la empresa para obtener capital adicional.

Fuera del mandato de Dodd Frank, también existe un Fondo de Seguro de Depósitos que se financia *ex ante* y que puede ser utilizado por la FDIC en relación con la resolución de entidades de depósito.

En la Unión Europea, existe el Fondo Único de Resolución o FUR, cuyo nivel objetivo debe cubrir al menos el 1 por ciento del monto de los depósitos cubiertos antes del 31 de diciembre de 2023. A diferencia de su homólogo americano, esta financiado *ex ante*, si bien se pueden exigir contribuciones posteriores en aquellos supuestos en los que los medios financieros disponibles no fuesen suficientes y se puede utilizar tanto como soporte de liquidez como de capital. La JUR posee y administra el fondo, pero su utilización requiere la aprobación de la Comisión y el Consejo. Asimismo, sólo se permite su uso para fines específicos y asociados a otra herramienta de resolución, limitándose al 5% de los pasivos bancarios resueltos. Por último, es importante destacar que la utilización del fondo exige que previamente se hubiera realizado al menos una recapitalización de un monto no inferior al 8% del total de pasivos incluidos fondos propios.¹⁹³

Lo que se debe retener es que a diferencia de la Unión Europea, los fondos OLF son eminentemente públicos, pues posteriormente se reembolsan por la industria.

Otra diferencia sustancial es que en la Unión Europea se prevé normativamente que el FUR deberá compensar a aquellos acreedores que han sufrido una mayor pérdida como consecuencia de la utilización del mecanismo de resolución frente a la insolvencia. Este mecanismo no existe en Estados Unidos, obligando a los acreedores a demandar a FDIC por daños y perjuicios.

Los fondos europeos permiten su aplicación a una recapitalización preventiva, lo que se encuentra expresamente excluido en el sistema americano.

Por otro lado, en la Unión Europea no existe un fondo común de garantía de depósitos, sino que depende de cada país. A propósito de este fondo, existen distintas

¹⁹³ Art 44 *Directiva 2014/59/UE*.

propuestas de la Comisión en 2015 o la posición conjunta francoalemana adoptada en la declaración de Meseberg en 2018, pero sin ninguna concreción práctica hasta el momento.

En Singapur, la Autoridad Monetaria de Singapur (MAS) tiene la potestad de crear un fondo de resolución *ex post* para implementar la resolución, una vez se hayan agotado las fuentes privadas de financiación.

Otras jurisdicciones como Canadá o el Reino Unido ofrecen asistencia de liquidez a través de sus bancos centrales, quienes pueden utilizar, a su vez, distintas fórmulas de garantías. En concreto, el Banco de Inglaterra puede a través del sistema «resolución de liquidez marco» conceder préstamos a bancos dentro de una resolución liderada por el Banco de Inglaterra. De cualquier forma, será el ministro de hacienda el encargo de autorizar el uso de cualquier herramienta que implique la utilización de fondos públicos.

Relacionado con la financiación de la resolución, se encuentra la llamada capacidad de absorción de las pérdidas (TLAC), entendiendo como dicha capacidad, aquellos recursos destinados a facilitar una recapitalización o el cierre del banco en su totalidad o en parte, evitando la utilización de los fondos públicos. Es decir, se trata de fijar un estándar mínimo de recursos que debe estar disponible por la entidad para permitir llevar a cabo con éxito una orden de resolución. Ahora bien, se distingue a grandes rasgos un TLAC externo e interno, dependiendo de su exigencia a la entidad en resolución o para implementar subgrupos o filiales.

Desde el enfoque del TLAC externo, los trabajos exigidos desde los parámetros internacionales, en relación con las G-SIB han finalizado en Canadá, Japón, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos, mientras las propuestas de regulación en la Unión Europea han finalizado en el desarrollo del llamado MREL. En China, se han emitido propuestas al respecto, que dependen de la conformidad definitiva.

El FSB estima en su último informe que la mayoría de los bancos G-SIB, ya cumplen o superan TLAC mínimo para 2022¹⁹⁴ y que el mercado ha absorbido hasta ahora la emisión sin dificultad a pesar del entorno pandémico del COVID-19.

Centrándonos, brevemente, en Europa existen dos tipos de exigencias: el Requerimiento Mínimo de Fondos Propios y Pasivos Elegibles (*Minimum Requirement For Own Funds and Eligible Liabilities*, MREL) y la Capacidad Total para la Absorción de Pérdidas (*Total Loss Absorption Capacity*, TLAC). De facto, se trata de dos colchones de

¹⁹⁴Según un estudio elaborado en fecha 18 de noviembre de 2020, titulado *2020 Resolution Report «Be prepared»*.

capital y de pasivos susceptibles de convertirse en capital, aunque existen diferencias. El MREL es un requerimiento establecido por la DRREC y su ámbito se circunscribe por tanto a las entidades europeas. El TLAC, en cambio, es una iniciativa del FSB dirigida a los 30 bancos considerados de importancia sistémica global. Por otro lado, en cuanto a su configuración el TLAC se constituye sobre la base de exigir un mínimo global, mientras el MREL se configura banco a banco en función de su plan de resolución. Ante este solapamiento de exigencias de capital, la Unión Europea ha preferido integrar ciertas características del TLAC en el diseño del MREL.

En una fase distinta se encuentra el desarrollo del TLAC interno, pues inicialmente sólo Reino Unido y Estados Unidos habían implementado las medidas suficientes, mientras la Unión Europea se encontraba en fase de propuesta. Hoy en día, la Unión Bancaria ha publicado sus reglas en orden al external e internal TLAC en junio de 2019, al igual que Hong Kong y Japón. Otros Estados como Singapur, Brasil o México, aún están debatiendo como interiorizar en su régimen jurídico las nuevas exigencias.

En cuanto a las otras entidades bancarias no calificadas como G-SIB, cabe señalar que las jurisdicciones han optado por diferentes formas de actuar. En la Unión Europea, el TLAC se aplica a todos los bancos que se encuentran bajo la supervisión directa de la Unión. Por el contrario, en Estados Unidos no existe previsión al respecto.¹⁹⁵

En otros países, se ha exigido el cumplimiento de los requisitos de TLAC a los D-SIB, tal es el caso de Canadá, Suiza o Japón.

Es interesante mencionar que también se han arbitrado distintas relaciones entre la estrategia de resolución y la capacidad de absorción de las pérdidas. Así, en Estados Unidos, la definición del número de recursos que exige la capacidad de absorción de las pérdidas no se hace depender de la estrategia de resolución del banco en particular. Por el contrario, en la Unión Bancaria o Reino Unido se tiene en cuenta la estrategia de resolución elegida, para definir los recursos que exige la capacidad de absorción de las pérdidas.

i. Valoración

Otro aspecto que la práctica ha demostrado que es crucial para una correcta resolución es la tarea de la valoración que debe realizarse a través del proceso de resolución. Ciertamente, como ha venido reconociendo FSB los trabajos en esta área se encuentran escasamente desarrollados. De hecho, sólo Estados Unidos, Reino Unido y la Unión

¹⁹⁵ 12 CFR, 252

Europea describen un marco conceptual para llevar a cabo esta valoración, atendiendo a la información suministrada por las distintas entidades bancarias. Si bien, en el caso de los países europeos se han aprobados pautas más o menos detalladas, como ocurre con la política que ha llevado a cabo el Banco de Inglaterra en el Reino Unido¹⁹⁶. Estados Unidos ha optado por publicar una guía después de cada ciclo de evaluaciones.

j. Impugnación.

El marco de la impugnación constituye una de las diferencias más notables entre ambos regímenes. El sistema americano parte de la premisa de solicitar el consentimiento de la compañía en un plazo de 24 horas, una vez adoptada la decisión sobre la administración judicial por la FDCI.¹⁹⁷ No existe un procedimiento administrativo al efecto y si presta el consentimiento, ya no existiría ninguna posibilidad de control.

En el caso de que la compañía no prestase su consentimiento, se deberá interesar la autorización por parte del Tribunal de Distrito de Columbia de los Estados Unidos. La solicitud deberá incluir todas las conclusiones relevantes y la recomendación efectuada de conformidad con los criterios legales.

El Tribunal, tras la audiencia a la compañía y en el marco de un procedimiento confidencial, sin ninguna divulgación pública, deberá concluir si la empresa se encuentra en incumplimiento o en peligro de incumplimiento y si la definición de la situación de la empresa es arbitraria o caprichosa. Esto es, la revisión judicial se limita exclusivamente a estos dos aspectos, sin que se pueda extender a otros motivos.

Lo que se debe retener es que si el Tribunal considera que se dan los presupuestos de actuación, pues la decisión no incurre en arbitrariedad, autorizará la actuación.

No obstante, si llegara a la conclusión de que la actuación es caprichosa, se proporcionará una declaración escrita que explicará cada razón que respalda su determinación y otorgará al Secretario una nueva oportunidad para enmendar los errores y presentar una nueva petición.

¹⁹⁶ La política del Banco de Inglaterra sobre capacidades de valoración para respaldar la resolución le ha llevado a publicar diversa documentación sobre la materia entre lo que podemos destacar: Banco de Inglaterra, (2018), «Guidance on valuation capabilities to support resolvability», disponible en <https://www.bankofengland.co.uk/letter/2018/guidance-on-valuation-capabilities-to-support-resolvability> o Banco de Inglaterra (2018), The bank of England's policy on valuation capabilities to support resolvability» disponible en <https://www.bankofengland.co.uk/paper/2018/the-boes-policy-on-valuation-capabilities-to-support-resolvability>.

¹⁹⁷ Sección 202.A. Ley Dodd Frank.

Si el Tribunal no toma ninguna decisión en el plazo de 24 horas, la petición se entiende concedida por ministerio de ley. En cualquier caso, la resolución no es susceptible de suspensión.

Por otro lado, la decisión adoptada que contendrá una declaración escrita razonada sólo podrá ser objeto de impugnación ante el Tribunal de apelaciones y en su caso, ante el Tribunal Supremo.

La apelación podrá presentarse por cualquiera de las partes en el plazo de 30 días, si bien en relación con la entidad bancaria sólo procedería cuando no hubiera consentido la propuesta inicial. La revisión se limitará nuevamente a decidir si la compañía está en incumplimiento o en peligro de incumplimiento y si la decisión es arbitraria o caprichosa.

Asimismo, dictada una decisión al respecto, se podrá presentar una petición de una orden de *certiorari* en la Corte Suprema de los Estados Unidos en un plazo de treinta días.

En Canadá, la Corporación de Seguros de Depósitos concede audiencia a la compañía, antes de adoptar una decisión sobre si la institución es o no viable y si la viabilidad podría ser restaurada a través del ejercicio de los poderes ordinarios, o si por el contrario existen motivos para llevar a cabo la liquidación.¹⁹⁸ La decisión adoptada es susceptible de recurso.

El sistema europeo es mucho más complejo, acorde con su estructura. En cualquier caso, lo que se debe retener es que no existe ningún precepto que exija la audiencia a la compañía afectada, sino únicamente se permite que la entidad afectada pueda solicitar la resolución. En cuanto al procedimiento administrativo, únicamente el RMUR prevé que ciertas decisiones de la JUR, al margen de la decisión final puedan ser susceptibles de recurso ante el denominado Panel del Recurso, pero se trata de temas menores no relacionados con la decisión última de declarar una compañía bancaria en resolución (acceso documentos, aportación ex post, multas u obligaciones de planificación...)

Desde un punto de vista estrictamente judicial, se ha observado la configuración de un litigio multicapa que pone en peligro la eficacia real del mecanismo. El asunto del Banco Popular ha puesto de manifiesto la posibilidad de efectuar una impugnación múltiple que afecta tanto a las decisiones de la JUR, de la Comisión Europea o del BCE, cuyo control judicial le corresponde al TJUE; como aquellas otras adoptadas por la autoridad nacional, en cuyo caso se deberá presentar el recurso ante las jurisdicciones nacionales. Todo ello sin perjuicio la posibilidad de interponer los recursos frente al Panel de la JUR, cuando

¹⁹⁸ 39.1 *Canada Deposit Insurance Act*.

proceda en su caso. A lo anterior, hay que añadir, además, la solicitud de arbitrajes internacionales (como es el caso del CIADI).

E. LA REALIDAD DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESOLUCIÓN

El informe de consulta del FSB sobre el nivel de implementación elaborado en 2020 ofrece una visión con un sesgo claramente positivo sobre del panorama existente, pues concluye que las reformas efectuadas hasta el momento han propiciado la existencia de bancos más resistentes y resolubles en un escenario tan adverso como el que ha supuesto la COVID-19.

Especialmente prolifero ha resultado ser el año 2020 para la política de resolubilidad en cuanto las instituciones nacionales más relevantes han publicado diversos trabajos sobre el tema¹⁹⁹. Así por ejemplo la JUR ha publicado una documentación muy extensa sobre diferentes aspectos que abarca las expectativas futuras, una guía para la continuidad de la operatividad, otra sobre planes de contingencia, documentos de orientación para la puesta en funcionamiento del *bail in*²⁰⁰, mientras la Reserva Federal y el FDIC han facilitado información sobre los próximos planes de resolución que se deben formalizar por las ocho organizaciones bancarias nacionales más grandes y complejas el 1 de julio de 2021²⁰¹. También, podemos destacar el trabajo desarrollado por el Banco de Inglaterra con su documento *Resolvability Assesment Framework*²⁰² editado en julio de 2019 y actualizado en mayo de 2020 que ahonda en la divulgación pública de la resolubilidad y en el procedimiento de evaluación o el esfuerzo de la FINMA suiza que publicó su informe de resolución en febrero de 2020²⁰³ ahondando en la transparencia, la planificación y el proceso para otorgar alivio frente a determinados requisitos de capital, en el caso de mejora en la resolubilidad global de la entidad.

¹⁹⁹ Banco de Inglaterra, (2020), «Resolvability Assesment Framework», disponible en <https://www.bankofengland.co.uk/financial-stability/resolution/resolvability-assessment-framework>.

²⁰⁰ SRB, (2020), *Valuation Data Set, Explanatory note, Operational guidance for FMI contingency plans, Single Resolution Board expectations for ensuring the resolvability of banks engaging in mergers, acquisitions and other corporate transactions, Expectations for Bank, Operational guidance on bail-in playbooks, Bail-in data set, instructions, Bail-in data set, explanatory note*.

²⁰¹ FDIC y Reserva Federal (2020), *Agencies provide largest firms with information for next resolution plans*.

²⁰² Banco de Inglaterra, (2020), *Resolvability Assesment Framework*.

²⁰³ FINMA (2020), *Resolution report 2020*.

A finales del 2021, se prevé que se publique otro documento por parte del FSB que describa qué acciones adicionales pueden ser necesarias para promover la implementación más eficaz de las reformas en materia de resolución y abordar las diferencias más significativas entre los distintos sistemas. Se espera que las divulgaciones sobre la resolución mejore y que se preste mas atención a la resolución de D-SIB.

Pero estos esfuerzos, no obsta para que una visión meramente superficial de los diferentes desarrollos normativos ponga en evidencia la existencia de diferentes brechas. De hecho, no cabe duda que la aplicación efectiva de la filosofía que abarca la resolución bancaria ha sido notablemente diferente a un lado y otro del océano Atlántico. Europa ha mostrado una reticencia a la utilización del procedimiento diseñado en el RMUR. Prueba de ello es que la retórica utilizada en la norma, únicamente se ha llevado a efecto en una ocasión, con motivo de la pérdida de liquidez del Banco Popular, mientras ha desaprovechado otras oportunidades, optando por considerar que o bien no se había acreditado una situación de insolvencia o bien no existía un interés público, a pesar de afectar a entidades significativas.

Ahora bien, este único supuesto de actuación ostenta unas circunstancias especialmente idiosincráticas, que le alejan de ser un caso representativo, amén de la litigiosidad que ha generado y que aún se dirime en los Tribunales.

Esta huida del procedimiento de resolución que se percibe en Europa, ha propiciado que la Unión traslade la responsabilidad de la aplicación del régimen a los distintos Estados, quienes curiosamente pueden declarar el interés público del proceso a su arbitrio, eludiendo la liquidación de las entidades y concediendo ayudas públicas, como así aconteció recientemente con los bancos italianos.

Por el contrario, la experiencia operativa de la FDIC ha jugado un papel relevante en los Estados Unidos. De hecho, durante el periodo 2008-2013, la FDIC se cerraron casi 500 bancos, incluyendo algunos de gran tamaño, sin desestabilizar el mercado.

Cuestión distinta es que el mecanismo OLA permanezca inédito, pues nunca se ha llegado a utilizar, dada la preferencia del régimen de bancarrota y la excepcionalidad con la que se estructura²⁰⁴.

²⁰⁴ Joo, T.W. (2019). «Lehman 10 years later: The Dodd Frank Rollback», *Loyola University Chicago Law Journal*, núm.50, págs.561-598.

No obstante, esto no ha impedido que en Estados Unidos se haya abierto un intenso debate sobre la necesidad de efectuar reformas en este campo, acerca de la importante discrecionalidad que se otorga al FDCI.

En conclusión, lo que se debe retener es que los sistemas diseñados por los distintos países, para llevar a cabo la llamada resolución ordenada de las compañías bancarias, permanecen prácticamente inéditos (Japón, Canadá...). FSB en su estudio publicado en fecha 29 de abril de 2019, alude en cuanto a la experiencia de la resolución bancaria a seis casos, reportados en tres jurisdicciones al final de 2017. Uno de ellos fue el Banco Popular, el único en el que se optó por la venta de negocios, después de la amortización y conversión de instrumentos de capital. El resto operó, básicamente, bajo la fórmula del bancos puente.

Es decir, a pesar de los denotados esfuerzos por desarrollar, coordinar internacionalmente y perfeccionar una normativa cada vez más detallada que permita liquidar una entidad bancaria en crisis, lo cierto es que existe una tendencia a evitar su aplicación, optando por los procedimientos ordinarios que se han venido utilizando con anterioridad.

De aquí, que esta normativa no ofrezca la confianza que sería exigible, en una materia tan sumamente compleja. Ciertamente, contribuye a esta deficiencia, la discrecionalidad que se otorga a la autoridad encargada de la resolución o en muchos casos, la falta de audiencia a la propia entidad o las dificultades para llevar a cabo su valoración entre otros aspectos.

En este punto, existe una clara coincidencia en el régimen americano y europeo, pues ni la compañía, ni los accionistas o acreedores pueden participar en un proceso administrativo²⁰⁵, cuestionando la decisión resolutoria por la afectación de los derechos en juego, ni antes, ni después de la toma de la decisión. Solamente en el régimen estadounidense, se prevé solicitar el consentimiento de la compañía, si bien se trata de una previsión utópica, ya que es difícil que la entidad de crédito no preste su consentimiento y combata la decisión resolutoria, cuando ello le podría generar responsabilidades a sus administradores de descubrirse su mala gestión.

Por otro lado, existe una cierta propensión a reducir cada vez más su aplicación, limitándose su ámbito a organizaciones o grupos bancarios de primer nivel, lo que resulta al final una paradoja y ello desde dos perspectivas: primero, porque el diseño de estos

²⁰⁵ Nwogugu, M.I. (2015), «Un-constitutionality of the Dodd-Frank Act», *European Journal of Law Reform*, núm.17(1), págs. 185-211.

regímenes ha contribuido realmente a la creación de entidades aún más grandes, complejas e interconectada.²⁰⁶ Así lo reconoció, el vicepresidente de la FDIC, Thomas Hoening²⁰⁷, con ocasión de la valoración de la aplicación de la *Ley Dodd Frank*, pues admitió expresamente que no había logrado su objetivo principal de terminar con el problema que planteaba las entidades *too big to fail*. En segundo lugar, porque el círculo vicioso de banco-estado soberano que en Europa justificaba la aprobación de la nueva regulación no sólo no se ha desterrado, sino que se ha consolidado en la medida en la que sigue propiciando las ayudas estatales nacionales al dejar en manos de los Estados, la decisión final. A ello contribuye que los países tienen incentivos para fomentar la existencia de sus propios «campeones nacionales».

Ahora bien, lo que no se puede negar es que existe una mayor transparencia para los inversores en el régimen americano, no ya por la dilatada experiencia de la FDIC en el tratamiento de la insolvencia de los bancos, sino por su organización centralizada y la existencia de una información pública más amplia.

Por el contrario, en Europa, la estructura es muy compleja, demandando la coordinación de diferentes autoridades en esferas territoriales distintas. Al mismo tiempo, existe un margen de actuación muy amplio para los distintos Estados, si la JUR decide que no se dan los presupuestos finales para la aplicación del mecanismo único de resolución.

A esto, debemos añadir que cada uno de los Estados cuenta con su propio procedimiento de liquidación. Procedimientos de liquidación que no están coordinados y

²⁰⁶ Omorova, S.T. (2019), «The too big to fail problem», *Minnesota Law Review*, núm.103, págs. 2495-2542.

²⁰⁷ Declaración de Thomas Hoening en la Junta Directiva de la FDCI con respecto a los planes del Título I de 2015, presentados por los ocho GSIB nacionales, 13 de abril de 2016. Hoening, T.M (2016), *FDIC Board Meeting Statement of Vice Chairman Thomas M. Hoening regarding 2015 Title I plans submitted by the eight domestic GSIBs*, disponible en <https://www.fdic.gov/news/speeches/spapr1316a.html>.

Apreciación reiterada en su discurso de apertura, pronunciado en el Instituto Peterson de Economía Internacional en Washington, DC en marzo de 2018. Entonces, se hizo hincapié en varios hechos. En concreto, relató que en 1984, las 10 firmas bancarias más grandes poseían alrededor del 17 % ciento de los activos de la industria, cuando en la actualidad los ocho G-SIB de EE.UU poseen sólo 20 bancos que controlar alrededor del 50 % de los activos bancarios y cuyo PIB conjunto supera el de todo el país, cuando se compatibilizan todos sus servicios bancarios. Hoening, T.M (2018), *Finding the Right Balance" – Keynote speech by FDIC Vice Chairman Thomas M. Hoening delivered to the Peterson Institute for International Economics in Washington, DC*, disponible en <https://www.fdic.gov/news/speeches/spmar2818.html>

que disponen de su propia normativa, idiosincrasia y jurisprudencia, lo que puede afectar al principio *no creditor worse off* al introducir distorsiones competitivas de primer calibre entre estados.

Esto significa que el MUR no es tan único como se define, lo que le resta credibilidad frente a su homólogo americano, por más que exista una cierta concienciación sobre la necesidad de adoptar medidas comunes en esta área y organizar una respuesta común en Europa para evitar la competencia desleal entre Estados y eludir las ayudas estatales, en detrimento del contribuyente.

No obstante, ni el modelo europeo, ni el americano han conseguido consolidarse, ya sea porque uno permanece inédito y otro prácticamente, pues solo se ha llevado a término en un solo supuesto. Es cierto que en el caso del americano, es fácil de justificar dada su apuesta por seguir aplicando el sistema de bancarrota según su tradición que se remonta un siglo atrás, pero es difícil de explicar en nuestro caso, dadas las diferencias nacionales que conlleva acabar liquidando una entidad por la remisión a normas ajenas a la armonización europea.

En definitiva, la teoría elaborada en torno a la resolución bancaria, aunque se encuentra correctamente construida y fundamentada, se opone a la realidad. Pues la práctica ha evidenciado una férrea huida de las reglas definidas internacionalmente a favor de soluciones más nacionales y domésticas.

Los esfuerzos hasta el momento han sido estériles y la situación generada por la COVID-19 no ha ayudado a incrementar las implementaciones pendientes, contribuyendo por el contrario a una nueva y mayor flexibilización de los requisitos para favorecer la resiliencia. El futuro determinará si la letra de los buenos propósitos, desconectada de la realidad es suficiente para reconquistar la confianza en el sector bancario.

CAPÍTULO III. La naturaleza controvertida del procedimiento de resolución bancaria, y en especial, la venta del negocio a otra entidad

SUMARIO: 1. LA REGULACIÓN BANCARIA COMO REGULACIÓN ECONÓMICA GENERAL. 2. LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN BANCARIA. EL NACIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO ALTERNATIVA A LOS TRADICIONALES PROCEDIMIENTOS CONCURSALES. *A. La insuficiencia de un procedimiento de insolvencia. B. Diferencias sustanciales entre el mecanismo de resolución bancaria y el procedimiento concursal. a. Un procedimiento administrativo versus un procedimiento judicial. b. La insolvencia. c. Interés público. d. La planificación. e. Requerimientos mínimos de capital. f. El papel de una administración hegemónica. g. La celeridad en el procedimiento resolutorio. h. Los instrumentos de resolución. i. La recapitalización interna. j. Valoración. k. Estructura. C. La resolución bancaria no es una modalidad de procedimiento concursal.* 3. EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN BANCARIA, UN PROCEDIMIENTO SINGULAR. DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO. 4. LA INTERVENCIÓN DE EMPRESAS POR RAZONES DE INTERÉS GENERAL Y LA RESOLUCIÓN BANCARIA. 5. LA NATURALEZA EXPROPIATORIA DE LA VENTA DEL NEGOCIO COMO HERRAMIENTA DE LA RESOLUCIÓN BANCARIA. *A. Aspectos generales. B. Análisis de la cuestión desde un punto de vista judicial. a) Banco de Navarra. b) Banesto c) Cajasur. d) Operaciones de reducción y simultaneo aumento, prescindiendo del derecho de suscripción preferente.* 6. LA OMISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS ASOCIADAS AL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO. *A. Causa expropriandi. B. Procedimiento legalmente establecido. C. Derecho a la indemnización. D. Proporcionalidad.* 7. UNA BREVE

MENCIÓN A LA VIA DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

1. LA REGULACIÓN BANCARIA COMO REGULACIÓN ECONÓMICA GENERAL.

Cuando Frances Cambó presentó ante el Congreso, lo que después sería la Ley de Ordenación Bancaria de 1921, ya se ocupó de resaltar la importancia de esta actividad financiera para la sociedad en su conjunto:

Toda la economía de un país depende y responde a la ordenación del sistema de crédito. Cuando en una ordenación bancaria se trata el problema íntegro quedan dentro de ella, las instituciones que impulsan la producción y la circulación económico nacionales. Financian los bancos en general al productor, que en todo el mundo, y cada vez más, organizan y combinan los bienes elementales sin ser dueño de ninguno.

Hoy en día, es una obviedad que las entidades de crédito desempeñan un papel esencial en el ciclo económico, pues por un lado se encargan de musclar el tejido productivo y empresarial de la sociedad y por otro, impulsan y oxigenan el consumo. Se trata, en definitiva, de una infraestructura que opera transformando el ahorro en una financiación ininterrumpida a disposición de particulares, empresas y administraciones públicas. O dicho de otro modo, es un instrumento eficaz para el fomento de la creación y circulación de riqueza²⁰⁸.

Pero el negocio de los bancos ha estado inexorablemente unido a la confianza, de aquí su denominación como entidades de crédito. En este sentido, el origen del término crédito se remonta al latín y en concreto a *creditus*, sustantivo del verbo *credere* que hacía alusión a creer, confiar o tener confianza.

²⁰⁸ A propósito de la regulación económica se ha analizado el trabajo desarrollado en: Malaret García E. (2018), «Un apunte sobre la pertinencia de caracterizar jurídicamente la tarea de regulación económica; su significación en la tipología de actividades de la administración», en Vaquer Caballería, M, Moreno Molina A. y Descalzo González A. (coords), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 1493-1503; Muñoz Machado, S. (2010), «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en Muñoz Machado, S.(dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, t I, Madrid, Iustel, págs.15-244 y Muñoz Machado, S. (2015), «La actividad regulatoria de la Administración», *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol.XIV, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

La actividad económica de los bancos descansa, en un sentido muy básico, en suministrar dinero para financiar, tanto el crédito como la inversión de los agentes económicos, pero buena parte de los fondos requeridos para el normal funcionamiento de la entidad se obtiene a través del ahorro. De aquí, que generar una esfera de confianza se presente como una necesidad insoslayable, si se pretende alcanzar el buen fin del negocio. Como prueba podemos constatar fácilmente, que la intensa actividad que los organismos reguladores han venido desempeñando en los últimos tiempos en este ámbito, como uno de los sectores más regulados, no ha conseguido la eliminación de la desconfianza tan arraigada en todo aquello que se refiere a las entidades de crédito.

Las entidades de crédito son definidas en el artículo 1 de la LOSSEC como aquellas «empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia».

Lo que aquí interesa resaltar es que las entidades que asumen el negocio son entidades privadas (bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito²⁰⁹) y los contratos que suscriben son mercantiles²¹⁰ (cuenta corriente, préstamos, apertura de crédito, descuentos bancarios, crédito documentario, leasing, confirming...).

De modo que la actividad bancaria debe ser calificada como una actividad privada y no como servicio público en sentido estricto. La consecuencia inmediata de esta categorización implica que no se puede pretender exigir responsabilidad administrativa alguna en la garantía de prestaciones bancarias²¹¹.

Ahora bien, la peculiaridad de esta actividad privada reside en que se trata de un negocio sometido a una intensa regulación que paulatinamente se ha ido acrecentando cada vez más, en clara oposición al retroceso del aparato administrativo que se ha venido experimentando en otras áreas como las telecomunicaciones o el suministro de energía. Aunque es cierto, que en el caso de estos últimos su transición como servicios públicos prestados por la Administración, hacia una noción más moderna como servicios de interés general que en ejercicio de la libertad de empresa prestan los particulares, no ha evitado una intensa regulación, ni su intervención.

²⁰⁹ También se considera entidad de crédito en el artículo 1 LOSSEC, al Instituto de Crédito oficial, si bien al tratarse de una entidad pública empresarial no la incluimos en la enumeración.

²¹⁰ Artículo 175 C.Com. y siguientes.

²¹¹ Ponce Solé, J. (2014), «Crisis, Bancos privados, Obligaciones de Servicio Público y Servicio Universal. Actividad bancaria y servicios de interés económico general», en Tejedor Beilsa, J. y Fernández Torres, I.(coords.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Navarra, Ed. Civitas.

Es, precisamente, esta sumisión de los bancos a una ingente normativa, a través de una amalgama de directrices y órdenes de las más variadas instituciones nacionales e internacionales, la que permite estampar un sello especial a las entidades financieras respecto al resto de las empresas.

Esta posición singular de los bancos ya fue remarcada por el propio Tribunal Supremo, con ocasión de la utilización de la denominación genérica «banco» por otras empresas mercantiles no pertenecientes en rigor a la misma parcela. Así, podemos destacar la sentencia de 21 de julio de 2000 del Tribunal Supremo²¹² en la que a propósito de la denominación utilizada como «videobanco», «banca electrónica», «banca por cable», «banca on-line» señaló, a propósito de la interpretación jurídica de la palabra «banco», lo siguiente:

(...)debe tender a preservar —en pro de los intereses no solo de tales entidades sino, especialmente, de los ciudadanos que se ven compelidos a utilizar sus servicios en las circunstancias actuales y a depositar en ellas su confianza—la distinción neta entre las entidades financieras, sujetas a unos condicionamientos más estrictos, y el resto de empresas mercantiles. Entre los instrumentos que el legislador ha querido emplear a estos efectos se encuentra la reserva de denominación, de modo que el uso de las expresiones comúnmente asignadas a las entidades de crédito (esto es, lo que la ley entiende como «denominaciones genéricas de éstas») no está permitido para el resto de las empresas mercantiles.

Entre las expresiones comúnmente asignadas a las entidades de crédito y reconocidas como tales por el sentir popular, el término «banco» es la que más arraigo tiene en el panorama empresarial español, hasta el punto de que cualquier empresa que incluya en su denominación aquel término será asociada e identificada con las que forman parte de nuestro sistema financiero y crediticio.

El problema de base al que se enfrentan las entidades de crédito es que la implicación de intereses exclusivamente privados en la formulación de contratos mercantiles²¹³, en los que no ha intervenido ninguna administración pública, no les exime de la generación de una serie de riesgos²¹⁴, que trascienden la esfera de derecho privado

²¹² STS 21 de julio de 2000 (rec. 3083/1993).

²¹³ González Vázquez, J.C. (2007), «La organización del sistema bancario» en A. Sequeira, A. Gadea E. y Sacristán, F., *La contratación bancaria*, Madrid, Dykinson, págs. 48-95.

²¹⁴ García-Andrade Gómez, J. (2010), «Fundamentos y características de la regulación bancaria», en Muñoz Machado, S.(dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, t.X, Madrid, Iustel, págs. 15-141

en la que se desenvuelve la compañía financiera. En este sentido, el desarrollo del negocio bancario no sólo depende del correcto desempeño de la actividad por la dirección de la empresa, que en ocasiones pueden tener el impulso de optar por estrategias más o menos arriesgadas o excesivamente cortoplacistas, sino que adicionalmente se puede ver condicionada por los ciclos de la economía o la impredecible evolución del mercado. En definitiva, se trata de una actividad que se encuentra expuesta no sólo a la mano de una dirección más o menos contenida o razonable, sino también a los avatares propios del mercado.

A lo anterior, se debe añadir la intensa interconexión que se genera entre las entidades bancarias y especialmente respecto aquellas de gran tamaño, con una estructura especialmente compleja e internacional, que puede llegar incluso, a alcanzar una importante participación de los Estados, a través de su capital.

Los grandes emporios bancarios, que tanta preocupación han generado desde la caída de *Lehman Brothers* o su competidor *Merril Lynch*, se transforman en auténticos palacios de cristal, cuando se enfrentan a la gran amenaza que supone, hoy en día, la globalización. Globalización que opera tanto respecto al espacio físico en el que el negocio se desenvuelve, como en relación con las instituciones y herramientas que utiliza. Así por ejemplo, la crisis sanitaria generada por la COVID 19. Es decir, una inesperada pandemia a escala mundial puede llegar a ser letal a nivel económico y bancario, si no se adoptan respuestas inmediatas desde diferentes perspectivas, ya sean normativas (flexibilización requerimientos de capital, restricciones al reparto de dividendo...) o de otra naturaleza (bajadas de tipo de interés, suspensión de los ejercicios de estrés test, compra de deuda soberana por el BCE...)

No obstante, esta interconexión tampoco constituye ningún descubrimiento. De hecho, la lección que nos dejó la gran recesión del 2007 fue, precisamente, que el riesgo sistémico ya no era una elucubración académica, sino más bien una realidad impuesta bruscamente y en la que se pudo constatar que ramificaciones desconocidas e inicialmente inocuas de la actividad bancaria podían llegar a ser demoledoras, incluso para la propia credibilidad de los Estados. De ello y en su escala, ha dado cuenta el Banco Popular, que tras la superación de las pruebas de estrés organizadas por el Banco Central Europeo en 2014 y 2016, acabaría sucumbiendo a la falta de liquidez propiciada por las continuas salidas de capital y la pérdida de confianza.

Lo que conviene retener de lo mostrado hasta el momento es que los riesgos a los que se expone la actividad financiera trascienden la mera protección de los clientes e inversores²¹⁵, en la medida que pueden llegar a alcanzar la estabilización del sistema financiero, pues el efecto contagio es la consecuencia innata de un negocio que se asienta básicamente en los pilares de la confianza. Por ello, la previsión normativa no puede ceñirse a asegurar simplemente la devolución de las cantidades depositadas en la entidad, sino debe tender a procurar la satisfacción del interés general, evitando la exposición del ahorro y garantizando la financiación. La «mano invisible» de Adam Smith puede resultar suficiente si nuestra pretensión se limita a ajustar la economía de mercado, pero es claramente ineficaz si tratamos de dar cabida a otros intereses concurrentes en la actividad, más allá de la satisfacción de las premisas de la oferta y la demanda.

Esta configuración de la regulación bancaria como una actividad de riesgo para la estabilización de la economía nacional, justifica la creciente intervención pública, de modo que no se puede pretender reducir el derecho bancario a una suerte de derecho mercantil, dada la necesaria conjunción de normas públicas y privadas que operan en este ámbito. El estudio tradicional del derecho bancario como un sector integrante del derecho mercantil, explica la escasa atención que se ha otorgado habitualmente a la intervención pública en esta materia, así como la falta de un análisis exhaustivo de su fundamento²¹⁶.

En definitiva, la relevancia social que atañe a la actividad financiera demanda una mayor intervención pública. La credibilidad del sistema y la necesidad acuciante de generar y conservar la confianza exige tanto una normativa coordinada y sensible a las coyunturas del mercado como una aplicación transparente del ejercicio de las distintas potestades.

Mucho se ha avanzado en la configuración del sistema bancario y el diseño de las medidas de intervención y control, desde la Ley Cambó o desde la ley de 27 de agosto de 1938, cuando esta última incorporó las primeras medidas en este materia.

Por otro lado, en la definición y germen de este derecho administrativo financiero que podríamos calificar, a su vez, como global, alcanzan un papel protagonista diferentes instituciones internacionales encargadas de fijar estándares de actuación, muchos de los

²¹⁵ Salvador Armendáriz, M.A. (2014), «Transformaciones en la regulación bancaria. Una perspectiva desde el Derecho Público», en Colino Mediavilla J.L, González Vázquez J.C, Freire Costas R.M. y Recamán Graña. E., *Las cajas de ahorro y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*. Granada. Editorial Comares.

²¹⁶ García-Andrade Gómez, J. (2010), «Fundamentos y características de la regulación bancaria», en Muñoz Machado, S.(dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, t.X, Madrid, Iustel, págs. 15-141.

cuales serán adoptados posteriormente por el legislador europeo y estatal. Es el caso del Comité de Basilea o el FSB²¹⁷.

No procede en este momento efectuar un estudio exhaustivo del fundamento y las características de la regulación bancaria²¹⁸. No obstante, no cabe duda que lo que ha llegado a ser calificado como una actividad privada disciplinada²¹⁹, se inserta hoy en día plenamente en el concepto general de «regulación económica», pues comparte sus características principales consistentes en un intenso contenido técnico, creciente armonización, carácter profesional... o de conformidad con la denominación acuñada por la Unión Europea, nos encontramos ante un «servicio de interés económico general», partiendo de su esencialidad y de la asunción de obligaciones de servicio público. Prueba de ello, es que en el reciente estado de alarma la actividad de las empresas que prestan servicios financieros ha sido calificada como servicio de carácter esencial por el *Real Decreto-ley 10/2020 de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19*.²²⁰

Incluso hay quien dentro de los servicios de interés económico general, incluye la actividad bancaria como un estadio anterior, al resto de servicios de la misma naturaleza. Tal es el caso del profesor Jiménez Blanco quien llegó a decir:²²¹

«... si acaso hay un “servicio de interés económico general” (SIEG), en el sentido de los arts. 14 y 106.2 del TFUE, ese no es –aunque quizá no habíamos caído en la cuenta– sino precisamente el que ahora nos ocupa. Por supuesto que sin energía (y, en concreto, sin electricidad) no se podría desarrollar ninguna industria ni tan siquiera vivir, como tampoco

²¹⁷ Muñoz Machado, S. (2011), «Hacia un nuevo Derecho administrativo», en Blasco Esteve, A (coord.), *El Derecho público de la crisis económica : transparencia y sector público : hacia un nuevo derecho administrativo : actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, págs.191-237.

²¹⁸

²¹⁹ Villar Palasí identifica las actividades privadas disciplinadas, como aquellas en las que sin que se produzca una nacionalización, ni la declaración de un servicio público, regulan actividades de derecho privados sometidas a la economía social del mercado. Se pone énfasis en el adjetivo social, para dar cabida a la actuación de la Administración pública en aras a garantizar el cumplimiento de la vinculación social de la propiedad. Villar Palasí, J.L., (1964), op, cit.

²²⁰ Anexo 12.

²²¹ Ponencia dedicada a la función inspectora en el ámbito financiero en el VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante los días 8 y 9 de febrero de 2013.

sin telecomunicaciones, o, como se dice ahora, comunicaciones electrónicas. Calificar todo eso como SIEG es muy atinado, porque son la infraestructura de todo lo demás. Pero los avatares de los últimos años, en España y no sólo en España, han puesto de relieve que sin sistema financiero, ni tan siquiera podríamos imaginar electricidad, ni teléfono. Las entidades de crédito son, para decirlo así, y nos guste reconocerlo o no, la infraestructura de la infraestructura, y en ese sentido creo que tendría que reelaborarse la noción de SIEG no ya para hacer un hueco a los Bancos, sino incluso y voltearlo todo para ponerlos en el lugar central»²²²

Lo que aquí interesa tal como se ha mencionado anteriormente, no es analizar la actividad bancaria en su conjunto, sino centrarnos en un aspecto muy específico de esta regulación bancaria. En concreto, perseguimos adjetivar el tratamiento jurídico que se ha diseñado por el ordenamiento para atender y solucionar la situación de aquellas entidades bancarias que se deben enfrentar a una crisis que pone en riesgo su propia existencia.

Por tanto, nuestro estudio se debe centrar en averiguar cuál es la naturaleza de los procedimientos de resolución bancaria y en especial, aquellos que tienen que ver con la venta del negocio. En suma, cómo podemos catalogar un procedimiento en el que se habilita a la Administración a enajenar la propia entidad bancaria mediante una venta exprés, tras asumir sus funciones de dirección y sin audiencia de sus propios accionistas.

Es obvio que la protección del depositante no justifica por si misma la adopción de una normativa que permita la supervivencia y mantenimiento de la entidad bancaria a través de su venta u otro mecanismo, pues en este caso bastaría con asegurar el reembolso de las cantidades depositadas a través de diferentes fondos. Cuestión distinta sería la necesidad de tutelar la confianza que requiere el tráfico mercantil para la estabilidad del sistema, pues es precisamente ésta la que va a imponer una armonización del tratamiento jurídico de las entidades de crédito a nivel incluso internacional. Aparecen, ahora, nuevos protagonistas que van a demandar e interesar medidas eficaces, pues la caída de una entidad bancaria no sólo afecta a los depositantes, acreedores e incluso el personal de la empresa, sino además a los contribuyentes que pueden verse obligados a sufragar, finalmente, el rescate de la entidad, tal como aconteció tras la crisis del 2007. En este sentido, la presión social ha

²²² Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A. (2013), «La función inspectora en el ámbito financiero (La supervisión de las entidades de crédito)», en Díez Sánchez, L, *La función inspectora*, Madrid, AEPDA, INAP 2014.

venido a acrecentar en los últimos años el nivel de exigencia de transparencia, máxime en aquellos supuestos en los que se puede constatar la existencia de un cierto riesgo moral.

Ahora bien, tampoco se puede pretender en una actividad de mercado como es el caso, eliminar cualquier riesgo asociado, pues no es éste, el papel que debe asumir la Administración, máxime en la actualidad en la que se produce un creciente repliegue²²³ de la presencia pública en los distintos sectores económicos para centrarse en la asunción de obligaciones de servicio público en sentido estricto.

Dicho lo anterior, el punto de destino al que pretendemos llegar es a concienciarnos que la problemática que se plantea es de suma importancia pues sólo identificando la naturaleza de los mecanismos de resolución bancaria, podemos encontrar una respuesta a las garantías que resultan exigibles a los distintos afectados en este proceso, entre las que se encuentra la presunta lesión del derecho de la propiedad de los accionistas y la responsabilidad del Estado a la que pudiera llegar a estar asociada.

La LRREC 2015, define la resolución de una entidad financiera como «un proceso singular, de carácter administrativo, por el que se gestionaría la inviabilidad de aquellas entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que no pueda acometerse mediante su liquidación concursal por razones de interés público y estabilidad financiera.»

Esta categorización efectuada en términos muy básicos en la exposición de motivos del anterior texto legal, únicamente, nos permite posicionar en el mapa nuestras propias Columnas de Hércules.

No obstante, si pretendemos ser ambiciosos en nuestro estudio, deberemos explorar más allá para alcanzar una respuesta más precisa a la cuestión que se plantea. ¿Son los mecanismos de resolución bancaria una nueva modalidad de intervencionismo político? ¿existe una velada expropiación de los derechos de los accionistas a través de lo que se califica como un procedimiento administrativo singular?

²²³ Martín-Retortillo Baquer, S. (1988), «Panorama general de las crisis bancarias», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 59, pág. 345-360.

2. LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN BANCARIA. EL NACIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO ALTERNATIVA A LOS TRADICIONALES PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

A. LA INSUFICIENCIA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA

Ante una situación de insolvencia de una persona física y jurídica que no puede hacer frente a sus deudas, el régimen concursal tiene por finalidad establecer reglas claras que permitan propiciar, la reasignación equitativa de los recursos y la igualdad de trato entre sus acreedores, protegiendo de este modo la posición jurídica del empresario y el patrimonio de la empresa frente a acciones de terceros²²⁴.

La falta de idoneidad de los tradicionales procedimientos concursales para ofrecer una solución eficaz a las estructuras financieras se reveló de forma inmediata, resultando especialmente devastadora, cuando afectaba a entidades de gran tamaño o con una organización compleja que podían llegar a arrastrar en su caída a otros bancos, golpeando indirectamente al sistema financiero del país y reduciendo los recursos públicos de los ciudadanos.

De modo que, razones de interés público y utilidad general obligaron a elucubrar nuevas fórmulas que permitiesen el tratamiento de las entidades bancarias en crisis, ya sea para darles una respuesta sensata a su quiebra una vez que se produce inexorablemente, ya

²²⁴ Para el desarrollo del estudio de la insuficiencia del procedimiento concursal, se ha tenido en cuenta diferentes fuentes entre las que destaca: De Gioia Carabellese, P. (2019), «Insolvencia e instrumentos de resolución bancaria: epistemología y teleología de dos conceptos jurídicos «convergentes y paralelos». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.31, págs.143-160; De Gioia Carabellese, P. y Zhang, D. (2019), «Bail-in Tool and Bank Insolvency: Theoretical and Empirical Discourses around a New Legal (or Illegal) Concept», *European Business Law Review* 30, núm.3, págs.487-511; González -Gallarza Granizo, R. (2016), «Recuperación y resolución de entidades de crédito: un marco propio y diferente para la insolvencia de los bancos», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.25, págs.113-124, Pulgar Ezquerro, J. (2017), «“Holdout accionarial”, reestructuración forzosa y deber de fidelidad del socio», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.27, págs.43-67; Ramos Muñoz, D. (2018), «Resolución bancaria y preferencias de crédito», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.29, págs.23-51; Rodríguez Pellitero, J. (2010), op.cit; Tapia Hermida, A.J. (2016), «Las crisis bancarias en el sistema concursal español», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 24, enero 2016, págs. 67-81; Tapia Hermida, A.J. (2015), «La regulación de la insolvencia de las entidades de crédito en la Disposición Adicional Segunda de la Ley Concursal», *Revista La Ley Mercantil* núm.18 y Uría Fernández, F. (2018), *La nueva regulación y supervisión bancaria. Diez años de reforma tras la crisis*. Navarra. Aranzadi.

sea para evitar su definitiva insolvencia (*failing or likely to fail*). Llegamos así a la llamada «resolución bancaria».

Merece la pena subrayar que con la ayuda del vocablo «resolución», se intentó y se sigue intentando, dar una respuesta adecuada al reto que acarrea arbitrar una solución ordenada a aquellas entidades bancarias en crisis, sin comprometer dinero público. Tal como señala la exposición de motivos de la LRREC 2015, nos encontramos con un «procedimiento administrativo, especial y completo que procura la máxima celeridad en la intervención de la entidad, en aras a facilitar la continuidad de sus funciones esenciales, al tiempo que se minimiza el impacto de su inviabilidad en el sistema económico y en los recursos públicos».

El papel crucial al que está llamado el ejercicio de esta nueva potestad se observa fácilmente con la simple lectura de los objetivos que persigue la resolución, tal como han sido definidos tanto en el RMUR²²⁵ como en la DRREC²²⁶. Esto es, garantizar la continuidad de las funciones esenciales, evitar repercusiones negativas importantes sobre la estabilidad financiera, prevenir el contagio y mantener la disciplina de mercado, protegiendo los fondos públicos entre otros.

Así las cosas, el mecanismo de resolución bancaria no es una nueva modalidad de un procedimiento de insolvencia, pues subyace en su configuración un interés público que justifica su puesta en marcha. De modo que de no concurrir este interés, no habría inconveniente en proceder a la liquidación de la entidad de crédito, a través de los mecanismos concursales ordinarios.

Hasta aquí la concepción teórica. No obstante, no se puede caer en un planteamiento ilusorio, pues la utilización de un procedimiento de liquidación ordinario en una entidad de crédito, cuando se constata la ausencia de un interés público, no significa que sea precisamente un proceso sencillo. Así lo ha demostrado el caso del Banco de Madrid, en el que tras haberse iniciado el procedimiento concursal hace años, aún no ha llegado a término.

Efectivamente, la naturaleza y configuración del mecanismo de resolución bancaria no se puede identificar simplemente con un procedimiento de insolvencia. En este sentido, debemos tener claro qué reporta uno y otro procedimiento, pues no se puede obviar que en el fondo, ambos procedimientos persiguen un mismo objetivo, cual es liquidar una entidad

²²⁵ Artículo 14.2 RMUR.

²²⁶ Artículo 31 DRREC.

en crisis. Conviene, por tanto, perfilar las diferencias más sustanciales entre uno y otro procedimiento para estudiar mejor la naturaleza de la resolución bancaria.

A modo de prolegómeno conviene aclarar que la comparación de ambos procedimientos, se debe realizar en la misma escala, pues no se puede ignorar que el derecho concursal presenta diferentes versiones, según el país que se tenga en cuenta. De modo que o atendemos a la contraposición en su esfera internacional y desarrollo comunitario, a través de la asunción de los estándares sobre insolvencia y derecho de los acreedores, según el FSB y su traducción en el derecho europeo o bien optamos por la contraposición de nuestra norma concursal, esto es, el *Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR)*, con nuestra *LRREC 2015*.

B. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE EL MECANISMO DE RESOLUCIÓN BANCARIA Y EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

a. Un procedimiento administrativo versus un procedimiento judicial

Comenzando por lo más evidente, no hay duda de que, frente a la configuración del mecanismo de resolución bancaria como un procedimiento netamente administrativo, el concurso de acreedores se puede definir como un verdadero procedimiento judicial, ya que su conocimiento se atribuye directamente al juez concursal, quien lo dirige, sirviéndose de amplias facultades discrecionales. Es más, las atribuciones, que se conceden al juez, se extienden incluso a la fase de precurso, pues le corresponde la homologación de los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor con los acreedores, en los términos previstos en la ley.

Dentro de las atribuciones judiciales, se debe destacar que hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos, que integran la masa activa, sin autorización del juez.

b. La insolvencia.

Por otro lado, el presupuesto objetivo sobre el que descansa la declaración de concurso es la insolvencia del deudor común. Sobre este extremo, la norma aclara que el deudor se sitúa en un estado de insolvencia cuando no puede cumplir las obligaciones que le son exigibles, debiendo interpretarse que tal imposibilidad se debe tanto a la insuficiencia patrimonial, como a la simple carencia de liquidez.

En contraposición, el mecanismo de resolución se configura bajo una hipótesis mucho mas amplia, de tal forma que no se limita a la constatación de un mero estado de insolvencia actual, sino que se extiende a todas aquellos supuestos en los que se podría prever una insolvencia futura y ello se podría producir no sólo en términos de balance, sino como consecuencia de un estado de iliquidez o por incumplimientos de requisitos de solvencia a efectos regulatorios o cualesquiera otros que condicionan la concesión de la autorización administrativa que necesita la entidad de crédito. La extensión con la que se utiliza el término de «insolvencia» comporta un concepto jurídico indeterminado que puede incluir prácticamente cualquier situación que pueda generar dificultades presentes o futuras a la entidad.

De cualquier forma, ambos procedimientos comparten un espacio común, que vendrá dado a grandes rasgos por aquella situación en la que los pasivos de la entidad son superiores a los activos. La existencia de esta intersección exige definir con claridad cuál es el criterio que permitirá decantarse por el uso de uno u otro procedimiento y éste no es otro, mas que la concurrencia de un interés público. Como hemos hecho referencia anteriormente, el mecanismo de resolución bancaria descansa en la exigencia de un interés público que es totalmente desconocido cuando hablamos del régimen concursal.

c. Interés público

Retomemos ahora el concepto de interés público. Dicho interés se vincula en la resolución bancaria, al desarrollo por parte de la entidad bancaria de funciones esenciales, que no se reducen a la mera protección de los depositantes, sino que va más allá.

Cuando se alude al ejercicio de las funciones esenciales de las entidades de crédito, se está haciendo referencia a la necesidad de asegurar la continuidad de todas aquellas actividades, servicios y operaciones cuya interrupción podrían perturbar la prestación de servicios básicos para la economía real o la estabilidad financiera. En el fondo, lo que subyace bajo una aparente protección del contribuyente, es evitar efectos perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero, prevenir el contagio, mantener la disciplina del mercado, asegurar la utilización eficiente de los recursos, minimizando los apoyos financieros, proteger a los depositante cuyos fondos están garantizados o proteger los fondos reembolsables y demás activos de los clientes. En definitiva, se trata de paliar cualquier riesgo que pueda acabar, afectando la propia estructura del sistema financiero y, por ende, el propio bienestar social que trasciende el personal del inicial contribuyente.

Asimismo, debemos tener en cuenta que para la calificación de las funciones como esenciales se debe examinar el tamaño, la cuota de mercado, las conexiones internas o externas, la complejidad o el carácter transfronterizo de la entidad o su grupo, siendo especialmente cautelosos en lo que se refiere a los servicios financieros de importancia sistémica.

Así, la alusión que se hace en la enunciación de los objetivos de la resolución, a los depositantes y acreedores, debe enfocarse desde la óptica de su consideración como operadores económicos, y no tanto como titulares de un derecho subjetivo y personal al reembolso de su inversión, pues su protección individual, ya se obtiene a grandes rasgos a través de otros mecanismos como el fondo de depósitos.

Es decir, cuando el mecanismo de resolución bancaria se configura en torno al concepto de interés público, está rechazando implícitamente la posibilidad de priorizar intereses meramente privados. De aquí, surge una de las diferencias más sustanciales con el procedimiento concursal.

Es precisamente el régimen concursal el que persigue la satisfacción de los intereses de los acreedores con carácter general, la protección de sus expectativas legítimas y la igualdad de trato de los mismos, lo que no empece para que abogue en la medida de lo posible por la conservación de la actividad profesional o empresarial en aras a conseguir el beneficio de los acreedores y trabajadores de la empresa.

El punto en común es que ambos procedimientos persiguen evitar la destrucción de valor, si bien en el caso de la resolución se puede prescindir incluso de este objetivo, si este sacrificio fuese imprescindible para alcanzar los fines últimos de la resolución.

La primera consecuencia de este planteamiento supone que cuando se contempla específicamente el desarrollo de funciones esenciales por parte de la entidad bancaria, se está excluyendo de forma tácita todas aquellas entidades bancarias no sistemáticas o que carecen de una estructura compleja.

Pues bien, es este interés público el que explica la prioridad que se asigna a los procedimientos de resolución frente a los concursales y que se plasma en la disposición adicional decimoquinta de la LRREC 2015 desde dos hipótesis. En primer lugar, si se trata de una entidad bancaria que ya se encuentra inmersa en un proceso de resolución, los jueces mercantiles no pueden admitir solicitud de concurso y si así lo hiciese, serían nulas de pleno derecho las actuaciones judiciales efectuados. En segundo lugar, si dicho procedimiento aún no se han iniciado, tanto en el supuesto de tratarse de una solicitud de declaración de

concurso voluntario, como de un concurso necesario, el órgano competente deberá esperar la decisión que le comunique el órgano supervisor y el FROB.

Tal como se ha analizado, una de las notas definitorias del marco resolutorio estriba en que se efectúa una clara distinción entre aquellos acreedores, cuyos instrumentos ya sean activos, dinero o depósitos, garantizan el cumplimiento de las funciones esenciales por parte de las entidades bancarias, de todos los demás. Aquí juega un papel esencial la llamada recapitalización interna, pues tal como ha sido concebida colisiona frontalmente con uno de los principios básicos del régimen concursal, cual es el *par conditio creditorum*, al que posteriormente haremos referencia.

d. La planificación

El buen funcionamiento del régimen de resolución bancaria, exige que las entidades bancarias solventes efectúen sin exclusión un trabajo de campo previo, que servirá como preparación a una eventual situación de insolvencia. En este sentido, se exige que las entidades bancarias reflexionen continuamente sobre su propia «resolubilidad». Es decir, los gestores de la entidad deben garantizar que, si la entidad tuviera que ser resuelta en un momento determinado, su estructura o forma de funcionamiento permitirán realizar tal resolución, sin poner en riesgo la estabilidad económica y en especial el dinero público. Por este motivo, se exige en una primera etapa que las entidades diseñen un plan de recuperación y lo sometan a sus propios supervisores.

Al mismo tiempo, las autoridades de resolución deberán elaborar los planes de resolución, también conocidos como «testamentos vitales», en la medida en que se dedican a anticipar los términos de una futura liquidación y el destino que se debe dar a las unidades del banco.

No obstante, la preparación de estas últimas voluntades no se constriñe a la mera formalización del plan mencionado, sino que se debe plasmar en la práctica en la adopción de decisiones que repercuten en la propia estructura y organización de la entidad bancaria o de su grupo. Así, el trabajo en la «resolubilidad» se debe de traducir de facto en la simplificación y agilización de la estructura del grupo, la separación de líneas de negocio o los reconocimientos contractuales de recapitalización interna. En este sentido, las autoridades de resolución pueden compeler incluso a la entidad de crédito a adoptar medidas como la venta de activos o el abandono de líneas de negocio, en el caso de que la entidad no sea suficientemente «resoluble».

Frente a lo expuesto anteriormente, la Ley Concursal no contempla la confección de planes preventivos de insolvencia, ni exige estructuras concretas de pasivos para hacer frente a una eventual situación de crisis de la sociedad. Tampoco existen normas mercantiles con carácter general encargadas de desempeñar una función meramente preventiva de la insolvencia, como podrían ser limitaciones en materia de apalancamiento o la exigencia de proporciones concretas entre los pasivos privilegiados y los ordinarios. Únicamente, podríamos considerar algunas normas aisladas como es el caso de las previsiones de capital mínimo en la Ley de Sociedades de Capital, por ejemplo.

e. Requerimientos de capital mínimos

Otra diferencia sustancial entre el procedimiento resolutorio y concursal, deriva de la exigencia de unos niveles mínimos de capital y créditos ordinarios para asegurar que en caso de resolución, sean éstos los que absorban las pérdidas, preservando otros pasivos que se consideran dignos de una mayor protección.

La experiencia de situaciones pasadas puso en evidencia, la escasa capacidad de involucrar a los acreedores en la financiación de los costes de las quiebras de las grandes entidades bancarias, quizás por el excesivo coste que ello suponía o por la complejidad de sus estructuras, para jerarquizarlos adecuadamente. Cualquiera que fuese el motivo, esta reticencia explica la tendencia hacia la financiación pública que se hizo patente ante las primeras quiebras bancarias y por ende, la insuficiencia del marco del concurso para dar una respuesta rápida y eficaz al problema.

Si el procedimiento concursal está indisociable unido a la negociación con los acreedores para tratar de lograr en la medida de lo posible una refinanciación de la deuda, las peculiaridades de las quiebras bancarias hicieron inoperante esta máxima del funcionamiento del concurso.

Se optó, entonces, por diseñar en el ámbito de la resolución bancaria un nuevo requerimiento regulatorio tanto a nivel global para entidades sistemáticas (*Total Loss Absorption Capacity*²²⁷), como a nivel europeo (*Minimum Requirement For Own Funds and Eligible Liabilities*²²⁸), con el objeto de exigir a las entidades bancarias que mantuviese unos niveles mínimos de capital y de créditos ordinarios.

²²⁷ Capacidad total de absorción de pérdidas, TLAC.

²²⁸ Requerimiento mínimo de recursos propios. Pasivos elegibles para la recapitalización interna, MREL.

De este modo, se pretende asegurar que en caso de caída, los titulares de estos recursos absorberán las pérdidas, preservando la posición de otros pasivos, como por ejemplo, los depositantes. Es decir, a través de estas nuevas exigencias, se pretende garantizar que sean los accionistas y los acreedores no garantizados ni asegurados los que soportan los costes de la quiebra, evitando la exposición de los contribuyentes a las pérdidas, como consecuencia de la concesión de ayudas públicas.

La ratio TLAC tuvo su origen en los trabajos desarrollados por el FSB en noviembre de 2015 y centran su aplicación en las entidades sistemáticas globales. La incorporación del acuerdo de este organismo internacional tuvo lugar con la publicación de la *Directiva 2019/879* por la que se modificó la DRREC, para conseguir la armonización de ambos ratios, pues tanto la norma TLAC y el MREL persiguen el mismo objetivo de garantizar que las entidades dispongan de una capacidad de absorción de pérdida y de recapitalización suficientes.

No obstante, existen dos importantes diferencias: por un lado, el MREL se aplica a todos los bancos europeos, y por otro, no es un porcentaje fijo mínimo común para todos ellos, sino que se calcula caso a caso, teniendo en cuenta el perfil de riesgo, modelo de negocio, gobierno corporativo, la importancia sistemática y la estrategia de resolución.

En cualquier caso, no podemos confundir estos requerimientos con la ratio de solvencia a la que está sometida la banca, en relación con sus recursos propios a nivel de capital o en relación con los límites de apalancamiento. Nos encontramos ante una magnitud opuesta, una especie de «ratio de insolvencia» que persigue asegurar la existencia de «acreedores que perderán lo suficiente (para que otros se salven).»²²⁹

En clave nacional, la LRREC 2015 discrimina entre pasivos admisibles para la recapitalización, de aquellos excluidos, ya sea por imperativo legal o por decisión del FROB. Así entre los pasivos excluidos de la recapitalización se incluyen los depósitos del público garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos, pasivos garantizados incluyendo bonos garantizados, deudas y bonos hipotecario, pasivos resultantes de la tenencia por la entidad afectada de activos o dinero de clientes, pasivos contraídos con empleados, acreedores comerciales, administración tributaria o Seguridad Social entre otros. Por otro lado, el mismo texto legal se encarga de la determinación del requerimiento mínimo de fondos propios y pasivos admisibles²³⁰.

²²⁹ Así, se define el concepto de TLAC en González -Gallarza Granizo, R. (2016), op, cit..

²³⁰ Artículo 44 LRREC 2015.

De cualquier forma, lo que resulta significativo es que los pasivos admisibles no se equiparan con la cascada de liquidación que se diseña en el concurso.

Pues bien, la ley concursal no exige a las sociedades un nivel mínimo de pasivo exigible ordinario en relación con otros pasivos como pueden ser los créditos de derecho públicos o los créditos con privilegio general. De la misma forma, tampoco se impone el cumplimiento de una determinada proporción de acreedores privilegiados u ordinarios, o lo que es lo mismo no se exige que los acreedores privilegiados superen a los ordinarios o a la inversa, pero es más ni siquiera se demanda que el conjunto formado por el capital, la deuda subordinaría y los créditos ordinarios representen una cierta proporción respecto del pasivo total. Ninguna disposición mercantil contiene una previsión semejante.

f. El papel de una administración hegemónica

Desde esta perspectiva, también, se debe hacer referencia al papel hegemónico que se otorga a la Administración en el procedimiento resolutorio, lo que fácilmente se contrapone con la operativa existente en el procedimiento concursal.

El concurso se caracteriza por el reconocimiento de una cierta flexibilidad en aras a favorecer la negociación, de aquí el reconocimiento de una cierta autonomía de la voluntad por parte del concursado y de los acreedores que es especialmente intensa en el caso del convenio. El juez del concurso ostenta importantes facultades para adaptar, finalmente, las facultades patrimoniales del deudor que se someten a intervención o suspensión. De lo expuesto, fácilmente se deduce que la intervención de la Administración en el concurso es francamente nula o muy limitada, a menos que tratándose de un acreedor participe en la negociación anterior.

Como hemos señalado anteriormente, en el procedimiento de resolución bancaria la autoridad de resolución, ya sea el FROB o la JUR según el ámbito de aplicación en el que se inserte la actividad de la entidad bancaria, ejercerá la dirección del procedimiento. Esto es, una vez que concurren los presupuestos de inviabilidad para iniciar la resolución, le corresponde a la JUR o al FROB adoptar la decisión de someter la entidad bancaria al procedimiento de resolución.

A partir de aquí, se produce necesariamente la sustitución del órgano de administración de la sociedad y de los directores generales o asimilados, procediendo a la designación de aquellas personas o persona físicas o jurídicas que en su nombre y bajo su control ejercerán las funciones legalmente encomendadas.

Por el contrario, durante la tramitación del concurso se mantienen los órganos de la persona jurídica. Si bien, la suspensión de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio se contemplan en caso de concurso necesario, aunque el juez podrá motivar una decisión diferente sobre este extremo o aplicarla, también, aún en caso de concurso voluntario, si lo considerase oportuno.

En cuanto a la iniciativa del procedimiento resolutorio, los administradores de la entidad bancaria únicamente podrán comunicar su inviabilidad al órgano supervisor, pero no se les otorga la posibilidad, ni de solicitar la resolución, ni de participar en la decisión definitiva.

En una postura opuesta, la solicitud de declaración de concurso puede presentarla el deudor (concurso voluntario por insolvencia actual o inminente) o los acreedores (concurso necesario). Es más, se impone al deudor el deber de solicitar la declaración del concurso, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, bajo la presunción de culpabilidad en caso de no atender a su obligación de comunicación.

Por otro lado, a lo largo del proceso de resolución bancaria, el FROB queda investido de importantes facultades administrativas y mercantiles que se traducen en una posición de dominio, que incluye todo tipo de decisiones y actos que afectan a la entidad, a sus accionistas, acreedores o terceros.

Las facultades mercantiles que no se enuncian expresamente en el texto legal, equivalen a todas aquellas que asume el órgano de administración de la entidad, los accionistas o titulares de cualesquiera valores o instrumentos financieros o la junta/asamblea general.

Por el contrario, las facultades administrativas que ejerce la Administración se enuncian expresamente y entre las mismas se incluyen operaciones tan relevantes como transmitir u ordenar la transmisión de las acciones, aportaciones al capital social o con carácter general, instrumentos representativos de capital o convertibles en ello; realizar operaciones de aumento o reducción de capital, de emisión y amortización total o parcial de obligaciones, incluyendo instrumentos convertibles, y cualesquiera otros valores o instrumentos financieros; así como la realización de modificaciones estatutarias, aplazar, suspender, eliminar o modificar derechos, obligaciones, términos y condiciones, cancelar o modificar las condiciones de un contrato...

Lo que se debe retener del conjunto de facultades que se otorgan al FROB es su extensión omnímoda, que llega a alcanzar la transmisión de la sociedad en su conjunto, al precio que considera unilateralmente conveniente, valiéndose para ello de la valoración efectuada por unos expertos independientes o incluso sin ella, si razones de urgencia lo justifican.

Pero el despojo de los derechos de los accionistas no sólo se hace patente mediante la atribución de unas facultades exorbitantes, tanto a nivel administrativo como mercantil, sino también se evidencia en el reconocimiento de una serie de garantías para lograr su eficacia y llevarlas a término. En este sentido, para que el FROB puede alcanzar los objetivos y cumplir los principios de resolución, no le resulta de aplicación las limitaciones y demás requisitos relacionados con las operaciones de aumento y reducción de capital, la conversión de instrumento o de recapitalización interna. Tampoco, será necesaria la elaboración de informes preceptivos. Por otro lado, los actos administrativos dictados por el FROB en la aplicación de los instrumentos de resolución y acuerdos adoptados en sustitución de la junta o asamblea en el ejercicio de facultades mercantiles serán inmediatamente eficaces desde su adopción sin necesidad de dar cumplimiento a ningún trámite, ni requisito establecido normativa o contractualmente.

Este poder exorbitante, que se otorga al FROB, se justifica en la necesidad de proceder de una forma rápida y eficaz a la intervención de la entidad, en aras a minimizar el impacto de su inviabilidad o la utilización de los recursos públicos y facilitar la continuidad de la actividad.

A raíz de lo expuesto, se debe poner de relieve que a lo largo del proceso de resolución, ya sea en el ámbito europeo o nacional, no se prevé ninguna intervención del accionista, acreedor, depositante,...o cualquier persona que pudiera tener algún mínimo interés, sino que su actuación queda reducida a la impugnación de los actos y decisiones adoptados por las autoridades de resolución, con el particular que la valoración que acompañe a los actos y decisiones del supervisor no puede ser objeto de recurso separado.

Esta escasa posibilidad de participación o reacción por parte del accionista contrasta con el procedimiento concursal. Aquí, el deudor podrá mostrar su oposición, antes de la declaración del concurso, alegando que no se encuentra en estado de insolvencia, lo que no empece para que le corresponda la carga de la prueba de acreditar que dispone de los medios suficientes para atender a sus obligaciones.

g. La celeridad en el procedimiento resolutorio

Una de las notas esenciales del procedimiento resolutorio es, sin duda, la celeridad del proceso, a través de la que se trata de fraguar un acuerdo prácticamente instantáneo, aprovechando en muchas ocasiones el lapso temporal entre el cierre del mercado y la siguiente apertura con la finalidad de atajar, así, la depreciación que se podría producir de trascender la información sobre el deterioro económico de la entidad.

La rapidez en la implementación de los esquemas resolutorios es esencial ante la pérdida de confianza, que supone la extensión de una rumorología negativa en torno a la entidad bancaria que puede afectar seriamente a la liquidez de la entidad.

De ahí, que no resulte extraño el término que se ha acuñado *resolution week-end*, pues en la mayor parte de los casos, el mercado descubre que la entidad se ha resuelto, e incluso ha sido enajenada por un determinado valor a otra entidad, cuando el mercado abre sus puertas de nuevo. Entonces, no existe ninguna posibilidad de revertir la situación ya creada, y los accionistas y acreedores, quienes no han tenido ninguna participación en el proceso, se deben conformar con la impugnación del acuerdo adoptado y consumado. Sólo cuando se opte por medidas como el banco puente, la separación de activos o incluso, la utilización del Fondo de Resolución Único por encima de determinados niveles, dicha inmediatez no sería posible. Pero en este caso, se haría necesario la adopción de medidas adicionales, para garantizar la solvencia o liquidez durante el periodo de resolución. Medidas que aún no se han desarrollado con precisión y que constituyen una de las principales demandas en esta materia.

Esta forma de actuación es absolutamente antagónica a la que opera en el concurso, pues la participación de los acreedores es especialmente activa, desde el inicio a través de las distintas negociaciones y tiene su cúspide en la manifestación de su voluntad, a través del voto sobre el convenio presentado.

Si buscásemos una figura semejante, el procedimiento resolutorio se asemejaría al llamado procedimiento preventivo extrajudicial o *pre-pack*.²³¹ Aunque puede adquirir diferentes significados, dependiendo del ordenamiento jurídico en el que se utilice, el termino *pre-pack* hace alusión a una operación sobre los activos de una empresa en crisis, que se prepara antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia junto con un administrador y que, por lo general, se ejecuta inmediatamente después de la apertura del procedimiento de insolvencia. Se trata de una figura que se desarrolló en los Estados

²³¹ Dicho término procede de la expresión inglesa «pre-packaged insolvency sale».

Unidos y en el Reino Unido, pero que pronto se extendió a otros Estados como Alemania, Francia o Países Bajos.

El éxito del pre-pack descansa en que a través de una solución rápida y flexible, permite priorizar el rescate o la recuperación de ciertas unidades viables económicamente de la compañía, frente a la opción clásica de la liquidación de la empresa, que representa el procedimiento concursal²³².

h. Los instrumentos de resolución

La ley concursal trata de dar solución a la situación de insolvencia en la que ha incurrido el deudor, a través de la figura del convenio para la que la ley articula distintas fases. Se trata de alcanzar la satisfacción de los acreedores a través de un negocio jurídico «sui generis», con el que alcanzar la reestructuración del pasivo financiero. No obstante, y a pesar de la preferencia de esta estrategia por parte de la ley concursal, la realidad es que la mayor parte de las empresas acaban en liquidación.

Frente a estas dos operaciones (convenio o liquidación) de las que se sirve el concurso, los instrumentos de resolución que se detallan normativamente pueden alcanzar las siguientes modalidades: venta del negocio, transmisión de activos y pasivos a una entidad puente, transmisión de activos y pasivos a una entidad de gestión de activo o la recapitalización.

Dejando al margen la recapitalización, el instrumento de resolución que se asemeja en mayor medida a la liquidación es la venta del negocio, pues la transmisión a una entidad puente o una entidad de gestión son mecanismos diseñados básicamente para el sector bancario.

Si nos centramos en la venta del negocio, podemos añadir que dicha enajenación puede consistir bien en la transmisión de las acciones o aportaciones al capital social, o bien en todos o parte de los activos o pasivos de la entidad. En cualquiera de las opciones anteriores, no se requerirá el consentimiento de los accionistas o terceros diferentes del comprador, ni será aplicable ninguna previsión estatutaria sobre adquisición o preferencia ni serán exigibles las normas en materia de oferta pública obligatoria de las sociedades cotizadas entre otras.²³³

²³² La figura del pre-pack ha sido objeto de análisis en las conclusiones presentadas por el Abogado General, D. Paolo Mengozzi en fecha 29 de marzo de 2017, en el asunto c-216/16, a propósito del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas.

²³³ La derogación de las normas de derecho general a los procedimientos de resolución bancaria implica que algunos autores se refieran a la regulación de esta materia como un Derecho

i. *Recapitalización interna*

La recapitalización interna se ha erigido como una de las novedades de la regulación en materia de resolución bancaria, con el fin de otorgar al término anglosajón *bail in* una dimensión jurídica de la que carecía hasta el momento²³⁴.

Si tuviéramos que definir la recapitalización, diríamos a grandes rasgos que se trata del mecanismo del que se vale la autoridad administrativa para decidir que las pérdidas de la entidad de crédito de aquella entidad en la que se cumplan los presupuestos de resolubilidad serán asumidas, primero por los accionistas y luego por los acreedores, de acuerdo con el orden de clasificación de sus créditos en el marco de un procedimiento de insolvencia.

Pero no se trata, en ningún caso, de un régimen absolutamente novedoso, pues no deja de ser la misma técnica forzosa de reestructuración utilizada en el Derecho Societario para aquellas compañías que se encuentran en dificultades, tal como ha sido regulada en el *chapter 11 del Bankruptcy Code norteamericano*. Norma de referencia en materia de reestructuración y que hoy en día, tiene su reflejo en la *Directiva 2019/1023* sobre reestructuración temprana. En definitiva, al final, en la resolución se impone una especie de *cramdown*²³⁵ de naturaleza administrativa de socios y accionistas de una entidad bancaria, que no deja de ser una compañía, en el que se impone forzosamente a los accionistas y socios la asunción de pérdidas, más allá del estricto ámbito negocial²³⁶.

Tal como hemos señalado anteriormente, se trata de una de las herramientas arbitrada en la regulación para proceder a la resolución de las entidades de crédito, que puede ser utilizada individualmente o en conjunción con otros instrumentos.

Ahora bien, al tratarse de un mecanismo de absorción de pérdidas es difícil sostener que esta herramienta pretenda aisladamente recuperar la viabilidad del banco y mantener la actividad bancaria. En consecuencia, esta estrategia se verá acompañada tradicionalmente por el ejercicio de otros instrumentos de resolución, pues de lo contrario,

Excepcional. González-Echenique Castellanos de Ubao, L. (2020), «La regulación de la resolución bancaria como Derecho excepcional: sus manifestaciones», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios de resolución bancaria*, Madrid, Editorial Aranzadi, págs. 937-978.

²³⁴ Ringe, W-G (2016), «Bail-in between liquidity and solvency», *Legal Research paper series n° 33/2016*, University of Oxford. Disponible en <https://doi.org/10.2139/ssrn.2782457>.

²³⁵ Pulgar Ezquerro, J. (2019), «Resolución bancaria versus liquidación concursal: recapitalización interna y valoración de la diferencia en el trato», *Revista de Derecho Mercantil*, núm.314, págs. 11-66.

²³⁶ Pulgar Ezquerro, J. (2019), «Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023», *Diario La Ley* núm. 9474.

la recapitalización exigiría un capital excesivamente elevado para poder continuar con el negocio y existirían problemas importantes de liquidez, tras el llamado fin de semana de resolución difícilmente solventables. En este sentido, hay quien señala que la aplicación de medidas de recapitalización interna, sin el uso simultáneo de otras estrategias como la venta a un tercero puede resultar una utopía con la actual normativa europea.²³⁷

En definitiva, se debe subrayar que la recapitalización obligatoria está asociada a la asunción de pérdidas por partes de los acreedores. Esto es, sólo se podrá aplicar medidas de recapitalización a los acreedores, si antes o al mismo tiempo se aplican las mismas medidas a los accionistas.

Asimismo, esta recapitalización no descansa en el acuerdo contractual al que pueden llegar los accionistas y acreedores, como si se tratase de un procedimiento concursal, sino que vendrá impuesto por la autoridad administrativa correspondiente, sin la intervención de los anteriores.

El resultado de esta operación no sólo puede afectar a los accionistas, que se verán privados del derecho de propiedad de sus acciones, sino también a los acreedores cuya posición en el pasivo de la entidad puede verse modificada, pues a través de la recapitalización se autoriza a la administración para que puedan convertir las deudas existentes en acciones u otros instrumentos de capital. Esto conlleva una operación contable que altera la estructura del balance de la propia entidad bancaria. Desde esta perspectiva, quien era acreedor pasará a ser propietario.

Centrándonos en los acreedores, no todos los pasivos serán susceptibles de recapitalización, pues quedarán excluidos expresamente aquellos que se mencionan en la normativa, tales como los depósitos garantizados hasta el nivel asegurado normativamente, pasivos garantizados incluidos los bonos garantizados, pasivos con empleados, proveedores, con la Administración tributaria o Seguridad Social entre otros y también aquellos pasivos susceptibles de exclusión por decisión de la autoridad correspondiente como el FROB en la resolución a nivel nacional.

De este modo, se introduce de facto un nuevo régimen de prelación de crédito que quebraría el principio concursal tradicional conocido como «par conditio creditorum».

²³⁷ Gil Saldaña A. (2020) Bail-in como herramienta de gestión de las crisis bancarias.https://www.vozpopuli.com/opinion/Bail-in-herramienta-gestion-crisis-bancarias_0_1320769415.html.

Aunque en relación con los pasivos admisibles, se deberá aplicar en nuestro ordenamiento el orden que resulta precisamente de la Ley concursal.

Por el contrario, los accionistas quedarán afectados en su totalidad con independencia de la posición que ostentan en el control de la gestión de la entidad, decayendo la tradicional actitud protectora del Derecho concursal hacia los anteriores. En la norma concursal y sin perjuicio de la pérdida de valor que pueden sufrir en el mercado, los socios y accionistas no están sujetos a quitas o esperas, salvo acuerdo por mayoría de Junta General.

En la resolución, se podrá realizar la conversión o amortización de los instrumentos de capital con independencia del instrumento utilizado en la resolución, incluida la recapitalización. En este supuesto, se fija un orden de prelación atendiendo a los diversos niveles de capital, aunque es evidente que las acciones como elementos de capital ordinario serán las primeras que sufrirán la pérdida.

Es precisamente esta responsabilidad, que puede alcanzar tanto a acreedores, como accionistas la que explica la necesidad de arbitrar nuevas exigencias de capital, ya sea mediante la definición de unos requisitos mínimos de fondos propios y pasivos admisibles para la absorción de pérdidas (MREL), ya sea mediante la creación de nuevos instrumentos de capital para las entidades con relevancia sistemática (TLAC).

En síntesis, en el nuevo marco de resolución, el inversor deberá valorar la posibilidad de una eventual recapitalización interna, de modo que tendrá que reflexionar sobre la estructura del pasivo de la entidad, incluyendo aquellas deudas que se encontrarían fuera del *bail in*, con el fin de poder predecir su posición final, si llegado el momento se consumase una eventual resolución. La importancia de esta reflexión es máxima, ya que si los acreedores concluyesen que la posibilidad de *bail-in* es elevada, pedirán un remuneración más alta para aceptar instrumentos de deuda.

Actualmente, un sector de la doctrina califica el derecho de los acreedores de una empresa bancaria como una especie de «*creditor sub iudice*», un crédito cuyo estado cambia sin su consentimiento, si la entidad acaba siendo finalmente inviable²³⁸.

j. Valoración

La valoración se erige como la piedra angular en el mecanismo de resolución bancaria y, a su vez, como una de sus principales debilidades. Su esencialidad radica en

²³⁸Pulgar Ezquerro, J. (2019), op.cit.

que opera como una garantía para accionistas o acreedores, de aquí su importancia. Únicamente, una correcta valoración puede garantizar que la posición de los acreedores no se verá perjudicada frente a la otra alternativa, que supone llevar a cabo directamente la liquidación de la entidad a través del concurso. En suma, garantiza la aplicación del llamado principio «no creditor worse off».

Sin entrar en mayor detalle, relegando su estudio a otro momento más avanzado de nuestro argumentario, conviene señalar que el objetivo de la valoración es determinar en primer lugar, si se cumplen las condiciones para proceder a la resolución (valoración 1) y posteriormente, a la luz de los resultados resolver la elección del instrumento de resolución (valoración 2), atendiendo a las pérdidas que se deberán de asumir aplicando el principio de «non creditor worse off» (valoración 3). Valoraciones que se deben realizar con cierta coherencia, pues carecería de sentido la resolución si existieran importantes discrepancias en su contenido.

Por tanto, la importancia de una correcta valoración se presenta como crucial. De cualquier forma, el problema de la valoración se pone de manifiesto en relación con la estimación del activo, pues el pasivo no plantea dificultades en cuanto a su concreción.

No existe ninguna norma que establezca la metodología para su cuantificación, lo que supone el principal lastre de este mecanismo. Ahora bien, en la medida en la que la resolución trata de continuar de una u otra forma con la actividad bancaria, para evitar un *shock* sistémico financiero, debemos pensar que su valoración se debe decantar por un método cuantitativo más acorde con una empresa que va a continuar con su funcionamiento (*going concern*), que a otro que en el que la compañía cesa en su actividad (*gone concern*).

En cuanto a la norma concursal, no existe ninguna equivalencia al respecto, pues no se ha incluido ninguna previsión acerca de la valoración de la empresa. En consecuencia, serán los interesados los encargados de evaluar por sus propios medios la mejor solución mediante una decisión colegiada o impuesta por el juez.

k. Estructura

Por último, la estructura orgánica del concurso es sencilla, por cuanto exclusivamente participan como órganos necesarios: el juez y la administración concursal formada por uno o tres miembros, según los casos. Esta simplificación de la estructura orgánica del concurso es posible gracias a la atribución de competencias, correctamente delimitadas.

Asimismo, se debe destacar la flexibilidad para adaptarse a las distintas situaciones que puedan surgir, atendiendo a la motivación de las resoluciones judiciales y la adopción de medidas para fomentar la negociación. Así, por ejemplo, se permite que la ejecución separada de las garantías reales sobre los bienes del concursado no perturbe el desarrollo del procedimiento concursal para lo que se puede paralizar temporalmente dichas ejecuciones mientras se negocie el convenio o se abra la liquidación, todo ello por el tiempo de un año desde la declaración del concurso.

Por el contrario, el procedimiento de resolución es especialmente complejo y requiere la intervención de diferentes esferas nacionales o comunitarias, dependiendo de la envergadura de la entidad bancaria. Si bien, siempre desde esferas administrativas y sin perjuicio de que la decisión final, pueda ser susceptible de recurso judicial.

Lo que conviene, aquí, retener es que en ningún caso la resolubilidad de la entidad depende de la tutela previa o coetánea de una autoridad judicial, sino que la decisión que adopte la autoridad de resolución bancaria, ya sea nacional, ya sea comunitaria, únicamente podrá ser objeto de control a posteriori, valiéndose de la vía de los recursos para obtener un pronunciamiento judicial sobre la materia.

C. LA RESOLUCION BANCARIA NO ES UNA MODALIDAD DE PROCEDIMIENTO CONCURSAL

A raíz de lo expuesto, debemos concluir que la resolución no es una modalidad de procedimiento concursal; es más, ni siquiera es un mecanismo de respuesta a la insolvencia de las entidades bancarias. Existen importantes diferencias en su regulación que ponen de relieve que los distintos cauces arbitrados en nuestro ordenamiento jurídico para solucionar los problemas de las entidades bancarias en crisis, al margen del procedimiento común de concurso responde a la existencia de una finalidad pública.

Veamos, los bancos curiosamente son compañías por definición insolventes, pues siendo los créditos exigibles a su vencimiento, basta una petición de reintegro simultáneo de sus depósitos para incurrir en dicha situación de insolvencia.

Pero esta condición intrínseca de los bancos no explica la distinta naturaleza de los procedimientos concursales, en relación con los procedimientos de resolución bancaria. En estos últimos, el propósito incuestionable que se persigue no es otro que asegurar la continuidad de las actividades, operaciones y servicios, cuya interrupción podría perturbar la prestación de servicios esenciales para la economía, evitar los efectos perjudiciales para

la estabilidad, asegurar la utilización de los recursos públicos y proteger a los depositantes cuyos fondos están garantizados. Esta finalidad es absolutamente desconocida por el procedimiento concursal, más preocupado por tratar de mantener la mejor posición para sus acreedores y conservar su deuda en la medida. Lo anterior denota la inexistencia del interés público que impregna el procedimiento de liquidación en oposición a todo aquello que concierne a la resolubilidad bancaria.

No obstante, la resolución se asemeja al concurso por la forma en la que opera, esto es, mediante un mecanismo de acción colectiva que persigue la atribución de pérdidas a los accionistas y titulares de pasivo. Esto significa, que ambas opciones permiten distribuir mediante «una acción colectiva, pérdidas anticipadas, descontadas, traídas a presente»²³⁹.

Ahora bien y retornando a la idea anterior, la normativa concursal persigue la satisfacción de los acreedores, tratando de resolver la situación de insolvencia en la que incurre el deudor mediante la generación de flujos de ingresos.

Por el contrario, en el ámbito de la resolución, la exigencia de una estructura diversificada de los pasivos o en su caso, la recapitalización interna no convertirá en viable, una entidad bancaria que fuera considerada inviable o en proceso de inviabilidad, ya que la recapitalización sólo sirve para enjugar pérdidas y no para mejorar la capacidad de pago de las obligaciones y mucho menos, para generar ingresos. De aquí, que la recapitalización interna no podrá operar como un instrumento aislado dentro de la resolución, sino que necesita el apoyo de otra medida para su eficacia, pues lo relevante, al final, vendrá de la mano de la existencia de modificaciones estructurales, lo que se asocia en el ámbito mercantil, con operaciones de segregación, fusión, absorción, cesión de activos y pasivos según lo dispuesto en la *Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales en las sociedades mercantiles* y que en la resolución bancaria se articulará a través de instrumentos de resolución como la venta del negocio.

Entonces, podemos preguntarnos ¿para qué sirve la resolución tal como ha sido confeccionada en el ordenamiento? La respuesta sería, sin duda, para conservar el valor operativo o funcional del banco, lo que se asemeja a las intenciones que persiguen los concursos no liquidatorios, pues sólo así se conseguirá el mantenimiento de las actividades esenciales de la entidad bancaria, sin que ello afecte a la estabilidad financiera.

²³⁹ Ruiz Ojeda, A. (2020), «"Non creditor worse off"(NCWO): La (in)soportable levedad del derecho paraconcursal bancario», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.) *Estudios de resolución bancaria*, Madrid, Editorial Aranzadi, págs. 525-574.

En definitiva, el procedimiento de resolución bancaria no es una modalidad de procedimiento concursal, ni siquiera un procedimiento de insolvencia, sino una alternativa de imperativa imposición a las entidades bancarias, como consecuencia de la existencia de razones de interés público y estabilidad financiera, que exigen un tratamiento diferente al que se persigue por parte de los intereses de los accionistas y acreedores. En consecuencia, la naturaleza pública de este procedimiento se revela como indiscutible.

3. EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN BANCARIA, UN PROCESO SINGULAR, DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO

Los esfuerzos legislativos efectuados a lo largo de la historia del sector financiero han estado centrados en lograr una mayor presencia del control por parte de la Administración pública. Ha sido precisamente la concurrencia de un interés público, plasmado en el papel económico que desempeñan las entidades de crédito en nuestra sociedad, como encargadas de propiciar la circulación de riqueza y el acceso al crédito, lo que ha justificado los intentos de dominación de la esfera bancaria y la intensificación de este empeño en los últimos años.²⁴⁰

Es una obviedad que el retroceso que ha experimentado el Derecho administrativo en otros escenarios, no se ha producido en esta área especialmente sensible para el bienestar de la sociedad en su conjunto y con un impacto incontrovertible en la economía nacional. Hasta aquí, no se vislumbra ninguna serendipia, ni descubrimiento laborioso, es simplemente una evidencia.

Ahora bien, el terreno bancario adolece de un buen firme, ya que transita en un espacio fangoso entre el principio de justicia que se debe exigir a los propietarios y acreedores de la entidad, entre los que debemos incluir a los depositantes, para que hagan frente a sus responsabilidades; y el principio de prudencia, proporcionalidad y necesidad que debe presidir el ejercicio de cualquier potestad pública.

Dicho lo anterior, merece resaltar que este proceso de «publicación» ha revertido en nuevas fórmulas de actuación por parte de la Administración, cuya adjetivación es necesario abordar, pues sólo desde un examen exhaustivo del contenido, podremos definir

²⁴⁰ Blinder, J. (2019), «Proporcionalidad at the Resolution Stage: Calibration of Resolution Measures and the Public Interest Test», *European Business Organization Law Review*, núm.21, págs 453-474, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2990379> y Bobes Sánchez, M.J (2016), «Conciliación de intereses públicos y privados en la resolución de las entidades bancarias», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm.143, págs.261-281.

las garantías que se arbitran en el ordenamiento para lidiar con los abusos en los que se puede incurrir por parte de las autoridades. Uno de estos novísimos conceptos es, sin duda, la resolución bancaria.

Tal como hemos podido aseverar en las primeras líneas de este estudio, la legislación bancaria ha venido siendo dictada a caballo de los avatares que han propiciado las distintas crisis económicas, lo que ha generado cierto casuismo y una sensación de relleno normativo que al final acaba, curiosamente, por derrumbar el castillo de naipes legales que se pudiera levantar. Parafraseando a Charbonneau: *le poid écrasant des règlements se nourrit de ses propres échecs*²⁴¹.

Las nuevas técnicas de regulación económica nacidas al albur de unas circunstancias muy específicas se combinan con fórmulas tradicionales, algunas veces no aplicadas en su integridad, sin un diseño claro del trazado o de la dimensión que pueden llegar a alcanzar. A lo anterior, hay que añadir, además, que se combina el uso de una y otra técnica en aras a conseguir un resultado satisfactorio para ciudadanos y contribuyentes, sin atender siquiera a su contenido, extensión o las implicaciones que suponen para terceros.

Esto explica que la aplicación práctica de los mecanismos de resolución ha puesto de manifiesto rápidamente sus debilidades. Esto es, el fenómeno de huida que se ha experimentado en el seno del Mecanismo Único de Resolución o su déficit de ejecución como se plasmó en el asunto del Banco Popular, ha evidenciado las serias dificultades o la imposibilidad de hacer cumplir el contenido de las normas, tal como han sido diseñadas.

A lo anterior hay que añadir, paradójicamente, que la nueva crisis sanitaria con motivo de la situación económica derivada del coronavirus está demandando una necesidad de crédito, sin precedentes, con el objeto de fomentar el empleo y la supervivencia de las empresas, lo que curiosamente puede acabar de dar la puntilla a un sistema de liquidación de las entidades bancarias destinado en último término a eludir la concesión de unas ayudas públicas a la banca. La flexibilización de las exigencias asociadas a la resolución se presentan como imprescindibles, si no queremos agravar la crisis social.

Si retomamos el origen de nuestro estudio, los mecanismos de resolución bancaria y en concreto, aquel que se centra en la venta de la entidad, se definen por el ordenamiento jurídico como un «procedimiento singular, de carácter administrativo» o como «un

²⁴¹ La expresión significa en una traducción propia: «el aplastante peso de las regulaciones se alimenta de sus propios fallos.»

procedimiento administrativo, especial y completo, que procura la máxima celeridad en la intervención de la entidad, en aras a facilitar la continuidad de sus funciones esenciales, al tiempo que se minimiza el impacto de su inviabilidad en el sistema económico y en los recursos públicos».

En estos términos, la exposición de motivos de la LRREC 2015 califica la resolución bancaria como una «nueva área de intervención pública» destinada a exigir que las entidades sean susceptibles de liquidación, llegado el caso, sin que ello suponga ninguna afectación al interés general. En concreto, la norma diferencia con nitidez las facultades supervisoras de las resolutorias bajo la siguiente argumentación:

Es el momento de articular un nueva función público financiera dirigida a garantizar que las entidades sean, de facto, liquidables sin que arrastre un impacto económico de tal magnitud que pueda perjudicar al conjunto de la economía. No se trata, por tanto, de un simple enfoque supervisor novedoso, sino de una nueva área de intervención pública que, de manera autónoma, exigirá a las entidades el ejercicio de su actividad de tal forma que su resolución resulte factible y respetuosa con el interés general, en el supuesto que la supervisión tradicional resulte insuficiente.

Ahora bien, tal como han sido arbitrados los mecanismos de resolución bancaria, se debe hacer hincapié en que la enajenación o venta de una entidad de crédito puede recaer sobre una entidad cuya inviabilidad no se ha producido y consumarse sin haber dado audiencia al accionista o acreedor, ni de la decisión adoptada, ni del valor de la compañía. Lo que puede resultar llamativo, si pretendemos calificar estos mecanismos simplemente como una nueva área de intervención pública o como una medida avanzada de intervención pública.²⁴² La polémica que se ha generado se asemeja a las llamadas operaciones acordeón a las que Sánchez Calero ya hacía referencia a propósito de la insuficiencia del anterior sistema de quiebras. En este supuesto, hablamos de aquellas operaciones consistentes en la reducción del capital social y su sucesivo aumento para lograr una aparente recapitalización del banco, que de facto supone la pérdida del capital por parte de los antiguos accionistas.²⁴³

²⁴² Lara Ortiz, M.L. (2020), «La resolución bancaria, una nueva potestad administrativa», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios de resolución bancaria*, Madrid, Editorial Aranzadi, págs. 465-496.

²⁴³ Sánchez Calero, F. (1983), *Las crisis bancarias y la crisis del Derecho concursal. Orientaciones de política legislativa en el momento presente*. Intervención el día 7 de julio de 1983, en el Seminario sobre crisis bancarias, celebrado en la Universidad Menéndez Pelayo de Santander.

La configuración del nuevo modelo de resolución bancaria, sin precedentes en nuestro iter histórico, se apoya en otorgar unas potestades exorbitantes y discrecionales a la autoridad administrativa, quien tras efectuar un juicio de probabilidad sobre las perspectivas de viabilidad de una entidad y sin esperar a su real incumplimiento, puede llegar a ordenar finalmente su extinción.

Es, aquí, cuando se presenta como imprescindible la existencia de una densidad normativa adecuada, para que precisamente esta discrecionalidad no se convierta en una remisión en blanco a la administración, quien podría decidir a su antojo, con la consiguiente reducción de las garantías para los ciudadanos y la disminución de la previsibilidad de la conducta pública.

No obstante, aún cuando la necesidad de una regulación legal suficiente para la aplicación de facultades discrecionales se ha venido interiorizando y exigiendo por la jurisprudencia, cuando ello conlleva las limitaciones de derechos, y especialmente en relación con la sanciones, no ocurre lo mismo cuando nos referimos al desarrollo de competencias de carácter técnico en el marco de la regulación económica.

Llegados a este punto, es necesario ahondar en la verdadera naturaleza de estos mecanismos de resolución y para ello, resulta imprescindible levantar el velo que tupe la realidad, pues la mera visión de los contornos de una silueta se ha mostrado claramente insuficiente, cuando lo que se pretende es responder de manera eficaz a la conflictividad que han generado en la práctica las medidas resolutorias. Sólo así, podremos alcanzar una idea más precisa de lo que se esconde debajo y adoptar con cautela, las medidas y garantías más adecuadas a la realidad que se abre paso.

4. INTERVENCIÓN DE EMPRESAS, REGULACION Y EXPROPIACIÓN.

Los históricos esfuerzos de nuestros administrativistas en hallar los títulos de potestad adecuados para legitimar la acción administrativa en la esfera económica, han derivado en inútiles desde el momento en el que el Estado social se ha abierto paso, frente a un Estado liberal centrado en una función de garantizar el orden público y el cumplimiento de la ley.

Tal como sabemos, el advenimiento del Estado social permitió un mayor protagonismo de la Administración en la vida social y económica, (ferrocarril, carreteras, sanidad...), de modo que dejó de ser un mero espectador para involucrarse en la

distribución y prestación de servicios públicos adecuados a sus administrados y bajo premisas de justicia desconocidas hasta el momento.

En la actualidad, la Administración ha abandonado la búsqueda afanosa de títulos que justifiquen su intervención, gracias al mandato constitucional que se otorga a los poderes públicos dentro de los principios rectores de la política social y económica.

En este sentido, se otorga al Estado la tarea de proceder a la planificación de «la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución²⁴⁴» y en consecuencia, se impone a los poderes públicos promover «las condiciones favorables para el progreso social y económico».²⁴⁵

Pero, no se trata de una legitimación omnímoda, ya que este mandato debe conciliarse con el respeto a los derechos fundamentales previstos en el texto constitucional con carácter general y de forma más específica, con el reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y el derecho a la propiedad privada.

Ciertamente, la garantía de la propiedad acuñada con carácter de derecho fundamental en el artículo 33 CE ha alcanzado un sesgo propio, desde el momento en el que no se limita a una simple vertiente subjetiva referida a las facultades individuales de goce, disfrute y disposición, sino que existe una dimensión objetiva asociada a la función social que debe cumplir la propiedad en cualquier caso. La declaración de derechos del hombre y del ciudadano, también, reconoce el derecho de propiedad en el artículo 17.

Ha sido el propio Tribunal Constitucional quien se ha encargado de remarcar estas dos dimensiones del derecho de propiedad, reiterando la doctrina establecida en su Sentencia 37/1987, de 28 de marzo en la que se esmera en explicar cómo se debe entender «la función social» a la que alude la Constitución²⁴⁶.

²⁴⁴ Artículo 131 CE.

²⁴⁵ Artículo 40 CE.

²⁴⁶ STC 37/1987, de 26 de marzo. Esta sentencia a propósito de la Ley de Reforma Agraria Andaluza llegó a afirmar lo siguiente: «En efecto, la referencia a la “función social” como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a

Es precisamente la función social la que explica la consideración de la propiedad como una institución central de la economía social de mercado y la que legitima al legislador para intervenir en la fijación del contenido esencial, definiendo los derechos y obligaciones que comprende.

En cualquier caso, el derecho a la propiedad es un derecho de configuración legal, lo que implica que el legislador puede delimitar su contenido, siempre y cuando respete su contenido esencial. De este modo, no necesariamente cualquier modificación en el régimen de la propiedad puede calificarse como expropiatoria, ni toda alteración normativa implica automáticamente la violación de la prohibición de la retroactividad de las disposiciones favorables.

En lo que atañe a la libertad de empresa, conviene matizar igualmente que podemos apreciar dos dimensiones diferentes en su haber. Por un lado, un derecho subjetivo incluido entre los derechos fundamentales que se consagra en la posibilidad de participar en la aportación de recursos privados en la creación, mantenimiento y producción de empresas, y por otro, un principio objetivo en el que se reconoce la libertad de cada empresa para definir su propia estrategia y organizar su planificación.

Asimismo, no se puede ignorar que se ha venido constatando una conexión histórica entre el derecho de la propiedad y la libertad de empresa²⁴⁷, que se ha venido incluso reflejando en diversos pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional, al abordar y despachar con idénticas argumentaciones, la vulneración de uno u otro derecho. Así en la STC 141/2014 de 11 septiembre²⁴⁸ se dice que: «la sustracción de la acción de ordenación territorial y urbanística de la actividad de los particulares y del mercado implica una delimitación negativa de la esfera del derecho de propiedad (art. 33 CE) y de la libertad de empresa (art. 38 CE), para cuyo establecimiento el Estado cuenta con competencia (...) la ordenación territorial y urbanística impone una forma de ejercicio unilateral de la función definida como pública, que ha de estar orientada exclusivamente a la satisfacción de los intereses generales.»

cumplir. Por ello, la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.»

²⁴⁷ García Vitoria, I. (2008), *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

²⁴⁸ STC 141/2014, de 11 de septiembre.

Ahora bien, lo que resulta indiscutible es la inexorable relación de la libertad de empresa con la intervención económica (artículo 128 CE), cual se tratase de extremos de un mismo imán. El Tribunal Constitucional en Sentencia 84/1993 de 8 de marzo²⁴⁹ ha llegado a afirmar que : «La Constitución, al reconocer la libertad de empresa, se refiere, sin duda, a «empresas privadas, es decir, a organizaciones que tienen una finalidad de lucro» (STC 49/1988, fundamento jurídico 12). Y no cuesta admitir que sería incompatible con tal garantía constitucional la genérica y absoluta exclusión legal de tal libertad empresarial - movida por la búsqueda del beneficio- en todo un determinado ámbito de la actividad económica, de no venir dada tal exclusión por lo dispuesto en el segundo inciso del art. 128.2 C.E. o en atención a la previa caracterización como ilícito del tráfico o actividad en cuestión».

La potestad genérica de la intervención²⁵⁰ de empresas es una de las tres técnicas regulatorias, a las que alude el artículo 128.2 de la Constitución, como fórmulas para subordinar la riqueza del país al interés general. En concreto, el precepto alude a la iniciativa pública en la actividad económica, la reserva del sector público o servicios esenciales y la intervención de empresas, cuando así lo exigiere el interés general. El orden de exposición que incluye el precepto no es baladí, pues es obvio que el diseño refleja una escala de intensidad creciente en lo que se refiere a la afectación del derecho a la libertad de empresa, pues si la iniciativa pública no anula su existencia, la intervención la acaba eliminando plenamente.

De cualquier forma y en relación con la intervención de empresas no existe ninguna definición en el texto legal, ni jurisprudencia dictada al efecto que aborde el concepto, más allá de meras menciones accesorias. Así por ejemplo, en el Auto 40/2020, de 30 de abril, el Tribunal Constitucional²⁵¹ ha venido a recordar, a propósito de la impugnación de una organización sindical de la denegación de su derecho de manifestación en Vigo durante la proclamación del estado de alarma por la situación de la crisis sanitaria generada por la COVID-19, que «la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento» es una de las medidas que puede

²⁴⁹ STC 84/1993, de 8 de marzo.

²⁵⁰ Gamero Casado, E. (1995), *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*. Madrid. Marcial Pons.

²⁵¹ ATC 40/2020, de 30 de abril. Dicho Auto se remite a la STC 83/2016, de 28 de abril, que se dictó a propósito de la de la impugnación del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo.

adoptar el estado de alarma junto con otras como la limitación de circulación o permanencia de personas o vehículos, la práctica de requisas temporales y la imposición de prestaciones personales obligatoria, la intervención y ocupación transitoria de industrias, talleres, explotaciones o locales.

Pero al margen de estas referencias anecdóticas a la intervención de empresas, el pronunciamiento por excelencia a efectos conceptuales fue, sin duda, la STC 111/1983, de 2 de diciembre que resolvió las dudas sobre la constitucionalidad planteadas en torno al *Real Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero*, sobre expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los bancos y otras sociedades que componían el Grupo RUMASA.

Esta sentencia no incluye ninguna definición o terminología, pero niega categóricamente que la medida que se había adoptado con las empresas de RUMASA fuese precisamente una intervención de empresas según los dictados del artículo 128.1 CE. Por el contrario, concluye que se trataba de una expropiación legislativa a la que se le debían aplicar las garantías constitucionales expuesta en los artículos 33.3 y 86.1 CE.

En este sentido, la importancia del pronunciamiento judicial radica en que excluía expresamente la existencia de la intervención, al entender que se daban, más bien, los elementos definitorios de una expropiación, a saber: privación singular, bien con valor patrimonial y beneficio de un tercero que pasa a ser el titular.

La intervención de empresas ha sido definida por Muñoz Machado²⁵² como «una potestad de los poderes públicos que se superpone sobre el libre ejercicio de la actividad empresarial con el propósito de dirigirla o suspender su desenvolvimiento autónomo». Sobre este extremo, la intervención exige un ejercicio de prudencia y proporcionalidad, pues el ahorro y la inversión propios de la libertad de empresa demandan una confianza en el mercado, propios de una buena Administración.

Llegados a este punto, lo que debemos retener en primer lugar y a grandes rasgos, es que la intervención implica una limitación especialmente intensa en el ejercicio de la libertad empresarial. Es precisamente este diseño de la intervención como una mera restricción o como medida regulatoria, la que impide su equiparación a la expropiación, pues en esta última se produce un verdadero despojo patrimonial de carácter definitivo. Es

²⁵² Muñoz Machado, S. (2011), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. IV, Madrid, Iustel.

obvio que tanto la intervención como la expropiación son medidas excepcionales que pueden justificarse en el mismo soporte e incluso combinarse simultáneamente, no obstante la intervención se agota con la restitución del control a la empresa, mientras que la expropiación se perpetúa en el tiempo por su carácter definitivo.

Esto significa que la intervención de empresas únicamente debe adoptarse de forma excepcional, por la concurrencia de circunstancias extraordinarias durante un tiempo limitado, no siendo posible la utilización de técnicas menos gravosas, ya que de mantenerse de forma indefinida esta situación, ya no podríamos hablar de una mera limitación del ejercicio de la libertad empresarial.

Esto es, la intervención es incompatible materialmente con la adopción de una medida a perpetuidad, que supone de facto la eliminación directa de dicha libertad y el cambio de titularidad de la compañía. La incautación transitoria y la asunción de la gestión pública de la empresa persigue de forma natural la restitución del control, su saneamiento y la normalización del ejercicio, cuando nos encontramos con una intervención. En el caso contrario, se debería acudir a la expropiación, pues ya no estaríamos ante una simple «publicación» de la gestión empresarial, sino ante su ocupación definitiva y la eliminación de la titularidad privada. Se habría transformado, entonces, una medida de policía o de control en una medida coactiva de apropiación de bienes.

La diferencia entre una y otra figura no responde a una mera categorización de títulos de actuación por parte de la Administración, sino que conlleva implicaciones prácticas de notoria transcendencia. Efectivamente, en el marco de una intervención de empresas se podría llegar a exigir en su caso la existencia de daños, a través de la vía de la responsabilidad patrimonial, si se dan los requisitos legales para ello, aunque a priori la asunción de la dirección de la empresa no debería estar asociada a la producción de ningún detrimento patrimonial. Por el contrario, la expropiación descansa directamente en la privación patrimonial coactiva que se produce y exige para su consagración, el respeto a una serie de garantías constitucionales: la previa declaración de utilidad pública o interés social, la constatación de un justiprecio y que se desarrolle de conformidad con lo previsto en la ley.

Al hilo de lo expuesto, Carrillo Donaire sostiene que «la finalidad constitucionalmente caracterizadora de la intervención de empresas es su afectación limitada a la gestión de la empresa (dejando a salvo su titularidad), que se publica

temporalmente y por razones excepcionales, con el fin de devolver esa gestión al propietario de la empresa cuando se alcanza la normalización de la misma.»²⁵³

Resulta, asimismo, de importancia diferenciar la intervención contemplada en el artículo 128.2 CE, de otras intervenciones tales como, por ejemplo, las intervenciones judiciales acordadas en el proceso concursal de conformidad con lo dispuesto en el *Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, la administración judicial en los supuestos de embargo de empresas, acciones o participaciones (artículo 630 *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero*) o la pena de intervención judicial prevista para las personas jurídicas (artículo 33 del *Código Penal, Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre*).

También, existen otras intervenciones que no se sustentan en la subordinación de la riqueza del país al interés general prevista en el artículo 128 CE, sino en otros títulos constitucionales como ocurre con en los estados de alarma y excepción de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 y 26 de la *Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio* o las ocupaciones temporales del artículo 119.1 de la *Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954*.

Por lo demás, la intervención debe estar prevista en una ley por imperativo constitucional, si bien se admite tanto la existencia de una ley general que se encargue de disciplinar su uso, como leyes singularizadas referidas a casos concretos²⁵⁴.

Hasta aquí, podemos retener que la intervención de empresas es una medida que puede adoptar la Administración en el ejercicio de las potestades destinadas a la regulación económica, lo que implica afectar directamente a la libertad de empresa, en cuanto se limita la gestión de la empresa. No obstante y tal como se ha manifestado anteriormente, dicha intervención no equivale ni a la suspensión de la actividad, ni a la privación de su propiedad, pues se reduce a publicar la gestión de la entidad, como consecuencia de la concurrencia de unas circunstancias excepcionales y temporales que una vez superadas,

²⁵³ Carrillo Donaire, J.A. (2015), «Nuevo paradigma jurídico de la intervención pública sobre la banca», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 137, págs. 287-308. En el mismo sentido, Carrillo Donaire, J.A. (2010), «Intervención de entidades de crédito en crisis: alcance y límites» en Muñoz Machado, S.(dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, t.X, Madrid, Iustel, págs.781-825.

²⁵⁴ STC 111/1983, de 2 de diciembre, en cuyo fundamento 10 mantiene lo siguiente: «La expresión “mediante ley” que utiliza el mencionado precepto, además de ser comprensiva de Leyes generales que disciplinan con carácter general la intervención, permite la Ley singularizada de intervención que mediando una situación de extraordinaria y urgente necesidad y, claro es, un interés general legitimador de la medida, está abierta al Decreto-ley, por cuanto la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de Ley en sentido formal».

obligan a restituir a la empresa a la situación anterior. Esto es, la intervención no conlleva ni la liquidación de la empresa, ni la privación total o parcial de sus activos o la eliminación total de las facultades de sus accionistas.

La LRREC 2015 describe en la fase de actuación temprana una serie de medidas que se encuadran fácilmente en el marco de la intervención, como ocurre con la sustitución provisional de administradores o en la facultar de efectuar requerimientos para que se afronten cambios en la estrategia empresarial, en sus estructuras operativas, en el gobierno corporativo, la elaboración de un plan para la reestructuración de la deuda, cese de directores generales...

Ahora bien, el dilema nace cuando la intervención inicial revierte en una privación de la propiedad o como ocurre en nuestro caso, en la enajenación de la entidad de crédito a otra. Esto significa que, si la intervención se convierte en definitiva, ya no podemos hablar de una mera limitación de la libertad de empresa, sino de una ablación de la propiedad o lo que es lo mismo, de una privación singular.

No cabe duda de que la intervención y la privación de la propiedad pueden perseguir la misma finalidad pública de evitar la desestabilización del mercado, pero no se puede ignorar en contraposición que su configuración es notoriamente distinta y en consecuencia, las garantías no pueden ser las mismas. La primera es una medida de policía que persigue el control del ejercicio de actividades empresariales como forma disuasoria y que permite controlar o sustituir a los gestores ordinarios de la entidad o cambiar su estrategia, con el fin de enderezar el rumbo del negocio o al menos, impedir su empeoramiento. Por el contrario, cuando se opta como es nuestro caso, por la disolución de la entidad de crédito para su adquisición por un tercero que se va a apropiarse de ella, se produce una privación patrimonial de forma coactiva. Entonces, ¿podemos seguir hablando de una intervención económica?

A lo anterior, debemos añadir que nada impide dado que se trata de figuras distintas que una y otra operen de forma combinada o sucesiva. Así por ejemplo, la intervención de la entidad de crédito Cajasur condujo a la resolución y venta de la misma por el precio de un euro, o la privación patrimonial, que supuso la expropiación de Rumasa, exigió por razones de urgencia, la adopción de una serie de medidas cautelares que condujeron a la intervención de la empresa.

Recapitulando, la intervención de las empresas se enmarca dentro de las potestades de regulación que se confieren a la Administración y por tanto, se vienen a identificar con

lo que la jurisprudencia norteamericana ha bautizado como *regulation*. Es decir, se trata de aquellas medidas generales de limitación de derechos, supervisión o inspección sobre el ejercicio de derechos y garantía de intereses generales o como ha venido a definir Eduardo García de Enterría es una mera regulación «de la propiedad que no lleva aparejada indemnización expropiatoria»²⁵⁵. Su opuesto, es el *taking* que supone una privación de propiedad de naturaleza expropiatoria, que exige una indemnización justa.

Pero, dejando al margen el estudio histórico de la confrontación de los distintos pronunciamientos judiciales americanos, lo que debemos destacar es que esta distinción es relevante en cuanto el *taking* exige dos garantías ineludibles: el *due process* o lo que es lo mismo, las garantías procedimentales de carácter constitucional y la existencia de una compensación económica²⁵⁶.

Esta dicotomía se transpone en nuestro ordenamiento a través de los conceptos: regulación y expropiación. La expropiación tal como ha sido definida por el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 supone «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos».

Se ha venido a señalar a este respecto que «desde un punto de vista técnico y conceptual, se sitúa justamente en la frontera de la regulación. No tiene nada que ver con la determinación del contenido de los derechos, ni con la supervisión y vigilancia respecto de su ejercicio, ni con la resolución de conflictos, ni implica el ejercicio de potestades de limitación e cualquier clase, sino que se caracteriza por atacar directamente el contenido del derecho y sustraerlo, total o parcialmente, a sus titular mediante una decisión singular, directamente dirigida a producir tal efecto de despojo. No se trata de una medida general, que afecte a todos los titulares de una misma clase de derecho o que se encuentren en una determinada situación jurídica respecto de los mismos, sino de un sacrificio especial y no exigible de los derechos contra los que la expropiación se dirige²⁵⁷.»

²⁵⁵ García de Enterría, E. (1996), «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», *Revista de Administración Pública*, núm. 141, págs. 131-154 y García de Enterría, E. (2001), «La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después.», *Revista de Administración Pública*, núm. 156, págs. 251-268.

²⁵⁶ Schwartz, B. (1965), «The rights of property», *A commentary on the constitution of the US*, Nueva York, The Macmillan Company. En dicha obra, se defiende que la propiedad privada no puede ser tomada para una utilidad pública sin justa compensación, pag.331.

²⁵⁷ Muñoz Machado, S. (2011), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. IV, Madrid, Iustel

El Tribunal Constitucional diferencia claramente ambas figuras cuando se refiere a la expropiación como «la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 CE, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas a esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente.»²⁵⁸

Avanzando en el razonamiento, se debe añadir que acogemos esta diferenciación, pero nuestra doctrina administrativista ha venido a admitir que existen operaciones de regulación en las que se pueden producir sacrificios.

En este contexto, la diferencia entre operaciones de regulación y de privación se complica. A priori y tal como se ha venido señalando las medidas de regulación son de carácter general, frente a las privaciones que suelen limitarse a socavar un derecho singular. No obstante, hay operaciones que ponen en cuestión este criterio de diferenciación, pues fácilmente podemos encontrar expropiaciones generalizadas que no conllevan indemnización o regulaciones económicas que ocasionan privaciones patrimoniales singulares no indemnizables²⁵⁹ (por ejemplo el decomiso del artículo 127 *Código Penal* o revocación de actos declarativos de derecho²⁶⁰). Un ejemplo es la legislación reguladora de infraestructuras y bienes públicos como ferrocarriles, costas, aguas, carreteras; pues existen

²⁵⁸ STC 204/2004 de 18 de noviembre. La Sentencia se pronuncia sobre el artículo 29.2 del *Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria*. En concreto, se planteaba la posible vulneración del derecho de propiedad, en relación con la presunción legal de abandono de los saldos de cuentas corrientes sin movimiento durante veinte años y su atribución al Estado.

²⁵⁹ Doménech Pascual, G. (2012), «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *Revista para el análisis del derecho, Indret*, nº1, pág. 8.

²⁶⁰ Un ejemplo de revocación de actos declarativos de derechos sería el previsto en el artículo 22 de la *Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios*.

supuestos en materia de costas, aguas, carreteras en las que la privación de la propiedad es indemnizable y en otras no, sin que estén claros los criterios que han servido de soporte para trazar esta distinción. Así, la prohibición de edificación residencial en la servidumbre de protección que recae sobre una zona de cien metros medidos, desde el límite interior de la ribera del mar²⁶¹ no es indemnizable, en contraposición a la ocupación efectiva de la zona de salvamento o la ocupación de la zona de servidumbre en el caso de las carreteras²⁶² que sí lo es.

Si brevemente se reflexiona sobre las operaciones de demanialización acordadas por la *Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985* y la *Ley de Costas de 28 de julio de 1988*²⁶³, se observa que han sido calificadas como materialmente expropiatorias por el Tribunal Constitucional, al declarar respectivamente como dominio público, todas las aguas incluyendo las subterráneas que habían sido susceptibles hasta el momento de propiedad privada o la extensión de la zona marítimo terrestre hasta afectar a los titulares de derechos de carácter privado, así declarados por los Tribunales.²⁶⁴ En estos supuestos, el Tribunal Constitucional analizó la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales, en consonancia con la función social que tenían encomendada, la utilidad pública o interés social, la existencia o no de indemnización y la proporcionalidad.

A propósito de las injerencias del Estado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a admitir, interpretando el contenido del artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que la privación de la propiedad en el marco de una política social, económica o de otra índole responde a la existencia de una utilidad pública. No obstante, advierte en los mismos términos que lo hace el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, sobre la necesidad de respetar la proporcionalidad de la medida.

De este modo, llega a afirmar que «una medida de injerencia en el derecho al respeto de los bienes, debe sin embargo procurar una justa ponderación entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la protección de los derechos del individuo. El cuidado en asegurar tal ponderación se refleja en la estructura del artículo 1 del Protocolo nº1 en su totalidad, que debe leerse a la luz del principio general consagrado por la primera frase. En particular, debe existir una relación razonable de proporcionalidad

²⁶¹ Artículo 23 de la *Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas*.

²⁶² Artículo 17 de la *Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras*.

²⁶³ García de Enterría, E. (1996), op,cit.

²⁶⁴ STC 149/1991, de 4 de julio y STC 227/1988, de 29 de noviembre.

entre los medios empleados y el fin que se pretende alcanzar, en toda medida que prive a una persona de su propiedad, o se reglamente el uso de ésta.²⁶⁵»

Hasta aquí, podemos preguntarnos, entonces, ¿cómo podemos distinguir entre una expropiación y una mera delimitación de la propiedad no indemnizable? Pues bien, en rigor, los criterios que se han venido admitiendo por las cortes de justicia para diferenciar la regulación de la expropiación no se han venido centrando tanto en la existencia de un beneficiario, la singularidad de la medida o el carácter nocivo de la actividad cuyo ejercicio se limita, sino, más bien, en la proporcionalidad e intensidad de la medida y la función social a la que se debe destinar el bien²⁶⁶. De forma más simplificada, una privación global, que se impone sin resultar desproporcionada a un particular, no da lugar a derecho a la indemnización, y por ende, no se puede hablar de expropiación.

Otro ejemplo que podemos encontrar recientemente es la exclusión de las licencias VTC del transporte urbano y su restricción de circulación con carácter general al territorio de la Comunidad Autónoma. Este cambio en las licencias supone, sin duda, una medida de carácter expropiatorio y no una regulación general, y, de hecho, la norma consciente de las consecuencias de este cambio trata de compensar el cambio de la regulación, autorizando su circulación en las condiciones anteriores durante un periodo de cuatro años ampliables a modo de compensación. En este caso, la indemnización descansa en la intensidad de la medida, si bien su proporcionalidad está siendo cuestionada actualmente en los Tribunales.

5. LA NATURALEZA EXPROPIATORIA DE LA VENTA DEL NEGOCIO BANCARIO COMO HERRAMIENTA DE LA RESOLUCIÓN BANCARIA

A. ASPECTOS GENERALES

Efectuadas las consideraciones anteriores, es necesario analizar la naturaleza que alberga los mecanismos de resolución bancaria y en concreto, la venta o negocio de una entidad. En este sentido, debemos abordar si este procedimiento administrativo encubre

²⁶⁵ STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Sociedad Anónima de Ucieza c. España*, rec.74/2014.

²⁶⁶ Es importante destacar que Ferreres Comella ha llegado a afirmar que los Tribunales deben reconocer un amplio margen de apreciación al legislador para distinguir entre la expropiación y la regulación, en cuanto se encuentra mejor pertrechado para valorar los recursos materiales y personales y desarrolla un procedimiento plural, participativo y público. Ferreres Comella, V. (1997), *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

una expropiación de derechos o una intervención pública que afecta al marco de la libertad de empresa por razones de interés general.

A propósito de esta naturaleza ablativa, no se puede ignorar que existe un importante debate doctrinal en torno a su categorización. Un sector niega esta calificación, al entender que no existe justiprecio, subrayando que realmente nos encontramos ante un «procedimiento especial de liquidación que no prevé la existencia de una indemnización preceptiva»²⁶⁷, otros anuncian el advenimiento de una nueva potestad administrativa²⁶⁸ y hay quien admite, sin tapujos, la privación de derechos patrimoniales. Alonso Ledesma define la resolución bancaria como «una forma especial de liquidación de las entidades de crédito inmersas en una situación de insolvencia, intentando preservar intereses públicos»²⁶⁹.

Recapitulando nuestro estudio, hemos podido concluir que las normas que se ocupan de la resolución bancaria se enmarcan dentro del derecho administrativo y exigen un marco propio de regulación, en cuanto el procedimiento de liquidación ordinario se muestra insuficiente, atendiendo a la complejidad y el interés público que reside en este tipo de operaciones.

Asimismo, hemos incidido anteriormente en que las medidas de intervención de entidades de crédito previstas en los artículos 70 y siguientes de la LOSSEC que podemos calificar como ordinarias o tradicionales en el ámbito de las entidades de crédito, no pueden equiparse a la agresividad de las medidas consignadas en materia de resolución bancaria en la LRREC 2015 o en el RMUR, en cuanto estas últimas pueden llegar a afectar a la titularidad de la empresa.

No olvidemos que el fenómeno de la resolución opera no sólo sobre bancos inviables, sino también sobre aquellas otras entidades de crédito que podrían llegar a serlo, siempre y cuando se encuentren sumidas en una serie de dificultades económicas de tal calibre que no puedan ser superadas mediante una estrategia privada, pero que razones de interés público descartan la aplicación de los procedimientos de insolvencia. De aquí, que se apele por la doctrina a utilizar el término «resolubilidad»,²⁷⁰ en sustitución del concepto

²⁶⁷ De Diego de Mingo, J. (2020), op, cit.

²⁶⁸ Lara Ortiz, M.L. (2020), op. cit.

²⁶⁹ Alonso Ledesma, C. (2014), «La resolución de entidades de crédito» en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I.(coords.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España. El modelo de regulación surgido de la crisis*. Madrid, Civitas, págs. 342-377

²⁷⁰ Carrascosa Morales, A. (2019), «El Mecanismo de Resolución Bancaria», *Revista de Estabilidad Financiera*, núm.36, pág.15 y Alés Hermosa, G. y Carrillo Donarie, J.A. (2020), op.cit.

«resolución», pues la normativa actual no se limita a describir una mera especialidad en el seno de la insolvencia bancaria, sino que engloba una dimensión precautoria de anticipación de la situación de insolvencia.

Evidentemente, no es lo mismo un resultado consistente en una cesión parcial de activos, que una transmisión total del negocio en bloque y aquí, el principio de proporcionalidad, no mencionado en el texto de la ley, puede resultar determinante. Tampoco lo es actuar sobre una entidad inviable que sobre otra entidad aún viable y solvente, pues esta circunstancia debe repercutir de forma decisiva en la valoración económica del banco. En este sentido, el hecho de tener que finiquitar una entidad viable, vendiéndola a un tercero, como un sacrificio adelantado en mor de la estabilidad del sistema financiero no implica que los propietarios deban ser excluidos de una compensación o de su derecho de intervención.

Llegados a este punto, lo que conviene remarcar es que nos encontramos ante un procedimiento en el que la Administración en el ejercicio de unas potestades exorbitantes, desconocidas hasta el momento, puede llegar a enajenar una entidad bancaria viable, bajo un juicio de probabilidad sobre un pronóstico futuro, sin esperar al incumplimiento efectivo, amparándose en un valoración efectuada por un experto independiente designado unilateralmente, sin un procedimiento legamente establecido para dicha designación y sin ninguna intervención de los accionistas o acreedores.

Pues bien, no cabe duda que nos encontramos ante una norma excepcional, en cuanto la LRREC 2015 supone la exoneración para las entidades bancarias de los mecanismos que el derecho mercantil viene aplicando ordinariamente a las entidades inviables. Basta una mera lectura de su articulado para observar que la efectividad del mecanismo de resolución exige la no aplicación de un conjunto de garantías que han sido arbitradas por el ordenamiento jurídico tanto a nivel mercantil como financiero.

Así por ejemplo, la LRREC 2015 incluye todo un entramado jurídico que excepciona normas sectoriales de ámbito financiero (participación en sistemas de pagos, exención del régimen de OPAS, autorización para el ejercicio de la actividad bancaria), del derecho concursal (prelación de pasivos, no rescindibilidad de operaciones, calificación de los créditos del FROB...), del derecho mercantil societario (supresión de límites estatutarios relativos a la asistencia a las juntas o al ejercicio del derecho de voto, derogación de los requisitos impuestos por las modificaciones societarias estructurales, restricción de responsabilidad frente a los accionistas y acreedores, derogación del límite

máximo de capital autorizado) entre otras. Asimismo, deroga el retracto legal de créditos litigiosos, la extensión de la responsabilidad tributaria y por deudas frente a la seguridad social...²⁷¹o diseña reglas procesales propias o prevé vencimientos anticipados de determinadas relaciones contractuales de la entidad en resolución entre lo más destacado.

De forma más concreta, se puede añadir que en materia de enajenación forzosa, los propietarios y acreedores quedan excluidos del desarrollo del proceso de resolución e inermes ante la excepcionalidad del régimen, tal como se observa en el articulado de la ley, de acuerdo con las siguientes previsiones:

En primer lugar, el artículo 25.7 de LRREC 2015 permite que se fragüe la transmisión de acciones y otros instrumentos de capital, activos y pasivos en aplicación de los instrumentos de resolución, sin necesidad de obtener el consentimiento de los accionistas de la entidad objeto de resolución o de terceros diferentes del comprador. Asimismo, indica que no es necesario cumplir otros requisitos de procedimiento exigidos por la legislación societaria o de valores. A continuación, el artículo 25.8 añade que los accionistas y acreedores de la entidad no ostentan ningún derecho sobre los activos y pasivos que hayan sido transferidos.

Las operaciones mediante las que se instrumenten las medidas de resolución no podrán ser objeto de rescisión de conformidad con el artículo 226 TRLC ni se podrá frenar su efectividad mediante la ejecución de garantías o de cláusulas contractuales (artículo 66.1).

En segundo lugar, los propietarios y acreedores no pueden oponerse a las operaciones de amortización o reducción a cero de un pasivo por parte del FROB. En este sentido, el artículo 37 en sus apartados 4 y 5 aluden a aquellos supuestos en los que el FROB reduce a cero el importe principal o el importe pendiente de un pasivo admisible, éste o cualesquiera obligaciones o derechos derivados de los mismos que no hayan venido en el momento de la reducción, se consideran extinguidas a todos los efectos y no podrían computarse en una eventual liquidación posterior y cuando reduzca solo en parte el importe principal o el importe pendiente de un pasivo admisible, la extinción se produce solo en la misma medida en que se reduca el importe y sin perjuicio de cualquier modificación que pudiera realizar el FROB.

En tercer lugar, el artículo 26 de la LRREC 2015 describe un procedimiento específico a seguir en el caso de la adquisición de participaciones significativas en

²⁷¹ González-Echenique Castellanos de Ubao, L. (2020), op. cit.

entidades de crédito, que implícitamente conlleva una derogación parcial de las previsiones contenidas en la LOSSEC, lo que de facto implica una ampliación de derechos del adquirente de dichas participaciones, al que no le es aplicable las garantías arbitradas en el ordenamiento para el control de operaciones de concentración. Es más, aún cuando no cumpla los requisitos de la legislación sectorial, se le permite mantener la titularidad de las acciones por el tiempo que determine el FROB y bajo ciertas limitaciones.

No procede efectuar aquí, un estudio pormenorizado de cada una de las particularidades, singularidades y excepciones que comprende la regulación de la resolución bancaria respecto al régimen general que se viene aplicando ordinariamente. No obstante, su configuración como derecho excepcional tiene una especial relevancia, pues nos permite engarzar esta disciplina con las exigencias asociadas a todo derecho excepcional.

La primera consecuencia en la configuración del régimen jurídico supone que no se puede aplicar a supuestos, ni momentos distintos a los comprendidos expresamente en los mismos por imperativo del artículo 4.2 del Título Preliminar del Código Civil.

En la práctica, esta categorización se traduce en la exclusión de la analogía y en la necesidad de acudir a una interpretación restrictiva. Hay que tener en cuenta que la excepcionalidad de la norma ha de tener un adecuado correlato con la excepcionalidad de su ejercicio y con la del supuesto en que se actúa, o lo que es lo mismo, la facultad excepcional que el precepto regula debe de utilizarse conforme a criterios objetivos y preestablecidos.

Lo paradigmático es que esta exigencia colisiona frontalmente con la técnica normativa utilizada por nuestro legislador, ya que la amplitud con la que se describen las condiciones para la resolución o el concepto mismo de entidad inviable, en el que se incluyen todas aquellas entidades que en un futuro próximo puedan llegar a ser inviables, conceden a la Administración unas facultades que exceden de las atribuciones ordinarias de policía que se le encomienda en el ejercicio de una medida de este calibre por simple conveniencia.

Dicha generosidad en la configuración de la resolución puede resultar arriesgada, si ocurre como en el presente caso, que no se encuentra acompañada de una densidad regulatoria adecuada que encauce los presupuestos de actuación, máxime cuando la ley utiliza conceptos jurídicos indeterminados como «razonablemente previsible» o «razones de interés público», pues dichas expresiones imponen como tales conceptos jurídicos

indeterminados una «única solución justa». De modo que aunque la ley o el reglamento no definen con claridad cuales son los intereses públicos que legitiman la resolución, la autoridad de decisión debe elegir la única respuesta posible dentro de las distintas disyuntivas, y aunque ello pueda suponer la ablación del derecho de propiedad de los accionistas.

Entrando en la naturaleza del procedimiento de resolución consistente en la venta, se trata de un instrumento jurídico público en el que la administración bajo un principio de prevención, permite adoptar una medida drástica que afecta directamente a la titularidad de los derechos.

No se trata de cuestionar, en ningún momento, ni la necesidad de esta regulación, pues es indiscutible la existencia del interés público en el que se ha venido insistiendo, ni la necesidad de que sean los accionistas y acreedores, quienes en primer término deban responder de la gestión de la entidad a través de sus propios bienes o recursos, pero ninguna de estas razones justifica la ausencia de las garantías adecuadas en el curso de este procedimiento en caso de que la lesión del derecho de propiedad sea finalmente real.

Si afrontamos desde esta perspectiva nuestro objeto controvertido, se observa que la exposición de motivos de la LRREC 2015 advierte de la existencia de un nuevo modelo de intervención administrativa, lejos del método clásico diseñado hasta el momento destinado a dar una salida a las entidades inviables o de próxima inviabilidad.

Tal como se ha constatado en el primer capítulo, la intervención administrativa ha sido una técnica de regulación recurrente en nuestra tradición histórica, primero en relación con las Cajas de Ahorro en el *Estatuto de 1929* y luego en las entidades bancarias, a través del *Decreto de 2 de marzo de 1938*. No obstante, las potestades que se reconocían a la Administración no se extendían más allá de lo que era la organización de la entidad y siempre bajo una proyección temporal limitada. Posteriormente, la LDIEC acabó por asentar la intervención en su modalidad clásica ajustada a la concepción constitucional y concebida como una sustitución provisional de la administración para la superación de dificultades transitorias.

Únicamente, la *Ley de 27 de agosto de 1938* aprobada bajo la coyuntura existente en plena guerra civil preveía expresamente la suspensión o liquidación de la entidad bancaria como una alternativa a la intervención en el gobierno o a la administración de un banco. Es decir, diferenciaba formalmente dos operaciones: la intervención y la

liquidación, aunque en uno u otro caso, siempre exigía la previa audiencia de la entidad afectada.

Pues bien, el preámbulo de la LRREC 2015 alude expresamente a que nos encontramos ante «una nueva área de intervención pública», omitiendo cualquier mención a la posible naturaleza expropiatoria de los derechos de los accionistas. En parte, ello se podría justificar por la gran variedad de supuestos que alberga en su operativa con una alta posibilidad de modulación (suspensión de los órganos de la administración, recapitalización, la cesión parcial de los activos...)

Pero esta omisión terminológica, no impide que podamos hablar de un procedimiento de naturaleza expropiatoria, pues las garantías que consagra el artículo 33 CE no se circunscriben a los procedimientos expropiatorios formales o clásicos, sino a todos aquellos en los que se produce una privación singular de un derecho subjetivo de contenido patrimonial, la substracción o ablación de un derecho impuesta a un solo sujeto, que aparece nominalmente identificado²⁷².

En nuestro presupuesto de hecho, se dan los tres elementos definitorios de la expropiación a los que hacía alusión la STC 11/1983, de 2 de diciembre sobre el caso RUMASA: privación singular, bien o derecho con valor patrimonial y operación que se realiza en beneficio de un tercero, que pasa a ser titular.

La primera consecuencia es que cuando analizamos nuestro supuesto de estudio, podemos hablar de un procedimiento de naturaleza expropiatorio, aún cuando en sentido estricto existen diferencias entre la expropiación amparada en la ley sobre expropiación forzosa y la resolución bancaria en la que se acuerde la venta del negocio a un tercero, entre otras circunstancias porque el FROB como organismo público estatal al igual que ocurre con la JUR carecen de las potestades expropiatorias que se otorgan en exclusiva a las Administraciones territoriales.²⁷³

Es precisamente esta situación de despojo del derecho a la propiedad de los accionistas en primer término, la que permite deslindar la venta forzosa de una entidad bancaria como herramienta del mecanismo resolutorio, de aquellas otras potestades de intervención económica que ostenta la administración en este campo. Una medida regulatoria o de policía consistente en el ejercicio de las facultades de control y

²⁷² STC 45/2018, de 26 de abril, a propósito de una pensión de clases pasivas reconocida por sentencia a una viuda de quien había sido víctima del accidente YAK-42 en Turquía.

²⁷³ El art. 2 LEF señala que la expropiación forzosa sólo puede ser acordada por el Estado, la Provincia o el Municipio.

administración por parte de la Administración pública no puede conducir a la enajenación y liquidación unilateral de la propia entidad bancaria, sin consentimiento de los propietarios, sobre la base de una tasación negativa y el carácter irrecuperable de la compañía.

La inclinación de la administración pública hacia una mayor control del sector bancario, ha llevado a que la realidad cotidiana no perciba el «salto dogmático y conceptual²⁷⁴» entre la intervención de empresas reconocida en el artículo 128 CE que es de por sí una medida extraordinaria, a la constatación de privaciones patrimoniales que engarzan directamente con el artículo 33.3 y 106.1 CE.

Es fácilmente constatable que no es lo mismo una medida gravosa que elimine temporalmente las facultades de administración o control de una entidad bancaria, que aquellas otras que suponen directamente la eliminación de la entidad, a través de su enajenación de un tercero. De la misma forma que no es lo mismo tutelar las facultades de disposición de una parte de los activos del banco que su venta en bloque a un competidor. En definitiva, la temporalidad de la intervención de la empresa no se puede compaginar con el carácter irreversible de la medida resolutoria, consistente en la venta del negocio de la entidad.

El problema de la regulación actual estriba en que los mecanismos de resolución contemplan junto con las medidas tradicionales amparadas en el incumplimiento cierto de la entidad bancaria a juicio del supervisor, otras de distinta naturaleza acogidas a un título diferente y extremadamente laxo como es el caso de la locución «razonablemente previsible». A unas y otras se les aplican prácticamente las mismas garantías que se remontan curiosamente a las primeras, de modo que no se aprecia la diferencia entre incumplir en el momento presente o en un futuro cercano.

Es comprensible que los mercados financieros exijan decisiones a ritmo frenético para paliar una situación de deterioro económico que luego es imposible retrotraer a un momento anterior en el tiempo y que dichas decisiones se deben adoptar en un contexto de extrema e insuperable gravedad, pero ello no justifica la normalización de un derecho excepcional, ni la utilización dogmática de un concepto como la intervención de empresas para justificar cualquier medida sobre las entidades bancarias.

No se puede compartir la existencia de una mera intervención económica, cuando la Administración actúa con unas potestades exorbitantes de disposición sobre el conjunto

²⁷⁴ Carrillo Donaire, A. (2015), op. cit.

de la entidad bancaria, que suponen de facto su propia extinción y ello se realice, además, en beneficio de un tercero de manera irreversible. Defender lo contrario, supone justificar la existencia de un abuso, respecto a lo que se tenía que haber limitado al mero control y dirección de la empresa, que es lo que se instituye del artículo 128 CE.

Los artículos 128 y 33 CE establecen sus propios límites dentro de los cuales deben moverse los poderes públicos, al establecer o adoptar medidas que inciden en el sistema económico, de modo que su distinción no resulta meramente teórica.

Bajo el prisma que ofrecen las garantías constitucionales anteriores, debemos analizar la operación de la venta del negocio de la entidad a un tercero. En este caso, la aplicación efectiva de los mecanismos de resolución bancaria no supone ni una actuación pública de sustracción al sector privado de bloques de recursos económicos o servicios, ni la sustracción temporal de la dirección de la empresa, sino que consagra una decisión que recae sobre una empresa privada, obligándola a transferir su titularidad a un tercero, mientras la Administración ejerce como empresaria dentro del marco de la economía de mercado, pero amparándose en las numerosas excepciones que permiten el buen fin de la operación.

El Tribunal Constitucional descartó en el caso RUMASA²⁷⁵ la aplicación de las garantías asociadas a la libertad de empresa (artículo 38 CE) y a la intervención administrativa (artículo 128 CE), al entender que tal como el Gobierno rotulaba en su *Ley 7/1983, de 29 de junio*, nos encontrábamos ante una expropiación. De hecho, la ley enfatizaba la necesidad de expropiar por razones de utilidad pública e interés social, los bancos y sociedades del grupo RUMASA, teniendo en cuenta que la intervención no había sido fructífera, al no resolver los problemas estructurales que se habían presentado.

A sensu contrario, podemos concluir que la regulación sobre la reestructuración y resolución bancaria tiene, a priori, un directo anclaje en el artículo 128 CE, como medidas reforzadas de policía amparadas en la necesidad de mantener la estabilidad del sistema financiero, pero ello acontece siempre que dichas medidas no implican la existencia de privaciones singulares de bienes tal como ocurre en el supuesto de enajenación de la entidad bancaria a un tercero.

Ahora bien, tal como hemos venido insistiendo, la bondad de las medidas resolutorias en cuanto persiguen evitar que los contribuyentes asuman el coste de la

²⁷⁵ STC 111/1983, de 2 de diciembre.

inviabilidad de una entidad, no puede conducir a la normalización de un «derecho excepcional», ni permiten reglar la resolución bancaria, suprimiendo las garantías más básicas ligadas al contenido esencial del derecho a la propiedad y todo ello, en revancha a la responsabilidad que deben asumir los accionistas sobre la situación económica de la entidad bancaria. Ni la actuación previa de los accionistas y acreedores, ni el riesgo moral (*moral hazard*) puede servir de pretexto para eludir el cumplimiento de las cauciones constitucionales, usando la técnica de la intervención, a medida que exceden claramente de esta naturaleza. En este sentido, lo que se puede apreciar fácilmente en el caso de la resolución bancaria es que la mayor publicación de la regulación y el incremento en la severidad o repercusión de las medidas clásicas, no se ha visto acompañado por un incremento de garantías, tal como sería de esperar. No olvidemos, como punto de partida, que la LOSSEC exige la audiencia a la entidad de crédito en el caso de adoptar medidas de sustitución o intervención de empresas.

Por otro lado, es importante destacar sin perjuicio de su posterior desarrollo, que la existencia de una valoración negativa no excluye automáticamente la calificación expropiatoria del procedimiento o al menos la aplicación de garantías asociadas al derecho de propiedad como es el caso del derecho de audiencia. La mejor muestra de ello la hallamos en el caso RUMASA, en el que el Tribunal Supremo concluyó que la fijación del justiprecio en cero pesetas era compatible con el instituto de la expropiación²⁷⁶.

Descartado el ejercicio de una potestad de intervención en sentido estricto, resulta imprescindible determinar si en el supuesto que se examina, nos hallamos ante una verdadera expropiación entendida como privación indemnizable o ante una medida legal de delimitación entendida como regulación general del contenido de un derecho, que sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituye una configuración ex novo modificativa de la situación anterior.

Esta ha sido la postura que parece mantener los últimos pronunciamientos adoptados por de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, cuando han analizado las operaciones de aumento y reducción de capital, y que a salvo de las particularidades a las que haremos referencia está claro que no alcanzan a comprender que la aplicación de una norma específica, cual es en este caso la LRREC 2015, no impide que se cumplan las

²⁷⁶ STS de 20 de mayo de 2002 (rec. 4614/1997). En dicha sentenciase abordaba la valoración de acciones del Banco General S.A. perteneciente al grupo RUMASA, dado que la hoja de justiprecio recogía un valor neto de cero pesetas, como consecuencia de la existencia de un número de pérdidas superior a los activos que poseía la entidad.

garantías asociadas a la propiedad, si se llegase a apreciar una expropiación como privación singular.

Estas sentencias llegan a afirmar que no existe un desplazamiento patrimonial de derechos a favor del FROB, sino una concreción de su valor, de modo que niegan la existencia de una expropiación forzosa, frente a lo que consideran una situación de insolvencia de la entidad de crédito. Asimismo, se intuye que la decisión toma como punto de partida la existencia de una delimitación o regulación legal del derecho de la propiedad por parte de la normativa aplicable.

Pues bien, la delimitación legal del contenido de los derechos o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer el contenido esencial, cuando se produce como es el caso, en el marco de un procedimiento de resolución bancaria y se concluye que es necesario proceder a la enajenación del banco.

Es obvio que la LRREC 2015 o en su caso el RMUR no contiene una nueva regulación general del contenido de aquellos derechos que les corresponden a los accionistas o propietarios, o lo que es lo mismo, la regulación resolutoria bancaria no efectúa un diseño novedoso de los derechos de propiedad que corresponden a los accionistas como propietarios. Esto es, si se incluyese una nueva definición del derecho de propiedad sería de aplicación general a todos los titulares a quienes les afectaría por igual, no obstante en las presentes actuaciones no todas las entidades de crédito y no todos los titulares de derechos resultan afectados.

Por el contrario, la norma se encarga de desarrollar una serie de mecanismos de resolución, cuya efectividad permiten en última instancia la venta del negocio sin necesidad de consentimiento del afectado, respecto a un derecho que sigue siendo el mismo, antes y después de la regulación.

Dicho lo anterior, se debe añadir que una cosa son las facultades de regulación que son generales y afectan a todos por igual y otra, que el uso de estas mismas potestades contribuya a la privación singular de los bienes de la entidad bancaria o acordar su extinción.

Pero, además, en este caso, el criterio complementario que permite diferenciar la decisión expropiatoria de la delimitación del derecho de propiedad se refleja en la existencia de un tercero beneficiario. Tal como sabemos, la regulación no requiere por regla general un beneficiario específico, sino que se produce en aras al beneficio que se reporta a la colectividad. Cuestión distinta de lo que acontece en nuestro caso, en el que se constata

un beneficiario concreto, identificado en la entidad a quien se le cede la totalidad de los activos de otra y que puede limitarse a la simple eliminación de un competidor (*damnum cessans*).

La afección derivada de la aplicación de un mecanismo de resolución bancaria no es una limitación administrativa de derechos establecida con carácter general en la norma, desde el momento en el que se concreta posteriormente en una afección concreta y singular materializada en la privación singular de derechos. Es decir, no nos encontramos con unas meras medidas de limitación de la propiedad como ha llegado a advertir el Tribunal Supremo, sobre todo cuando estamos ante entidades que todavía no han sido declaradas insolventes y que razones prudenciales imponen de manera preventiva una medida tan drástica como la venta de la entidad a un tercero, sin el consentimiento del afectado y sin derecho a indemnización.

Todo parece indicar que en el marco de la resolución bancaria no podemos hablar de una regulación general del derecho de propiedad, ya que realmente lo que se produce en la práctica es una privación o supresión del derecho de los accionistas o lo que es lo mismo, se trata de una norma que aunque diseñada de manera generalizada, se traduce en un despojo de una situación jurídica individualizada, sin derecho de indemnización, lo que no resulta proporcional. Esto es, resulta desmesurado dado el contenido esencial del derecho de propiedad, que el accionista pudiera verse sustraído de su derecho, sin ningún tipo de indemnización, en aras a asegurar la estabilidad del sistema financiero, cuando además un tercero se beneficia de la operación.

En este sentido, la expropiación que se diseña en el régimen de resolución bancaria, parte de un supuesto de hecho que se asemeja, por ejemplo, a lo que ha ocurrido más recientemente en cuanto a las restricciones operadas en materia de VTC, si bien el tratamiento del legislador ha sido notoriamente distinto.

Para concluir, se debe hacer hincapié que la naturaleza expropiatoria que se dimana de la venta de un negocio como medida resolutoria, no se puede equiparar a las lesiones económicas que una determinada regulación puede producir y que en su caso, conllevarían la pertinente indemnización cuando dichas lesiones fuesen efectivas, evaluables y singularmente individualizadas, a través de la institución de la responsabilidad patrimonial.

Las diferencias entre una y otra institución son de principios, naturaleza, objeto y procedimiento.

Esta claro que en el supuesto de la responsabilidad patrimonial, la obligación de indemnizar surge como consecuencia de las lesiones producidas por la actuación, ya sea del legislador, ya sea de la Administración en su actividad de prestación de servicios público y ello porque aún cuando tenga como finalidad el interés general, si se ocasiona un daño concreto, se vería sacrificado de manera especial un perjudicado al tener que soportar una mayor carga que el resto de la colectividad, de modo que hay que restablecer la situación para equiparar a todos los ciudadanos en el soporte de las cargas generales. Frente a lo anterior, la expropiación descansa en la privación patrimonial que es el fin de la potestad pública ejercitada, como consecuencia de la existencia de una utilidad pública o interés social. Ejemplo de responsabilidad lo hallamos en las indemnizaciones por cambio de planeamiento urbanístico.

De aquí, que el efecto directo de resarcir en uno y otro caso es distinto, pues en la expropiación se trata de una indemnización, el justiprecio, que no deja de ser el correspondiente valor del bien despojado, cuyo importe debe ser fijado previamente a la privación frente a la responsabilidad, que sólo puede comprender el importe de los daños y perjuicios imputables a la prestación y fijados a posteriori.²⁷⁷

En el presente supuesto, no se trata de un cambio normativo súbito más propio de compensación a través de la responsabilidad patrimonial, sino más bien nos encontramos ante el diseño de un nuevo marco regulatorio de los mecanismos de resolución bancaria atendiendo a las circunstancias coetáneas que concurren en el mercado financiero, contemplando específicamente como táctica de actuación la posibilidad de proceder de forma imperativa por razones de interés público a la venta del negocio a un tercero.

No obstante, esta argumentación no es compartida por algunos autores que reconducen la indemnización que se podría interesar a la vía de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Partiendo de la asunción por parte de la Administración de la gestión de riesgos que antes correspondía a la esfera privada, la actuación de la JUR o en su caso la autoridad nacional de resolución puede conllevar el derecho de indemnizar si se cumplen los presupuestos para ello²⁷⁸.

²⁷⁷ STS de 17 de diciembre de 2013 (rec. 1623/2013). A propósito de la condena a la Administración del Estado del pago del justiprecio por la expropiación de una finca en la construcción de la autovía Madrid-Toledo, cuando la beneficiaria es declarada en concurso.

²⁷⁸ Belando Garín concluye cuando alude a la existencia de responsabilidad patrimonial en las operaciones de resolución que «En definitiva, ello no representa una expropiación al carecer la operación de resolución de la entidad del requisito del interés social que exige el artículo 33.3 de la Constitución.». Belando Garín, B. (2020), «La protección del accionista y del inversor ante las

B. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA JUDICIAL

A continuación, procede llevar a cabo un estudio de la jurisprudencia que se ha venido dictando hasta el momento en torno a la intervención de las entidades de crédito y la adopción de medidas de recapitalización o resolución bancaria. Dichas decisiones muestran una cierta resistencia de los tribunales por reconocer el carácter expropiatorio de las operaciones de reestructuración o resolución.

Tal como se ha reflejado en el capítulo que analiza la evolución normativa, el supuesto por antonomasia de intervención se refiere a la sustitución del órgano de administración de la empresa intervenida y en estos términos se ha venido regulando tradicionalmente la intervención de empresas en el sector financiero. Así por ejemplo podemos destacar el Real Decreto 2532/1929, de 21 de noviembre que introduce esta técnica de regulación para las cajas de ahorro o el Decreto de 2 de marzo de 1936 y la Ley de 27 de agosto del mismo año que en plena guerra civil extiende este mecanismo al resto de entidades de crédito.

a) Banco de Navarra

Fue precisamente la caída del Banco de Navarra, con unas necesidades de saneamiento que alcanzaban los 13 millones de euros, la que propició no sólo la creación del Fondo de Garantía de Depósitos, sino que desarrolló las facultades de la Administración consistentes en suspender provisionalmente los administradores de la entidad o sustituirlos por otros mediante el Decreto-ley 5/1978, de 6 de marzo, precedente de la Ley 26/1988 de 26 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito en la que ya se fraguó definitivamente la intervención «clásica» de entidades de crédito.

Sobre este extremo, destaca el Auto de 28 de diciembre de 1982²⁷⁹ del Tribunal Constitucional que inadmitió la demanda de amparo que había sido planteada por el Consejo de Administración del Banco de Navarra. En concreto, se denunciaba que el Consejo de Administración no había tenido acceso al juicio universal de quiebra, pues quienes habían actuado en dicho proceso no expresaban la voluntad societaria, sino más bien la del Banco de España, quien era el acreedor de la quiebra.

medidas adoptadas por las autoridades de supervisión y de resolución», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M. (dirs.), *Estudios sobre resolución bancaria*, Pamplona, Aranzadi, págs. 731-750.

²⁷⁹ ATC 413/1982, 28 de diciembre.

La denegación de la admisión a trámite por parte del Tribunal Constitucional se sustentó al asumir que el Consejo de Administración no ostentaba legitimación en el proceso, como consecuencia de la existencia de una norma legal que la atribuía expresamente a la comisión liquidadora nombrada. Así, dijo:

«El acceso al juicio universal de quiebra se negó al Consejo de Administración del Banco de Navarra, por los Jueces y Tribunales, por estimar que dicho organismo carecía de legitimación al haber sido suspendido por el Gobierno y atribuida la representación a una Comisión liquidadora, en aplicación de disposiciones legales anteriores a la Constitución; los actos causantes de la presunta lesión son, pues, actos gubernativos, previos al proceso civil en el que se denuncian.»

Ahora bien, fue posteriormente la LDIEC, la que desarrolló con mayor detalle la intervención de la entidad de crédito, discriminando si se producía o no la sustitución de sus órganos de administración.

b) Banesto

El acomodo constitucional de esta técnica se analizó expresamente por el Tribunal Supremo a propósito de la intervención del Banco Español de Crédito (Banesto), acordada por Resolución del Consejo de Gobierno del Banco de España con fecha 27 de septiembre de 1996. Sobre este asunto, se dictaron dos sentencias, la sentencia de 5 de mayo de 2004 y 14 de marzo de 2006 que merece la pena abordar.

La primera sentencia de fecha 5 de mayo de 2004²⁸⁰ analiza el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución de 25 de febrero de 1994 del Banco de España por la que conminaba a la entidad bancaria a adoptar las medidas necesarias para restablecer su situación patrimonial y cubrir el coeficiente de solvencia existente en ese momento. En concreto, se adoptaban medidas como la cancelación de las reservas, la reducción de capital para cancelar pérdidas, fijación del valor nominal de cada acción en 400 pesetas y una ampliación por valor de ciento ochenta mil millones de pesetas, para cuya suscripción deberían renunciar los accionistas al derecho de suscripción preferente.

El Alto Tribunal concluyó que la Resolución tenía un triple contenido: el acuerdo de requerimiento en sentido estricto; la comunicación del plan de ayudas, ofrecido por el Fondo de Garantía de Depósitos en el marco de su normativa a fin de restablecer la

²⁸⁰ STS de 5 de mayo de 2004 (rec.3726/2000).

situación patrimonial; y la constatación de las circunstancias a los efectos de revocación de la autorización por causas objetivas.

A partir de la identificación de este triple contenido, entendió que la exclusión del derecho de suscripción preferente no formaba parte de la conminación propiamente dicha, sino que se trataba de una propuesta para el reflatamiento de la sociedad. De este modo, la aceptación del plan de saneamiento dependía únicamente del acuerdo de la junta general de accionistas de la sociedad, quien lo aprobó, quizás al entender que la alternativa era mucho más gravosa.

Asimismo, negó la obligación de comunicar individualmente a los accionistas la decisión, al entender que de conformidad con el contenido del requerimiento, la comunicación se debía realizar únicamente a los órganos sociales. En concreto, respecto a las irregularidades procedimentales denunciadas, estimó que se habían cumplido plenamente las garantías de notificación, motivación y audiencia.

Por último y en lo que aquí más interesa, negó que las facultades de supervisión asumidas por el Banco de España y reflejadas en el acto de conminación tuviera carácter sancionador. Afirma que: «el requerimiento del Banco de España no es un acto que imponga una sanción(...) sino un acto dictado en el ejercicio por la Administración de las potestades que la ley le otorga en materia de control e intervención de las entidades de crédito». En definitiva, la sentencia disocia el procedimiento sancionador de la intervención de entidades bancarias.

En segundo lugar, la sentencia 14 de marzo de 2006²⁸¹incide sobre el carácter no sancionador del procedimiento de intervención diseñado en la LDEC. En esta ocasión, el recurso contencioso administrativo tenía por objeto el Acuerdo del Consejo Ejecutivo del Banco de España de fecha 28 de diciembre de 1993, por el que se decidía la sustitución provisional del Consejo de Administración.

La decisión menciona en su fundamento tercero que la medida de intervención y de sustitución no es «una medida dirigida a reprobar una conducta supuestamente ilícita», lo que no empece a que si se diera efectivamente esta conducta reproblable la administración pudiera perseguirse y castigarse. A este respecto, describe que la finalidad de la intervención es «(...) evitar que el peligro, que en ese momento es potencial se transforme en real, con el consiguiente daño que ello supondría no sólo para la entidad y

²⁸¹ STS de 14 de marzo de 2006 (rec.624/2002).

sus clientes, sino para todo el sistema financiero en general, que tendría que reparar las consecuencias derivadas de la insolvencia.».

En suma, señala que la medida de intervención y de sustitución arbitrada en la LDIEC es una medida que aunque guarda relación con el campo sancionador, tiene su propia autonomía e independencia, tal como se deduce tanto de su finalidad como de su regulación. Así, llega a decir «Se trata de una medida que aunque pueda guardar relación con el campo sancionador, como señala la Exposición de Motivos de la LDIEC, tiene su propia autonomía e independencia. Esto es así, no sólo por la finalidad que con ella se persigue, sino porque claramente se infiere de su propia regulación. En efecto, mientras en el Título I de la LDIEC se establece el “régimen sancionador de las entidades de crédito”, el Título III se dedica, como antes se dijo, a la sustitución e intervención de las mismas entidades, lo que ya permite inicialmente adelantar que se refiere a instituciones distintas. Más esclarecedor es el propio artículo 31, cuando indica en su apartado 3 que “las medidas de intervención o sustitución a que se refiere este artículo podrán adoptarse durante la tramitación de un expediente sancionador o con independencia del ejercicio de la potestad sancionadora, siempre que se produzca alguna de las situaciones previstas en los números anteriores”, lo que indudablemente demuestra el distinto campo en que ambas potestades administrativas se desenvuelven (...)»

La sentencia, también, avala en este caso, la omisión del trámite de audiencia, si bien aclara previamente que dicho trámite es exigido por la norma únicamente respecto a la entidad de crédito y no en relación a los miembros del Consejo de Administración. De cualquier forma, la sentencia apela a que la norma autoriza la omisión del trámite de audiencia, cuando el retraso pudiera comprometer gravemente la efectividad de la medida, a través de una inmediata retirada de los depósitos. En coherencia, la Sala razona que «dado el alto número de clientes del Banco, no es desproporcionado la supresión de la audiencia, pues a su práctica se anudaría la ineludible consecuencia que se trata de evitar con la medida: una grave daño al sistema bancario, al sistema de pagos y a la economía nacional».

Asimismo, subraya el carácter excepcional y transitorio de la medida, de modo que cataloga la intervención como provisional y en consecuencia, entiende que las reglas generales de aplicación a la administración de las sociedades anónimas no tienen virtualidad durante el tiempo en el que se adopta la medida extraordinaria de sustitución provisional de los órganos de administración. Por otro lado, alude a la discrecionalidad

técnica de la Administración para decidir si procedía en este caso la sustitución de los administradores o la intervención.

En último lugar, debemos subrayar que la sentencia excluye expresamente que el acuerdo recurrido fuese una expropiación, al no haber privado a los accionistas de sus derechos en beneficio de otros. En concreto, la sentencia dice:

«Debe rechazarse también la alegación de que con el acuerdo recurrido lo que se ha pretendido es una expropiación sin indemnización, pues, al margen de la utilidad pública que tiene la medida de sustitución, único elemento de similitud con la expropiación, falta el más esencial de esta institución, cual es el de privar a los accionistas, verdaderos titulares de la entidad, de sus derechos en beneficio de otros, cosa que no ha ocurrido.»

Conviene detenerse, brevemente, en este razonamiento, pues parece dar a entender que la naturaleza expropiatoria se descarta, simplemente, porque no existe una privación del derecho de propiedad en beneficio de otros.

No obstante, el criterio de la existencia de un beneficiario como criterio para distinguir una expropiación de una mera regulación o limitación no resulta fiable, tal como anteriormente hemos tenido la oportunidad de explicar: primero, porque los actos de los poderes públicos y no sólo las expropiaciones deben estar guiados inexorablemente por el interés general al amparo del artículo 103 CE y segundo, existen privaciones patrimoniales no indemnizables que suponen la existencia de un beneficiario y sin embargo, se excluye la existencia de una expropiación.

No podemos caer en la tentación de tratar de identificar la expropiación con la concurrencia de un círculo de beneficiarios reducidos²⁸², pues la práctica ordinaria nos permite vislumbrar múltiples ejemplos en los que no se da esta premisa. Esto es, hay privaciones consideradas expropiatorias que benefician a la comunidad en general y no a unas personas concretas. Así por ejemplo, las modificaciones de régimen urbanístico de determinados terrenos para albergar una zona de protección de interés ambiental o para construir infraestructuras como carreteras²⁸³, la prohibición de cazar por motivos ambientales en lo que era un coto de caza²⁸⁴ o incluso más recientemente, la eliminación

²⁸² Doménech Pascual, G. (2012), op cit.pág.16.

²⁸³ STS de 16 de marzo de 2011 (rec.6251/2007).

²⁸⁴ STS de 20 de enero de 1999 (rec. 5350/1994).

de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor de carácter urbano²⁸⁵. Santamaría Pastor ponía como ejemplo «la expropiación de un edificio cuyo derribo permite realzar la belleza de un lugar histórico»²⁸⁶. De otro lado, hay privaciones como por ejemplo el decomiso de los instrumentos del delito que no resultan indemnizables y en los que existe un tercero beneficiado.

Llegados a este extremo, debemos apreciar importantes matices que se omiten en la sentencia, pero que suponen el acierto de su decisión. Efectivamente, no se puede hablar en este caso, de expropiación alguna, ya que la intervención que se acordó por parte del Banco de España respetó la voluntad de la Junta General de Accionistas, quienes confirmaron la necesidad de realizar ajustes económicos por un valor 605.000 millones y aceptaron por unanimidad tanto el Plan de Saneamiento y Recapitalización, como la supresión del derecho de suscripción preferente en la reunión celebrada el 26 de marzo de 1994. De nuevo, se debe destacar que aunque los accionistas fueron los principales afectados, no soportaron el total de las pérdidas que podían absorber, sino que sólo se vio afectado el importe de las reservas y el 42,9% del capital.

De cualquier forma, se deben subrayar dos aspectos en los que inciden las sentencias: por un lado, se ahonda en el carácter provisional de las medidas que afectan a la administración e intervención de la entidad y por otro, se reconoce cierta discrecionalidad para optar por una u otra alternativa.

c) CajaSur

Especialmente interesante ha resultado el procedimiento judicial seguido con la caja de ahorros, CajaSur, dada la negación que se efectuó por parte de los Tribunales del carácter expropiatorio de la operación. En esta ocasión, la norma aplicable sería el RDLRREC 2009, si bien la problemática que se plantea es la misma que se ha venido reiterando en pronunciamientos más recientes.

²⁸⁵ La eliminación de las licencias para la prestación del arrendamiento de vehículos con conductor se justifica en el Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre en la necesidad de solucionar los problemas de movilidad y medioambientales de los núcleos urbanos. Los perjuicios que pueda ocasionar la nueva definición del ámbito territorial de las autorizaciones se compensa prorrogando la autorización durante cuatro años.

²⁸⁶ Santamaría Pastor, J.A. (2004), *Principios de Derecho administrativo general*, vol. II, Madrid, Iustel, pág. 445.

El análisis del supuesto de hecho es sencillo. La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba era una caja de ahorros fundada en 1864, ligada al Cabildo Catedralicio de Córdoba desde su creación. Su delicada situación económica propició dos intentos de fusión que devinieron en infructuosos, primero con Caja Murcia, cuya operación fue vetada por la Junta de Andalucía y después, con Unicaja, cuya fusión no llegaría a fructificar.

Una vez que entró en vigor el RDLRREC 2009, CajaSur solicitó en fecha 21 de mayo de 2010, acogerse al mecanismo de reestructuración a través del FROB, dada las dificultades económicas que atravesaba. Comienza, entonces, un proceso vertiginoso y acelerado, que acabaría con la venta de la entidad a un tercero y cuyo resultado final fue evaluado por los Tribunales en distintas instancias.

En esa misma fecha, la Comisión Ejecutiva del Banco de España acordó iniciar la reestructuración ordenada interesada, para lo que procedió a sustituir provisionalmente a su órgano de administración, designando al FROB como administrador provisional.²⁸⁷

Al día siguiente, la Comisión Rectora del FROB acordó, a su vez, designar a tres personas físicas que actuarían en representación del FROB y que asumirían la administración provisional de la entidad. Al mismo tiempo, concedió unos primeros apoyos financieros de ayudas consistente en la suscripción de cuotas participativas hasta un importe de 800 millones para retornar al cumplimiento del coeficiente de solvencia y la concesión de un crédito por un importe máximo de 1500 millones de euros para hacer frente a los problemas de liquidez.

Dichos administradores elaboraron un plan de reestructuración que contemplaba en primer lugar, la fijación del valor patrimonial de la caja a través de una mera operación contable, basada en la diferencia de los valores registrados para los activos y pasivos²⁸⁸ y sobre la base de dicha valoración negativa, se emitieron cuotas participativas por valor de 800 millones de euros. Esta operación que condujo directamente a la suscripción íntegra de

²⁸⁷ BOE, 22 de mayo de 2010.

²⁸⁸ La valoración se ciñó a reflejar el valor contable y no se utilizó ningún criterio de los habituales del mercado, lo cual a juicio de Muñoz Machado permitió la no actualización de los valores de los inmuebles, a lo que se añade que las provisiones exigidas en la contabilidad fueron muy superiores a las ordinarias. Muñoz Machado, S. (2011), «Regulaciones económicas y despojos patrimoniales: (sobre los límites de la intervención de entidades de crédito por el Banco de España: el ejemplo de las Cajas de Ahorro)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.19, .pág. 80.

las cuotas por parte del FROB²⁸⁹, lo que suponía de facto la adquisición subrepticia del 100 % de los derechos políticos de la Asamblea General de CajaSur, excluyendo indirectamente la participación en el proceso de los propietarios hasta el momento.

El valor económico de CajaSur se estimó sobre la base del informe a que se refiere el artículo 7 RDLRREC 2009, cifrándose negativamente en 620 millones de euros.

Elaborado el Plan de Reestructuración de CajaSur, en el que se contemplaba la cesión del negocio a BBK, se suscribió en fecha 16 de julio de 2010, el contrato de cesión global de activos y pasivos en el que se estipulaba la cesión global de activos y pasivos en régimen de sucesión universal a través de una operación de modificación estructural que suponía la extinción del cedente (CajaSur) a cambio de la entrega del precio. El precio se fijaba, al mismo tiempo en un euro, al ser el patrimonio de CajaSur negativo.

BBK había participado previamente en el procedimiento competitivo al que fueron llamadas 49 entidades, aunque sólo 21 mostraron interés y 5 de ellas presentaron oferta vinculantes.

De todas formas, el cumplimiento del contrato quedaba condicionado a la aprobación por el Banco de España del Plan de Reestructuración y a la aprobación posterior por la Asamblea General de CajaSur.

Bajo esta situación de dominio del FROB y aprobado el plan de reestructuración, se convocó asamblea general ordinaria y extraordinaria de CajaSur en fecha 23 de noviembre de 2010 y se decidió transmitir todos los derechos activos y pasivos de CajaSur a la entidad BBK. La liquidación de la operación se produjo el día 22 de diciembre de 2010 por el importe de un euro. Dicho importe se debía repartir según figuraba en los estatutos, un tercio a la Caja de Ahorros de Córdoba y los dos tercios restantes al Cabildo.

Con anterioridad, en fecha 2 de noviembre de 2010, el Banco de España dictó una resolución, rechazando la reclamación del Cabildo. Básicamente, su contenido se centró en tres argumentaciones: no existía una expropiación sino un procedimiento específico previsto en la legislación bancaria; el cabildo no ostentaba derechos de propiedad sobre CajaSur; y aunque los tuviera, el valor de tales derechos era negativo.

Las características del proceso de resolución se reflejan fácilmente del cúmulo de hechos descritos. Es decir, en el marco del procedimiento administrativo se asumió la administración por el FROB y fue precisamente una decisión de los administradores, lo que

²⁸⁹ Conforme a lo dispuesto en el artículo 7.8 y en atención al valor patrimonial negativo de CajaSur y el importe de las cuotas participativas, el 100% de los derechos de representación en la Asamblea General de CajaSur fueron adjudicados al FROB.

permitió valorar la entidad, ampliar capital para que la Administración alcanzara el dominio de la propiedad y finalmente, decidir sobre la enajenación, sin que los anteriores accionistas pudieran efectuar algún tipo de intervención al efecto.

El Cabildo Catedralicio intentó reaccionar a estas operaciones mediante la presentación de un requerimiento en fecha 21 de octubre de 2020 dirigido al Banco de España, en el que solicitaba en primer lugar, «la cesación y declaración de nulidad de las decisiones de intervención y posterior reordenación adoptadas por el Banco de España en relación con CajaSur, la retroacción de las actuaciones a un estado en el que pudiera hacerse valer el derecho de la entidad fundadora de CajaSur a conocer y valorar la situación patrimonial de esa entidad en el momento de su intervención y posterior enajenación a la entidad BBK, la suspensión de la Asamblea General convocada para el 23 de noviembre de 2010.»

Desestimada tal solicitud por el Banco de España, el Cabildo interpuso recurso contencioso administrativo frente a la vía de hecho imputada al Banco de España.

Ahora bien, la parte actora planteó la necesidad de presentar una cuestión de inconstitucionalidad, para el supuesto en el que se considerase la inexistencia de vía de hecho como consecuencia del seguimiento de un procedimiento especial. Dicha petición se justificaba atendiendo a que no se habían cumplido con las garantías expropiatorias que serían exigibles. Subsidiariamente, la parte demandante solicitaba que se admitiese su recurso contra la resolución del Banco de España de 2 de noviembre de 2010, al cumplirse los requisitos legales del plazo de interposición y la existencia de acuerdo formal de impugnación de ese acuerdo.

Mediante sentencia de 13 de noviembre de 2012, la Audiencia Nacional²⁹⁰ inadmitió el recurso contencioso administrativo, al entender que no había existido una actuación material de la Administración carente de cobertura jurídica, pues las actuaciones y decisiones adoptadas se efectuaron al amparo de lo previsto en el artículo 7 RDLRREC 2009. Asimismo, negó la existencia de un supuesto de expropiación material, al haberse seguido un proceso de reestructuración de una entidad de crédito.

Ante esta decisión, la parte actora interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo alegando lo siguiente: en primer lugar, arguyó la vulneración de los trámites ligados a las garantías de la institución expropiatoria, según lo dispuesto en el artículo 125 LEF, como consecuencia de la interpretación reduccionista efectuada que limitada la vía

²⁹⁰ SAN de 13 de noviembre de 2012 (rec. 670/2010).

de hecho a aquellas actuaciones materiales de la Administración realizadas al margen de la competencia. En segundo lugar, se denunció la infracción de las normas del ordenamiento jurídico reguladoras de las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo, no habiendo obtenido una resolución sobre el fondo del asunto y en último lugar, estimó que la sentencia incurría en incongruencia omisiva, pues no se había pronunciado sobre la resolución del Banco de España de 2 de noviembre de 2010.

Centrándonos en el primer motivo de impugnación, la Sala del Tribunal Supremo reconoció la posibilidad de que el concepto de vía de hecho se extendiese, no sólo a aquellos supuestos en los que no existía propiamente un acto administrativo de cobertura o éste fuese radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanzase a cubrir la actuación desproporcionada. Esto es, incluía específicamente aquellos casos en los que existiendo un acto de cobertura, éste se viese afectado de una irregularidad sustancial que permitía hablar de acto nulo de pleno derecho o incluso inexistente. Ahora bien, niega tajantemente que en las presentes actuaciones se hubiera producido una vía de hecho y haciendo hincapié en la solicitud de la entidad bancaria CajaSur, insiste en sostener que el procedimiento administrativo seguido se enmarca en el procedimiento de reestructuración de una entidad de crédito, con la necesaria intervención del FROB. Asegura que se han cumplido los requisitos establecido en el artículo 7 RDLRREC 2009, sin que el Cabildo hubiera impugnado los actos concretos llevados a cabo por el FROB o por el Banco de España.

En coherencia, negó que se hubiera llevado a cabo un procedimiento expropiatorio y sostuvo que en estas actuaciones se había seguido un procedimiento de reestructuración contemplado específicamente en la norma, no habiendo previsto ningún trámite de audiencia o de valoración contradictoria con los fundadores de la entidad. Añadió a lo anterior, que la valoración de la entidad fue encomendada al FROB por imperativo legal, con el objeto de gestionar los procesos de reestructuración y reforzar los recursos propios en aras de mejorar la viabilidad de la entidad bancaria y calcular la situación patrimonial de la recurrente.

En cuanto al resto de las cuestiones, recordó que el proceso inicial finalizó mediante sentencia, después de la tramitación íntegra del procedimiento judicial, habiéndose analizado en su integridad las alegaciones formuladas por las partes. Aunque esta decisión judicial llegó a reconocer que hubiera resultado más procedente un pronunciamiento de desestimación del recurso contencioso administrativo, en lugar de la inadmisión del que planteó la Audiencia Nacional en su sentencia.

Por último, negó la existencia de incongruencia omisiva e indefensión en relación con la omisión de un pronunciamiento específico sobre la resolución del Banco de España de 2 de noviembre de 2010, pues entendió que dicha petición no había obtenido respuesta adecuadamente al haber sido incorporada en un escrito de alegaciones a la inadmisión. Sobre este extremo, la sentencia argüía que el escrito de interposición hubiera sido el idóneo para formular dicha solicitud, ya que este escrito es el que fija el acto objeto de recurso, no pudiendo ser modificado con posterioridad.

A continuación, el Cabildo presentó recurso de amparo en fecha 22 de abril de 2016, alegando la vulneración del artículo 24 CE, ante la falta de razonabilidad de las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo e insistiendo en que el procedimiento regulatorio de naturaleza expropiatoria no había garantizado el principio de audiencia ni la fijación contradictoria del justiprecio. No obstante, mediante providencia de fecha 30 de enero de 2017, se inadmitió a trámite por inexistencia de lesión. Presentado recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se obtuvo la misma respuesta.

Del conjunto de los pronunciamientos examinados anteriormente, podemos extraer varias conclusiones: la primera es que la entidad fue resuelta y enajenada a un tercero, sin permitir ni a sus accionistas, ni a quienes efectivamente controlaban la entidad, participar y discutir sobre la solución adoptada o el valor real de la entidad de crédito.

Asimismo, ninguno de los pronunciamientos entró a valorar cuál era la verdadera naturaleza del procedimiento de resolución que se llevó a cabo. Del examen anterior, podemos extraer que las decisiones judiciales siguieron una interpretación excesivamente literal de la norma, pues era un hecho no controvertido que en el caso de CajaSur se había seguido un procedimiento especialmente diseñado en el ordenamiento jurídico para dar respuesta a entidades bancarias, con dificultades económicas. En consecuencia, esta no era la cuestión traída al debate jurídico, sino más bien lo que se había cuestionado era la verdadera naturaleza de un procedimiento legal, que podía llegar a enajenar la entidad por parte del FROB, sin el consentimiento de sus accionistas.

Ciertamente tal como se cuestionó en el recurso, el seguimiento de un procedimiento específico de reestructuración bancaria no impedía que éste pudiera tener una naturaleza expropiatoria, en cuanto la existencia de una eventual expropiación material no se relega al procedimiento descrito en la LEF. Pero las sentencias omitieron cualquier razonamiento al efecto y se limitaron a efectuar un estudio superficial de la verdadera cuestión que había sido planteada, pues tal como ha venido sosteniendo el Tribunal

Constitucional las garantías constitucionales asociadas a la propiedad del artículo 33 no se circunscriben a los procedimientos administrativos expropiatorios clásicos, sino que se extienden a cualquier acción imperativa del poder público, en el que se puede producir una privación singular de derechos patrimoniales.²⁹¹ Es decir, el hecho de que se hubiera seguido la tramitación de un procedimiento específico de resolución bancaria no significaba que no se hubiera producido una expropiación de facto, cuyo estudio era necesario afrontar a la luz de las circunstancias del caso.

No cabe duda que si seguimos una interpretación literal, los órganos de administración fueron nombrados con ocasión de las dificultades económicas de la entidad y en base a dicha administración, cuantificaron el valor de la misma y llegaron a enajenar el banco. Desde un punto de vista formal, se trataba de una intervención severa en una entidad bancaria, como consecuencia de las dificultades que ponían en riesgo su viabilidad. La legitimación de las medidas y su extensión descansaba directamente en la ley.

Ahora bien, aunque mantuviéramos una interpretación exclusivamente gramatical los preceptos deben ser interpretados atendiendo a la ubicación del precepto en el sistema, su sentido literal, el origen histórico y el fin o el objetivo del legislador.

Dicho lo anterior, parece que no tiene sentido que quienes ostentan meras funciones de administración como órgano de gobierno o control, sean los que finalmente acaben

²⁹¹ Recientemente, en STC 45/2018, de 26 de abril, se ha recordado esta doctrina en relación con la privación de un derecho a una pensión de clases pasivas ya reconocida a la pareja de un militar fallecido en el accidente Yak-42. Aunque se trata de una jurisprudencia que se remonta entre otras a la STC 227/1988, de 29 de noviembre, que se pronuncia a propósito del recurso de inconstitucionalidad presentado frente a la *Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas*, reiterando a su vez, lo ya resuelto en otros pronunciamientos relacionados con la reforma de la función pública, la reforma agraria andaluza o la jubilación anticipada de jueces y magistrados. Conviene reproducir el tercer párrafo del fundamento 11, cuando señala expresamente lo siguiente:

«Es claro que la **garantía expropiatoria** del art. 33.3 de la Constitución alcanza, tanto a las medidas ablatorias del derecho de propiedad privada en sentido estricto como a la **privación** de los «bienes y derechos» individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial, entre los que se incluyen, sin duda, los derechos de aprovechamiento privativo o especial de bienes de dominio público. Resulta imprescindible determinar por ello si, en el supuesto que ahora examinamos, nos hallamos ante una verdadera expropiación o **privación** indemnizable o ante otro tipo de intervención limitativa de derechos que no comporta compensaciones económicas. Este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión (SSTC 108/1986, de 29 de julio, 37/1987, de 26 de marzo, y 99/1987, de 11 de junio, entre otras) al concepto de expropiación o **privación** forzosa que se halla implícito en el art. 33.3 de la Constitución, declarando en sustancia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la **privación** singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos, por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la **garantía** del art. 33.3 de la Constitución, que concurra el dato de la **privación** singular característica de toda expropiación, es decir, la sustracción o **ablación** de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos.»

decidiendo enajenar la entidad bancaria, valiéndose del derecho de representación que se encomienda al FROB y se justifique su decisión en el carácter irrecuperable de la sociedad, una vez calculado unilateralmente el valor de la compañía.

Obsérvese que la adquisición de cuotas de representación y por ende, la obtención del derecho representación por parte del FROB, no se reconoció para llevar a cabo la enajenación de la entidad, tal como se constata con la mera lectura de la exposición de motivos del RDLRREC 2009. Por el contrario, esta nueva atribución al FROB se configuró *ex profeso* como un derecho excepcional a ejercer, mientras éste mantuviese la titularidad de los valores, con el único objeto de posibilitar el uso de una herramienta tradicional de reestructuración, cual era la adquisición de acciones en entidades bancarias. En consecuencia, lo que no resulta coherente es que si el derecho de representación excepcional no es transmisible a posteriores adquirentes de las cuotas, con mayor razón debería estar vetada la enajenación de acciones o valores, valiéndose de este instrumento.²⁹²

Quizás deberíamos plantearnos este debate haciendo el esfuerzo de imaginarnos un supuesto hipotético en el que fuese un particular y no un ente público, el que ejerciese como administrador, ¿podrían acaso los administradores sin tener reconocida expresamente la potestad de disposición, actuar de forma idéntica? O ¿podría esconder una operación de este calibre la comisión de un delito o un fraude tributario?

Sea como fuere, lo que no tiene sentido es que se excluyese *a priori* y sin mayor reflexión, el carácter expropiatorio de la actuación administrativa, tal como insisten los pronunciamientos judiciales, por el mero hecho de haber mediado una petición inicial del Cabildo, salvo que claro ésta, se admita una suerte de voluntad de inmolarse por parte de la entidad de crédito. No cabe duda que la liquidación y la venta de la entidad era una de

²⁹² En concreto, la exposición de motivos del RDLRREC 2009 explica lo siguiente: «En primer lugar, en el caso de las Cajas de Ahorro, si el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria adquiriera cuotas participativas adquiriría un derecho de representación en la Asamblea General de la Caja igual al porcentaje que las cuotas representen sobre el patrimonio neto de la Caja. Es decir, se dotaría de derechos políticos a las cuotas participativas suscritas por el Fondo. Este derecho de representación se conceptúa como un derecho excepcional que solo puede mantenerse mientras que el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria mantenga la titularidad de estos valores y, en ningún caso, es transmisible a posteriores adquirentes de las cuotas. Se trata, en definitiva, de posibilitar en este caso el uso de una herramienta tradicional de reestructuración como es la adquisición de acciones en entidades bancarias.»

Por otro lado, el artículo 7.8 RDLRREC 2009 disponía que «8. Cuando el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria adquiera cuotas participativas de una Caja de Ahorros, gozará de un derecho de representación en la Asamblea General igual al porcentaje que aquellas supongan sobre el patrimonio neto de la caja emisora. El citado derecho excepcional de representación se mantendrá exclusivamente mientras el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria mantenga la titularidad de los citados valores, no siendo transmisible a posteriores adquirentes de los mismos.»

las opciones posibles, cuando CajaSur solicitó por su propia iniciativa, el inicio del procedimiento de reestructuración, pero ello no significaba que fuera ni mucho menos la única solución posible, como si de un automatismo se tratase. Por el contrario, la petición abría un amplio abanico de posibilidades que no suponían irremediamente el traspaso total de su negocio a través de una cesión global, sin el consentimiento de la compañía. Esto es, el hecho de que el procedimiento se hubiera iniciado a *motu proprio*, no implicaba necesariamente que CajaSur pudiera sospechar que iba a ser enajenada, con el único consentimiento del FROB y sin poder participar en el proceso de decisión, ni en la valoración de la entidad. Se debe resaltar, además, que lo que el Cabildo interesaba en último término, era participar en la valoración de los bienes, utilizando criterios que no fueran estrictamente contables o en su caso, corrigiendo los excesos que se habían producido en la cuantificación.²⁹³

No se puede obviar, además, otra cuestión no meramente accesoria y es que el recurso se interpuso frente a una vía de hecho, como último subterfugio,²⁹⁴ ya que el procedimiento no preveía ninguna posibilidad de impugnación²⁹⁵. Es decir, en ningún momento se produjo un acto administrativo. Desde esta perspectiva, es importante destacar que la LRREC 2012 corrigió esta omisión al incluir un régimen procesal detallado que abarca distintas vías de impugnación de los acuerdos del FROB y así ha continuado en la LRREC 2015.

Efectuadas todas estas consideraciones, podemos concluir que CajaSur fue el primer asunto realmente paradigmático que cuestionaba la verdadera naturaleza que escondían estos mecanismos de reestructuración en su configuración.

En consecuencia, se debe poner énfasis en que el procedimiento de reestructuración regulado en el RDLRREC 2009 albergaba la posibilidad de adoptar medidas que transitaba

²⁹³ En cuanto a la valoración, el Cabildo Catedralicio criticó que no se habían tenido en cuenta los criterios habituales en el mercado, ni se habían actualizado los valores de los inmuebles de los que era propietaria, al entender a un mero valor contable de diferencias entre el activo y pasivo. De cualquier forma y aún siguiendo esta valoración contable, denunció que dicha contabilidad incluía provisiones superiores a las exigibles siguiendo cánones contables o incluso criterios de prudencia (sociedades provisionadas al 100% o créditos hipotecarios considerados fallidos, pese a contar con bienes inmuebles).

²⁹⁴ Caballero Sánchez, R. (2020), «¿Bancos y Cajas a un euro? El derecho a discutir la valoración patrimonial de las entidades de crédito sometidas a intervención y resolución, y a recibir la compensación correspondiente», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios sobre resolución bancaria*, Pamplona, Aranzadi, págs. 681-730.

²⁹⁵ En el procedimiento de CajaSur, se forzó la resolución de 2 de noviembre de 2010 del Banco de España, si bien el procedimiento judicial iniciado frente a la vía de hecho no permitió

desde el apoyo financiero y de gestión de la entidad, hasta la fusión o el traspaso parcial o total de su negocio, a través de una cesión global o parcial de activos y pasivos.

Es aquí, precisamente, donde se debe efectuar una precisión, pues no es lo mismo ceder parcialmente el negocio o alguno de los activos de una entidad bancaria, que hacerlo en su totalidad, provocando la extinción misma de la entidad de crédito y máxime si implica el beneficio de un tercero. Evidentemente, una cosa es que la norma describa un conjunto de medidas, que la Administración en el ejercicio de su potestad discrecional pueda utilizar para superar la situación de inviabilidad de la entidad bancaria y otra muy diferente, es pretender aplicar las mismas garantías cualquiera que sea la medida que se adopte. En este sentido, resulta lógico exigir que las garantías exigidas en el procedimiento sean proporcionales a la medida adoptada, pero es que además, no se puede pretender equiparar las garantías asociadas a unas medidas de gestión que afectan a la organización o a la cesión parcial de activos, con una medida tan agresiva como la transmisión de toda la entidad bancaria y en este sentido, el RDLRREC 2009, tampoco, hacía ninguna discriminación.

A lo anterior, se debe añadir que el texto de la ley no impedía que se diese audiencia al propietario, accionista o fundador, pues nada decía sobre este aspecto, lo que tampoco tiene que desarrollarse en ningún texto legal, al ser directamente una garantía constitucional asociada al derecho de propiedad.

Llegados a este punto, debemos volver a preguntarnos si una medida como la que se puso en marcha en el asunto de CajaSur consistente en que los poderes exorbitantes de un FROB-propietario, mediante una autoconvocatoria de la asamblea general, decidiese la transmisión de la entidad a un tercero, basándose en las valoraciones que unilateralmente había calculado, excede de su catalogación como simples medidas de intervención y transita, ya, en la naturaleza expropiatoria, atendiendo a la privación singular de derechos que se ven afectados con esta decisión administrativa.

d) Operaciones de reducción de capital y simultáneo aumento, prescindiendo del derecho de suscripción preferente.

Más recientemente, los últimos pronunciamientos judiciales que han podido abordar el tema de la expropiación dentro de la mecánica de la resolución bancaria, se centran en operaciones de reducción y simultáneo aumento de capital, con exclusión del derecho de suscripción preferente en ejecución de Planes de Resolución al amparo de lo previsto en la LRREC 2012.

En concreto, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de estudiar el asunto en relación con la entidad NCG Banco S.A, Banco de Valencia y Bankia. Asimismo, la Audiencia Nacional ha analizado la misma cuestión respecto a las entidades bancarias Liberbank y Bancaja y cuestiones de carácter procedimental relacionadas con la interposición del recurso contencioso administrativo²⁹⁶, cuyas decisiones no llegaron a la Sala Suprema.

En el caso del NCG, se impugnó la resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, en el que básicamente se acordaba realizar las operaciones, antes descritas, de reducción y aumento de capital, una vez aprobado el plan de resolución y valorada la entidad negativamente.

En lo que aquí interesa, la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 23 de mayo de 2016²⁹⁷, se pronunció entre otros aspectos sobre la naturaleza expropiatoria de la operación. En este sentido, la decisión judicial no admitió la existencia de una actuación arbitraria del FROB, cuando en la ejecución de sus facultades administrativas, negó el derecho de suscripción preferente correspondiente al aumento de capital acordado simultáneamente a su reducción, pues básicamente vino a sostener la existencia de razones objetivas amparadas por el contexto legal de la inviabilidad.

Consideró ajustada a la legalidad la supresión del derecho de audiencia tal como se preveía por el legislador, dadas las peculiaridades del proceso de reestructuración, caracterizado por una intervención rápida y enérgica, no siendo, además, factible. De modo que atendiendo a la regulación especial consignada en la LRREC 2012, consideró que aún estando afectados los titulares de instrumentos de créditos, depositantes o cualesquiera clientes de la entidad intervenida, habían participado otros como el Banco de España o la Comisión Europea. Añadió que no se había producido ninguna indefensión, pues la ley incluía expresamente un mecanismo de impugnaciones.

Por otro lado, mencionó que la reducción a cero del capital social no tenía que estar prevista en el plan de resolución, al contrario de lo que ocurría con el apoyo financiero. De

²⁹⁶ La SAN de 27 de mayo de 2015 (rec.403/2013) inadmite el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 30 de septiembre de 2013 del FROB por la que se acuerda realizar determinadas acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada, así como ampliar el capital social de Banco Gallego S.A, al entender que la parte actora no cumplía con el requisito de ostentar al menos el 5% del capital social a la fecha en la que se dictó el acto impugnado.

²⁹⁷ SAN de 23 de mayo de 2016 (rec.165/2013). Asimismo, SAN de 28 de abril, 2016 (rec.319/2013).

cualquier forma, éste se encontraba expresamente contemplado, atendiendo a la valoración negativa de la entidad. A partir de aquí, la sentencia deducía que la forma de instrumentar ese apoyo era la reducción del capital social.

No cuestionó las facultades de reducción y aumento de capital por ser una de las atribuciones incluidas en la norma específica y descartó la necesidad de concurrencia de las garantías asociadas al derecho de propiedad, pues refutaba rotundamente que las medidas consistentes en las reducciones a cero del capital social, adoptadas en ejecución de un plan de resolución, pudiesen considerarse como expropiatorias.

Entendía que estas medidas era el resultado de unas potestades exorbitantes que no suponían ninguna privación singular del bien, sino más bien una medida legal de delimitación o regulación general del contenido de un derecho. El FROB se había limitado, en su parecer, a fijar el valor de la entidad y tras determinar que era negativo, verificó que las acciones representativas del capital social carecían de valor y procedió a su amortización.

La sentencia se expresó en los siguientes términos «no estamos, en definitiva, ante una expropiación forzosa, sino ante una situación de insolvencia de una entidad de crédito a la que responde la LRREC 2012 con una serie de poderes exorbitantes que atribuye el FROB a partir de los presupuestos que contempla la propia ley, en éste caso, en ejecución de un Plan de resolución de la entidad, aprobado por el Banco de España y la Unión Europea que se imponen coactivamente a los acreedores y accionistas porque estos deben responder de las pérdidas como lo harían en cualquier procedimiento concursal. Más allá del carácter coactivo de las medidas no hay analogía alguna con un procedimiento expropiatorio.»

En el caso de Bankia, la Resolución del FROB ordenaba la realización de operaciones de recapitalización y gestión de híbridos y deuda subordinada en ejecución del Plan de Reestructuración del Grupo BFA-Bankia.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de abril de 2016²⁹⁸ incidió en los mismos términos que la anterior, en lo que se refiere a la finalidad pública perseguida

²⁹⁸ SAN de 20 de abril de 2016 (rec. 262/2013). En los mismos términos, se han pronunciado las SSAN de 21 de abril de 2016 (rec. 318/2013), de 11 de mayo de 2016 (rec. 265/2013), de 23 de junio de 2016 (rec. 251/2013) y de 23 de junio de 2016 (rec.261/2013).

y en que la actividad administrativa desarrollada por el FROB se había producido dentro del ámbito de una ley especial, cual era la LRREC 2012.

Interesa, de nuevo, la argumentación efectuada en torno al alegato de la expropiación en su fundamento octavo. A este respecto, niega la existencia de analogía con la institución de la expropiación.

«Respecto de tal cuestión debe señalarse que la actuación administrativa se ha producido al amparo de la LRREC 2012, por lo que la LEF no resulta de aplicación ni directa, ni indirectamente, sin que exista laguna que suplir o analogía que aplicar entre una expropiación forzosa y una medida de reestructuración de una entidad financiera.

Ninguna de las medidas adoptadas han tenido como finalidad expropiar a la actora en sus obligaciones subordinadas sino fijar el valor de la entidad y de los títulos de sus acreedores a efectos de su reestructuración ordenada, consecuencia de la previa ejecución de diversas inyecciones de capital público, que da lugar a una modulación de los derechos de crédito de la recurrente en virtud del principio de que los acreedores deben soportar las pérdidas de la entidad en la medida en que han sido cuantificadas en las valoraciones indicadas en la resolución.

No hay desplazamiento patrimonial de derechos o títulos a favor del FROB, característico en toda expropiación, sino una concreción de su valor actual, teniendo en cuenta la situación patrimonial de la entidad y la normativa comunitaria que regula las ayudas de Estado, valor que le es abonado a los titulares de aquellos y, posteriormente, como consecuencia de las obligaciones asumidas por España, transformado en acciones de la entidad de un importe equivalente al percibido.

No puede hablarse de expropiación cuando coincide la persona del expropiado con la del beneficiario, se trata de un supuesto de cumplimiento y aplicación de las normas legales y de las medidas adoptadas en el seno del procedimiento de reestructuración llevado a cabo.

Reiteramos que las medidas adoptadas responden al Plan de Recapitalización de la entidad, que como receptora de apoyo financiero público, parten de la determinación por el FROB de su valor económico, que se ha determinado partiendo del proceso de *due diligence* efectuado por la

firma Ernst & Young y sobre la base de los informes emitidos por tres expertos independientes designados por el FROB, de acuerdo con los procedimientos y metodologías aprobadas por la Comisión rectora del FROB.

Se lleva a cabo una reducción de capital social con el fin de alcanzar una eficiente utilización de los recursos públicos, minimizando los apoyos financieros de esta naturaleza y a continuación se procede, en ejecución del Plan de Reestructuración a llevar a cabo las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada con el objeto de asegurar un adecuado reparto de los costes de reestructuración entre los tenedores de los citados instrumentos y que tienden a asegurar que los acreedores subordinados van a soportar las pérdidas de la reestructuración después de los accionistas y de acuerdo con el orden de prelación previsto por el TRLC, de tal forma que los acreedores del mismo rango sean tratados de manera equivalente y que ningún acreedor soporte pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad fuera liquidada en el marco de un procedimiento concursal.

Esto significa que los obligacionistas no han sido desposeídos de derecho alguno, sino que se les ha dado a sus títulos una nueva valoración, que por otra parte no ha sido discutida, en el marco del proceso de reestructuración anteriormente referido. Es precisamente la intervención de la Administración la que ha evitado la pérdida de la inversión, que en mayor o menor medida, se hubiera producido de aplicar sin más la legislación concursal y que solo podía llevarse a cabo en el cauce procedimental anteriormente descrito y gestionado por un órgano de la Administración Pública competente e independiente y con las facultades suficientes para adoptar medidas que traspasan el ámbito del interés privado o particular.

La pérdida que ha sufrido la actora también se hubiera producido en el marco de un proceso de liquidación mercantil. La determinación de la quita que se impone a la actora está perfectamente motivada en la resolución, sin que se haya producido lesión alguna de un derecho adquirido, ya que ante una situación de crisis económica de la entidad, el único derecho que tenía era percibir la parte correspondiente de su inversión inicial en

conurrencia con los demás acreedores y en la medida en que el patrimonio social fuese suficiente para ello.»

Por último y en lo que aquí interesa, a propósito de la garantía constitucional asociada al derecho de la propiedad, advirtió que la pérdida parcial de la inversión inicial no se había debido de la actuación del FROB, sino a la situación económica de la empresa. En este sentido, el FROB arbitró una solución, que permitía a los acreedores recuperar parte de su inversión inicial.

El pronunciamiento adoptado por la Sala de la Audiencia Nacional, en el recurso 318/2013, partía como premisa de que la actuación del FROB no se insertaba en una relación jurídico privada y admitió la conformidad a derecho de la resolución, en la medida en la que no estaba prevista en la normativa especial, que aquí se aplicaba, la existencia de una audiencia previa para la toma de la decisión.

No obstante, la novedad de esta decisión estribaba en que abordaba la pretendida vulneración del principio de libre empresa (artículo 38CE). Ante el alegato de la demanda sobre la vulneración del principio de autonomía de la voluntad, al haber privado a los accionistas de contratar con que libremente deseaban, obligándoles a aceptar un precio no consensuado y a invertir el dinero de la compra en acciones de la entidad, se argumentaba que la autonomía de la voluntad, no operaba en la relación jurídica administrativa, que lideraba el FROB como autoridad de resolución. Asimismo, entiende que dicha autonomía decaía, porque la situación de insolvencia de la entidad financiera exigía a los accionistas y acreedores, sufragar los gastos de la reestructuración o resolución, antes que los contribuyentes.

Por último, cabe mencionar que las sentencias adoptadas en relación con las mismas operaciones en, Banco de Valencia²⁹⁹, Liberbank³⁰⁰ y Caja España de Inversiones,

²⁹⁹ La SAN de 16 de junio de 2016 (rec.89/2013) desestima el recurso interpuesto contra la Resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria de fecha 16 de diciembre de 2012, por la cual se acordó realizar las operaciones de reducción y aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en ejecución del Pleno de Resolución de la entidad Banco de Valencia S.A.

³⁰⁰ En este sentido, cabe destacar las siguientes SSAN de 6 de mayo de 2016 (rec.335/2013) y de 26 de mayo de 2016 (rec. 350/2013). Ambas desestiman el recurso contencioso administrativo interpuesto por diferentes recurrentes contra la resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria de 5 de abril de 2013 por la que se acordaba implementar acciones de gestión de híbridos de capital y deuda subordinada en ejecución del plan de reestructuración de Liberbank S.A.

Salamanca y Soria S.A (CEISS)³⁰¹, reproducen la argumentación mencionada anteriormente.

Ante la presentación de diferentes recursos de casación sobre esta problemática, el Tribunal Supremo se limitó a confirmar los pronunciamientos de la Audiencia Nacional, sin efectuar un análisis en profundidad de la cuestión³⁰².

En lo que aquí se discute, conviene remarcar que la magna sala descartó expresamente la naturaleza expropiatoria de la regulación contenida en la LRREC 2012. Entendió, más bien, que la normativa que abordaba el mecanismo de reestructuración contenía una delimitación o regulación general del derecho de propiedad, con pleno respeto a su contenido esencial. En este sentido, descartaba la concurrencia de una situación de privación singular de la propiedad y señalaba que las operaciones efectuadas de reducción y aumento de capital respondían a la necesidad de adoptar una serie de medidas, «partiendo de la acreditación de la grave situación económica (...), el valor negativo de las acciones y títulos de dicha entidad, la finalidad de la resolución ordenada de la entidad, tutelada por la autoridad pública a fin de evitar mayores perjuicios»³⁰³.

A propósito de estos pronunciamientos, se debe hacer hincapié en que el supuesto de estudio que albergan son operaciones de reducción y aumento de capital, con exclusión en algunas ocasiones del derecho de suscripción preferente, con ocasión de la necesidad de cumplir, con el plan de resolución que había sido diseñado al efecto.

El supuesto de hecho es común en todos ellos, se trata de titulares de participaciones preferentes o títulos de deuda subordinada adquiridos en su momento a cambio de una cierta rentabilidad que experimentan unas quitas superiores al 50% de su valor, como consecuencia del empleo de las medidas de apoyo financiero previstas en el plan de resolución.

En consecuencia, el punto de partida de nuestro estudio es diferente, por más que en algunas ocasiones estas actuaciones sobre el capital puedan aprovecharse para una posterior venta de la entidad bancaria a un tercero. Pero sin perjuicio de esta conexión que

³⁰¹ La SAN de 26 de mayo de 2016 (rec.330/2013) desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria de 16 de mayo de 2013, por la que se acordaba implementar acciones de recapitalización y gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución del plan de resolución de Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A (CEISS).

³⁰² En este sentido, podemos destacar las siguientes STS de 18 de junio de 2018 (rec.60/2017), de 19 de junio de 2018 (rec.2480/2016), de 5 de julio de 2018 (rec.3062/2016) y de 10 de julio de 2018 (rec.2063/2016).

³⁰³ STS de fecha 19 de junio de 2018 (rec.2480/2016), fundamento sexto.

se no se puede ignorar, lo cierto es que se el diseño de estas medidas requería, a priori, un distinto nivel de injerencia pública y por tanto, las garantías no tenían por qué ser semejantes a un supuesto de venta a un tercero.

Aquí, nos encontramos claramente en la incidencia que puede tener la recapitalización interna en el derecho a la propiedad.

No cabe duda que dentro de las facultades administrativas atribuidas a la Administración pública, se incluye expresamente la realización de operaciones de aumento o reducción de capital y la exclusión del derecho de suscripción preferente,³⁰⁴ no siendo de aplicación las limitaciones o requisitos establecidos en la normativa de sociedades de capital.

Pero, esta exclusión de una de las atribuciones de la Junta en favor de un órgano administrativo no comporta necesariamente una expropiación, como así lo ha venido a reconocer la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en los supuestos anteriores.

La reducción de capital, siempre que no suponga su disminución a cero, porque ello equivale directamente a su liquidación, permite amortizar deuda pendiente en el capital, de modo que sean los accionistas quienes sufran las pérdidas y asuman los costes. Principio que como sabemos es una de las máximas de la resolución bancaria.

Asimismo, el aumento del capital se ha presentado en la práctica como una operación recurrente para los operadores económicos, sobre todo cuando se trate de superar eventuales situaciones de incumplimiento de requerimientos de capital (Bankia, Banco Popular...).

Una quita o condonación (*write down*), o una conversión de deuda en capital a través de una recapitalización interna no es, en puridad, una privación de la propiedad o una expropiación, en la medida en la que no existe una transferencia de la propiedad del accionista o del acreedor a un tercero, ya sea una persona pública o privada, ni se afecta a la propiedad de las acciones, sino que los antiguos accionistas cohabitan con los nuevos, manteniendo intacto su derecho de propiedad.

No obstante, esta reflexión sólo se puede compartir siempre que la operación se encuentre, claro está, en unos límites razonables. Aquí, el principio de proporcionalidad juega un papel fundamental. Es decir, cuestión distinta es que como consecuencia de la operación, se ocasione una reducción de la capacidad de influencia o poder en la vida social, que puede llegar a eliminar la posición de control, pues no cabe duda que la participación

³⁰⁴ Artículo 64.1.d LRREC 2015 atribuye al FROB esta facultad.

inicial del socio se diluye con la ampliación, pero esto ya no supone una privación del derecho de propiedad.

Es aquí, cuando la existencia de un interés público puede llegar a justificar la necesidad de la medida. Entonces, lo que resultaría exigible, de nuevo, es que estas operaciones no supusieran para los socios un empeoramiento respecto de la situación económica que resultaría de la tramitación de un procedimiento de insolvencia, en cuyo caso nos deberíamos plantear como garantizar el principio *non creditor worse off*.

Efectivamente, concurre el principio de proporcionalidad en la intromisión al derecho de propiedad de accionistas y acreedores que se ven afectados, siempre que sean tratados de igual modo que lo serían en un procedimiento ordinario de insolvencia. Esto significa que la operación de capital utilizada bajo el mecanismo resolutorio o lo que es lo mismo el aumento o la reducción de capital sería conforme a derecho si no se altera la situación económica del acreedor o accionista en un eventual procedimiento concursal.

Ahora bien, también se deberán valorar las circunstancias en las que se desenvuelve la operación, pues resulta relevante determinar si dicha actuación sobre el capital se efectuó para garantizar una enajenación posterior, como requisito imprescindible.

No resulta, por tanto, extraño que la jurisprudencia se mueva en este ámbito y se haya mostrado reacia al reconocimiento de una operación expropiatoria. En este sentido, conviene poner de relieve que la jurisprudencia del TEDH ha llegado a reconocer que el derecho a la propiedad incluye la transmisión forzosa de las acciones, activos o indirectamente actividades consistentes en un aumento del capital, por la interferencia ilegítima de las autoridades administrativas³⁰⁵.

Aunque por otro, dicha interferencia puede verse justificada por la concurrencia de un interés público que se antepone a los particulares que representan sus accionistas y acreedores³⁰⁶.

En el mismo sentido, el TJUE ha llegado a admitir a propósito de una operación de aumento de capital «obligatoria», sin el acuerdo de la Junta, que el interés común de los

³⁰⁵ STEDH de 21 de julio de 2015, *Cingilli Honding A.S y Cingillioglu contra Turquía*, rec. 189774/2015 o STEDH de 25 de julio de 2002, *Sovtransavto Holding contra Ucrania*, rec.47/2002.

³⁰⁶ Hernando Cebriá, L. (2017), «El aumento de capital como medida de recuperación de las entidades de crédito en crisis: tensiones entre el interés público y los derecho de los socios», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.27, págs.313-329.

socios y los accionistas debe ceder, cuando se haga frente a un riesgo sistémico y a la amenaza para la estabilidad financiera, causada por la insuficiencia de capital.³⁰⁷

En suma, las operaciones de aumento o reducción de capital en unos márgenes razonables no implican, a priori, una eliminación total del derecho de la propiedad, si bien ello no exime a que la intervención administrativa deba ajustarse a unos patrones de proporcionalidad y a la necesidad de la medida.

Llegados a este extremo, es importante destacar que una de las argumentaciones que se ha mantenido por los titulares de bonos anteriores a 2011 en el caso del Banco Popular, ha sido precisamente la violación de la prohibición de la retroactividad de las disposiciones desfavorables, en cuanto aquellos habían adquirido su derecho antes de las modificaciones operadas por la LRREC 2009 en la que se impuso por primera vez, la conversión de este tipo de instrumentos de pasivo, pues ni la documentación de emisión de los bonos, ni los contratos de suscripción de los títulos les conferían la condición de convertibles en acciones.

No obstante, en este caso, dado que el derecho de propiedad es de configuración legal, nada impide al legislador definir y modificar en cualquier momento su derecho, siempre que respete su contenido esencial, sin que ello suponga necesariamente una violación del principio de irretroactividad de disposiciones no favorables. En el caso de los bonistas, no se altera su derecho de propiedad que sigue siendo el mismo, sino que sólo se prevé la asunción de su responsabilidad en el pasivo y su canje en acciones en su caso.

Tal como llegó a afirmar el TJUE la circunstancia de que no se exigiera responsabilidad a los acreedores subordinados durante las primeras fases de la crisis financiera internacional no puede generar una confianza legítima en que se mantuviese la

³⁰⁷STJUE de 8 de noviembre de 2016, Dowling y otros, C-41/15, analiza la compatibilidad con el Derecho de la Unión, del aumento de capital de un banco impuesto por las autoridades públicas irlandesas, sin el acuerdo de la junta general de dicho banco, en una situación de grave perturbación de la economía y del sistema financiero. Dicha resolución concluye que esta decisión no resulta contraria al Derecho de la Unión, dada la grave situación económica a la que se debía enfrentar las autoridades.

La importancia de este procedimiento radica en que es un punto de inflexión respecto a los pronunciamientos que se habían dictado hasta ese momento, como es el caso de la sentencia de 12 de marzo de 1996, Pafitis y otros, C-441/93, EU:C:1996:92, en la que se llegó a afirmar que la competencia exclusiva de la junta general de accionistas para modificar el capital social era absoluta e inderogables según el artículo 25 de la Segunda Directiva en materia de sociedades. La diferencia, en este último supuesto es que se trataba de la insolvencia de un solo banco, por lo que realmente el Tribunal no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de medidas de saneamiento extraordinarias, que en su caso se podrían adoptar para tratar de evitar una situación grave que pudiese afectar a la estabilidad financiera, perturbando gravemente la economía nacional y su sistema financiero.

situación existente, máxime cuando pronto se pudo apreciar los inconvenientes que planteaban las ayudas a los Estados.³⁰⁸

No obstante, siempre serán las normas de derecho transitorio y en su caso la responsabilidad del Estado legislador la que deberá hacer frente a una modificación del derecho de la propiedad, si resultan de tal calibre que alterasen su contenido esencial. Aunque, nuevamente el TJUE ha admitido que aún habiéndose creado una situación capaz de originar una confianza legítima, se podría oponer el interés público para exigir la adopción de medidas transitorias a situaciones nacidas con anterioridad.

Asimismo, si la aplicación de la norma por parte de la autoridad implica la conversión de los derechos de los bonistas bajo unos parámetros que pudieran resultar confiscatorios, siempre podría acudir a la vía de la expropiación para tratar de resarcirse. En definitiva, la modificación legislativa no deja de ser una definición del contenido esencial del derecho de propiedad.

Más conflictiva puede resultar la suscripción preferente de acciones, cuyo examen no es analizado, con profundidad, en las resoluciones judiciales existentes hasta el momento. La delicada situación económica puede llegar a justificar la alteración de las facultades organizativas que le corresponde a la Junta, suprimiendo sus órganos administrativos y autorizando la realización de operaciones de aumento o capital social, al margen de la voluntad de los socios. Sin embargo, no consigue explicar suficientemente las razones por las que esas dificultades económicas aconsejan la eliminación del derecho de suscripción preferente, máxime cuando se trata de una medida que puede tener un efecto negativo en la cotización, puede comprometer recursos públicos o distorsionar el mercado al conceder subrepticamente una ayuda pública.

En este caso, sólo la proporcionalidad de una medida de intervención de este calibre, puede llegar a evitar la constatación de un actuación arbitraria por parte de la

³⁰⁸ STJUE de 19 de julio de 2016, *Tadej Kotnik y otros*, C-526/14. Esta decisión judicial aborda la validez e interpretación de la comunicación bancaria, sobre la aplicación de la normativa relativa a las ayudas estatales a favor de las entidades bancarias, ya que se planteaba la incidencia en el derecho a la propiedad y el principio de confianza legítimo respecto en relación con el reparto de las cargas entre accionistas y acreedores subordinados para la autorización de una ayuda de Estado. Asimismo, a propósito de las ayudas del Estado en el contexto de la crisis financiera destaca Tapia Hermida, A.J (2016), «Ayudas de Estado a los bancos en el contexto de la crisis financiera», *Revista La Ley Unión Europea*, núm.41 y Zapata Sevilla, J. (2020), «Las ayudas de Estado a las entidades de crédito tras la Comunicación Bancaria y su ratificación judicial», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios de resolución bancaria*, Madrid, Editorial Aranzadi, págs.1183-1237.

Administración Pública, de aquí que la razonabilidad de la decisión debe encontrarse suficientemente motivada.

Hasta aquí, se ha procedido a evaluar las decisiones judiciales adoptadas hasta el momento, quizás falta por valorar el que se ha convertido en el procedimiento de resolución por excelencia, en cuanto aglomera una multitud de frentes conflictivos en su haber y este no es otro que el asunto del Banco Popular.

6. LA OMISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS ASOCIADAS AL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

Admitida la naturaleza expropiatoria de la regulación de los mecanismos de resolución bancaria, en lo que se refiere a la venta de una entidad de crédito a un tercero, y examinados los principales pronunciamientos judiciales en torno a cuestiones de calado en la materia, debemos avanzar en nuestro objeto de estudio.

Evidentemente, el reconocimiento no transforma irremediablemente la regulación en inconstitucional, sino que deberá analizarse su desarrollo normativo bajo el prisma de las garantías constitucionales, asociadas al derecho de la propiedad para concluir si la regulación actual podría ser tolerada o no por el texto constitucional.

En el fondo, éste es el debate que dimana realmente en los presupuestos de hecho que se han dado hasta el momento ante los Tribunales. No cabe duda que la actuación de la autoridad de resolución, ya sea nacional o europea, goza de cobertura legal en la medida en la que se ha basado en el texto normativo correspondiente, la ley o el reglamento comunitario. El verdadero objeto controvertido, al que no se ha dado aún respuesta, se ciñe más bien al encaje constitucional del mecanismo de resolución y para ello habrá que ponderar las potestades atribuidas al FROB o a la JUR y la incidencia en los derechos de la propiedad de los afectados.

Brevemente, cabe señalar que las garantías constitucionales han sido fácilmente identificadas, a raíz de la tradicional doctrina que ha venido emanando del Tribunal Constitucional desde la sentencia 166/1986 de 19 de diciembre, antes mencionada y que se han venido reiterando asiduamente con posterioridad.³⁰⁹

En concreto, se trata de las siguientes: 1) toda operación expropiatoria debe efectuarse en función de una *causa expropriandi*, esto es, debe estar dirigida a la consecución de un fin de utilidad pública o interés social; 2) la materialización de la

³⁰⁹ STC 116/2019 de 16 de octubre.

expropiación debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en la ley y 3) los expropiados tienen derecho a la indemnización correspondiente como consecuencia de la privación patrimonial.

Garantías que se deducen de la literalidad del artículo 33 CE, cuando señala que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

Nuevamente, se debe mencionar que el cumplimiento de las garantías expropiatorias se extiende no sólo a los procedimientos calificados formalmente como expropiatorios, sino que también son exigibles en cualquier acción materialmente expropiatoria.³¹⁰ En la práctica, esta afirmación va a exigir que el mecanismo de resolución bancaria, identificado con la venta del negocio a un tercero, cumpla con las exigencias anteriores.

A. CAUSA EXPROPIANDI

La primera de la garantía se identifica con la utilidad pública o el interés social y aparece recogida de forma taxativa en el artículo 33.3 CE. Se trata, efectivamente, del fin legitimador de la privación patrimonial, pues sólo si se acredita la finalidad pública que se persigue, la expropiación cumpliría con su condición de ser instrumento al servicio de fines públicos sustantivos y por tanto, se legitimaría aquella actuación de despojo. En definitiva, sólo en caso de concurrir la finalidad pública, el derecho subjetivo de la propiedad desde la vertiente individual debe ceder para convertirse en su equivalente económico por el bien de la comunidad en su conjunto o lo que es lo mismo, en la medida en la que la expropiación esté fundada en un fin público o social, ninguna lesión del contenido esencial del derecho de propiedad se produce.

Pues bien, en el caso de la resolución de las entidades de crédito, la utilidad pública de la operación de venta del negocio no plantea problemas, desde que el Tribunal Constitucional ha venido a reconocer que la estabilidad del sistema financiero y los intereses legítimos de depositantes, trabajadores y terceros es suficiente para tener por

³¹⁰ STC 45/2018 de 26 de abril. A propósito de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Nacional respecto a la disposición adicional cuadragésima cuarta de la *Ley 39/2010, de 22 de diciembre* que aprobaba los presupuestos generales del Estado para el año 2011 y en la que se anulaba una pensión excepcional reconocida a quien había mantenido una relación de convivencia similar a la matrimonial con un suboficial del ejército de tierra fallecido en el accidente del avión de transporte militar YAK-42.

acreditada esta cuestión.³¹¹ En el mismo sentido, el TJUE ha afirmado que «el objetivo de garantizar la estabilidad del sistema financiero, a la vez que evitar un gasto público excesivo y minimizar la distorsión de la competencia constituye un interés público superior de esa naturaleza.»³¹².

De este modo, parece fácil conciliar la utilidad pública que exige toda expropiación, con los intereses públicos asociados a los procesos de resolución de entidades financieras, pues estos últimos persiguen como objetivos, asegurar la continuidad de aquellas actividades, servicios y operaciones, cuya interrupción podrá perturbar la prestación de servicios esenciales para la economía real o la estabilidad financiera, evitar perjuicios en el sistema financiero, asegurar la utilización más eficiente de los recursos públicos o proteger a los depositantes.³¹³

No obstante, estos conceptos jurídicos indeterminados que se enuncian en la ley, requerirán su materialización en la necesidad de ocupación y por tanto, se deberán abordar en el momento en el que se concrete la operación, en la que se lleve a cabo la resolución bancaria, tal como ocurriría en el mismo supuesto de tratarse de una expropiación, sea legislativa o no.

Pero esta coincidencia en la determinación de la finalidad pública, no es ni mucho menos casual. Por el contrario, la necesidad de mantener la estabilidad del sistema financiero como finalidad pública confirma la naturaleza expropiatoria de nuestro procedimiento en los términos analizados, ya que dicha finalidad es la clave de bóveda que justifica tanto el despojo del derecho de propiedad en toda expropiación, como la utilización de cualquiera de los mecanismos previstos en la resolución de la entidad bancaria.

Por otro lado, la *causa expropriandi* deberá ser abordada desde la perspectiva del interés social, en cuanto el interés de accionistas o acreedores se sacrifica, en aras a la protección de depositantes y terceros que podrían verse afectados directamente o indirectamente por las coyunturas del sistema financiero, incluidos los contribuyentes y la

³¹¹ STC 6/1991, de 15 de enero. En dicha sentencia, tal como hemos venido examinando se analizó la expropiación de las entidades bancarias del grupo RUMASA.

³¹² STJUE de 19 de julio de 2016, *Tadej Kotnik y otros*, C-526/14, sobre la comunicación de la Comisión en torno a la normativa de las ayudas estatales a favor de los bancos o Sentencia del TJUE de fecha de fecha 23 de mayo de 2019, *Frank Steinhoff y otros contra Banco Central Europeo*, T-107/17, a propósito de la reestructuración de la deuda pública griega y su incidencia en el derecho a la propiedad.

³¹³ Artículos 1, 3 y 19 LRREC 2015 y artículo 14 RMUR.

sociedad en general por la perturbación que podría producir en la economía, la caída de una entidad bancaria.

B. PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDO.

La segunda de las garantías se centra en el respeto al procedimiento legalmente establecido. No se puede obviar que la imposición de seguir un procedimiento específico implica, en rigor, una seguridad para todo administrado, en cuanto sujeta la actuación de la Administración a las previsiones de competencia, forma y contenido, propiciando su intervención en el desarrollo de las actuaciones y en el pleno ejercicio de los medios de defensa.

La jurisprudencia del TJUE y del TEDH, en consonancia con nuestra doctrina constitucional han venido afirmando que cuando los bienes de una persona sean objeto de una expropiación, debe existir un procedimiento que garantice una apreciación global de las consecuencias de la misma, a saber, la concesión de una indemnización por el valor del bien expropiación, la determinación de los titulares de la indemnización y cualquier otra cuestión relativa a la expropiación³¹⁴.

Pues bien, la LRREC 2015 y RMUR regulan un procedimiento muy específico para hacer efectiva la resolución bancaria, de modo que su omisión generaría directamente una vía de hecho.

El problema, más bien, estriba en que dicho procedimiento especialmente acelerado, minucioso, burocrático y con la participación de múltiples agentes, no da cabida a ninguna intervención por parte del afectado. Por el contrario, su participación en el procedimiento se relega a la posibilidad de plantear recurso frente a los actos y decisiones de las autoridades de resolución competentes. De modo, que no se les ofrece la posibilidad de actuar en un procedimiento administrativo en el que tienen la condición de interesado como propietarios o acreedores afectados y por si hubiera alguna duda, se remarca en el texto legal que la valoración que acompañe a los actos y decisiones no será nunca susceptible de impugnación de forma separada a la de aquellos actos y decisiones en los que hubiera servido de fundamento.

³¹⁴ STEDH de 9 de octubre de 2003, *Biozokat A. E. c. Grecia*, rec. 61582/2000 y STJUE de 21 de mayo de 2019, *Comisión Europea contra Hungría*, C-235/17.

Pues bien, el seguimiento de los trámites del procedimiento resolutorio consistente en la venta del negocio a un tercero y el silencio que guarda la norma sobre esta cuestión no exime de la obligación de dar audiencia al afectado del proceso.

Ello se deduce no sólo de la previsión legal que emana de la aplicación supletoria de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* en todo lo no previsto en la norma especial como es el caso, sino porque viene impuesta por el texto constitucional en su artículo 105 CE. Esta es la única forma para que el interesado pueda ser oído y formular alegaciones a lo que estime conveniente en relación con la expropiación de su derecho, la necesidad de la medida, la existencia de otras alternativas más convenientes o la valoración de su derecho. Se trata de una exigencia básica que se impone en todo procedimiento expropiatorio, aunque sea con carácter urgente.

Efectivamente la posibilidad de impugnar el acto de resolución definitivo que se adopte³¹⁵ no colma las necesidades de dar audiencia al propietario, en cuanto se le veda su posibilidad de intervenir a lo largo del procedimiento que desembocara en la decisión final. Se ha dictado harta reiterada jurisprudencia sobre este extremo.

En este sentido, se debe remarcar que nuestra tradición legal, vino a exigir la tramitación de un procedimiento administrativo previo que incluía expresamente la audiencia a la entidad, en cualquier supuesto de intervención administrativa de una entidad de crédito e incluso, aún cuando se pudiera derivar su liquidación. De modo, que el requisito ineludible de la audiencia al banco afectado se introdujo desde la ley de 27 de agosto de 1938, como se ha tenido la oportunidad de comentar en el primer capítulo, manteniéndose durante décadas a pesar de la aprobación de la *Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946* o el *Real Decreto-ley 5/1978, de 6 de marzo, sobre facultades de intervención el Banco de España*, pues ninguna de las anteriores derogó el régimen existente y así se ha mantenido hasta incluso la LOSSEC. Es importante remarcar que, entonces, dicha exigencia no se podía eludir, ni siquiera en los supuestos en los que concurriese una situación de urgencia, pues aún en este supuesto, se exigía que una vez adoptada la decisión, se tramitase la audiencia y se dictase una resolución definitiva, para confirmar o revocar la adoptada provisionalmente.

A mayor abundamiento, la ausencia de participación del propietario en el momento de la valoración de la entidad bancaria viene a colmar la indefensión a la que se le suma en

³¹⁵ Artículo 72 y ss LRREC 2015 y artículo 86 RMUR

este procedimiento y ello sin perjuicio nuevamente de la impugnación ulterior. Además, hay que tener en cuenta que la valoración no es un mero acto de trámite, desde el momento en el que de no ser impugnada, puede ser utilizada por el tribunal como base de su propia evaluación, lo que significa que se obliga indirectamente al accionista o acreedor a actuar contra la misma, sino quiere ver que su pasividad se convierta en un indicio en su contra.

En dicha valoración únicamente se prevé la participación de un experto independiente, y en caso de urgencia se puede prescindir de éste, a favor de una valoración provisional confeccionada por la propia Administración expropiante.

Por otro lado, es cierto que las últimas sentencias del Tribunal Supremo en torno a las operaciones de aumento y reducción de capital por parte del FROB han venido negando el derecho de audiencia, en la medida en la que los recursos judiciales enfocaban su queja sobre la omisión de los trámites de la expropiación forzosa, de modo que una vez que se negaba la existencia de la misma, la argumentación en torno al procedimiento decaía automáticamente, sin plantearse siquiera la aplicación de las normas procedimentales ordinarias del procedimiento administrativo en lo que atañe al derecho de audiencia.

Pues bien, el iter procedimental de toda resolución bancaria que concluye con la enajenación de una entidad a otra no deja de ser un procedimiento administrativo, cuya decisión dependerá de un organismo público que actúa en el marco del ejercicio de las potestades administrativas y como tal procedimiento público debe cumplir con las garantías constitucionales y observar al menos, los trámites previstos para el procedimiento administrativo común en lo que no se prevé en su normativa especial. En consecuencia, el trámite de audiencia se presenta como ineludible en uno u otro caso, y su omisión implica directamente la nulidad de la decisión.

La urgencia de la utilización de un mecanismo como la resolución bancaria, que en muchas ocasiones se perfilan en pocos días (resolución *weekend*) para evitar los pánicos del mercado no puede servir de parapeto para eludir uno de los principios básicos en los que se sustenta la buena Administración y ello porque nada impide arbitrar adecuadamente el cumplimiento de esta garantía, tal como ocurre con las expropiaciones urgentes. Lo que parece que no tiene ningún sentido es que exista una mayor tendencia a cuidar la posición del comprador que la de aquel que se ha visto despojado de su derecho y mucho menos se puede explicar, que un robustecimiento desconocido en nuestra tradición de las potestades públicas que se otorgan a la Administración en materia de intervención y liquidación de las

entidades de crédito, se vea acompañado de un debilitamiento de las garantías de los ciudadanos.

No se puede dudar que la técnica de la ley actual es mejor que la originaria de 2009, en la medida en la que ahora se prevé un mecanismo de impugnación, tanto frente a las actuaciones mercantiles como frente a los actos administrativos, que se dicten en el marco del procedimiento resolutorio, pero ello no es suficiente para colmar las lagunas de un procedimiento de naturaleza expropiatoria de esta magnitud, pues no se puede obviar que la tramitación se efectúa al margen del interesado en un procedimiento, cuyos intereses se verán ineludible y directamente afectados, en cuanto no puede efectuar ninguna alegación, ni siquiera impugnar la valoración que se realiza de su derecho de propiedad.

Pero es más, en el caso de la resolución bancaria, aun cuando cualquier propietario o acreedor pudiese impugnar judicialmente la decisión resolutoria adoptada por la autoridad de resolución, no se puede ignorar que será extremadamente difícil persuadir a los tribunales para que declaren la nulidad radical de la decisión administrativa, con todos sus efectos, una vez que se ha consumado íntegramente la operación. Esto es, fácilmente podríamos encontrarnos con un supuesto de ejecución imposible de la sentencia, en cuanto la retroacción de la operación al momento en el que se produjo la venta sería difícil de organizar.

Además, no estaría claro que el banco pudiera mejorar su situación revertiendo la realidad, a lo que hay que añadir que la visión negativa que se lanzaría sobre el la autoridad resolutoria podría generar una mayor inestabilidad, fuga de los escasos depósitos que podrían quedar y estampida de la inversión. De modo, que si el banco no era realmente insolvente cuando se adoptó la medida, será insolvente para cuando el Tribunal pueda decidir definitivamente.

Así las cosas, la revisión judicial tal como está concedida no tiene mayor sentido que evitar que se pueda caer en la tentación de apoderarse de las entidades bancarias con carácter abusivo, pero colma escasamente la real tutela judicial efectiva que debe asistir a los propietarios. Con todo, se corre el peligro de convertir el procedimiento judicial, en una mera ratificación de la resolución bancaria, sin margen de maniobra para quien pueda verse afectado en sus derechos.

En definitiva, la necesidad de dar audiencia a los accionistas, previamente a la adopción de una decisión definitiva se presenta como ineludible y es una de las mayores críticas que puede recibir la normativa actual, máxime en el momento de la valoración, ya

que de lo contrario las posibilidades de obtener una efectiva tutela judicial se disipan. Esto es necesario para cerrar el círculo lógico de la regulación, pues si se exige que los accionistas sean los primeros en soportar las pérdidas, a su vez, se debe imponer como requisito que ningún accionista puede soportar mayores pérdidas que aquellas que le correspondería de haberse iniciado un proceso de liquidación, de modo que sólo mediante las correspondientes alegaciones en el procedimiento se podrá llegar a la correcta adecuación a derecho del instrumento de resolución, consistente en la venta de la entidad.

De cualquier forma, el diseño de la audiencia debe ser real, en el sentido de permitir la participación del interesado mediante tiempos adecuados, por más que puedan verse reducidos por razones de urgencia.

Esta es una de las dudas que sobre la constitucionalidad alberga el procedimiento diseñado por la ley *Dodd Frank*. En este caso, el procedimiento, tampoco, prevé ningún derecho para que pueda participar el perjudicado, aunque el Tesoro podría desarrollar una regulación que estableciese el derecho de audiencia para aquellos intereses privados afectados, si bien hasta el momento no ha hecho uso de esta facultad. Por el contrario, sí se recoge la obligación de notificar a la compañía financiera, cuando la Administración, finalmente, se decida a llevar a cabo medidas resolutorias, aunque en contrapartida no se requiere que esta notificación se produzca antes de presentar la petición ante el Tribunal.

En la práctica, esto supone que acreedores y otras personas interesadas no reciben ninguna notificación por lo que no tienen la posibilidad real de intervenir y la compañía sólo tiene veinticuatro horas, desde que el Tesoro le avisa para que la ratificación judicial se produzca automáticamente. En dicho plazo, deberá revisar la petición y analizar la documentación, preparar su disertación y presentarla ante el Tribunal, que deberá convocar a una audiencia, pudiendo exclusivamente motivar su petición en la arbitrariedad y capricho de la medida.

Con esta aceleración de los plazos y aunque se respete un mínimo principio de audiencia, lo cierto es que su configuración es tan liviana que se puede dudar de la existencia de una plena tutela judicial efectiva.

En síntesis, el derecho al *due process* en la OLA norteamericana, realmente, no deja de ser meramente ilusoria, pues sólo se confiere la participación de la compañía a través de dos únicos motivos, la arbitrariedad y la revisión caprichosa, a lo que hay que añadir que teniendo en cuenta que se les podría exigir responsabilidad a los administradores de la

compañía, la razones para oponerse a consentir la administración judicial son remotas, aún cuando el hallazgo de riesgo sistemático fuese erróneo.

Llegados a este punto, nos podríamos preguntar una última cuestión, ¿cómo afectaría a la regulación de la LRREC 2015 o del RMUR, el hecho de que se hubiera dado materialmente audiencia a los accionistas afectados, aún cuando no se encuentra prevista en la norma antes mencionada, bajo la justificación de que se trata de una garantía que se deriva directamente de la Constitución o de la Carta de Derechos Humanos que no requiere desarrollo normativo? ¿se podría sostener que no es necesario que el trámite de audiencia se incluya expresamente en la normativa sobre la resolución de las entidades bancarias, teniendo en cuenta que se trata de una exigencia que deriva directamente de la Constitución?

Pues bien, tal como hemos mencionado en las páginas precedentes, la existencia de un procedimiento legalmente establecido, con el desarrollo y concreción de las garantías suficientes para los administrativos, entre las que se encuentra el derecho de audiencia por su conexión con el derecho de propiedad se presenta como ineludible, cuando se trata de una actuación materialmente expropiatoria. Así se ha venido exigiendo por parte del TC y el TEDH, en los términos expuestos.

Cuestión distinta es que pueda triunfar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad o prejudicialidad, en cuanto sería difícil superar el juicio de relevancia en uno u otro supuesto, si la audiencia a los propietarios ha tenido lugar efectivamente, a pesar de no estar contemplada formalmente en la norma. Claro está, que partimos de la hipótesis de que dicha audiencia fuese real y efectiva, lo que significa que los propietarios y demás afectados hubieran tenido la oportunidad de efectuar alegaciones en un tiempo prudencial, tanto en relación a la aplicación o no del dispositivo resolutorio como de la herramienta utilizada, la proporcionalidad de la medida o la valoración de la entidad de crédito. Por el contrario, un mero traslado para que los interesados se pronuncien sobre la valoración *no creditor worse off* sería claramente insuficiente por abarcar sólo una parte del derecho de audiencia que sería exigible.

C. DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN.

La tercera garantía se centra en el derecho a percibir una indemnización equivalente al sacrificio patrimonial que se ha propiciado. Tal como se ha encargado de remarcar la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, el pago del justiprecio o la

correspondiente indemnización se constituye como una garantía constitucional o lo que es lo mismo, un derecho sin el cual no se puede justificar la intromisión de los poderes públicos. La relevancia de este derecho es reconocida al máximo nivel normativo al ser mencionada expresamente en el texto constitucional (artículo 33.3 in fine CE), sin que pueda ser condicionada por avatares del procedimiento, ni por la intervención de un tercero como el beneficiario de la operación.

El principio de la indemnización como elemento esencial de la expropiación forzosa delimita su contenido, de modo que si no está presente, se estará ante otra institución diferente como comisos, confiscaciones, limitación de derechos no indemnizables.... En este sentido, el derecho de indemnización permite hacer efectivo el cumplimiento de la técnica de conversión del derecho: el bien expropiado se materializa en el valor económico que permanece en el patrimonio del propietario.

Aquí, resulta irremediable referirnos nuevamente a los presupuestos que legitiman la utilización de los instrumentos de la resolución bancaria. Esto es, los términos que incluyen la legislación no solo permiten la utilización de este mecanismo respecto a una entidad inviable, sino también respecto a aquella que «es razonablemente previsible que vaya a serlo en un futuro próximo». Este juicio de probabilidad que se atribuye a la Administración, de forma sumamente generosa, a través de una predicción de futuro, permite imponer el instrumento de venta de un negocio en entidades «aún solvente y viables», como así lo reconoce la propia exposición de motivos de la LRREC 2015.

Llegados a este punto, no se puede caer en la tentación de identificar el proceso de resolución bancaria como un procedimiento concursal, con el único objetivo de eliminar el cumplimiento de las mínimas garantías constitucionales.

No obstante, existe una dificultad añadida que resulta indiscutible y es que no es fácil averiguar cuándo se puede producir una «inviabilidad futura», salvo que la entidad, claro está, incumpla los requerimientos de liquidez o que se produzcan escenarios económicos adversos que puedan producir aceleradamente una falta de confianza, que atente contra la liquidez de la propia entidad de forma precipitada e imprevisible.

Pero volviendo a la expropiación, la primera cuestión que nos puede surgir es si un justiprecio de cero euros es compatible con el instituto de la expropiación. Nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto y ha llegado admitir dicha posibilidad al amparo de

diversa jurisprudencia del TEDH³¹⁶ que permite excepcionar la indemnización³¹⁷. En concreto, ha llegado a señalar que:

«No cabe afirmar que del artículo 33 de la Constitución pueda obtenerse como consecuencia que cualquier privación de bienes o derechos deba ir acompañada siempre de una compensación económica, aunque el valor de lo expropiado sea cero o negativo, pues una cosa es que resulte inconstitucional una ley que expresamente declare que no procede indemnización y otra muy distinta que reconocido tal derecho ello deba reflejarse en todo caso en una contraprestación económica cuando la valoración de los derechos expropiados, en nuestro caso las acciones o participaciones de una empresa determinada, ajustada a valores reales, nos de un valor cero o negativo.

La indemnización reconocida constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 33 de la Carta Magna es aquella que corresponda con arreglo a la Ley y en el caso que nos ocupa será la que resulte del valor de las acciones en base a un balance consolidado, depurado con criterios comerciales usuales y ajustados los valores contables al valor real en la forma establecida en la Ley 7/1983. Si efectuada así la valoración tal valor neto resultante de las acciones o participaciones es cero o negativo, no cabe sostener que en todo caso el expropiado deba recibir una cantidad en metálico como contraprestación compensatoria, pues en este caso mas que contraprestación compensatoria estaríamos ante un enriquecimiento injusto, sin que quepa alegar que tal indemnización sea exigencia de la naturaleza jurídica del instituto de la expropiación³¹⁸».

Dicho lo anterior y a sensu contrario, no existe inconveniente para aplicar las garantías expropiatorias en aquellos supuestos en los que el valor de la compañía financiera pudiera ser cero o incluso negativo. Esto es, el valor de las participaciones está ligado a la situación contable, pero la existencia de un balance negativo, con un pasivo superior al activo no significa que se pueda dejar sin garantías al expropiado.

³¹⁶ SSTEDH de 23 de noviembre de 2000, *asunto ex rey de Grecia y otros*, rec.25701/91 y de 9 de diciembre de 1994, *asunto Los Santos monasterios contra Grecia*, rec. 492/94. En estas sentencias, el Tribunal Europeo llega a afirmar que no siempre la compensación, en los casos en que proceda, ha de ser íntegra, pues objetivos legítimos de utilidad pública pueden justificar un reembolso inferior al pleno valor de mercado.

³¹⁷ Jiménez Horwitz, M. (2001), «La protección del derecho de propiedad en el marco del Convenio de Roma (sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2000, asunto ex rey de Grecia y otros c. Grecia), *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm.15, págs.239-264.

³¹⁸ STS de 27 de marzo de 2002 (rec.8218/1997).

Ahora bien, para proceder a cuantificar adecuadamente la indemnización, es importante abordar la valoración de los activos y pasivos de la entidad de crédito. Esta es, sin duda, la clave de bóveda del proceso de resolución, ya que precisamente dicha valoración justificará la puesta en marcha de la fase ejecutiva de toda resolución y determinará el instrumento adecuado para lograr su meta o su proporcionalidad.

No procede reiterar de nuevo el sentido de cada una de las tres valoraciones, que hemos venido reiterando en los capítulos precedentes, lo único que se debe retener es que tanto la norma comunitaria como la nacional, adolece de una enorme vaguedad en cuanto a la metodología a utilizar y su procedimiento, pues únicamente se prevé que el encargo lo realice uno o varios expertos independientes, tanto de las autoridades públicas como de la entidad sujeta a valoración. Aunque permite excepcionar dicha previsión por razones de urgencia, de modo que admite una valoración provisional confeccionada por la propia administración como resorte en la toma de medidas. En cuanto a las pautas a seguir en la fijación del valor, se apela a una valoración «razonable, prudente y realista de su activo y pasivo».

A priori, de una simple lectura de la regulación de la valoración, se extrae *prima facie* que nos encontramos ante un procedimiento de cuantificación de la entidad de notable importancia, pues decidirá si se inicia el procedimiento de resolución y en su caso, el instrumento más idóneo. No obstante, no se puede obviar que la fijación del valor de la compañía se calcula de forma unilateral y sin posibilidad de contradicción. De hecho, la única garantía que ostenta el propietario o la entidad bancaria es la existencia de un experto independiente que curiosamente puede llegar a ser también suprimido.

Pues bien, dicha previsión sobre la existencia de un experto independiente puede resultar bastante en el marco de una intervención administrativa, dada la intensidad de la medida y su carácter limitado en el tiempo, pero es claramente insuficiente en aquellos supuestos en los que se encuentra en juego el derecho a la propiedad privada.

La dimensión constitucional que ha alcanzado el derecho a la propiedad mediante su reconocimiento en el artículo 33 de la CE o en el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, impide que pueda ser desvirtuada con tanta liviandad, un aspecto esencial como resulta la cuantificación del derecho, sin ofrecer siquiera la posibilidad de contradicción.

Así las cosas, resulta crucial recordar que la expropiación urgente permite la inmediata ocupación y la toma de posesión, pero no excluye la posibilidad que alberga el

propietario de participar en el procedimiento y formular alegaciones en torno al justiprecio (art. 52 LEF).

Pero a esta primera y más importante reticencia, se añaden numerosas preguntas que ponen en evidencia la precariedad de las previsiones normativas sobre esta materia, ¿quién debe ser el tasador independiente? ¿quién lo nombra? ¿puede participar la compañía en esta designación? ¿cómo se afrontan sus costes? ¿es un gasto razonable que puede repercutir la Junta? ¿cuál debe ser la base de la valoración? ¿en qué momento deben ser valorados los activos y los contratos? ¿qué ocurre con la cuantificación de valores volátiles? ¿cuándo sería aconsejable realizar la valoración del banco, años después del comienzo de la resolución o en el mismo momento en el que se adopta la decisión? ¿la valoración debe efectuarse bajo la suposición de que los negocios fallarán total o parcialmente o se debe realizar como si se tratase de una empresa en funcionamiento? ¿se deben valorar los préstamos según la calificación crediticia de la propia entidad? ¿se tendrán en cuenta futuras y posibles sanciones en expedientes abiertos? ¿qué leyes de insolvencia se deben tener en cuenta cuando se trata de instituciones financieras significativas que extienden su negocio dentro y fuera de la Unión Europea? ¿cómo se deben tener en cuenta el valor de las acciones cotizadas en el mercado regulado? ¿qué ocurre cuando se utilizan diversos instrumentos simultáneamente o sucesivamente?

La experiencia de *Lehman Brothers* en 2007-2008 puso de manifiesto las dificultades para fijar los parámetros de valoración, en el momento en el que se lleva a cabo la liquidación de una entidad en quiebra. Además, en la resolución bancaria, la dinámica de esta operación se complica en la medida en la que se incluyen bancos que aún no son viables, de modo que los juicios hipotéticos que efectúa el tasador independiente se incrementan hasta el punto de que su trabajo puede resultar un encargo desalentador o una simple profecía.

La JUR insiste en que le corresponde al valuador independiente explicar y justificar los supuestos y metodologías del informe que presente. En consecuencia, opta por no restringir la independencia del tasador y su juicio profesional.³¹⁹

Sin embargo, no existe ningún procedimiento para su designación, únicamente se menciona que debe ser independiente tanto de las autoridades públicas, como de la de la

³¹⁹ En el documento *Framework for Valuation* publicado por la JUR en su página web https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/18_02_valuation_qa_002.pdf se incluyen diferentes pautas que debe seguir el experto independiente, pero igualmente permite excepcionarlas mediante una explicación de los valores que se ha tenido en cuenta.

entidad sujeta a valoración. Nada se menciona sobre las condiciones que deben concurrir para determinar el número de expertos a participar, ni tampoco sobre su formación, ni si quiera si se debe tratar de funcionarios públicos o empresas privadas. Asimismo, nada se menciona sobre la relación que debe mediar entre el comprador y el experto independiente. Es interesante mencionar que en el caso del Banco Popular uno de los motivos de impugnación que se ha venido denunciando en las demandas presentadas es la existencia de un conflicto de intereses en la adjudicación de la tarea de valorar la entidad en resolución a Deloitte, en cuanto ésta había realizado trabajos previos tanto para la entidad resuelta como para la compradora.

En suma, la designación del experto independiente es, sin duda, otro de los campos a mejorar en la legislación actual, dado su escaso desarrollo normativo y los peligros que conlleva la existencia de un conflicto de intereses, máximo cuando existe un escaso número de auditorías que se reparten el control y auxilio tanto de las entidades bancarias como la de los propios estados o de las instituciones europeas. No se puede perder la óptica sobre el negocio que implica la resolución bancaria para un número de consultoras privadas extremadamente limitado, a las que se les adjudica contratos de un valor significativo.

En el año 2019, la JUR ha publicado una guía³²⁰ desgranando las principales metodologías de valoración generalmente aplicadas por tasadores, si bien deja, finalmente, la fijación de los criterios a la libertad del tasador independiente, a quien únicamente se le exige una explicación del *modus operandi* que ha seguido en su encargo. En dicha guía, se describen las características clave de las distintas valoraciones y las peculiaridades en función del instrumento utilizado.

Asimismo, se exige al tasador que efectúe los ajustes que sean necesarios para obtener valoraciones prudentes y se le advierte que independientemente de la metodología de valoración seleccionada, el tasador debe comparar la valoración, con ratios proyectados de entidades comparables o precios pagados por transacciones que involucren entidades con modelos de negocio similares o que operan en el mismo mercado,

En relación con la venta del negocio se remite al valor de enajenación, aunque permite excepcionar dicho régimen, si no hay una perspectiva realista.

³²⁰SRB, (2019), *Framework for valuation*, disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/framework_for_valuation_feb_2019_web_0.pdf.

No procede efectuar aquí un estudio económico sobre la metodología más efectiva, sino únicamente se debe hacer hincapié en la complejidad de la tarea encomendada al experto independiente. En este sentido, no es lo mismo una entidad en quiebra, que un banco al que se le trata de aplicar el mecanismo resolutorio con fines preventivos para eludir su carácter inviable en un futuro próximo y ello, debe traducirse en el momento en el que se efectúa su valoración o en el uso de la metodología. Entre otras cosas, porque la práctica ha demostrado, con el asunto del Banco Popular y CajaSur, que en este tipo de operaciones no existe dificultades para la enajenación final de la misma, aunque sea por el valor simbólico de un euro, a pesar de contar con un saldo negativo importante de pérdidas. De hecho, parece que no tiene sentido, exigir una reacción inmediata de la autoridad de resolución, de modo que puede declarar en resolución una entidad previsiblemente inviable, si no es para conservar una parte de su valor.

Nuevamente resulta cuestionable la falta de participación del propietario o acreedor en un acto de trámite que debe ser calificado como cualificado. En este caso, no se trata de una mera actuación de desarrollo de un procedimiento, sino la decisión definitiva que permitirá o no la apertura de un procedimiento de resolución o garantizar el respeto a la regla básica del *no creditor worse off*.

Expuesta la problemática de la valoración de la entidad de crédito, la ley implícitamente parece dar a entender que la participación del interesado se excluye como consecuencia del valor negativo que arroja la entidad. Esto nos lleva a nuestra última cuestión vinculada al justiprecio ¿la asunción de deudas de la sociedad, cuyas acciones finalmente son expropiadas y enajenadas a un tercero justifica la privación del derecho de los titulares de las acciones a obtener la correspondiente indemnización?

Anteriormente, hemos indicado que el Tribunal Constitucional o el TEDH puede llegar a justificar el instituto de la expropiación, aún cuando no exista indemnización, dado el valor negativo del bien, pues de lo contrario se estaría legitimando una suerte de enriquecimiento injusto. No obstante, en el mismo plano el Tribunal Constitucional, también, ha venido insistiendo en la necesidad de una indemnización real y no meramente simbólica para evitar la existencia de una confiscación de bienes.

Esto implica que la valoración de las acciones de una sociedad, cuyo pasivo pueda llegar a superar a su activo exige una cuantificación distinta a la obtenida de la aplicación de criterios meramente contables y ello se explica, tomando como base el texto de la LEF. En concreto, el artículo 43 LEF, compele a la Administración y a los propietarios a tener

en cuenta los parámetros más adecuados para fijar la tasación del bien o lo que es lo mismo, incite a averiguar el valor real de los bienes. Desde esta perspectiva, no se puede olvidar que los accionistas son despojados de su titularidad en aras a la estabilidad del sistema financiero y es precisamente esa privación coactiva por razones de utilidad pública, lo que exige una adecuación indemnización a los que se han visto privados de sus derechos como propietarios.

Además, se debe tener en cuenta que el artículo 47 LEF añade al valor del justiprecio, el premio de afección y éste según la doctrina jurisprudencial tiene por «objeto específico compensar el valor afectivo que, al margen del puramente objetivo, tiene para los propietarios el bien expropiado o dicho de otra forma, lo concede la ley por la privación de los bienes que estando en poder de los expropiados dejan de pertenecer a su patrimonio y posesión, en contra de su voluntad, pero no a las demás indemnizaciones que no llevan consigo privación de bienes concreto y determinados, de manera que el premio de afección solo se debe abonar al expropiado sobre el valor o justiprecio de los bienes o derechos de cuya propiedad o posesión resulta privado efectivamente»³²¹.

En suma, el hecho de que en el seno del mecanismo de resolución consistente en la venta del negocio a un tercero, el comprador hubiera asumido las deudas de la entidad bancaria, no implica necesariamente que los accionistas, como propietarios, puedan verse excluidos automáticamente del derecho a una indemnización que les garantiza la Constitución, de modo que tenga en cuenta los parámetros más adecuados para su fijación y en su caso, el premio de afección. Ello es así, en tanto en cuanto la expropiación no participa de la misma naturaleza que un contrato de compraventa y en consecuencia, se deben arbitrar los mecanismos que sean exigibles para garantizar la existencia de una adecuada y justa compensación.

Igualmente, podríamos cuestionarnos la eliminación de la regla del previo pago y la existencia de una ocupación inmediata. Respecto a este extremo, se debe mencionar que, ya, la nacionalización de la Banca oficial, acordada mediante la Ley de 14 de abril de 1962 o el Real Decreto-ley 2/1983 en torno al caso RUMASA, excepcionaban el régimen general, valiéndose de la singularidad de la *causa expropriandi* y la necesidad de adoptar medidas urgentes en defensa de la estabilidad económica.

Brevemente, pero de suma importancia resulta la designación del experto independiente. Tal como hemos manifestado anteriormente, la regulación únicamente hace

³²¹ STS de 4 de junio de 2012 (rec.3318/2009).

referencia al experto, para predicar su independencia tanto respecto de la Administración expropiante como de la entidad bancaria.

No obstante, la práctica ha puesto en evidencia que la importante tarea de cuantificar las entidades bancarias y con ello, delimitar los principales parámetros que sirven de base para decidir sobre la aplicación del mecanismo resolutorio, se ha venido otorgando a empresas privadas que contratan con la JUR dicho encargo. Pues bien, dicha mecánica puede plantear serias dudas en cuanto a la predicada independencia que se debe demandar al experto.

No se trata simplemente de que personal sometido al régimen de Derecho Privado preste servicios para la Administración en el marco de un procedimiento administrativo, sino que se encarga a una empresa privada, el trámite esencial del mecanismo de resolución bancaria dicho procedimiento consistente en la valoración. Conviene tener en cuenta que la contratación de la compañía podría verse vinculada en función del resultado de sus trabajos para futuras contrataciones, pues no se puede ignorar que depende contractualmente de la Administración expropiante. Esto es, una valoración errática o simplemente generosa podría llevar a la Administración a cambiar la compañía contratada.

En este caso, no es que la Administración privatice o externalice un servicio, es que externaliza el acto básico de la expropiación, cual es la valoración del bien expropiado, para otorgarlo a una empresa, que no ostenta la responsabilidad administrativa derivada de sus actos, pero cuyo futuro negocio depende de la Administración que le contrata. Es decir, la empresa que efectúa la valoración depende de la Administración contratante, si quiere continuar realizando los siguientes exámenes con otras compañías en materia de resolución.

Esta claro que la designación del experto independiente o la composición de un órgano de evidente naturaleza arbitral para que medie en la valoración de la empresa financiera, no se puede dejar al albur de una mención tan concisa como es la paráfrasis «experto independiente». Exigencia que además puede ser, incluso, excluida por razones de urgencia, lo que conllevaría que la propia Administración expropiante concrete el valor de la entidad mercantil que desea enajenar a otra.

Pues bien, un experto independiente en los términos en los que ha sido concebido no deja de ser una especie de sucedáneo de «tercer perito» o ni siquiera se llega a este nivel. Como sabemos, mucho se ha escrito en nuestra doctrina sobre el sistema del tercer perito en nuestra ley expropiatoria de 1879 y en este sentido, la exposición de motivos de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, actualmente en vigor, se cuidó al rechazar expresamente

la mediación arbitral del tercer perito, al entender que dejar en manos privadas una cuestión en la que están comprometidos intereses privados y públicos, que era contrario a los principios legales.

En concreto, el texto legal explica de la siguiente forma, su preferencia por la configuración de un órgano arbitral de carácter administrativo en detrimento de la figura del tercer perito, para efectuar la valoración de los bienes expropiados:

«Desde el momento en que, por las razones aludidas, hubo de renunciarse a la determinación automática del justo precio, para dar paso, en mayor o menor medida, a una apreciación de circunstancias específicas del caso, pasaba al primer plano la cuestión del órgano de tasación. Es evidente que el sistema del «tercer perito» que inspira la legislación hasta ahora vigente, reduce en los más de los caso a un papel puramente pasivo la función del órgano que formaliza la resolución, aparte de llevar consigo un juego de plazos de excesivo peso para la agilidad de la acción administrativa. Como es natural, en el procedimiento actual los peritajes de las partes están inspirados en el propio interés de éstas, al que se sobrepone la mediación arbitral del tercer perito; teóricamente cabría pensar que el tercer peritaje decidiera de derecho la cuestión, cuanto que ya, las más de las veces, lo hace de hecho. Pero esta solución es insatisfactoria, tanto desde el punto de vista de los principios —por cuanto supone la dejación en manos privadas de una cuestión en la que están vivamente comprometidos intereses públicos e intereses privados, e implica, por lo tanto, una ruptura con las bases mismas de la justicia administrativa— como en consideración a los supuestos mismos del fallo. En efecto, en cuanto éste debe resultar de la apreciación de bases tasadas de diferente índole y, excepcionalmente, de circunstancias muy singulares que justifiquen en un caso dado el separarse de aquéllas, no es posible dejar todos estos elementos a juicio de una persona calificada por la sola condición de su pericia en tasaciones de cierta índole. Por otra parte, sólo una permanencia en esa función, una reiteración en los criterios, un conocimiento de la economía local puede abrir el paso a lo que constituye, sin duda, el ideal en esta materia: objetivar las tasaciones en forma que sean el resultado de la aplicación de criterios generalizados.

Así se justifica una de las innovaciones más importantes de la Ley: la constitución de los Jurados Provinciales de Expropiación, que vienen a ser órganos en los que se componen las dos funciones, pericial y judicial, escindidas en el sistema actual, pero que reúnen, además, las ventajas que proporciona la permanencia y especialización en la función, la colegiación (que permite llevar a su seno los intereses contrapuestos) y la preparación, al mismo tiempo en los aspectos material y jurídico, de la cuestión a decidir.»

Parece que no sólo las bases de la justicia administrativa a los que ha venido apelando la normativa expropiatoria, sino la aplicación de la simple lógica demanda diseñar en el marco de la resolución bancaria un órgano administrativo estricto que asuma el encargo de la tasación de la entidad de crédito. Un órgano constituido con carácter previo y cuya composición debería ser delimitada, velando por una composición neutral, en cuanto número de personas, conocimientos técnicos y experiencia. Debemos hacer hincapié que la resolución bancaria es una operación expropiatoria de tal calibre que exigirá un conjunto heterogéneo de individuos relacionadas con el sector de la actividad, pero lo suficientemente independientes respecto a la compañía sometida a valoración, la Administración e incluso, el comprador. Sólo así, un procedimiento administrativo que protege intereses públicos de primer orden, cual es la estabilidad económica y financiera, no dependería para su puesta en práctica de una empresa privada, cuyos objetivos, personal, responsabilidad e intereses son totalmente ajenos a los fines públicos.

D. EL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD

Por último, debemos hacer referencia al principio de proporcionalidad, como canon de control en la privación del derecho a la propiedad³²².

En el Derecho de la Unión Europea, el principio de proporcionalidad participa de dos vertientes, pues por un lado constituye un límite al ejercicio de competencias para las instituciones de la Unión Europea, siendo enunciando específicamente en el TFUE en su artículo 5.3, y por otro, se enarbola como un parámetro para la fijación del alcance e interpretación de los derechos fundamentales y principios, tal como se deduce del artículo 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

³²² Sarmiento Ramírez-Escudero, D. (2004), *El control de proporcionalidad de la Actividad Administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch.

En este sentido, el artículo 52 CDFUE apela a respetar el contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos en la Carta, cuando se les impone cualquier limitación. Derechos y libertades entre los que se encuentra el derecho a la propiedad (artículo 17).

Pero al mismo tiempo, el precepto también alude al cumplimiento del principio de proporcionalidad, lo que se traduce en la práctica en que sólo se pueden imponer aquellas limitaciones que sean necesarias y destinadas a cumplir objetivos de interés general o la protección de los derechos de los demás. Dicha previsión no es más que la reiteración del contenido de la jurisprudencia que había sido dictada hasta el momento por el TJUE.³²³

En nuestro derecho nacional, la Constitución Española no incluye ninguna mención expresa al principio de proporcionalidad, lo que no ha impedido que se utilizaran fórmulas para justificar su aplicación como la cláusula del Estado de Derecho (artículo 1.1), los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1), el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3), o incluso la dignidad de la persona (artículo 10.1).

No obstante, no se puede obviar que el principio de proporcionalidad es un principio familiar en el ámbito del derecho administrativo y penal para la determinación de la sanción o la pena.

De hecho, nuestro Tribunal Constitucional asumió pronto la articulación del test de proporcionalidad en tres escalones, a raíz de la doctrina elaborada en el Derecho público alemán, posteriormente recepcionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Desde la sentencia STC 66/1995 de 8 de mayo (FJ5) en la que se abordó por primera vez, el examen de la proporcionalidad, a propósito del derecho de reunión, es reiterada la jurisprudencia constitucional que ha declarado que la actuación de los poderes públicos supera el principio de proporcionalidad cuando cumple tres condiciones: el juicio de idoneidad o la comprobación de que la medida es idónea para el fin que persigue, el juicio de necesidad de la medida o que no exista otra medida menos gravosa para alcanzar el mismo resultado con igual eficacia y juicio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, esto es que la medida idónea y lesiva sea equilibrada³²⁴.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha sido condescendiente con el control de la proporcionalidad, a raíz de las últimas sentencias en torno a la expropiación del uso de

³²³ SSTJUE de 13 de abril de 2000, *Kjell Karlsson y otros*, C-292/97, apart. 45 o de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, C-5/88, apart.18.

³²⁴ STC 45/2018, de 26 de abril.

las viviendas por parte de las Comunidades Autónomas, en cuanto relega el derecho de propiedad y lo debilita al afirmar que la legislación autonómica no invade las competencias estatales en la expropiación temporal de uso de viviendas incursas en procedimientos de desahucio, debiendo prevalecer el derecho a una vivienda digna,³²⁵ y ello aun cuando se afectase a las facultades de los propietarios.

No obstante, más recientemente, se ha visto obligado a matizar los pronunciamientos anteriores con ocasión de sendos decretos leyes de la Comunidad Autónoma de Cataluña que trataban de mejorar el acceso a la vivienda. En la STC 16/2021 de 28 de enero, se declara la inconstitucionalidad de diversos preceptos por contener una regulación directa y con vocación de generalidad que afectaba tanto a la vertiente individual como a la institucional del derecho de propiedad. La decisión judicial hace hincapié especialmente en el contenido de dicha regulación, pues a diferencia del desarrollo normativa en Andalucía que se había centrado en la adopción de medidas de fomento, las normas, aquí impugnadas, habían incluido medidas directamente coactivas, no voluntarias y limitativas que podían llegar a la expropiación de la vivienda³²⁶.

³²⁵ STC 97/2018, de 19 de diciembre. Esta sentencia analizó la ley de vivienda del País Vasco y vino reproducir el mismo contenido que numerosas sentencias dictadas con anterioridad en relación con otras leyes con idéntico contenido como STC 93/2015, de 14 de mayo o STC 32/2018, de 12 de abril. En estos pronunciamientos se optó por realizar una interpretación conforme, negando que los preceptos legales alterasen el real contenido esencial del derecho de propiedad.

³²⁶ STC 16/2021, de 28 de enero. Esta sentencia estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad planteado frente dos decretos-leyes de la Comunidad Autónoma de Cataluña: el decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas para mejorar el acceso a la vivienda de la Comunidad Autónoma de Cataluña y el decreto-ley 1/2020, de 21 de enero que lo modifica, así como el acuerdo de convalidación del anterior.

En concreto, la sentencia argumenta en el siguiente sentido: «Si proyectamos la precedente doctrina sobre los preceptos impugnados en esta parte del recurso, se comprueba que estos exceden del marco permitido a los decretos-leyes por la STC 93/2015. Los artículos objeto de este motivo, con las excepciones que se dirán, van más allá de “delimitar un concreto sistema urbanístico o una determinada política de vivienda”, “disciplinar un sector material en el que dicho derecho constitucional [el de propiedad] pueda incidir”, o de “ceñirse a precisar los usos posibles de las edificaciones según el lugar en que se ubiquen dentro de la ciudad o a disciplinar el sector de la vivienda”, como permite la doctrina de la STC 93/2015, y se enderezan más bien a establecer «el único uso posible de un determinado tipo de bienes» mediante una “regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda” que “se dirige a precisar el haz de facultades que integra este tipo de derecho de propiedad privada y, al mismo tiempo, a definir la función social del mismo”. Y, sobre todo, van más allá de la regulación de las “medidas de fomento” que contenía el Decreto-ley de la Junta de Andalucía 6/2013.

La mayoría de los artículos contra los que se dirige este primer motivo regulan medidas coactivas, no voluntarias, limitativas del derecho de propiedad. Limitaciones de la máxima intensidad, además, puesto que no suponen la delimitación externa del ejercicio del derecho en régimen de libertad por puras consideraciones abstractas de interés u orden público, sino que constriñen estrechamente al propietario mediante órdenes o deberes normativos —obligaciones concretas de

En el marco de la resolución bancaria, ni la normativa comunitaria, ni la estatal mencionan el principio de proporcionalidad, entre los criterios orientadores que debe asumir la autoridad de resolución en el ejercicio de sus potestades. No obstante, tal como hemos señalado, no existe ningún inconveniente para su aplicación, desde el momento en el que se trata de un principio plenamente asentado entre las normas básicas del ordenamiento.

Ahora bien, la única salvaguarda que se prevé en el procedimiento resolutorio en beneficio de los afectados, se limita al examen de la concurrencia de los presupuestos exigidos para la adopción del mecanismo de resolución y el examen acerca de si los interesados hubieran sufrido más pérdidas en un procedimiento liquidatorio, a raíz de la llamada tercera valoración realizadas por un experto independiente.

Esto significa que en el momento en el que se adopta la decisión sobre la viabilidad de la entidad, no existe propiamente ningún juicio de proporcionalidad entre la dicotomía de salvaguardar el interés público, evitando la utilización de ayudas públicas y el respeto a los derechos de los interesados que se verán afectados por la decisión, pero es más, incluso una vez decidida la resolución por razones de interés público, tampoco existe un juicio de proporcionalidad sobre la medida a adoptar y su extensión.

En definitiva, debemos concluir que el contenido del principio de proporcionalidad va más allá de la aplicación del principio de *non creditor worse off*, pues su constatación es exigible, aún cuando se hubiera llegado a decidir que la posición de los propietarios y accionistas en la decisión de la resolución y adopción de la medida no sería peor que en un procedimiento de liquidación.

Nuevamente, en el caso del Banco Popular son legítimas las dudas en torno a la aplicación del principio de proporcionalidad, en cuanto no existe una motivación que permita explicar suficientemente las razones por las que se optó por la venta del negocio a un tercero, cuando no se había adoptado ningún tipo de medida en la fase de actuación temprana. Asimismo, se desconoce si se pudieron adoptar medidas menos restrictivas para los accionistas y acreedores o los motivos que provocaron la desviación respecto al

hacer, como ocupar la vivienda u ofrecer un alquiler social– que se ponen bajo la inspección y vigilancia de la administración y cuyo incumplimiento habilita a esta para imponer esa conducta forzosamente mediante requerimientos y multas coercitivas, para imponer sanciones y para expropiar la vivienda.»

contenido del Plan de resolución, que apenas había sido aprobado por la autoridad competente.

Hasta aquí, es claro que los objetivos de estabilidad financiera y equilibrio económico en aras a la conclusión del interés social justifican tanto la adopción de medidas de intervención en la libertad de empresa, como las restricciones en el derecho de propiedad, y éstas a su vez pueden derivar definitivamente en la privación de los derechos de los accionistas, en su fórmula más gravosa.

Ahora bien, este salto dogmático desde la intervención de empresas impuesto por la existencia de una limitación definitiva e irreversible en el derecho de la propiedad denota que la resolución bancaria es un procedimiento singular, de carácter administrativo y naturaleza eminentemente expropiatoria que exige el cumplimiento de las garantías más básicas en el seguimiento de un procedimiento administrativo, incluido el correspondiente derecho de audiencia, la existencia de un principio contradictorio en la fijación del justiprecio y la designación de un órgano arbitral adecuada para efectuar la tasación de los bienes, todo ello con pleno respeto al principio de proporcionalidad en la toma de la decisión definitiva y la selección de la medida.

Evidentemente, la vulneración de las garantías básicas del procedimiento conllevaría directamente la nulidad absoluta de la decisión y por ende, los tribunales deberían declinarse por la nulidad de aquellas decisiones adoptadas en materia de resolución, sin haberse cumplido el marco de las garantías que era exigible dada la naturaleza del bien. No obstante, se debe añadir que nada impediría limitar los efectos de esta decisión por razones de interés público.

7. UNA BREVE MENCIÓN A LA VIA DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Una vez que se ha delimitado la naturaleza expropiatoria del procedimiento de resolución bancaria y la insuficiencia del actual marco normativo, se pueden efectuar unas breves reflexiones en torno a las consecuencias que pueden suponer las deficiencias observadas³²⁷.

³²⁷ Blanco Esteve, A. (1985), *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Madrid, Civitas, págs. 224-232.

Al margen de la respuesta en el orden civil y la vía penal³²⁸, cuyo estudio no procede efectuar dado el ámbito en el que se desarrolla la tesis, nos centraremos simplemente en apuntar ciertas posibilidades que podrían derivarse fácticamente de un procedimiento de resolución, sin ánimo de ser exhaustivos y a la vista de las reflexiones que hemos ido delimitando con anterioridad.

La adjetivación del procedimiento de resolución consistente en la venta del negocio de la entidad como de naturaleza expropiatorio descarta automáticamente la eventual responsabilidad del Estado legislador por omisión o defecto de regulación, en tanto en cuanto se reconduce su reconocimiento a la existencia de actos legislativos no expropiatorios.

No obstante, nos podríamos plantear la responsabilidad administrativa de la JUR o del FROB, o incluso más allá de la CNMV o del Banco de España³²⁹, tal como se ha puesto en evidencia en el entramado jurídico que se ha ido tejiendo en torno al asunto del Banco Popular. Si bien, se debe poner énfasis en que la reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones pública no es viable para revisar el procedimiento de resolución bancaria al que se ha visto abocado la entidad de crédito. Nos movemos, entonces, en el marco de la responsabilidad extracontractual por el funcionamiento anormal de las Administraciones públicas, pues se debe descartar también, cualquier responsabilidad derivada de un funcionamiento normal en aras a de evitar convertir la institución pública en una especie de aseguradora universal³³⁰.

Las dificultades para apreciar una responsabilidad patrimonial en nuestro caso, deriva de la configuración de la resolución en unos términos extremadamente amplios, con unas potestades discrecionales de igual extensión, que permiten encajar fácilmente la operación de resolución que se hubiera decidido³³¹.

³²⁸ Belando Garín, B. (2020), «La protección del accionista y del inversor ante las medidas adoptadas por las autoridades de supervisión y de resolución», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs), *Estudios sobre resolución bancaria*, Pamplona, Aranzadi, págs. 731-750.

³²⁹ En relación con el Banco de España, la Audiencia Nacional ha venido desestimando las reclamaciones de responsabilidad patrimonial dado que esta institución carecía de competencias en materia de supervisión del Banco Popular. SAN de 9 de septiembre de 2020 (rec. 664/2019) o de 29 de mayo de 2019 (rec. 912/2017).

³³⁰ Salvador Armendáriz, M.A. (2020), «La responsabilidad de los reguladores bancarios en el ejercicio de sus potestades de ordenación y supervisión», en González Vázquez, J.C. y Colino Mediavilla, J.L. (dirs.), *Regulación bancaria y actividad financiera*, Madrid, Editorial La Ley, págs.303-367 págs. 121-149 y Belando Garín, B. (2020), op. cit.

³³¹ Sánchez Morón, M. (1994), *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos.

De modo, que teniendo en cuenta la carga de la prueba que le corresponde al propietario, la acreditación de la inadecuación de la potestad pública por parte de la autoridad pública no resulta sencilla, pues basta con demostrar que la Administración se ha mantenido dentro de unos márgenes razonables para eludir su responsabilidad y en este sentido, la amplia horquilla que abarca la ley para justificar la decisión, le otorga ventaja.³³² Por el contrario, la prueba de una actuación arbitraria, injustificada o de forma contraria al Ordenamiento jurídico³³³ resulta compleja, por más que se pueda llegar a acreditar cualquier tipo de disfunción.³³⁴ Dicho de otro modo, no acreditado suficientemente el título de imputación, no existirá responsabilidad patrimonial asociada a la anulación del acto.

³³² STS de 1 de julio de 2010 (rec. 93/2006), a propósito de la responsabilidad exigida a la CNMV por la pérdida de ahorros entregados a Gescartera o STS de 29 de enero de 2018 (rec. 2313/2016), en relación con la responsabilidad exigida al FROB por la disolución del Banco Gallego, S.A.

³³³ Medina Alcoz, L. ha llegado a criticar las inconsistencias de la doctrina jurisprudencial al exigir soterradamente la existencia de culpa bajo el concepto técnico de antijuricidad. A propósito de la vinculación de la culpa con el grado de programación normativa de la actividad administrativa llega a afirmar lo siguiente: «Se dice que el ejercicio de discrecionalidad y la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados abren márgenes de opinabilidad o razonabilidad que justifican una menor responsabilidad: la opción escogida por la Administración aunque sea incorrecta desde la perspectiva de la validez del acto administrativo, puede ser razonable desde la respectiva de la responsabilidad patrimonial. Ciertamente, a mayor complejidad o textura abierta de una norma, mayor discrecionalidad o, lo que es lo mismo, mayor margen de maniobra de la Administración. Ahora bien, esto implica solo que el control judicial de la decisión administrativa habrá de ser menos intenso, pues menos son los parámetros normativos utilizables. La mayor o menor discrecionalidad nada dice, en realidad sobre la culpa como factor de imputación del daño derivado del acto administrativo ilegal. El parámetro normativa efectivamente aplicado para anular una resolución administrativa será más o menos complejo o abierto en función de su específico contenido, con entera independencia del grado de densidad de la regulación circundante, tanto si esta es mucha (potestad enteramente reglada) como si es poca (potestad eminentemente discrecional). Puestos a relacionar la discrecionalidad y la culpa, cabe apreciar, a la inversa, que la primera es a veces indicativa de la segunda en el sentido de que, en ámbito poco reglados, la administración actúa ilegalmente solo si incurre en arbitrariedad, esto es, de modo manifiestamente irrazonable; o si viola derechos fundamentales o principios tales como el de igualdad». Medina Alcoz, L. (2020), «El problema de la culpa en la responsabilidad por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, nº 213, págs. 86.

Asimismo, destaca Medina Alcoz, L. (2005), «El resarcimiento del daño causado por acto administrativo ilegal. Análisis de la cuestión en los ordenamientos italiano, francés, alemán y español», *Revista General de Derecho administrativo*, nº9 y Martín Rebollo, L (1977), *La responsabilidad patrimonial de la administración en la jurisprudencia*, Madrid, Civitas.

³³⁴ SAN de 24 de abril de 2019 (rec. 856/2017), en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la intervención y actuaciones posteriores en el Banco de Madrid.

En síntesis, cualquier irregular que se hubiera podido constatar en el desarrollo del procedimiento no conduce necesariamente a la responsabilidad inmediata del supervisor³³⁵ o de la autoridad de resolución, sino que su responsabilidad se determinará primero por el título de imputación y una vez que se concluye que la actuación de la Administración ha transitado por debajo de lo que era exigible, se deberá abordar la antijuricidad del daño, la relación de causalidad y en consonancia con la anterior, la omisión de aquellas actuaciones que hubieran sido razonablemente exigibles a la luz de las circunstancias de los hechos.

En concreto, en lo que se refiere a la relación de causalidad, sería necesario acreditar que el daño se ha producido efectivamente como consecuencia de la actuación de la administración pública y ello sería francamente difícil, pues supondría ignorar la responsabilidad de la entidad bancaria para llegar a la situación económica en la que se encontraba, cuando el operativo resolutorio se puso en marcha. Por tanto, lo más delicado sería discriminar cual ha sido la contribución de la entidad bancaria en el resultado económico final, para determinar la concurrencia de culpas, si se llegara al caso.

Mayor interés podrían tener las consecuencias en materia de falta de transparencia, como consecuencia de la vulneración del derecho a una administración abierta que ha sido reconocido por la propia Unión Europea³³⁶. No cabe duda que el derecho de acceso a los documentos ha sido calificado como una de las herramientas en materia de transparencia para el control democrático de la Unión Europea, cualquiera que sean las instituciones, organismos y agencias o lo que es lo mismo, la documentación debe estar disponible para todos los ciudadanos de la Unión Europea independientemente de sus intereses en acciones legales posteriores³³⁷. Son numerosos los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que abordan la dicotomía entre el acceso a la documentación y el secreto profesional o confidencialidad, especialmente en el sector bancario³³⁸.

Sumergidos, ya en los mecanismos de resolución bancaria, conviene señalar que tanto la DRREC, como la LRREC 2015 enuncian el principio de transparencia entre los criterios que debe seguir el procedimiento de instrumento de venta del negocio, con el

³³⁵ Lara Ortiz, M.L. (2017), *La actividad pública de supervisión financiera. Reforma y responsabilidad de la administración*. Tesis doctoral. Universitat Jaume I. Castellón y Lara Ortiz, M.L. (2018), *La supervisión bancaria europea: régimen jurídico*. Madrid, McGraw-Hill.

³³⁶ Art. 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

³³⁷ STJUE de 13 de julio de 2017, *Saint-Gobain Glass Deutschland*, C-60/15, párrafos 60 y 61.

³³⁸ SSTJUE de 19 de diciembre de 2019, *Banco Central Europeo contra Espírito Santo Financial (Portugal)*, SGPS, SA, C-442/18P o de 13 de septiembre de 2018, *Enzo Buccioni contra Banca d'Italia*, C-594/16.

propósito de aplicar con rapidez la medida, evitar el conflicto de intereses y maximizar el precio de venta de la entidad. Pero, de nuevo, permite modular la aplicación de esta transparencia en el procedimiento competitivo de venta, atendiendo a las circunstancias del caso y la necesidad de salvaguardar la estabilidad del sistema financiero.

En la misma línea, el RMUR garantiza el acceso tanto al expediente, como a aquellos documentos en poder de la Junta Única de Resolución. Aunque, de nuevo excluye esta posibilidad cuando exista un interés legítimo de terceros en la protección de sus secretos comerciales y descarta la información confidencial o los documentos preparatorios internos de la Junta.

En el conflicto del Banco Popular, uno de los frentes litigiosos se desenvuelve en la esfera del acceso a la información. De hecho, son muchas las decisiones que se han dictado en este procedimiento de resolución que aún siguen siendo en parte confidenciales, la última de ellas se ha publicado el 17 de marzo de 2020 y se trata del informe de valoración 3 y del acto preparatorio de la Comunicación de la JUR en el que se toma la decisión preliminar de no conceder compensación a los antiguos accionistas y acreedores del BPE, en base a las conclusiones del informe. Pero ésta no ha sido la única ocasión en la que la información se ha retenido, así por ejemplo la decisión de la Junta Única de Resolución de fecha 7 de junio de 2017 por la que se adoptó el dispositivo de resolución sobre la entidad Banco Popular Español S.A, ordenando la venta del Banco Popular, sigue siendo en parte confidencial.³³⁹

La Comisión Europea y el Banco Central Europeo se han negando reiteradamente a facilitar información al respecto. El primero, a través de la Dirección General para la Estabilidad Financiera, Servicios Financieros y Mercados de Capitales en la Unión Europea y un documento firmado por Olivier Guersent³⁴⁰ ha venido afirmando que la publicación íntegra de algunos de los documentos, como el informe de Deloitte, el informe completo del Banco Central Europeo o la resolución de la JUR podrían afectar a los intereses comerciales del Banco Santander y sus accionistas, ya que socavaría su posición

³³⁹ La JUR puso a disposición pública únicamente versiones no confidenciales de los siguientes documentos relacionados con el del Banco Popular: la decisión de la JUR de 7 de junio de 2017, relativa a la adopción de un dispositivo de resolución en relación a Banco Popular, el informe de valoración y sus anexos preparados por el experto independiente, Deloitte, en el contexto de la medida de resolución (valoración 2), el informe de valoración preparado por la JUR para evaluar si Banco Popular estaba en quiebra o a punto de quebrar (valoración 1), la carta de proceso de venta del FROB con fecha del 6 de junio de 2017, la decisión de la JUR de 3 de junio de 2017 sobre la comercialización de Banco Popular y el plan de resolución de 2016 redactado para Banco Popular.

³⁴⁰ Director General de la Comisión Europea.

competitiva en el mercado bancario, al tratarse del comprador de la entidad bancaria en resolución³⁴¹. El segundo alude a la confianza con la que deben contar los supervisores en el ejercicio de su actividad, pues de lo contrario los bancos no estarían dispuestos a comunicar información fiable y exacta.³⁴²

Tras la presentación de numerosos recursos ante el Panel de la JUR, se han dictado diversas decisiones, permitiendo el acceso de los perjudicados a cierta documentación relacionada con la decisión adoptada: en concreto el plan de resolución o el informe de valoración nº 1 elaborado por Deloitte.³⁴³

En clave nacional, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estimó en parte³⁴⁴ una solicitud de acceso a la información en poder del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), formulada por parte de un ciudadano que manifestó su interés por acceder a documentos del proceso de venta del Banco Popular. Entonces, el Consejo consideró que el límite de los intereses comerciales y la confidencialidad no abarcaba la valoración formulada por el «experto independiente», pues dicho informe se centra principalmente en el banco que va a disolverse, teniendo en cuenta las condiciones comerciales en las que debe realizarse la operación y no en el adquirente. Añade que tampoco se produce ninguna afectación en la actualidad al interés de terceros, dado que la compraventa ha sido consumada y es de dominio público. Interpuesto recurso por el FROB, el procedimiento judicial ante el Juzgado Central de lo Contencioso ha sido suspendido hasta que recaiga una resolución definitiva en la justicia europea.

En clave internacional, algunos inversores y fondos de inversión han iniciado procedimientos legales en juzgados estadounidenses para obligar al Banco Santander a revelar documentación a través del procedimiento llamado *discovery*, destinado a conseguir pruebas sobre una causa legal abierta en el extranjero. Si bien, el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito confirmó la decisión del juez de Nueva York, de modo que únicamente la filial *Santander Investment Services* debe revelar la documentación del Banco Popular de la que disponía, denegando la misma petición en relación con el resto de

³⁴¹<https://www.expansion.com/empresas/banca/2017/08/24/599edc7e22601d1b6b8b45a6.htm>

³⁴²https://www.elespanol.com/invertia/empresas/20190128/bce-justifica-no-informacion-popular-confianza-supervision/371962825_0.html.

³⁴³ Decisión Panel del Recurso de fecha 19 de junio de 2019, rec.47 /2017 o Decisión de 28 de noviembre de 2017, rec.38/2017 entre algunos ejemplos.

³⁴⁴ Resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de fecha 3 de noviembre de 2017, rec.375/2017.

entidades del grupo (Banco Santander S.A, Santander Holding USA y Santander Bank NA.)

Dicho lo anterior, se debe destacar que nada impide el reconocimiento de cierta confidencialidad en la información en aras a impedir un perjuicio económico o garantizar una adecuada actuación del mercado. Ahora bien, esta limitación en el acceso a la información debe ser objeto de una adecuada ponderación, cuando colisionan los diferentes intereses públicos en juego. Es exigible, entonces, al particular una concreción de la documentación y una identificación exacta de sus intereses para contrastarlos adecuadamente a los intereses públicos y de terceros que deben estar igualmente definidos en términos precisos. Lo contrario, es convertir las opciones de impugnación de los particulares en una auténtica quimera, pues si desconocen las razones, criterios o valoración que ha desencadenado el mecanismo resolutorio y ello se mantiene en el tiempo bajo la excusa de la confidencialidad de la información o de la concurrencia intereses comerciales difusos de terceros, mal se puede defender la existencia de una verdadera tutela judicial efectiva.

Desde el plano de los tribunales, la obligación de guardar secreto profesional debe garantizarse y aplicarse de tal modo que sea compatible con el respeto del derecho de tutela judicial efectiva. En este sentido, corresponde al órgano jurisdiccional competente, cuando una autoridad competente deniega la entrega de información en su poder, comprobar si dicha información tiene un vínculo objetivo con las pretensiones del recurrente y, en caso afirmativo, ponderar el interés legítimo de la persona que trata de disponer de la información necesaria para poder ejercitar plenamente el derecho de defensa y los intereses ligados al mantenimiento de la confidencialidad de la información amparada por la obligación de secreto profesional.

Llegados a este punto, la aplicación de la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019, *United Parcel Service C/Comisión*, C-265/17³⁴⁵ podría llegar a ser demoledora, pues sería suficiente acreditar que la irregularidad cometida en el acceso a la información ha disminuido las posibilidades de defensa del interesado para poder interesar la nulidad del

³⁴⁵ La STJUE de 16 de enero de 2019, *United Parcel Service C/Comisión*, C-265/17 desestima el recurso de casación interpuesto por la Comisión Europea contra la sentencia del Tribunal General de 7 de marzo de 2017 en la que se anuló la Decisión de la Comisión por la que se declaraba una operación de concentración incompatible con el mercado interior. La sentencia confirma la vulneración del derecho de defensa, en cuanto es exigible que antes de la adopción de una decisión de este calibre, las partes puedan dar a su conocer su punto de vista sobre la realidad y pertinencia de todos los elementos en los que la Comisión vaya a basar su decisión.

acto resolutorio³⁴⁶. En suma, un pronunciamiento que alberga una consecuencia brutal, que deja constancia de la relevancia y envergadura de la infracción cometida.

³⁴⁶ Fernández Rodríguez, T-R. (2019), «El derecho a una buena administración en la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019», *Revista de Administración Pública*, núm.209, págs.247-257.

CAPÍTULO IV. Una visión crítica de una regulación deficitaria.

SUMARIO: 1. LOS INCONVENIENTES PRINCIPALES DEL ACTUAL SISTEMA. 2. CONCLUSIONES. 3. PROPUESTAS DE FUTURO.
A. Aspectos generales. B. El derecho de propiedad y la expropiación forzosa.

1. LOS INCONVENIENTES PRINCIPALES DEL ACTUAL SISTEMA.

En 1932, *Harvard Law Review* publicó un debate entre dos académicos preeminentes. A un lado, Adolfo A. Berle, asesor de Franklin Roosevelt y autor de *The Modern Corporation and Private Property*, abogó por lo que posteriormente, se acuñó como «la primacía de los accionistas»¹, defendiendo la tesis de que toda compañía existe únicamente para ganar dinero para sus asociados, de modo que todos los poderes corporativos, entre los que se incluían, los directores o en nuestro caso, los administradores sociales, debían perseguir el beneficio nominal de todos sus accionistas².

Al otro lado, Merrick Dodd, profesor de la Universidad de Harvard, alertó de la existencia de un interés público que no se debía ignorar, de modo que la sociedad mercantil no sólo debía perseguir la mayor ganancia para los accionistas, sino que además debía cumplir con otros objetivos igualmente susceptibles de protección, como una mayor estabilidad del trabajo para sus empleados, la fabricación de productos de mejor calidad en beneficio de los consumidores o la realización de mayores contribuciones económicas en aras al bienestar de la comunidad en la que participamos todos.

En relación con esta polémica que sólo se puede entender en su contexto histórico³ y aquella otra que le siguió en torno a la pregunta sobre quiénes son los dueños del negocio, podemos afirmar con rotundidad que hoy, en día, sería claramente intrascendente ante el

¹ Yadav, Y(2018), «Too-big-to-fail shareholders», *Minnesota Law Review*, núm.103, págs.587-664.

² Stout, L.A. (2002), «Bad and not-so-bad arguments for shareholder primacy», *Southern California Law Review*, vol. 75, núm.5, pág.1189.

³ El debate Berle-Dodd tiene lugar como consecuencia de la inicial denuncia de Berle, que sustentaba la opinión en torno a que los directores de las empresas requerían un control legal efectivo. En este momento, la mayoría de los accionistas de las compañías eran sus propios trabajadores quienes ahorraban para su jubilación, ya que la Seguridad Social había sido declarada ilegal por la Corte Suprema de los Estados Unidos. De este modo, Berle defendía que los directores debían dar cuenta ante los accionistas de la gestión, de lo que al final eran los ahorros de sus trabajadores.

nuevo contexto en el que se incardina el novedoso mecanismo de resolución bancaria y sus fundamentos.

En este sentido, decimos que la cuestión carece de sentido, ya que la respuesta se manifiesta mucho más nítida en la actualidad. No cabe duda que, tal y como esta concebido el mecanismo de resolución bancaria, la propiedad de la entidad la ostentarían, casi con seguridad, las autoridades encargadas de dicha resolución o al menos serían las titulares de una de las facultades más importantes asociadas a toda propiedad como es el poder de disposición. De modo, que el contenido esencial del derecho de propiedad se encuentra claramente comprometido por las autoridades de supervisión y resolución en último caso.

Existen dos piezas claves para comprender el nuevo orden económico y por ende, la conclusión anterior:

En primer lugar, el principio *no creditor worse off*, que sustenta la legitimidad del régimen de resolución bancaria frente a la liquidación concursal, genera una distribución de pérdidas y de riesgos desconocidas hasta el momento⁴. De facto, supone negar al propietario el derecho al valor residual de la empresa, pues ya no le corresponde lo que pudiese quedar de la compañía tras la prelación del pasivo, y ello es así desde el momento en el que se le deniega cualquier tipo de indemnización como consecuencia de su privación demanial, que se perfecciona, además, sin su consentimiento. O dicho de otro modo, esta práctica implica otorgar a la Administración, la soberanía de disponer de la entidad y con ello, entregarle una de las facultades que conforman el contenido esencial del derecho de propiedad.

En segundo lugar, la posición del propietario o acreedor se colma con la imposibilidad de participar en el procedimiento administrativo en el que se consumara, finalmente, el despojo de su derecho.

En suma, lo que se debe retener es que la regulación actual no trata simplemente de relegar a los propietarios y exigirles la asunción de pérdidas, antes de formalizarse la venta de la entidad de crédito a otra, sino que se les margina directamente, sin derecho siquiera a participar en el procedimiento administrativo en el que se va a decidir sobre la disposición y valoración de su derecho de propiedad.

⁴ Ruiz Ojeda, A. (2020), «'Non creditor worse off'(NCWO): La (in)soportable levedad del derecho paraconcursal bancario», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios de resolución bancaria*, Madrid, Editorial Aranzadi, págs. 525-574.

Es incuestionable que el marco de resolución bancaria, al que aún le queda mucha tarea para concluir, permite un amplio margen de mejora. De la misma forma, resulta indiscutible que ha sido positivo enfrentarse a una nueva configuración del ordenamiento jurídico, aunque sólo fuera para percatarse de las peculiaridades que atañen a las entidades bancarias y la relevancia de afianzar un sólido régimen crediticio para el bienestar social. Esto es, la importante función que desempeñan las entidades bancarias en la circulación del crédito exige la adopción de unas medidas específicas en el marco de un procedimiento administrativo.

Tal como venimos insistiendo, las entidades bancarias son entidades conceptualmente insolventes en sí mismas, pues su negocio consiste en prestar el dinero de quien previamente se lo ha depositado. Frente a esta modalidad de negocio, la confianza se presenta como un factor tan esencial, como intangible, pues la realidad ha demostrado que sólo se echa de menos, curiosamente, cuando falla. De hecho, su ausencia puede alcanzar tal virulencia que puede acabar por poner en cuestión los pilares básicos de cualquier sociedad.

Mervyn King, gobernador del Banco de Inglaterra, aseguró que, aunque puede no ser racional iniciar un pánico bancario, es racional, participar en él, una vez empezado⁵. Ésta ha sido la gran lección que nos ha dejado la crisis de 2007 y no porque sea un problema diferente a otras crisis que nos hayan azotado con anterioridad, derrumbando grandes compañías bancarias (Banco Barcelona, Rumasa, Banesto...), sino porque ha sido la crisis que nos ha alcanzado globalmente a todos: pequeños y grandes Estados, particulares, contribuyentes, entidades bancarias y compañías en general. El resto de episodios económicos y las anteriores crisis, ya, se habían olvidado, por lo que poco podían enseñar.

En cualquier caso, el panorama actual ha evidenciado la insuficiencia del marco regulatorio existente, en el momento en el que la crisis financiera hizo su aparición allá en 2007, pues entonces se limitaba, básicamente, a prever una serie de facultades correctoras y sancionadoras, combinado con un modelo de supervisión, rebajado erróneamente a un mero seguimiento de la entidad bancaria.

Los acontecimientos posteriores a esta fecha han puesto de manifiesto el perfil bajo que asumió voluntariamente el supervisor y que contribuyó, al menos, a un agravamiento de las expectativas iniciales de la crisis. Resulta poco creíble que profesionales de la economía, como los encargados de las tareas de supervisión, bancos centrales u otros

⁵Prensa, «Pánico financiero», *ABC*, <https://abcfinanzas.com/finanzas-personales/panico-financiero/>

relacionados con los anteriores, no hubieran sido conscientes de la envergadura de la situación económica para reaccionar a tiempo, de modo que si no tenían las potestades suficientes para actuar, debieron haber denunciado la situación e incitado a los poderes públicos para llevar a cabo la aprobación de normas más adecuadas a la situación emergente que tenía lugar.

Ciertamente, la insuficiencia de la regulación es el círculo vicioso al que se ha enfrentado de ordinario la normativa bancaria. Ahora bien, resulta justificable, en cierta medida, esta deficiencia por la dificultad de previsión que existe en el orden económico y prueba de ello, se encuentra en la crisis económica que ha generado en el último año una enfermedad como la COVID-19, cuando estábamos inmersos en la operación de salida de la anterior. Pero la existencia de esta dificultad no justifica que el poder legislativo hubiese optado ordinariamente por diseñar un ordenamiento eminentemente casuístico, confeccionado al efecto en cada momento para responder a las vicisitudes concretas del mercado. Esto ha venido constituyendo el mayor lastre de esta normativa.

En la primera parte de la tesis, se ha constatado que cada crisis se ha visto acompañada de su respuesta legal específica y precisamente, esta hiperactividad ha venido reportando una falsa confianza que ha impedido avanzar en un debate serio sobre proyecciones futuras que podría ser más interesantes, aunque resultase más laborioso.

Por otro lado, la historia ha acreditado la volatilidad a la que se ha enfrentado históricamente el sector financiero. Este carácter dinámico del negocio desemboca en una perpetua inestabilidad, y ésta, a su vez, se refleja de nuevo en la insuficiencia del ordenamiento jurídico para anticiparse a una situación de crisis, obligando en la mayoría de los casos a la adopción de medidas según sobrevienen los acontecimientos. Desde esta perspectiva, las normas devienen en obsoletas desde el momento en el que tratan de dar respuesta a una situación específica que pronto se ve superada con el advenimiento de una nueva crisis con su propia casuística y bajo el impulso de otras patologías que pueden llegar a ser incluso antagónicas. La consecuencia de esta mutación constante implica que el pragmatismo se ha acabado por imponer en un mercado como el bancario, ávido de soluciones inmediatas antes que en una reflexión más sosegada sobre las secuelas que la posición finalmente empleada podría conllevar pro futuro

En definitiva, la regulación bancaria ha venido careciendo de patrón alguno, moviéndose pendularmente únicamente como reacción a los acontecimientos coetáneos.

Así se ha puesto en evidencia en el estudio normativo que se ha seguido en el primer capítulo, asociando cada modificación normativa como respuesta a la crisis que la propició.

Todo lo anterior explica que, curiosamente, otra crisis económica, en este caso asociada a una crisis sanitaria sin precedente puede acabar por fulminar el régimen de resolución como ya ocurrió con anterioridad con la normativa anterior. En este punto, merece destacar que el informe de 2020 efectuado por FSB es enormemente positivo y alienta a culminar los cambios iniciados en materia de resolución, asegurando que las reformas introducidas hasta el momento han aumentado la resiliencia de las entidades bancarias.

No obstante, con una visión superficial se pueden dejar en evidencia dichas conclusiones, pues si el mecanismo de resolución surgió como contrapeso al *bail out* y al carácter pernicioso de las ayudas públicas, son precisamente dichas ayudas y la flexibilización de los ejercicios de supervisión o las exigencias de capital, retrasando la aplicación de Basilea III o los colchones anticíclicos, lo que está permitiendo la supervivencia de las entidades bancarias en esta crisis. La sociedad actual, más preocupada por insuflar mayor liquidez en el tejido industrial no puede permitirse una situación de crisis en el sector financiero.

No resulta extraño, por tanto, que Ana Botín, presidenta del Banco Santander demandase recientemente la necesidad de que el régimen regulatorio acometa «otro reseteo» para afrontar los nuevos retos post *covid*. Desde esta perspectiva, advierte de la posibilidad de hacer uso del capital acumulado por los bancos para financiar los préstamos de las empresas. En este sentido, aboga por estabilizar los requerimientos de capital, eliminar la incertidumbre sobre Basilea III, optimizar la utilización de los colchones de capital y alcanzar un nivel óptimo de requisitos de capital, lo que permitiría fomentar, a su juicio, la inversión y hacer más atractivo el negocio, en un escenario de bajos tipos de interés y de la debilidad de las economías⁶.

Por otro lado y avanzando en el razonamiento, no cabe duda de que las entidades bancarias no sólo tutelan intereses privados de sus clientes, sino que su posición en la sociedad a través de la circulación de riqueza les hace ser partícipes de un indiscutible interés público que explica la preocupación histórica que han despertado y el creciente protagonismo de la administración pública en su control.

⁶ Prensa, «Banking Regulation needs a reset». *Financial Times*, 4 de enero de 2021.

La resolución bancaria no es una alternativa al procedimiento concursal, y no lo es, desde el momento en que incurre un interés público que es necesario preservar por encima de los beneficios privados que representan accionistas y acreedores. De aquí se extrae fácilmente que no se puede simplificar la resolución bancaria a una modalidad del procedimiento de liquidación o del proceso concursal, máxime desde que incluye no sólo las entidades formalmente insolventes, sino aquellas entidades que mediante un ejercicio de profecía se concluye que pueden llegar a incurrir en incumplimientos futuros.

Elke Köning, presidenta de la JUR, diferencia claramente ambos procedimientos y ha llegado a reconocer en declaraciones en el blog de la JUR, el 24 de julio de 2020⁷, que el plan para la mayoría de los bancos que se encuentran bajo el mandato de la JUR es la resolución bancaria y no la insolvencia. Todo ello, entendiendo la resolución bancaria como una modalidad de reestructurar rápidamente el balance de los bancos y no como la resurrección de aquellas entidades bancarias con modelos comerciales fallidos o insostenibles.

Tampoco, se puede equiparar el mecanismo de resolución bancaria con un procedimiento sancionador, pues el acto recaído en el seno del procedimiento resolutorio por parte de la autoridad competente se enmarca dentro de las potestades discrecionales y facultades de control que se encomienda a la Administración y, en ningún caso, se trata de arbitrar castigos derivados del incumplimiento de las previsiones en materia de capital, liquidez u otra norma financiera.

La resolución sólo tiene sentido en la medida en la que persigue el objetivo de conservar el valor operativo o funcional del banco para enfrentarse a su venta o el desmantelamiento de su negocio, sin afectar a la economía nacional. Por ello, es más acertado hablar de «resolubilidad» que de resolución bancaria, apreciando el matiz de la importancia de englobar un proceso en busca de la solución más eficiente para el interés público, que en constatar la simple iliquidez de un banco como estado.

A propósito de la naturaleza de los mecanismos de resolución bancaria, a la que se alude tímidamente como un «procedimiento especial» en la normativa especial, se debe advertir que su configuración actual dista mucho de poder ser incluida dentro de las facultades de intervención de la empresa. Resulta indiscutible que existe un importante salto dogmático entre la intervención de empresas y la venta de la entidad como

⁷SRB (2020), «To resolve or not to resolve: a public interest assessment fit for purpose», publicación en *blog SRB*, <https://srb.europa.eu/en/node/1040>.

herramienta de resolución bancaria, pues las potestades se trasladan desde el ámbito de las medidas de policía o regulatorias a través restricciones temporales en las facultades de administración ordinaria hasta la privación definitiva de la propiedad.

Es precisamente el despojo último del derecho de propiedad lo que permite calificar como expropiatorio el procedimiento diseñado al efecto, y ello aún cuando se trate de entidades cuyo pasivo es superior al activo. Del mismo modo, esta privación singular excluye, en último término y de forma muy simplificado, que nos hallemos ante una limitación del derecho de propiedad o una mera regulación.

De cualquier forma, lo que se debe destacar sobre cualquier consideración es la especial importancia que adquiere la potestad discrecional que se confiere a la Administración, pues ha llegado a alcanzar una extensión absolutamente desconocida en el sector bancario hasta la fecha. Así las cosas, se puede llegar a identificar no sólo a entidades inviables, sino también aquellas que lo serán en un futuro próximo. Este apoderamiento permite a la Administración hacer conjeturas sobre el pronóstico futuro de una entidad bancaria, de modo que la indeterminación del supuesto de hecho permite a la autoridad de resolución decidir tanto si existe o no el supuesto de hecho y escoger la medida a adoptar a su arbitrio. Todo ello gracias a lo que debe calificarse de una norma en blanco y valiéndose de conceptos jurídicos excesivamente indeterminados.

Pero el problema más acuciante, es que este empoderamiento que se otorga a la Administración no se equilibra con unas garantías adecuadas para los particulares ante un comportamiento subrepticio. Es más, las garantías descritas en este sector son inversamente proporcionales al nivel de agresividad de las facultades públicas sobre el derecho de propiedad o la libertad de empresa. La prueba es que durante la venta del negocio, no existe reacción posible en el marco del procedimiento administrativo por parte de los propietarios, más que la presentación del correspondiente recurso contencioso en la vía jurisdiccional, suprimiéndose la posibilidad de cualquier audiencia a los interesados y contradicción sobre el valor del bien. Por el contrario, los acuerdos de intervención o sustitución se debe adoptar previa audiencia de la entidad de crédito.

En síntesis, lo más problemático de este procedimiento se manifiesta en dos áreas: por un lado, en la generalidad de los términos utilizados en la definición de los presupuestos y condiciones que conducen a la resolución de la entidad bancaria y a la venta de la entidad en último término y por otro, en la falta de audiencia a los interesados dada la existencia de un procedimiento administrativo de naturaleza expropiatoria. Sobre este último, resulta

especialmente conflictivo, el carácter no contradictorio de la determinación del justiprecio, máxime cuando la valoración la realiza un tercero que es ajeno a los intereses públicos.

2. CONCLUSIONES

A la vista de lo analizado hasta el momento, procede detenerse en la formulación de unas conclusiones básicas, que vienen a culminar el trabajo de nuestra investigación en torno a cómo la regulación económica ha abordado el asunto de la naturaleza del verdadero procedimiento administrativo que se fragua tras la venta del negocio en el caso de la resolución bancaria.

Primero, la regulación de la ordenación bancaria a lo largo de la historia se ha caracterizado por su enorme pragmatismo y su inoperatividad para anticiparse a situaciones futuras.

La sucesión de normas que ha tenido lugar en el último siglo y medio ha respondido exclusivamente a la necesidad de modificar un ordenamiento jurídico ineficiente para dar una respuesta eficaz a los retos que presentaba una crisis inmediata. De aquí que la deficiencia estructural y normativa que presenta nuestro sistema sea en el fondo un problema de raíz meramente conceptual, en tanto el desarrollo de las normas bancarias ha estado y sigue estando impulsado por la única intención de garantizar la viabilidad y adaptación momentánea del ordenamiento ante el advenimiento de una crisis, cualquiera que sea su modalidad. Esta aserción basada en la relación causa-efecto entre crisis y ordenación bancaria no es ni mucho menos novedosa, sino es simplemente la constatación de una observación reiterada por nuestra doctrina más autorizada.

Tal como se ha podido analizar en el primer capítulo, desde los orígenes modernos de la regulación bancaria cada una de las crisis ha propiciado un cambio legislativo para adaptarse al nuevo panorama. Así, podemos ligar la crisis de 1866, con la norma de 1869; la crisis de 1920, con la Ley Cambó; la situación económica durante la guerra a sus propios acomodos normativos; la crisis de 1977 a una nueva configuración de la ordenación del sector y; la crisis de 1990 a la trasposición de diferentes directivas para la superación de la realidad económica sobrevenida.

No resulta extraño, entonces, que el nuevo mecanismo de resolución bancaria nazca vinculado a otra crisis, en este caso, la de 2007, ni que las alteraciones experimentadas en su joven implementación sean consecuencia de la necesidad de mejorar la resiliencia de las

entidades bancarias ante la situación sanitaria generada por la COVID-19, que no deja de ser otra modalidad de crisis.

Segundo, la ordenación de la actividad bancaria y la intervención por parte de los poderes públicos responde a las peculiaridades del negocio de las entidades de crédito que se dedica en una visión muy simplista a recibir dinero mediante depósitos para posteriormente entregarlo a un tercero a través del préstamo.

La confianza en la correcta operativa de este tipo de instituciones se ha plasmado como esencial para cualquier Estado, desde que la sociedad se ha percatado que una entidad de crédito en crisis puede llegar a ser demoledora para el bienestar del conjunto de la ciudadanía.

La interconexión de las diferentes economías y la globalización de los mercados propicia el efecto contagio e incrementa la afectación de los implicados, de aquí la necesidad de adoptar medidas en el ámbito internacional.

En este sentido, el Consejo de Estabilidad Financiera ha ideado unas normas básicas sobre la resolución bancaria, las *Keys Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, que poco a poco se van implantando en los diferentes continentes, lo que no impide que se evidencien diferencias en el desarrollo.

Si contraponemos los regímenes más relevantes, cuales serían el europeo y el americano, nos encontramos con diferencias en aspectos como la preferencia del régimen norteamericano por el procedimiento de liquidación o su mayor nivel de transparencia, si bien en la puesta en marcha de estos mecanismos se observa importantes coincidencias en su desarrollo procedimental, pues en ambos supuestos ni la compañía ni los accionistas o acreedores pueden participar realmente en el proceso cuestionando la decisión resolutoria.

Tercero, nuestro actual marco normativo se sustenta en clave nacional en la LRREC 2015, mientras en clave europea se deben destacar dos normas por excelencia: el RMUR y la DRREC.

En nuestro territorio, el mecanismo de resolución incluido en la LRREC 2015 no era un procedimiento inédito, pues realmente la filosofía europea posteriormente plasmada en la DRREC, ya se había prácticamente implementado a través de la aprobación del DLRREC 2012 y la LRREC 2012, para cumplir con una de las exigencias incluidas en el Memorando de Entendimiento firmado en el programa de asistencia a España para la recapitalización del sector financiero.

De cualquier forma, el contexto en el que surgen todas las disposiciones anteriores se enmarca en la necesidad de afrontar las dificultades sobrevenidas tras la situación económica generada a partir de 2007, que propició la caída de grandes compañías bancarias y que puso al descubierto la necesidad de dar una respuesta a aquellas entidades de crédito que se encontraban en una situación económica adversa de tal calibre que ponía en peligro la continuación del ejercicio cotidiano de su actividad.

En un principio, los Estados apostaron por estrategias unilaterales que trataban de paliar la descapitalización de las entidades de crédito. Éste es el motivo por el que se generalizaron los rescates bancarios (*bail outs*) y las garantías universales (*blanket guarantees*). No obstante, pronto, se percataron de la verdadera dimensión del problema dado el volumen de los fondos invertidos y los inconvenientes que propiciaba esta estrategia basada en ayudas públicas, pues distorsionaba el funcionamiento de los mercados, falseaba el principio de competencia y ponía en entredicho la calidad crediticia del estado soberano al que estaba ligado (*sovereign-bank loop*). A lo anterior, debemos añadir la presión mediática y social para que se solucionase la injusticia que generaba para el contribuyente tener que hacer frente al rescate de una entidad bancaria en beneficio de los accionistas o acreedores.

El riesgo moral en el que podían incurrir las grandes entidades financieras conocedoras de la relevancia de su tamaño (*too big to fail*) exigía la necesidad de adoptar un corrector disuasorio que se formalizó a través de la obligación de que los accionistas y acreedores debían ser los primeros en absorber las pérdidas (*bail in*).

Cuarto, los tradicionales procedimientos concursales no resultan idóneos para dar una solución eficaz a estas estructuras financieras complejas dada la implicación de intereses públicos en juego vinculados a la estabilidad financiera.

Surge, así, la resolución bancaria como una fórmula que permitía atajar el dilema que presentaban las entidades bancarias en crisis, ya fuera para dar una respuesta sensata a su quiebra una vez que se produce inexorablemente, ya fuera para evitar su definitiva insolvencia (*failing or likely to fail*).

La resolución bancaria no es ni un procedimiento concursal ni una modalidad de procedimiento de insolvencia, en la medida en la que se persigue un interés público que prima la continuación de aquellas actividades, cuya interrupción podrían perturbar la prestación de un servicio esencial y afectar a la economía, asegurando a su vez la correcta

utilización de los recursos públicos y la protección de los depositantes garantizados. No se trata de garantizar el valor de la deuda y la posición de los acreedores como ocurre en un proceso concursal, si bien el diseño de la resolución bancaria dispensa una garantía relevante a los propietarios, ya que en ningún caso se puede incurrir en mayores pérdidas de las que sufrirían los acreedores, si la entidad hubiera sido objeto de liquidación en un procedimiento concursal (*no creditor worse off*).

Asimismo, el interés público que reside en estos mecanismos ha permitido tratar la resolución bancaria como una norma excepcional, de modo que se le ha exonerando de la aplicación de diferentes garantías configuradas a nivel mercantil y financiero que habían sido previstas en nuestro ordenamiento para otros fines.

Quinto, la configuración de la resolución bancaria es extremadamente generosa en cuanto depende de una serie de conceptos jurídicos indeterminados que carecen de una densidad normativa adecuada.

En este sentido, los presupuestos que permiten la aplicación del mecanismo de resolución bancaria son extremadamente amplios, «razonablemente previsible», «perspectivas razonables», «viabilidad», «razones de interés público»...

Ciertamente la configuración del nuevo modelo de resolución bancaria, sin precedentes en nuestro iter histórico, se apoya en otorgar unas potestades exorbitantes y discrecionales a la autoridad administrativa, quien tras efectuar un juicio de probabilidad sobre las perspectivas de viabilidad de una entidad en un futuro próximo y sin esperar al real incumplimiento de los principales parámetros económicos como la solvencia, puede llegar a ordenar su extinción a través de su enajenación.

Es aquí, cuando la densidad normativa se presenta como un límite infranqueable con el objetivo de evitar que esta discrecionalidad se torne en una remisión en blanco a la administración, quien podría decidir libremente en función de sus propios criterios. Este abandono de funciones, omitiendo una delimitación más precisa de los presupuestos de actuación y del procedimiento a desarrollar implica *de facto* una reducción de las garantías para los ciudadanos, aunque sólo sea porque se produce una disminución real de la previsibilidad de la conducta pública.

La ausencia de una regulación legal suficiente para la aplicación de facultades es un defecto fácilmente apreciable en la técnica legislativa utilizada tanto a nivel nacional como comunitario. De hecho, el otorgamiento de este poder de discreción excesivo frente a unos mecanismos deliberadamente vagos que no fijan siquiera unos estándares mínimos de

actuación, ha propiciado un fenómeno de huida del «derecho administrativo resolutorio» en el seno del mecanismo MUR. La práctica ha demostrado a través del distinto trato operado frente al Banco Popular con sus vecinos letonos e italianos que será la mayor o menor pericia de cada país en la defensa de sus campeones nacionales, la que permitirá o impedirá la efectividad real de la resolución bancaria, denostando la uniformidad del sistema hacía un sistema nacional de insolvencia no armonizado.

Sexto, el procedimiento de resolución bancaria es un procedimiento administrativo de naturaleza expropiatoria.

Es cierto que este procedimiento es definido por nuestra ley como «un proceso singular, de carácter administrativo, por el que se gestionaría la inviabilidad de aquellas entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que no pueda acometerse mediante su liquidación concursal, por razones de interés público y estabilidad financiera».

Pero esta categorización legal no se opone a reconocer la verdadera naturaleza expropiatoria que alberga en su seno este tipo de mecanismo, en la medida en la que la operatividad de la resolución bancaria puede generar la privación de la propiedad a través de la enajenación de la entidad de crédito.

Se descarta la conceptualización de la resolución bancaria como una nueva modalidad de intervención pública, en cuanto dicha intervención no se concilia con la adopción de una medida a perpetuidad, en la que la Administración valiéndose de unas facultades exorbitantes de disposición enajena el conjunto de la entidad de crédito, en beneficio de un tercero sin posibilidad de reversión.

Una medida regulatoria o de policía consistente en el ejercicio de facultades de control y administración por parte de la Administración pública no puede conducir a la enajenación de la entidad, ya que ello excede el contenido de las facultades de limitación mencionadas. Esto significa que la resolución bancaria no se puede encauzar a través de las prerrogativas que en materia de intervención de empresas se han venido diseñando a lo largo de nuestra historia más reciente, sino que exige unas garantías adicionales, más coherentes con el ejercicio de potestades de disposición que afectan a derechos constitucionales como el derecho de propiedad.

Por otro lado, tampoco podríamos ceñirnos a constatar la existencia de una mera regulación para descartar la concurrencia de la expropiación, pues es obvio que no nos encontramos con una privación global. Será la concurrencia de determinadas circunstancias

fluctuantes en cada momento, la que demande la imposición a unos acreedores específicos, la privación de su derecho de propiedad para salvaguardar la estabilidad económica, por lo que resultaría desproporcionado abordar la resolución bancaria como una mera regulación.

Séptimo, la omisión de la correcta calificación del procedimiento resolutorio como expropiatorio en el texto legal es intrascendente, en la medida en la que las garantías constitucionales exigidas en el artículo 33 CE no se circunscriben a procedimientos expropiatorios formales o clásicos.

Efectivamente la categorización del procedimiento no depende del nombre asignado por el legislador, sino de la concurrencia de sus tres elementos definitorios: privación singular, bien o derecho con valor patrimonial y operación realizada en beneficio de un tercero, que pasa a ser titular. Presupuestos que concurren en el mecanismo de resolución bancaria, cuando se opta por la disposición de la entidad en beneficio de un tercero.

Asimismo, el hecho de que el valor de la entidad bancaria sea cero e, incluso negativo, no elimina tampoco el cumplimiento de las cauciones expresamente exigidas en nuestro texto constitucional.

Sobre este extremo, conviene poner de relevancia que la jurisprudencia aplicable hasta el momento se ha mostrado reticente a reconocer esta naturaleza expropiatoria.

Octavo, una vez admitida la naturaleza expropiatoria, la inconstitucionalidad de la norma se asienta en la ausencia de las garantías constitucionales asociadas a esta institución.

La concurrencia de la *causa expropriandi* no resulta problemática a tenor del interés público que subyace en la aplicación de la resolución bancaria. Cuestión distinta es lo que ocurre con el desarrollo del procedimiento legalmente establecido. Aquí, la necesidad de una audiencia a los accionistas con carácter previo a la adopción de una decisión definitiva se presenta como imprescindible y éste es uno de los mayores defectos que presenta la regulación actual por su directa omisión.

Efectivamente el diseño de esta garantía debe confeccionarse de modo que se trate de una audiencia real, en el sentido tanto de permitir la participación del interesado en unos tiempos adecuados, por más que los plazos puedan verse reducidos por razones de urgencia, como de efectuar alegaciones en sentido amplio que no se constriñan a la mera cuantificación de la empresa bancaria.

No resulta razonable que la adopción de medidas menos agresivas como la intervención de la entidad bancaria se haya ligado históricamente desde la *ley de 27 de agosto de 1938* a la existencia de una audiencia, mientras se omite directamente cuando la medida supone la enajenación directa de la sociedad de crédito.

Por otro lado, no cabe descartar *per se* la indemnización asociada a toda expropiación por el mero hecho de que el justiprecio sea cero euros y que el comprador hubiera asumido las deudas de la entidad bancaria, pues no se puede obviar que los accionistas como propietarios han sufrido una lesión en su derecho a la propiedad, que exigiría cuando menos una explicación razonable respecto al valor del bien.

Es evidente que el problema radica en cuantificar los parámetros más adecuados para fijar, en su caso, la indemnización y el premio de la afección. Pero esta dificultad no es motivo suficiente para la denegación del derecho *ab initio*.

La designación del experto independiente es, sin duda, el otro flanco débil de la regulación. Conviene insistir que la resolución bancaria se formaliza en algunos supuestos en la venta de una entidad que podría ser aún viable, valiéndose de una valoración efectuada por un experto independiente designado unilateralmente por la Administración para formular un juicio de probabilidad sobre un pronóstico futuro.

Lo que se debe retener es que la Administración externaliza el acto básico de la expropiación, cual es la valoración del bien expropiado para otorgarlo a una empresa, que no ostenta la responsabilidad administrativa de sus actos, pero cuyo negocio depende de la Administración que le contrata. Está claro que la mención al «experto independiente» es claramente insuficiente y no deja de ser una modalidad histórica desechada en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la normativa no menciona específicamente el respeto al principio de proporcionalidad, más allá de la exigencia *no creditor worse off*. No obstante, ello no impide nuevamente que se utilice el triple juicio de proporcionalidad en el momento de adoptar la decisión definitiva, haciendo hincapié en la correcta ponderación, primero entre los intereses públicos y privados implicados y segundo, en cuanto a la extensión de la medida.

Por último, especialmente relevante es la infracción del principio de transparencia en orden a la nulidad del acto resolutorio. La Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019, *United Parcel Service* abre esta vía en relación con el incumplimiento del derecho de acceso a la información.

Décimo, la responsabilidad administrativa se antoja difícil de prosperar atendiendo a los amplios márgenes de discrecionalidad que se otorga a la Administración por más que la actuación pública pueda calificarse como incorrecta.

Por último y centrándonos en la responsabilidad administrativa asociada a este mecanismo, la responsabilidad administrativa de la Administración no se debe abordar bajo el mismo prisma que dictamina la incorrección de la actuación administrativa. Esto es, la nulidad del acto no conlleva inexorablemente a la responsabilidad de la Administración pública dado que se aplican diferentes parámetros.

En nuestro supuesto, la amplitud de los términos legales dificulta la constatación de un título de imputación suficiente.

3. PROPUESTAS DE FUTURO.

A. ASPECTOS GENERALES

Rimantas Sadzius, miembro del Tribunal de Cuentas Europeo ha llegado a afirmar a propósito del MUR, con ocasión de la elaboración del informe 1/2021⁸ que:

«El MUR ha logrado avances en los últimos años, pero es necesario seguir avanzando para planificar correctamente la liquidación ordenada de los bancos inviables. Constatamos que las políticas todavía no abordaban todos los ámbitos pertinentes ni detectaban insuficiencias. La calidad de los planes de resolución ha mejorado, pero no siempre se ajustaban a los requisitos. Además, la JUR no ha identificado ni abordado correctamente los obstáculos a la resolubilidad de los bancos. Resolver estas deficiencias ayudaría a garantizar que no tengan que ser de nuevo los contribuyentes quienes paguen la factura».

Expuesto lo anterior, procede analizar, a raíz de los inconvenientes principales, la regulación del mecanismo de resolución bancaria y, en especial, de la venta del negocio, proponiendo los cambios que fuesen necesarios⁹.

⁸ Tribunal de Cuentas Europeo, (2021), *Todavía faltan algunos elementos clave en la planificación de la resolución de los banco de la UE*, comunicado de prensa, 14-1-2021.

⁹ El análisis de los propuestas de futuro en conexión con los inconvenientes que presenta la configuración del mecanismo de resolución bancaria se ha efectuado a través de diversa documentación entre la que se debe resaltar: Colino Mediavilla, J.L (2020), «¿Puede aplicarse eficazmente la intervención temprana en la crisis de las entidades de crédito?», *Revista de Derecho Mercantil*, núm.316, pág.99-142; Conthe, M. (2017), «Los dilemas de la resolución», *Anuario del Euro 2017, Un futuro para la Unión Monetaria*, Fundación ICO, Fundación de Estudios Financieros,

En primer lugar, la normativa hace alusión como presupuesto de actuación a la existencia de entidades inviables de facto o entidades que sea razonablemente previsible que vayan a ser inviables en un futuro próximo. Esto es, dentro del concepto inviable se incluyen aquellas entidades que sea razonablemente previsible que en un futuro próximo, o bien incumplan de manera significativa los requerimientos de solvencia u otros requisitos necesarios para su autorización, o bien los pasivos sean superiores a sus activos o no pueda cumplir puntualmente sus obligaciones.

Pues bien, no existe ningún hechizo posible para poder averiguar si una entidad de crédito recalará o no en como una entidad en resolución y la máxima *Whatever it takes*¹⁰, esta vez, no es suficiente para aclarar el marco que permite la aplicación de las premisas de la resolución a una entidad bancaria, sino es a través de una regulación con una densidad normativa suficiente para su consecución. Éste es el gran caballo de Troya frente al que hay que lidiar en este dispositivo.

El principio de anticipación y prevención del riesgo como una de las bases que preside la configuración del actual sistema de resolución bancaria explica la extensión de la potestad discrecional y la magnitud de las facultades de intervención. Ahora bien, de lo que no se percata el legislador es de que la enunciación de los principios anteriores no es suficiente, cuando nos enfrentamos con conceptos jurídicos indeterminados que sólo permiten una opción posible y, como es el caso, la regulación carece del detalle suficiente para discriminar aquellas entidades inviables o próximamente inviables de las que simplemente presentan dificultades.

págs. 221-236; De Gioia Carabellese, P. y Pagliarin, C. (2020), «The banking bail-in and constitutional rights», *Luiss Law Review*, nº1, págs. 7-40; De Serière, V.P.G. y van der Houwn, D.M. (2016), « “No creditor worse off” in case of bank resolution: food for litigation?», *Journal of International Banking Law and Regulation*. Thomson Reuters (Professional), Uk, págs 376-384; Estella de Noriega, A. (2020), «La regulación de los “stress test” a la banca en la Unión Europea: una cuestión de credibilidad», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios de resolución bancaria*, Madrid, Editorial Aranzadi, págs. 937-978; Gelper, A. y Veron, N. (2019), *An effective Regime for Non-viable Banks: US Experience and Considerations for EU Reform*, Bruselas, Economic Governance Support Unit; Kleftouri, N. (2017), *European Union Bank Resolution Framework: can the objective of financial stability ensure consistency in resolution authorities decisions?* *ERA Forum*, nº 18, pp. 263-279. Disponible en <https://doi.org/10.1007/s12027-017-0469-0>; y Lannoo, K. (2019), *Stock take of the SRB’s activities over the past years: What to improve and focus on?*, Bruselas, Economic Governance Support Unit.

¹⁰ Esta frase fue acuñada por Mario Draghi en el seno de una conferencia en Londres en fecha 26 de julio de 2012 y le sirvió el apelativo de «el hechicero», ya que esta frase sencilla y contundente sirvió para revertir la situación de muchos mercados, afianzar el euro y trasladar un mensaje de confianza a los inversores.

Está claro que la actual regulación constituye un exponente claro que permitiría la importación de la teoría americana sobre el vacío de la vaguedad al ámbito de la regulación económica, en cuanto no existe en esta área una adecuada densidad normativa que pueda concretar con precisión las entidades que pueden incurrir en el riesgo de ser declaradas en resolución o la elección de la herramienta de resolución más adecuada, a pesar de la efectiva afectación al derecho de propiedad de los accionistas¹¹.

No parece fácil, salvo incumplimientos claros de requerimientos de liquidez, anticipar la posible inviabilidad de una entidad bancaria, máxime cuando debe estar asociada al fracaso de la tarea previa del supervisor como encargado de la ejecución de unas previas funciones de vigilancia. No obstante, esta dificultad, fácilmente comprensible, no autoriza a la formulación de una norma en blanco que sea capaz de justificar cualquier intervención pública, cualquiera que sea su intensidad. La norma no ha desarrollado qué condiciones o señales pueden servir para la catalogación de una entidad como futuramente inviable, como puede ser la identificación de porcentajes de activos inmovilizados, el nivel de concentración de proveedores de fondos, riesgo contingente...

En definitiva, se otorga un poder y discreción excesivos a la administración sobre las entidades de crédito, frente a unos mecanismos vagos¹² que no establecen criterios mínimos específicos para su selección, de modo que se pueden generar decisiones arbitrarias que lejos de dar confianza al sistema, pueden acabar dilapidándolo en el futuro. Muestra de ello es el fenómeno de huida del MUR que se ha venido produciendo en los últimos años.

No se puede obviar, además, que el negocio bancario depende en gran medida, y a diferencia de otros sectores, de su reputación y del valor de la marca de sus entidades financieras, por lo que no se puede desdeñar que una mayor concreción y transparencia en la aplicación de la norma permitiría avanzar en la mejora de la resolución bancaria.

Los estrés test tampoco parecen que sirvan como muestra fiable de la posición de la entidad, pues no han sido capaces de detectar hasta el momento las dificultades por las

¹¹ La doctrina del vacío de la vaguedad que es acuñada en el ámbito penal por la jurisprudencia americana, a través de diferentes pronunciamientos judiciales, entre los que podemos destacar el asunto *Connally v. General Construction* por parte del juez Sutherland, requiere que las leyes estén escritas de manera que establezcan explícita y definitivamente, la conducta que es punible. En este sentido, se puede impugnar una ley por ser inconstitucionalmente vaga, cuando no enumera las prácticas que son requeridas o prohibidas, o cuando una ley no detalla específicamente el procedimiento seguido por los funcionarios o jueces.

¹² Nwogugu, M.I. (2015), «Un-constitutionality of the Dodd-Frank Act», *European Journal of Law Reform*, núm.17(1), págs. 185-211.

que atravesaban las entidades bancarias, ni tampoco sus riesgos. Su configuración parece claramente insuficiente desde dos perspectivas. En primer lugar, son las propias entidades las que diseñan las pruebas de resistencia y configuran los escenarios *bottom-up*, que posteriormente serán revisados para su control *post hoc* y, en segundo lugar, existe un margen de discrecionalidad muy amplio de las instituciones europeas para seleccionar a las entidades bancarias que se someterán a las pruebas de estrés. Esta variabilidad en el número y clase de entidades bancarias dificulta la comparativa por la alteración de la muestra, lo que hace más difícil tener una imagen fiel del estado financiero. Por ejemplo, el número de entidades que se sometieron a las pruebas en el año 2014 eran 123, mientras en el año 2018 se redujo a 48.

Aquí, lo más adecuado, además, de la configuración de un marco de pruebas más transparente, que pueda servir a las entidades para conocer si deben o no someterse a dichas pruebas, sin perjuicio de modificaciones o excepciones convenientemente motivadas, se traduce en un diseño *top down*, esto es, las pruebas de resistencia para ser más creíbles deben diseñarse de arriba hacia abajo. Si bien, esto implica un aumento de los recursos y competencias por parte del supervisor o de la EBA, que actualmente carecen¹³.

Tampoco se solventa adecuadamente la problemática asociada a toda inviabilidad sobrevenida como los pánicos financieros, que puede originar una falta de insolvencia inmediata y su posterior prematura inviabilidad.

Estos defectos se observan fácilmente en el asunto del Banco Popular, una entidad que habiendo superado las pruebas de estrés acabó por sucumbir al proceso resolutorio a pesar de encontrarse en principio con una aparente falta de liquidez provisional.

Ciertamente, el contenido de la ley no delimita con nitidez las diferencias entre una liquidez transitoria y una estructural. Es importante destacar que la normativa parece contemplar la falta de liquidez, como una deficiencia de carácter estructural, descartando las deficiencias coyunturales o temporales.

En este sentido, la ausencia de una alternativa eficiente en materia de liquidación provisional es otra de las modificaciones a plantearse, tanto para evitar una inviabilidad

¹³ Entre las recomendaciones incluidas por el Tribunal de Cuentas Europeo en su informe 1/2021 se hace mención entre otras medidas a la necesidad de asignar suficiente personal para supervisar la planificación de la resolución por parte de las autoridades nacionales de resolución para los bancos menos significativos. Asimismo, se hace mención a mejorar las políticas de planificación de la resolución, garantizando que en los planes de resolución se adopten y se cumplan los requisitos jurídicos. Tribunal de Cuentas Europeo, (2021), *Informe especial núm. 01/2021: Planificación de resoluciones en el marco del Mecanismo Único de Resolución*.

sobrevenida, como para dar respuesta a la falta de liquidez cuando el mecanismo ya ha entrado en funcionamiento. Tal como se ha configurado el actual sistema, existen dos formas para obtener liquidez por parte de entidades con dificultades antes del pronunciamiento resolutorio: el mecanismo de recapitalización cautelar¹⁴ y la provisión de liquidez de emergencia por parte de las bancos centrales (ELA). Si bien, dichas opciones pueden ser insuficientes, cuando se tienen que enfrentar a una falta de liquidez inmediata propiciada por la fuga de depósitos o un pánico bancario.

A propósito de la diferencia de trato entre el Banco Popular y los bancos italianos quienes recibieron ayudas públicas de considerable importe para evitar la aplicación del mecanismo MUR, el informe elaborado en fecha 30 de abril de 2019 por la Comisión Europea para el Parlamento Europeo y el Consejo sobre la aplicación y revisión de la DRREC y el RMUR, hace hincapié en la necesidad de garantizar que la recapitalización cautelar se utilice de forma adecuada. Así, insta a aclarar las condiciones y el procedimiento para conceder la recapitalización cautelar, mencionando como ejemplo, la necesidad de determinar qué autoridad debe confirmar que el banco es solvente, cuál es la definición de solvencia o la autoridad que debe indicar las pérdidas entre otros.

En el supuesto español, el artículo 20.2 de la LRREC 2015 que transponía el artículo 32.4 *DRREC*, legitimaba al Estado español a otorgar una ayuda pública extraordinaria y de modo cautelar, siempre que la finalidad de la misma se centrara en la estabilidad del sistema y se limitara a entes solventes. No obstante, no se hizo uso de esta posibilidad de recapitalización en el caso del Banco Popular, a diferencia de nuestros vecinos italianos con sus bancos afectados.

En lo que se refiere al mecanismo para la provisión de liquidez de emergencia (ELA), conviene precisar que se trata de un servicio de prestamista de última instancia que se otorga por parte de los bancos centrales nacionales, de modo que son estos los que asumen los costes y riesgos de la operación. Por el contrario, el papel del BCE es limitado en este ámbito, en cuanto se reduce a verificar que la provisión de ELA no interfiere en los objetivos y tareas del Sistema Europeo de Bancos Centrales.¹⁵

¹⁴ *Artículo 32.4 d) DRREC y artículo 18.4 d) RMUR.* Se trata de una ayuda financiera pública extraordinaria a fin de evitar o solventar perturbaciones graves de la economía de un Estado miembro y preservar la estabilidad financiera, siempre que afecte a entidades solventes y deben ser proporcionales y temporales.

¹⁵ Artículo 14.4 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo.

En la Unión Bancaria no se ha previsto la figura del prestamista de última instancia que proporcione inmediata liquidez. Así las cosas, no faltan iniciativas que instan al BCE a que proporcione ELA directamente a los bancos, acabando por la descentralización actual. Ello evitaría el inconveniente de dejar en manos de los Bancos centrales nacionales esta decisión, que puede ser arbitraria, en cuanto cada Estado utiliza sus propios criterios de valoración y puede llegar a distorsionar la competencia.

Dicho lo anterior, el foco de atención debe centrarse en cómo resolver el problema del rápido deterioro financiero que puede sufrir una entidad, desembocando no sólo en su resolución, sino en una pérdida de su valor que haga incluso ineficaz cualquier instrumento adoptado.

Desde luego, la financiación hasta la resolución es una de las preocupaciones que afronta la viabilidad del mecanismo de resolución y, en este sentido, se han introducido modificaciones a través de la *Directiva 2019/879/UE de 20 de mayo de 2019*. En concreto, se ha introducido entre otros, un nuevo *artículo 33 bis* en la DRREC, que permite suspender cualesquiera obligaciones de pago o entrega en virtud de cualquier contrato para una entidad, si ello es necesario para evitar un deterioro mayor por el tiempo mínimo imprescindible, sin que sea superior al periodo transcurrido desde la publicación de la notificación de suspensión hasta la medianoche en el Estado miembro de la autoridad de resolución de la entidad o sociedad al final del día había siguiente al de su publicación.

Esta reforma ha sido precisamente criticada por su carácter contraproducente, en cuanto puede propiciar un pánico mayor ante una mínima muestra de dificultades o incluso generar un efecto en cadena de incumplimientos contractuales.

En esta tesitura, existen otras alternativas para la consecución de un objetivo de liquidez suficiente y transición: una financiación extraordinaria por parte del BCE como prestamista de último recurso, recursos propios del Fondo Único de Resolución, respaldo financiero del Mecanismo Europeo de Estabilidad o exigir un nuevo colchón anticrisis destinado a financiar las dificultades de liquidez transitorias.¹⁶

Otra cuestión que se debe abordar en la normativa, por su deficiente regulación, es la liquidez dentro de la resolución¹⁷, pues la legislación vigente no ha dado importancia a

¹⁶ González Vázquez, J.C. (2020), «Luces y sombras del modelo europeo de resolución bancaria», en González Vázquez, J.C y Colino Mediavilla, J.L.(dirs.), *Regulación bancaria y actividad financiera*, Madrid, Editorial La Ley, págs.303-367.

¹⁷ El Tribunal de Cuentas Europeo identifica en su informe 1/2021 como una insuficiencia del sistema resolutorio, la financiación en la resolución, junto con la ausencia de armonización de los procedimientos de insolvencia. Tribunal de Cuentas Europeo, (2021), op. cit.

la necesidad de establecer mecanismos que permitan la financiación, una vez que se pone en marcha la herramienta de resolución decidida. La financiación se presenta como esencial para el buen destino de la operación y para hacer frente a vencimientos o pagos de obligación, retiradas de depósitos, mantener líneas de crédito... El Tribunal de Cuentas Europeo ha apelado en el año 2021 a la JUR a que apruebe una política asociada a la «continuidad financiera».

Es cierto que en el ámbito europeo, el proveedor de liquidez es el Fondo Único de Resolución, si bien, la falta de criterios diáfanos al respecto, obligan a aclarar las condiciones para facilitar la entrega de los fondos, máxime cuando los mismos, son limitados. Igualmente conflictivo ha sido el diseño de la aportación de fondos *ex ante* que ha llevado a que el Tribunal General reconociese su carácter opaco¹⁸.

En este sentido, es necesario estudiar la incorporación de otros instrumentos o vías posibles a través de los bancos nacionales o el BCE para alcanzar una financiación suficiente y creíble en esta fase.

En la misma media, los planes de resolución, cuyas bondades han sido pregonadas reiteradamente en las normas, obligando a la entidad bancaria a permanecer en una reflexión continua sobre su propia resolución, no ha resultado ser muy efectivo. Esta escasa utilidad se demuestra fácilmente con la práctica, pues las distintas resoluciones llevadas a cabo se han desviado de lo establecido en sus propios planes, como así ha acontecido con los bancos italianos o el Banco Popular¹⁹. En relación a esta última entidad, no olvidemos que apenas 6 meses antes de la Decisión de 7 de junio 2017 se había aprobado su plan, que contemplaba la liquidación de la entidad bajo el régimen *bail in*. Es decir, si las medidas incluidas en el Plan aprobado por la autoridad competente pueden ser sustituidas por otras totalmente distintas, cuando finalmente sobrevienen las dificultades, el trabajo efectuado al respecto resulta baldío y poco creíble.

Quizás la dificultad estriba en que evidentemente, estos planos persiguen predecir situaciones abiertamente impredecibles, pues de lo contrario, la mera supervisión podría resolver las dificultades transitorias.

¹⁸ STGUE de 23 de septiembre de 2020, T411/17, Landesbank Baden-Württemberg contra Junta Única de Resolución; T 414/17, Hypo Vorarlberg Bank AG/JUR y T420/17, Portigon AG/JUR.

¹⁹ En el caso de los bancos italianos sus planes de resolución se habían aprobado, al igual que en el Popular, el día 5 de diciembre de 2016, si bien las decisiones adoptadas por la JUR asumen la desviación de lo aprobado en dichos planes. SRB/EES/2017/11 de 23 de junio de 2017 y SRB/EES/2017/12, de 23 de junio en sus respectivos apartados.

Por otro lado, los planes de resolución se redactan con un sesgo optimista inevitable, ya que cada entidad defenderá su estructura actual y la financiación de sus propias pérdidas (*bail in*), sin que pueda admitir la adopción de instrumentos, como la venta de la entidad. Este conjunto de circunstancias reportan la nula trascendencia real de estos planes de resolución.

En un plano paralelo, es curioso que en ningún momento se ha planteado, en el ámbito mercantil, la necesidad de que las grandes sociedades o grupos empresariales significativos o estratégicos elaboren planes de liquidación para el caso de que se haga efectivo su propio concurso. Lo que ya puede ser una muestra de la nula relevancia de los planes de resolución.

Por el contrario, los costes económicos y de personal en los que incurren no sólo las entidades bancarias, sino las propias instituciones europeas y nacionales, con la revisión del alcance y su contenido, nos obligan a plantearnos directamente su supresión o, al menos, una reflexión seria sobre su configuración, máxime cuando la información que suministran se puede obtener por otras vías, duplicando los canales de obtención de datos. Los principios de proporcionalidad y subsidiariedad demandan una reflexión sobre el cometido de los planes de resolución.

Ahora bien, la única faceta positiva de los planes de resolución es que permite a la entidad de crédito autoconscienciarse de su situación ofreciendo rutas para el caso de que fuera necesaria su resolución y hacerlo visible mediante su constatación por escrito. Es cierto que todo dependerá, al final, de la implicación real de la entidad, quien deberá ofrecer su visión más equilibrada para que la utilidad del plan pueda ser medianamente creíble.

Quizás una alternativa sería un cambio de concepto, optando por el diseño de una estrategia en términos generales, sin estar vinculada a la aplicación de determinados instrumentos de resolución que son difíciles de concretar a priori. Nada puede impedir formular una programación de forma realista que incluye la aplicación del *bail in*, con distintas intensidades, en función de los escenarios, o incluso instrumentos como la venta de una parte del negocio, segregación de activos tóxicos...

La falta de eficacia de las medidas de actuación temprana es otro tema que debe ser objeto de consideración, tal como demuestra, además, su limitado uso. El supuesto del Banco Popular ha puesto de manifiesto el fracaso de esta fase.

Debemos resaltar que uno de los factores que enturbia la eficacia de la norma descansa no sólo en la indefinición del presupuesto objetivo de la resolución, sino en la

heterogeneidad de las medidas que se pueden adoptar, máxime cuando en ocasiones se confunden las medidas que pueden formular las autoridades de supervisión y las de resolución, tal como hemos resaltado en la primera parte de nuestro estudio.

El informe de la Comisión mencionado incide curiosamente en el solapamiento existente, entre las facultades de actuación temprana, conferidas a las autoridades de resolución sobre la base de la legislación nacional según la Directiva, con las facultades de supervisión, conferidas a unas administraciones distintas. En coherencia, se considera útil reflexionar sobre la reproducción en el RMUR de las disposiciones sobre las competencias de actuación temprana recogidas en la Directiva, para evitar medidas de transposición nacional divergentes.

El problema, en el fondo, radica en la formulación de las facultades reconocidas en la fase de resolución, pues su indeterminación permite incluir casi cualquier actuación, de modo que las necesidades de coordinación entre el mecanismo supervisor y resolutorio deben ser mucho más estrechas. La posibilidad de reproducir el mismo régimen que se utilizó en la supervisión, cuando supuestamente su solución ya ha fracasado, al encontrarnos en la fase preventiva de la resolución conforma otra de las preocupaciones en esta materia.

A ello hay que añadir, la complejidad del entramado institucional²⁰ que requiere una fluidez de información más rápida e intensa y una coordinación más intensa entre las distintas autoridades, no sólo nacionales y comunitarias, sino también entre las propias comunitarias. En este sentido, sería necesario aligerar la configuración de los mecanismos, simplificando estructuras.

Sobre este aspecto, debemos incidir que no sólo existe una separación entre la fases de supervisión o resolución, sino que, en algunos Estados como el nuestro, la legislación ha introducido una nueva distinción dentro de la propia fase de resolución, de modo que se diferencia, además, entre autoridades de resolución preventiva y autoridades de resolución ejecutiva, acentuando las necesidades de trabajo conjunto entre las instituciones por el buen fin de la operación. Se debe añadir que esta distinción no venía exigida por la norma europea, si bien nuestra legislación ha optado por transponer la norma a través de esta fórmula, como ha ocurrido, también, en otros países de nuestro entorno europeo (Dinamarca o Croacia).

²⁰ Busch, D., Van Rijn, M. y Louisse, M. (2019), «How Single is the Single Resolution Mechanism?» *European Banking Institute Working Paper Series 2019, n°30*, Kluwer Law International Bv. The Netherlands, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3309189>

Otra dificultad que plantea el actual marco, es la falta de armonización de las legislaciones nacionales en materia de insolvencia, que puede provocar serias desigualdades entre Estados, propiciando un *fórum shopping concursal*²¹ y originar dificultades en un contexto de bancos transfronterizos.

Ciertamente, los regímenes de insolvencia varían sustancialmente entre países, no sólo en relación con el diseño legal, sino también, en lo que atañe a su contenido. Por ejemplo, mientras que existen regulaciones específicas dentro del marco de insolvencia general, que abordan el supuesto en el que la entidad insolvente, se trate de un banco (Irlanda, Italia, Grecia, Luxemburgo); en otras jurisdicciones, las entidades de crédito se someten al mismo régimen que se aplica a cualquier otra empresa (Francia, Alemania, España). De igual forma, en algunos casos, estos dispositivos dependen de los tribunales (Francia, Alemania, España, Luxemburgo, Reino Unido) y en otros, se encuentran en manos de autoridades administrativas (Grecia, Italia, Eslovenia). Por último, existen notables diferencias, en cuestión de atribuciones concedidas a acreedores, jerarquía entre ellos, pruebas para entrar en insolvencia o la posibilidad de obtener apoyo externo.

A lo anterior, hay que añadir que los procedimientos nacionales de insolvencia, suelen ser generalmente ineficientes. Así lo demuestra, por ejemplo, Banco Madrid, que tras cuatro años, su proceso de liquidación concursal aún no ha finalizado.

La existencia de un derecho concursal por cada país dificulta el desarrollo correcto del mecanismo de resolución, pues en el fondo resulta difícil de conciliar con el principio de que los acreedores no deben soportar pérdidas superiores a las que sufrirían en una eventual liquidación de la entidad. Ello se deduce porque la actual regulación deja fuera a todas aquellas entidades que carecen de interés público, remitiéndose, entonces, al derecho nacional. Tal como hemos venido insistiendo, si una entidad financiera es declarada en concurso es porque, o bien no concurre un interés público o porque, concurriendo dicho interés, las autoridades de resolución han concluido que se puede alcanzar los objetivos de la resolución a través del procedimiento de insolvencia.

La primera consecuencia es que se fomenta que cada Estado analice aspectos esenciales de la resolución en clave nacional, como ocurre con la concurrencia de los presupuestos objetivos o la valoración en el procedimiento de insolvencia. La segunda consecuencia, derivada de la primera, no es otra que la valoración comparativa entre los

²¹ Pulgar Ezquerro, J. (2019), «Hacia la armonización europea de la Resolución de Bancos y Entidades Financieras: deficiencias y retos», Revista La Ley Mercantil, núm.64,

Estados no resulta homogénea, de aquí las diferencias que se han experimentado entre los bancos italianos y españoles a la hora de hacer efectivo el MUR. Cada Estado tiene un margen de maniobra para utilizar su propia estrategia y en consecuencia, la competencia nacional que existe en último término puede resultar desleal.

Ligado a lo anterior y en ausencia de una marco comunitario de insolvencia, se debe exigir en consecuencia, una mayor claridad en los procedimientos a seguir respecto aquellos bancos inviables, en los que no exista interés público y una armonización del procedimiento de insolvencia. De hecho, la Comisión ha iniciado un estudio para comprender mejor estos aspectos, propugnando un régimen unificado.

En definitiva, la fragmentación de las normativas nacionales ponen en peligro la credibilidad del sistema, tal como ya lo adelantaba Mervyn King, Gobernador del Banco de Inglaterra, «*Los bancos globales son globales en vida, pero nacionales en la muerte.*»²² En consecuencia, es necesario atajar esta fuente de desigualdad entre Estados, porque genera una sinergia inadecuada.

La solución pasaría por desarrollar una suerte de derecho de insolvencia bancario armonizado. Esto significaría sustraer a las entidades bancarias de los procedimientos ordinarios de insolvencia y aprobar un procedimiento de carácter administrativo propio, que englobaría a todas aquellas entidades de crédito en las que no concurre interés público. Un procedimiento lo suficientemente expeditivo para evitar la pérdida de valor que se acentúa en este tiempo, gracias a diversas operaciones en las que la clave del tiempo se presenta como prioritaria, pero a su vez, suficientemente predecible, para fomentar la inversión y la confianza de los depositante.

En esta línea, el propio Parlamento Europeo ha empezado a estudiar, en el año 2019, una propuesta del Instituto para la Estabilidad Financiera, por el que interesa la exclusión de los tribunales en la tarea de liquidar una entidad de crédito y reclama que esta función, sea asumida por las autoridades de resolución o los fondos de garantía.

Relacionado con lo anterior, parece, también, recomendable la necesidad de un sistema internacional de reconocimiento de las resoluciones bancarias, más allá del

²² Delgado Tejero, M. «La Unión Bancaria Europea», ponencia pronunciada el día 14 de enero de 2020 en el *Club Diálogos para la Democracia*, <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicasSubgobernador/Arc/delgado140120.pdf>

Reglamento de Insolvencia Transfronterizo o la Ley Modelo de Uncitral, en aras a fomentar la confianza de los inversores.

Asimismo, es el momento de replantearse la estrategia del *bail in*. No cabe duda de que la recapitalización interna como herramienta de resolución altera el orden de prioridad en los procedimientos de insolvencia. Ello no genera la suficiente seguridad jurídica y puede dificultar, incluso, la inversión en cuanto no permite anticipar el resultado de la resolución.

La dicotomía *bail in /bail out* no puede ser apreciada en términos absolutos, pues ambos extremos adolecen de importantes defectos. Las bondades del *bail in* sobre las que los mecanismos de resolución se han asentado pueden llegar a ser contraproducentes en el diseño asumido por la norma.

La recapitalización afecta a la estructura de capital, pero tal como ha sido diseñada puede llegar a afectar a la confianza del negocio. En este sentido, merece resaltar que los depositantes no sólo son acreedores a corto plazo, sino que son los proveedores necesarios que el negocio siga en funcionamiento.

De este modo, si la finalidad última de la resolución económica es preservar la estabilidad del sistema económico, la concurrencia de una mínima sospecha de aplicar el *bail in* puede generar un efecto contagio, alentando precisamente la retirada de fondos por parte de los depositantes.

Para hacer creíble el sistema, quizás, habría que excluir a dichos depositantes de la cascada del *bail in*, al igual que ocurre con el resto de acreedores a corto plazo (como por ejemplo trabajadores, impuestos...), debiendo centrarse su operativo en la estructura de capital (acreedores-inversores).

Sólo para el caso de que dicho capital fuera insuficiente, se podría plantear la concesión de ayudas públicas para preservar el equilibrio económico y el bienestar social, aunque sea a través de aportaciones de contribuyentes. Será, entonces, la ponderación de los intereses en juego, los que podrán delimitar mejor la solución a adoptar. Se trataría en todo caso de un *bail out*, con las debidas garantías para el Derecho de la Competencia, incluido el aseguramiento de la devolución y remuneración de la ayuda prestada.

Como contrapeso para que las entidades bancarias cayeran en la tentación de financiarse con depósitos, en detrimento de otros pasivos susceptibles de bailinización, la solución estriba en exigir la emisión de pasivos susceptibles de ser sometidos a resolución

en cuantía suficiente y controlar los destinatarios de la deuda, para que los inversores no sean filiales del grupo bancario.

Aquí, la función del MREL se antoja esencial como colchón de pasivos *bailinables*, aunque no se puede esconder que el problema para conseguir una eficacia real será la consecución de una correcta cuantificación por parte del Banco de España, ya que estos importes podrán fomentar o desincentivar el apetito inversor.

También ha sido objeto de críticas la falta de suspensión de las operaciones en corto, en nuestro caso por parte de la CNMV. Conducta que ha impulsado distintas demandas en materia de responsabilidad patrimonial relacionadas con el Banco Popular, al considerar que no se ha justificado, convenientemente, el cambio de criterio respecto a Liberbank, apenas unos días después. Ciertamente, las estrategias en corto exigen una motivación adecuada para superar el examen de transparencia y aportar más confianza al mercado, pero se debe tener claro que la prohibición de ventas en corto no garantiza frenar el descenso de los precios de las acciones. De ello, dio cuenta el banco Monte dei Paschi di Siena, quien no pudo evitar la necesidad de ayuda pública por parte del gobierno italiano, a pesar de haberse prohibido dichas ventas a corto.

Por último, la regulación carece de un análisis sobre la aplicación de las medidas de resolución entre minoristas, pues no se puede ignorar cierto impacto en la estabilidad financiera a través de esta vía. Durante los procesos vividos en los últimos años, los ejercicios de absorción de pérdidas redujeron en aproximadamente 13.000 millones de euros, la cantidad de inyección pública. No obstante, la mayoría de propietarios de participaciones preferentes eran minoritarios, a quienes se les había comercializado el producto, en muchas ocasiones con importantes defectos de transparencia, tal como se ha venido constatando en números pronunciamientos judiciales. Esto significa que la presencia masiva de minoristas, entre los inversores subordinados debe ser especialmente vigilada y considerada por las autoridades de resolución. De modo, que se deben acometer reformas para perseguir la mayor transparencia en la comercialización entre estos inversores, para una adecuada distribución de las pérdidas entre accionistas y acreedores privados.

Es decir, atendiendo a los numerosos pronunciamientos judiciales, se debe controlar la comercialización de la deuda imponiendo el control y cumplimiento de los deberes de información a los clientes que opten por adquirir este tipo de productos financieros y así ser conscientes de la posibilidad que atañe la realidad del *bail in*.

Otro aspecto que no se puede desdeñar es la exigencia de un principio de transparencia mucho más riguroso, en sintonía con el derecho a una buena administración. Así, se ha puesto de manifiesto con el asunto del Banco Popular, pues uno de los frentes litigiosos de esta contienda, se desenvuelve en la esfera del acceso a la información. De hecho, son muchas las decisiones que se han dictado en este procedimiento de resolución que aún siguen siendo en parte confidenciales, la última de ellas se ha publicado el 17 de marzo de 2020 y se trata del informe de valoración 3 y del acto preparatorio de la Comunicación de la JUR en el que se toma la decisión preliminar de no conceder compensación a los antiguos accionistas y acreedores del BPE, en base a las conclusiones del informe. Pero ésta no ha sido la única ocasión en la que la información se ha retenido, así por ejemplo la decisión de la Junta Única de Resolución de fecha 7 de junio de 2017 por la que se adoptó el dispositivo de resolución sobre la entidad Banco Popular Español S.A, ordenando la venta del Banco Popular, sigue siendo en parte confidencial.²³

Estas restricciones no se encuentran suficientemente justificadas con la jurisprudencia del TJUE que viene a proclamar que no se puede mantener a perpetuidad el secreto profesional, ni la confidencialidad de la documentación, a menos que se demuestre el interés del tercero que podría verse afectado²⁴.

A raíz de lo expuesto, adquiere especial relevancia la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019, *United Parcel Service C/Comisión*, C-265/17, por las consecuencias que asocia el incumplimiento del principio de transparencia, vinculado al derecho de defensa, sobre el acto administrativo dictado. Lo que se debe retener es que sería suficiente acreditar que la irregularidad cometida en el acceso a la información ha disminuido las posibilidades de defensa del interesado para poder interesar la nulidad del acto resolutorio. Cuestión distinta serían los efectos asociados a dicha nulidad.

²³ La JUR puso a disposición pública únicamente versiones no confidenciales de los siguientes documentos relacionados con el del Banco Popular: la decisión de la JUR de 7 de junio de 2017, relativa a la adopción de un dispositivo de resolución en relación a Banco Popular, el informe de valoración y sus anexos preparados por el experto independiente, Deloitte, en el contexto de la medida de resolución (valoración 2), el informe de valoración preparado por la JUR para evaluar si Banco Popular estaba en quiebra o a punto de quebrar (valoración 1), la carta de proceso de venta del FROB con fecha del 6 de junio de 2017, la decisión de la JUR de 3 de junio de 2017 sobre la comercialización de Banco Popular y el plan de resolución de 2016 redactado para Banco Popular.

²⁴ STJUE de 19 de junio de 2018, *Baumeister*, C-15/16.

B. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

El cambio de paradigma que ha supuesto la inclusión en nuestro ordenamiento de los mecanismos de resolución bancaria estriba en que se han incrementado de facto las potestades administrativas, más allá de las tradicionales intervenciones públicas, pero se han disminuido en detrimento las posibilidades de reacción de los individuos.

No cabe duda de que la necesaria protección de la estabilidad económica y el interés público que persigue toda resolución, junto a la premura en la toma de decisiones, no es incompatible con la necesidad de respetar dichas garantías, ni justifica la supresión de los derechos constitucionales.

Es importante subrayar que el procedimiento de resolución ni en su faceta comunitaria o nacional contempla, en ningún momento, la audiencia de la entidad sometida a resolución²⁵ y, mucho menos, se hace alusión a los accionistas o acreedores. Sobre este extremo, conviene indicar que la JUR ha señalado recientemente que se debe conceder audiencia a los acreedores y accionistas de la Valoración 3, a pesar de que la normativa no lo menciona expresamente.

Esta propuesta de modificación se presenta como imprescindible para la correcta convivencia del mecanismo de resolución con los derechos fundamentales reconocidos, tanto en la CDFUE como en nuestro texto constitucional.

Todo interesado que se pueda ver afectado en su derecho a la propiedad, tiene que tener la posibilidad de poder contradecir y ser oído en el marco de un procedimiento administrativo, proponer prueba y tener acceso al contenido íntegro de la valoración. De hecho, las posibilidades de alegar no deben limitarse exclusivamente a la cuantificación de la entidad mercantil, sino que se debe extender también a opinar sobre la concurrencia de los presupuestos sobre la viabilidad económica del banco.

No hay razones para excluir el derecho de audiencia. Es cierto que la premura con la que se tiene que desarrollar el proceso resolutorio para evitar el deterioro podría justificar, tal como ocurre en las expropiaciones urgentes que se produzca con posterioridad a la ocupación, pues ni siquiera la necesidad de mantener oculta la operación de los mercados puede servir de criterio para excluir esta garantía. El mejor ejemplo lo muestra

²⁵ En el caso de la Ley Dodd Frank, se contempla la audiencia en el marco de la revisión judicial que tendrá lugar en el plazo de 24 horas, si bien sólo se puede revisar la decisión desde la óptica de la arbitrariedad.

Lehman Brothers, compañía en la que a pesar de haberse mantenido oculta la intervención administrativa, nada impidió su posterior quiebra.

No obstante, la valoración es otro punto controvertido de la normativa. En primer lugar, se debe criticar la falta de unos criterios claros para calibrar el valor de la entidad de crédito. De hecho, en el caso del Banco Popular se barajaron hasta tres hipótesis, desde una valoración positiva hasta unas pérdidas que superaban los 8.000 millones. La amplitud del intervalo y su diferente signo permiten cuestionarnos sobre la seriedad del resultado.

La importancia de la valoración exige que se califique a esta actuación, como un acto de trámite cualificado que permita la impugnación judicial, tanto de forma directa e indirecta y con capacidad de examen pleno de las valoraciones de las partes, tomando como punto de partida la instada por el experto independiente.

Asimismo, sería recomendable la regulación de un procedimiento específico para ello, con la concreción de los plazos para su consecución o al menos sus circunstancias más acuciantes. Es obvio que la complejidad de las operaciones que requiere la cuantificación de una entidad, especialmente, cuando es de cierto tamaño, exige un periodo mínimo para la realización de un trabajo profesional de calado.

Más controvertido, puede resultar la elección del llamado experto independiente. No existe ninguna norma que permita verificar a quién debemos considerar como «experto», ni se ha desarrollado qué se debe entender como «independiente» o sobre quién se debe predicar esta cualidad. Sin duda, esta es una materia que requiere una mayor concreción en la regulación, de modo que se debería especificar el número de personas y su formación, adoptando todas aquellas garantías necesarias para asegurar la independencia de los mismos.

En este sentido, la composición de las personas que actúan como expertas deben mostrar un perfil independiente, tanto de la Administración expropiante como del expropiado. En este caso, no parece que el personal de la JUR sea el más idóneo para cuantificar la entidad bancaria.

Lo mismo acontece, con la valoración 2 y 3, pues no existe tampoco ninguna indicación, sobre si ambas valoraciones pueden recaer sobre el mismo experto tal como sucedió en el Banco Popular²⁶.

²⁶ Además en el caso Popular, se dio la circunstancia que la empresa Deloitte había auditado durante los años anterior y hasta el año 2016, al Banco de Santander.

Sería, entonces, recomendable desarrollar un procedimiento específico para la designación y contratación del experto independiente, máxime cuando se opte por la contratación de terceros para esta labor. Sobre este aspecto, se debería regular expresamente el órgano colegiado de expertos, que actuaría como una modalidad de órgano arbitral o jurado de expropiación. Su composición debería incluir una presencia equilibrada del sector público y privado, a través de la participación de personas de distintas áreas con suficiente experiencia para garantizar el encargo.

Sobre este aspecto, comienzan a florecer diversos estudios relacionados con el negocio²⁷ que presenta para las empresas consultoras, la resolución bancaria. Esta exigencia de una independencia no sólo aparente sino real, no conforma un simple problema de falta de parcialidad, de quien participa en un proceso de valoración de esta complejidad, sino que es una garantía básica para todo expropiado.

Resulta cuestionable que la valoración pueda recaer en una empresa privada, que persigue unos intereses particulares y unas motivaciones ajenas a los intereses públicos. No cabe duda que la valoración es el trámite esencial del procedimiento administrativo y como tal, no parece que pueda recaer la tarea exclusivamente en una empresa privada, sin perjuicio de poder recurrir a su quehacer como auxilio de la Administración. Esta práctica debería estar declarada prohibida en los términos en los que se ha contemplado en la normativa, pues no deja de ser una modalidad de tercer perito. Fórmula que ha sido desechada, ya, en 1954, cuando se aprobó nuestra actual LEF.

De cualquier forma, se debe mencionar que de optar por la contratación de empresas privadas se deben detallar de forma minuciosa las incompatibilidades en las que éstas podrían concurrir.

Cambiando de tercio y ya sobre la valoración, no existe ninguna indicación sobre el momento en el que debe interesarse la misma, pues resulta indiscutible que si se encarga para justificar la resolución, ésta buscará deliberadamente su confirmación, máxime si recae la tarea en el mismo experto. Resulta poco creíble que el mismo experto que ha dado luz verde al proceso resolutorio con una valoración urgente, pueda contradecir sus afirmaciones en la posterior valoración 3, no sólo porque ello podría generar responsabilidad para la administración, sino porque podrían tener efectos perjudiciales para

²⁷ Trumbo Vila, S. y Peters, M. (2017), «El negocio del rescate, ¿quién se beneficia de los rescates bancarios en la UE?», *Transnational Institute*, informe febrero 2017.

la consideración profesional de la compañía que se encarga de la valoración, de cara a futuras contrataciones por parte de la JUR. Aquí, se vislumbra nuevamente el inconveniente de otorgar a una empresa privada, esta acción de carácter público, pues no se puede ignorar que el contratista perseguirá en aras a su propio interés que el contratante se quede satisfecho con su encargo, en mor de futuras contrataciones.

Lo correcto, por tanto, sería impedir que el mismo experto participe en ambas valoraciones y ello a pesar de que estas valoraciones responden a objetivos distintos y trabajan con distinta información (mucho mas amplia y con una mayor tiempo en el caso de la valoración 3), pues ello no obsta a que dichas valoraciones compartan en el fondo el mismo sesgo.

Finalmente, la tercera valoración destinada a cuantificar las pérdidas que hubieran sufrido los acreedores en un procedimiento de insolvencia exige un ejercicio de imaginación desproporcionado al experto, dados los múltiples factores que pueden incidir en el resultado.

La JUR ha tratado de paliar estas diferencias dictando diferentes instrucciones²⁸ en materia de valoración, en las que ha publicado una serie de criterios a tener en cuenta que ya hemos tenido la oportunidad de mencionar. Pero, aquí, la doctrina se ha mostrado especialmente crítica, considerando la «valoración granular» claramente insuficiente, es decir, la cuantificación actual se realiza *«sin tener en cuenta su incorporación a una organización y el eventual valor añadido que ello puede significar (good will) o fondo de comercio»*, puesto que se impone que se valoren *«como si se hubiera retirado la autorización para operar»*, siendo igualmente cero el valor que se le debe otorgar a la franquicia, de nuevo por aplicación del criterio *«gone concern»* en lugar del criterio de *empresa en funcionamiento*.²⁹

No cabe duda de que la nueva regulación debe mejorar los criterios de cuantificación para que sean más realistas. No tiene mucho sentido que la valoración *non creditor worse off* se realiza a posterior, cuando la regla general es que se anticipa la resolución a futuros entidades inviables por razones de interés público.

Por ello, sería recomendable incluir como finalidad en la valoración de toda entidad bancaria un nuevo objetivo y no es otro que la elección de la herramienta de resolución

²⁸SRB, (2019), *Framework for valuation*, disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/framework_for_valuation_feb_2019_web_0.pdf

²⁹ González Vázquez, J.C. (2020), op.cit.

debe resultar lo menos lesiva para los intereses afectados, a la vez que se consideran los intereses públicos. Esta previsión sólo supondría introducir el juicio de proporcionalidad en la ponderación de los intereses en conflicto, de modo que se incluya un examen que justifique que la medida supera el juicio de proporcionalidad en sus tres facetas, en relación con el derecho a la propiedad.

Hasta aquí, se ha intentado diseccionar los aspectos más destacados que afectan a la naturaleza del procedimiento de resolución bancaria y en concreto, a la venta de una entidad a otra. El dilema al que se debe enfrentar este tipo de mecanismo es que es una herramienta diseñada como último recurso para utilizarse con la mayor premura posible. No obstante, este hándicap no avala la conversión en una norma ordinaria, de lo que se desprende no es más que una norma excepcional.

Son numerosas las contradicciones en las que ha incurrido este régimen acelerado que se ha diseñado por el legislador para dar una respuesta concreta a una crisis bancaria que mostraba una tesitura específica en el año 2007. El tiempo dirá, si tal como anticipaba Darwin y reproducía irónicamente el Banco Popular en su último informe de año 2016, sobrevivirán las especies que mejor se adaptan a los nuevos acontecimientos o si, más bien, los nuevos acontecimiento demandarán simplemente un «reseteo» en la política intervencionista bancaria o en su regulación. Lo que resulta indiscutible es que la norma adolece de importantes deficiencias que exigen ser tratadas en futuras reformas, pues caracterizada la resolución bancaria y en concreto, la venta del negocio como un procedimiento administrativo de naturaleza expropiatoria, se deben respetar las garantías constitucionales asociadas a cualquier derecho de propiedad, incluido el que corresponde a los accionistas.

La falta de claridad de la norma, la utilización de criterios jurídicos indeterminados extremadamente vagos y la ausencia de una densidad normativa adecuada apuntalan las potestades exorbitantes que se han concedido a la Administración pública. En este sentido, la litigiosidad que ha propiciado la aplicación de este mecanismo y el fenómeno de huida del derecho resolutorio bancario nos hace preguntarnos, si la norma actual estaba realmente destinada a aplicarse o se trata por el contrario de una de tantas otras disposiciones económicas, cuya aplicación práctica fue ignorada desde su publicación; el mejor ejemplo: la Pragmática de 1602³⁰.

³⁰ Martín-Retortillo Baquer, S. (1988), op.cit.

En Florencia y Venecia, durante el Renacimiento e incluso durante la Edad Media, cuando los banqueros fracasaban, acontecimiento que se producía con frecuencia, se simbolizaba con un acto del oficial de la corte, rompiendo el escritorio. Esta conducta de la que derivó la expresión «romperé il banco» o «banco rotto» generó la posterior palabra bancarrota. Quizás el espíritu de afrontar estas situaciones de quiebra como antaño es el que debería estar más presente, hoy en día, en nuestro sistema.

Desde luego, la insolvencia de los bancos es un riesgo que ha existido históricamente y que con seguridad, se seguirá repitiendo en el futuro. No obstante, nuestra historia legislativa reciente ha demostrado que hemos optado continuamente por adoptar la solución que se pensaba más óptima a la situación del momento, en aras al bienestar económico y social instantáneo, sin la ambición de tratar de proyectar una visión de futuro que pudiese anticiparse a dificultades sobrevenidas. La crisis de 2007 no es más que un reflejo de lo que ha venido aconteciendo con naturalidad y los últimos trances económicos sobrevenidos por la situación de emergencia generada por la COVID-19 corrobora el fracaso de esta táctica legislativa.

Ahora bien, llegados a este culmen la pregunta a la que hay que enfrentarse es si la necesidad de evitar un «banco roto» y atajar rápidamente una crisis económica justifica la eliminación de las garantías más básicas inherentes a la definición de los derechos y libertades fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

Alés Hermosa, G. y Carrillo Donarie, J.A. (2020), «Planes de recuperación y resolución de entidades de crédito», en Ruiz Ojeda, A y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios sobre resolución bancaria*, Pamplona, Aranzadi, págs.265-298.

Alonso Ledesma, C. (2014), «La resolución de entidades de crédito» en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I (coords), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España. El modelo de regulación surgido de la crisis*. Madrid, Civitas, págs.342-377.

Ariño Ortiz, G, (2010), «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm.182, págs.9-37.

Ariño Sánchez, R. (2018), «La problemática de Banco Popular desde la perspectiva de contratación europea», *Anuario de derecho Administrativo 2018*, Thomson-Reuters-Civitas, págs.137-158.

Banco de Inglaterra, (2018), «Guidance on valuation capabilities to support resolvability», disponible en <https://www.bankofengland.co.uk/letter/2018/guidance-on-valuation-capabilities-to-support-resolvability>.

Banco de Inglaterra (2018), The bank of England's policy on valuation capabilities to support resolvability» disponible en <https://www.bankofengland.co.uk/paper/2018/the-boes-policy-on-valuation-capabilities-to-support-resolvability>.

Banco de Inglaterra, (2020), «Resolvability Assesment Framework», disponible en <https://www.bankofengland.co.uk/financial-stability/resolution/resolvability-assessment-framework>.

Belando Garín, B. (2020), «La protección del accionista y del inversor ante las medidas adoptadas por las autoridades de supervisión y de resolución», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M. (dirs.), *Estudios sobre resolución bancaria*, Pamplona, Aranzadi, págs.731-750.

Bernal Lloréns, M. (2004), «La regulación de las Sociedades Anónimas y la información contable publicada en la Gaceta de Madrid, a mediados del siglo XIX», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, núm.120, págs.65-94.

BBVA, (2018), *Breve historia del BBVA: crisis y reflote bancario (XXIII)*, disponible en <https://www.bbva.com/es/breve-historia-bbva-xxiii-crisis-reflote-bancario/>.

Blanco Esteve, A. (1985), *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Madrid, Civitas, págs.224-232.

Blinder, J. (2019), «Proportionality at the Resolution Stage: Calibration of Resolution Measures and the Public Interest Test», *European Business Organization Law Review*, núm.21, págs 453-474, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2990379>.

Bobes Sánchez, M.J (2016), «Conciliación de intereses públicos y privados en la resolución de las entidades bancarias», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm.143, págs.261-281.

Bodellini, M (2019), «Theoretical Reflections on the Application of the Bail-In Tool to Chinese Banks in Crisis», *Symposium on the Internationalization of the RMB: Risks and Challenges Ahead*, organizado en Londres el día 27 de junio de 2017, Queen Mary University of London and East China University of Political Science and Law, en asociación con the Institute for Global Law, Economics and Finance.

Busch, D., Van Rijn, M. y Louisse, M. (2019), «How Single is the Single Resolution Mechanism?», *European Banking Institute Working Paper Series 2019, n°30*, Kluwer Law International Bv. The Netherlands, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3309189>.

Caballero Sánchez, R. (2020), «¿Bancos y Cajas a un euro? El derecho a discutir la valoración patrimonial de las entidades de crédito sometidas a intervención y resolución, y a recibir la compensación correspondiente», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios sobre resolución bancaria*, Pamplona, Aranzadi, págs.681-730.

Calvo Vérguez, J. (2017), «Claves de la articulación del rescate de las entidades financieras en Italia», *Revista de derecho Bancario y Bursátil*, núm.148, págs.161-198.

Calvo Vérguez, J. (2019), «Perspectivas de futuro en la resolución de entidades financieras tras el caso “Banco Popular”», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154, págs.155-174.

Cámara Largo, A.O. (2017), «Banco Popular: la segunda resolución bancaria tiene un desconocido antecedente», *Revista la Ley Mercantil*, núm.40, pág.10.

Campuzano Laguillo, A.B. y Palomar Olmeda, A. (2015), «La reestructuración y la resolución de las entidades de crédito», en Campuzano Laguillo, A.B., Martínez

Echevarría, A y Mínguez Prieto, R.(dirs.), *La gestión de la crisis bancaria española y sus efectos*, Madrid, La Ley, págs.189-240.

Carrascosa Morales, A. y Delgado Alfaro, M. (2014), «Crisis bancarias: de la resolución a la resolubilidad», en Vegas Arjona, P. *Conectando con el cambio de modelo de negocio*, Madrid, Unión Nacional de Cooperativas de Crédito.

Carrascosa Morales, A. (2019), «El Mecanismo de Resolución Bancaria», *Revista de Estabilidad Financiera*, núm.36, págs.7-24.

Carrillo Donaire, J.A. (2010), «Intervención de entidades de crédito en crisis: alcance y límites», en Muñoz Machado, S.(dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, t.X, Madrid, Iustel, págs.781-825.

Carrillo Donaire, J.A. (2012), «Una última amenaza para el Estado de Derecho: La normalización del derecho de excepción en la intervención de entidades de crédito en crisis», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.32, págs.72-82.

Carrillo Donaire, J.A. (2015), «Nuevo paradigma jurídico de la intervención pública sobre la banca», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm.137, págs.287-308.

Chinchilla Marín, M.C. (2015), «El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.102, págs.17-106.

Colino Mediavilla, J.L (2020), «¿Puede aplicarse eficazmente la intervención temprana en la crisis de las entidades de crédito?», *Revista de Derecho Mercantil*, núm.316, pág.99-142.

Comín, F. (2013), «Las crisis y los arreglos de la deuda soberana en la España contemporánea, 1800-2012», *Revista de Historia de la Economía y de la Empresa*, núm.7, págs.241-275.

Conthe, M. (2017), «Los dilemas de la resolución», *Anuario del Euro 2017, Un futuro para la Unión Monetaria*, Fundación ICO, Fundación de Estudios Financieros, págs. 221-236.

Cuervo García, A. (1989), «La crisis bancaria española en los años setenta», en Velarde J., García Delgado J.L. y Pedreño. A.(dirs.), *El sistema financiero de la economía española: once estudios*, Colegio de Economistas de Madrid, págs.35-54.

De Diego de Mingo, J. (2020), «El interés público en la resolución bancaria. Un concepto controvertido», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios de resolución bancaria*, Madrid, Editorial Aranzadi, págs.649-680.

De Gioia Carabellese, P. (2019), «Insolvencia e instrumentos de resolución bancaria: epistemología y teleología de dos conceptos jurídicos «convergentes y paralelos», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.31, págs.143-160.

De Gioia Carabellese, P. y Zhang, D. (2019), «Bail-in Tool and Bank Insolvency: Theoretical and Empirical Discourses around a New Legal (or Illegal) Concept», *European Business Law Review* 30, núm.3, págs.487-511.

De Gioia Carabellese, P. y Pagliarin, C. (2020), «The banking bail-in and constitutional rights», *Luiss Law Review*, núm.1, págs.7-40.

De Serière, V.P.G. y van der Houwn, D.M. (2016), « “No creditor worse off” in case of bank resolution: food for litigation?», *Journal of International Banking Law and Regulation. Thomson Reuters (Professional)*, Uk, págs.376-384.

Delgado Tejero, M. «La Unión Bancaria Europea», ponencia pronunciada el día 14 de enero de 2020, en el Club Diálogos para la Democracia, <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicasSubgobernador/Arc/delgado140120.pdf>.

Deslandes, J, Dias, C, y Magnus, M. (2019), «Liquidation of Banks : Towards and FDIC for the Bank Union?», documento de análisis elaborado para el Parlamento Europeo y disponible en www.europarl.europa.eu/supporting-analyses.

Díaz Morgado, C. (2018), «El mecanismo Único de Supervisión y el Mecanismo único de Resolución: Resolución del Banco Popular», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.110, págs.295-313.

Doménech Pascual, G. (2012), «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *Revista para el análisis del derecho, Indret*, núm.1, págs.1-60.

Echevarría Hernández, J.M. (1978), «El control público de la Banca», en *La ordenación jurídica del crédito*, Madrid, Instituto de Estudios Financieros, págs.264-265.

Egibar Urrutia, L. (1998), «La resistencia del Banco de Bilbao a la pérdida de la facultad de emitir billetes (1874-1878)», *Boletín de la Real Academia de la Historia*, Madrid, CXCV, núm.1, págs.133-163.

Espín Gutiérrez, C. (2013), «Régimen concursal excepcional de la transmisión de activos a la SAREB», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº20, Sección Estudios, págs.133-160.

Estella de Noriega, A. (2020), «La regulación de los “stress test” a la banca en la Unión Europea: una cuestión de credibilidad», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios de resolución bancaria*, Madrid, Editorial Aranzadi, págs.937-978.

Fernández Rodríguez, T-R. (1989), «Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva», en Gómez-Ferrer, R. y Villar Palasí, J.L. (coords.), *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Civitas, págs.399-436.

Fernández Rodríguez, T-R. (2005), «Por una nueva Ley de Expropiación Forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio», *Revista de Administración Pública*, núm.166, págs.7-27.

Fernández Rodríguez, T-R. (2019), «El derecho a una buena administración en la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019», *Revista de Administración Pública*, núm.209, págs.247-257.

Fernández Rozar, J.C. (1975), «La inversión extranjera en el sector bancario español», *Anuario de Derecho Internacional*, págs.347-377.

Ferreres Comella, V. (1997), *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

FDCI y Reserva Federal, (2020), *Agencies provide largest firms with information for next resolution plans*.

FINMA, (2020), *Resolution Report 2020*, disponible en <https://finma.ch/en/news/2020/02/20200225-mm-resolution-bericht-2020/>.

Franch i Saguer, M.(1992), *Intervención administrativa sobre Bancos y Cajas de ahorros*, Madrid, Civitas.

FROB, (2019), *Memoria de actividades*, disponible en <https://www.frob.es/es/Lists/Contenidos/Attachments/642/Memoria%20actividades%20FROB%202019.pdf>.

FSB, (2014), *Keys Attributes of Effective Resolution Regimes*, disponible en <https://www.fsb.org/2014/10/key-attributes-of-effective-resolution-regimes-for-financial-institutions-2/>.

FSB, (2019), *Eight Report of the Implementation of Resolution Reforms “Mind the Gap”, resolution Report*.

FSB, (2019), *Progress in implementation of G20 financial regulatory reforms*, disponible en <https://www.fsb.org/2019/06/progress-in-implementation-of-g20-financial-regulatory-reforms/>.

FSB, (2019), *Thematic Peer Review on Bank Resolution Planning*, disponible en <https://www.fsb.org/2019/04/thematic-peer-review-on-bank-resolution-planning/>

FSB, (2020), *Implementation and Effects of the G20 Financial Regulatory Reforms: Fifth Annual Report*, disponible en <https://www.fsb.org/2019/10/implementation-and-effects-of-the-g20-financial-regulatory-reforms-fifth-annual-report/>.

FSB, (2020), *2020 Resolution Report «Be prepared»*, disponible en <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P181120.pdf>.

Gamero Casado, E. (1995), *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*. Madrid. Marcial Pons.

García-Andrade Gómez, J. (2010), «Fundamentos y características de la regulación bancaria», en Muñoz Machado, S.(dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, t.X, Madrid, Iustel, págs.15-141.

García de Enterría, E. (1955), *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas.

García de Enterría, E. (1996), «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», *Revista de Administración Pública*, núm.141, págs.131-154.

García de Enterría, E. (2001), «La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después», *Revista de Administración Pública*, núm.156, págs.251-268.

García de Enterría, E. Y Fernández, T.R (2018), *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Navarra, Thomson Reuters-Civitas.

García Ruiz, J.L. (1991), «Libertad de emisión en España, 1856-1874: una revisión», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm.1, págs.79-88.

García Vitoria, I. (2008), *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

García-Trevijano Fos, J.A, (1971) *Tratado de Derecho Administrativo*, vol.II, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado.

García-Trevijano Fos, J.A. (1957), *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

Garrido Falla, F. (1991), «Privatización y Reprivatización», *Revista de Administración Pública*, núm.126, págs.7-26.

Gelper, A. y Veron, N. (2019), *An effective Regime for Non-viable Banks: US Experience and Considerations for EU Reform*, Bruselas, Economic Governance Support Unit.

Gil Saldaña, A. (2020), *Bail-in como herramienta de gestión de las crisis bancarias*, disponible https://www.vozpopuli.com/opinion/Bail-in-herramienta-gestion-crisis-bancarias_0_1320769415.html

Gómez de Miguel, J.M. (2010), «La solvencia de los bancos», en Muñoz Machado. S.(dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, vol. X, Madrid, Iustel, págs.523-597.

Gómez de Miguel, J.M. (2015), «La situación previa: el sistema español de gestión de crisis bancarias», en Campuzano Laguillo, A.B., Martínez Echevarría, A y Mínguez Prieto, R. (dirs.), *La gestión de la crisis bancaria española y sus efectos*, Madrid, La Ley, págs.21-47.

González Vázquez, J.C. (2007), «La organización del sistema bancario», en A. Sequeira. A, Gadea E. y Sacristán, F. (coords.), *La contratación bancaria*, Madrid, Dykinson, págs. 48-95.

González Vázquez, J.C. (2018), «La primera aplicación del procedimiento de resolución bancaria por el MUR: dudas y valoraciones (provisionales) a la luz del caso «Banco Popular», en Fernández Torres, I, Arias Varona, F.J y Martínez Rosado, J.(coords), *Derecho de las sociedades y los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid, Iustel, págs.1083-1116.

González Vázquez, J.C. (2020), «Luces y sombras del modelo europeo de resolución bancaria», en González Vázquez, J.C y Colino Mediavilla, J.L.(dirs.), *Regulación bancaria y actividad financiera*, Madrid, Editorial La Ley, págs.303-367.

González-Echenique Castellanos de Ubao, L. (2020), «La regulación de la resolución bancaria como Derecho excepcional: sus manifestaciones», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios de resolución bancaria*, Madrid, Editorial Aranzadi, págs. 937-978.

González -Gallarza Granizo, R. (2016), «Recuperación y resolución de entidades de crédito: un marco propio y diferente para la insolvencia de los bancos», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.25, págs.113-124.

Green, P. y Jennings-Mares, J. (2016), «EU bank resolution inconsistencies». *International Financial Law Review*, núm.35, págs.38-39.

Hernando Cebriá, L. (2017), «El aumento de capital como medida de recuperación de las entidades de crédito en crisis: tensiones entre el interés público y los derecho de los socios», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.27, págs.313-329.

Hoening, T.M (2016), *FDIC Board Meeting Statement of Vice Chairman Thomas M. Hoening regarding 2015 Title I plans submitted by the eight domestic GSIBs*, disponible en <https://www.fdic.gov/news/speeches/spapr1316a.html>.

Hoening, T.M (2018), «*Finding the Right Balance*», *Keynote speech by FDIC Vice Chairman Thomas M. Hoening delivered to the Peterson Institute for International Economics in Washington, DC*, disponible en <https://www.fdic.gov/news/speeches/spmar2818.html>.

Izquierdo Carrasco, M. (2010), «La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito», en Muñoz Machado. S. (dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, vol. X, Madrid, Iustel, págs.449-522.

Jiménez Horwitz, M. (2001), «La protección del derecho de propiedad en el marco del Convenio de Roma (sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 200, asunto ex rey de Grecia y otros c. Grecia)», *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm.15, págs.239-264.

Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A. (2013), «La función inspectora en el ámbito financiero (La supervisión de las entidades de crédito)», en Díez Sánchez, L.(dir.), *La función inspectora*, Madrid, AEPDA, INAP 2014.

Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A. (2018), «El caso del Banco Popular», en Vaquer Caballería, M., Moreno Molina, A.M. y Descalzo González, A.(coords), *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, v.II, Madrid, págs.1527-1547.

Joo, T.W. (2019), «Lehman 10 years later: The Dodd Frank Rollback», *Loyola University Chicago Law Journal*, núm.50, págs.561-598.

Kleftouri, N. (2017), *European Union Bank Resolution Framework: can the objective of financial stability ensure consistency in resolution authorities decisions?* ERA Forum, núm.18, pás.263-279, disponible en <https://doi.org/10.1007/s12027-017-0469-0>.

Lannoo, K. (2019), *Stock take of the SRB's activities over the past years: What to improve and focus on?*, Bruselas, Economic Governance Support Unit.

Lara Ortiz, M.L. (2017), *La actividad pública de supervisión financiera. Reforma y responsabilidad de la administración*, Tesis doctoral, Universitat Jaume I, Castellón.

Lara Ortiz, M.L. (2018), *La supervisión bancaria europea: régimen jurídico*, Madrid, McGraw-Hill.

Lara Ortiz, M.L. (2020), «La resolución bancaria, una nueva potestad administrativa», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios de resolución bancaria*, Madrid, Editorial Aranzadi, págs.465-496.

Lastra, R.M, Russo, C.A y Bodellini, M. (2019), *Stock takbe of the SRB's activities over the past years: What to improve and focus on?*, Bruselas, Economic Governance Support Unit.

Levine, A.M y Macey, J.C. (2018), «Dodd-frank is Pigouvian regulation», *Yale law Journal*, núm.127, págs.1336-1415.

López Muñoz, A. (1981), «Cambó y las crisis bancarias», artículo publicado en *El País*, 29 de diciembre de 1981.

López Pascual, J. y Sebastián González, A. (2008), *Gestión Bancaria. Factores claves en un entorno competitivo*, Madrid, Editorial Mac Graw Hill.

Maciuch, M.R. (2018), «Backstop, not bailout: The case for preserving the orderly liquidation authority under dodd-frank», *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Comercial Law*, núm.3, págs.263-286.

Malaret García E. (2018), «Un apunte sobre la pertinencia de caracterizar jurídicamente la tarea de regulación económica; su significación en la tipología de actividades de la administración», en Vaquer Caballería, M, Moreno Molina A. y Descalzo Gónzález A. (coords), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs.1493-1503

Martín Aceña, P. (2005), *La conformación histórica de la Industria Bancaria Española*, Mediterráneo económico, nº 8, (Ejemplar dedicado a: los retos de la Industria Bancaria en España/ coord. Por Oña Navarro. F), págs.21-44.

Martín Aceña, P. y Nogues-Marco, P. (2013), «Crisis bancarias en la historia. Del Antiguo Régimen a los orígenes del capitalismo moderno», en Comín, F. y Hernández, M. (coords.), *Crisis económicas en España, 1300-2012. Lecciones de la Historia*, Madrid, Alianza Editorial, págs.141-165.

Martínez Echevarría, A, Campuzano A.B y Mínguez Prieto R, (2015), *La gestión de la crisis bancaria española y sus efectos*, Madrid, La Ley.

Martín Rebollo, L (1977), *La responsabilidad patrimonial de la administración en la jurisprudencia*, Madrid, Civitas.

Martín Rebollo, L. (1983), «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *Revista de Administración Pública*, núm.3, págs. 2471-2542.

Martín-Retortillo Baquer, S. (1968), *Aspectos del Derecho Administrativo en la Revolución de 1868*, texto de la conferencia pronunciada el día 20 de noviembre de 1968 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca dentro del ciclo organizado *La obra legislativa de la Revolución de 1868*.

Martín-Retortillo Baquer, S. (1975), *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro*, Madrid, Tecnos.

Martín-Retortillo Baquer, S. (1988), «Panorama general de las crisis bancarias», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 59, pág. 345-360.

Martín-Retortillo Baquer, S. (1989), «Reflexiones sobre la Ley de Disciplina e Intervención Bancaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 118, págs. 7- 34.

Martín-Retortillo Baquer, S (1991), *Derecho administrativo económico*, vol. I, Madrid, La Ley.

Martín-Retortillo Baquer, S (1991), *Derecho administrativo económico*, vol. II, Madrid, La Ley.

Mayorga Toledano, M. C. (2020), «Operatividad del MUR: Tratamiento de las últimas crisis bancarias en España e Italia», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios de resolución bancaria*, Madrid, Editorial Aranzadi, págs. 1241-1278.

Medina Alcoz, L. (2005), «El resarcimiento del daño causado por acto administrativo ilegal. Análisis de la cuestión en los ordenamientos italiano, francés, alemán y español», *Revista General de Derecho administrativo*, núm.9.

Medina Alcoz, L. (2020), «El problema de la culpa en la responsabilidad por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, núm.213, págs.69-91.

Merler, S. (2018), *Varieties of Banking Union: Resolution Regimes and Backstops in Europe and the US*, IAI Papers, nº18/21.

Munuera Cebrián, J. y Salinas Rincón, A. (2015), «La unión bancaria (II): el régimen europeo de resolución y el mecanismo único de resolución (MUR)», en Campuzano Laguillo, A.B., Martínez Echevarría, A y Mínguez Prieto, R.(dirs.), *La gestión de la crisis bancaria española y sus efectos*, Madrid, La Ley, págs. 133-162.

Muñoz Machado, S. (2010), «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en Muñoz Machado. S.(dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, t I, Madrid, Iustel, págs.15-244.

Muñoz Machado, S. (2011), «Hacia un nuevo Derecho administrativo», en Blasco Esteve, A (coord.), *El Derecho público de la crisis económica : transparencia y sector público : hacia un nuevo derecho administrativo : actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, págs.191-237.

Muñoz Machado, S. (2011), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol IV, Madrid, Iustel.

Muñoz Machado, S. (2011), «Regulaciones económicas y despojos patrimoniales: (sobre los límites de la intervención de entidades de crédito por el Banco de España: el ejemplo de las Cajas de Ahorro)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.19, págs.66-82.

Muñoz Machado, S. (2015), «La actividad regulatoria de la Administración», *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol.XIV, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Nwogugu, M.I. (2015), «Un-constitutionality of the Dodd-Frank Act», *European Journal of Law Reform*, núm.17(1), págs.185-211.

Olariaga Pujana, L. (1946), *La ordenación bancaria en España*, Madrid, Ed. Sucesores de Rivadeneyra.

Omorova, S.T. (2019), «The too big to fail problem», *Minnesota Law Review*, núm.103, págs.2495-2542.

Ontiveros Baeza, E y Valero López, F.J. (2012), «Las crisis bancarias en España, 1977-2012», *Revista de la historia de la economía y de la empresa*, núm.7, págs.277-317.

Pabón y Suárez de Urbina, J.(1999), *Cambó, 1876-1918*, Barcelona, Alpha.

Parada Vázquez, R. (1983), «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas (El caso Rumasa)», *Revista de Administración Pública*, núm.100-102, págs.1139-1168.

Pecharromán, J.G. (2017), *Historia de la integración europea*, Madrid, UNED.

Pineda, L. (2011), «La crisis financiera de los Estados Unidos y la respuesta regulatoria internacional», *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, págs.129-214.

Piñel López, E. (1983), «La crisis bancaria desde la óptica del derecho (Análisis de la legislación española reguladora de las crisis bancarias)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm.11, págs. 553-578.

Ponce Huerta, J. (2019), «El FROB en la Reestructuración del sistema bancario español. Evolución tras una década de actividad (2009-2019) y consideraciones para la Unión bancaria», *Revista de Estabilidad Financiera*, núm.36, págs.25-46.

Ponce Solé, J. (2014), «Crisis, Bancos privados, Obligaciones de Servicio Público y Servicio Universal. Actividad bancaria y servicios de interés económico general», en Tejedor Beilsa, J. y Fernández Torres, I.(coords), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Navarra, Ed. Civitas.

Poveda Anadón, R. (2017), «La resolución del popular», *Revista Consejeros: la revista del buen gobierno y la responsabilidad corporativa*, núm. 130, págs. 57-63.

Pulgar Ezquerro, J. (2017), «“Holdout accionarial”, reestructuración forzosa y deber de fidelidad del socio», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.27, págs.43-67.

Pulgar Ezquerro, J. (2019), «Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023», *Diario La Ley* núm. 9474.

Pulgar Ezquerro, J. (2019), «Resolución bancaria versus liquidación concursal: recapitalización interna y valoración de la diferencia en el trato», *Revista de Derecho Mercantil*, núm.314, págs.11-66.

Pulgar Ezquerro, J. (2019), «Hacia la armonización europea de la Resolución de Bancos y Entidades Financieras: deficiencias y retos», *Revista La Ley Mercantil*, núm.64.

Ramos Muñoz, D. (2018), «Resolución bancaria y preferencias de crédito», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.29, págs.23-51.

Rebollo Puig, M. (2019), «La actividad administrativa de limitación», en Rebollo Puig, M.y Vega Jurado, D. (dirs), *Derecho administrativo*, vol.III, Madrid, Tecnos

Ringe, W-G (2016), «Bail-in between liquidity and solvency», *Legal Research paper series n° 33/2016, University of Oxford*, disponible en <https://doi.org/10.2139/ssrn.2782457>.

Rispoli Farina, M. (2018), «La recapitalización cautelar del Monte de Paschi di Siena y la Liquidación forzosa administrativa de Veneto Banca y Banca Popolare di Vicenza. Estudios comparativo», en González Vázquez, J.C. y Colino Mediavilla, J.L.(dirs.), *Cuestiones controvertidas de la regulación bancaria*, Madrid, La Ley, págs.325-356.

Rodríguez Pellitero, J. (2010), «Resolución de crisis bancarias», en Muñoz Machado, S.(dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, vol. X, Madrid, Iustel, págs. 827-897.

Royes Riera, A. (1999), *El Banc de Terrassa en el marc de la decadència bancària catalana, 1881-1924*, Barcelona, Proa.

Ruccia, N. (2017), «The role of the private sector in resolution for banks», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.57, págs.615-640.

Ruiz Ojeda, A. (2020), «"Non creditor worse off"(NCWO): La (in)soportable levedad del derecho paraconcursal bancario», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios de resolución bancaria*, Madrid, Editorial Aranzadi, págs.525-574.

Russo, C.A. (2019), «Resolution Plans and Resolution Strategies: Do they make G-SIBs Resolvable and avoid ring fence», *European Business Organization Law Review*, nº7, págs.735-777.

Salvador Armendáriz, M.A (2014), «Transformaciones en la regulación bancaria. Una perspectiva desde el Derecho Público», en Colino Mediavilla J.L, González Vázquez J.C, Freire Costas R.M. y Recamán Graña. E.(coords.), *Las cajas de ahorro y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*. Granada. Editorial Comares, págs..113-146.

Salvador Armendáriz, M.A. (2015), «El nuevo modelo de regulación bancaria y su encaje constitucional», en Salvador Armendáriz, M.A.(coord.), *Regulación bancaria: Transformaciones y Estado de Derecho*, Madrid, Aranzadi, págs.33-130.

Salvador Armendáriz, M.A. (2020), «La responsabilidad de los reguladores bancarios en el ejercicio de sus potestades de ordenación y supervisión», en González Vázquez, J.C. y Colino Mediavilla, J.L.(dirs.), *Regulación bancaria y actividad financiera*, Madrid, Editorial La Ley, págs.121-152.

Sánchez Calero, F. (1981), «El Fondo de garantía de Depósitos», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm.1, págs.11-78.

Sánchez Calero, F. (1983), *Las crisis bancarias y la crisis del Derecho concursal. Orientaciones de política legislativa en el momento presente*, Conferencia el día 7 de julio de 1983, en el Seminario sobre crisis bancarias, celebrado en la Universidad Menéndez Pelayo de Santander.

Sánchez-Calero Guilarte, J. (2014), «La crisis de las cajas y la respuesta legislativa» en Colino Mediavilla J.L, González Vázquez J.C, Freire Costas R.M. y Recamán Graña. E.(coords), *Las cajas de ahorro y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*. Granada. Editorial Comares. págs.1-24.

Sánchez Morón, M. (1994), *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos.

Santamaría Pastor, J.A. (2016), *Principios de Derecho administrativo general*, vol. II, Madrid, Iustel.

Sarmiento Ramírez-Escudero, D. (2004), *El control de proporcionalidad de la Actividad Administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Schwartz, B. (1965), «The rights of property», *A commentary on the constitution of the US*, Nueva York, The Macmillan Company.

Scipione, L. (2018), «La liquidación «ordenada» de los bancos del véneto: ¿hacia la quiebra de la nueva normativa europea?», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.28, págs.315-336.

Scott, K. (2012), «Dodd-Frank: Resolution or expropriation?», en Scott. K y Taylor J.B, *Bankruptcy Not Bailout: A Special Chapter 14*, Stanford, Calif.: Hoover Institution Press, 2012, págs.119-203.

Soriano García, E. (2018), «Economía y Derecho; entre la intervención y la liberación en el denominado Estado Social», en Vaquer Caballería, M., Moreno Molina, A.M., Descalzo González, A. (coords), *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, vol.II, Madrid, Tirant lo Blanch, págs.1527-1547.

SRB, (2018), *10 years after the crisis: are Banks now resolvable?*, Conferencia, 15 de octubre de 2018, Bruselas, disponible en <https://srb.europa.eu/content/srb-conference-2018>.

SRB, (2019), *Bank Resolution: Turning Policy into Action*, Conferencia 10 de octubre de 2019, Bruselas, disponible en <https://srb.europa.eu/content/srb-conference-2019>.

SRB, (2019), *Framework for valuation*, disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/framework_for_valuation_feb_2019_web_0.pdf

SRB, (2020), *Bail-in data set, instructions*, disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/srb_bail-in_data_instructions.pdf

SRB, (2020), *Bail-in data set, explanatory note*, disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/srb_bail-in_data_explanatory_note.pdf.

SRB, (2020), *Decision of the single resolution Board of 17 March 2020, determining whether compensation needs to be granted to the shareholders and creditors in respect of which the resolution actions concerning Banco Popular Español S.A. have been effected.*

SRB, (2020), *Expectations for Bank*, disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/efb_main_doc_final_web_0.pdf.

SRB, (2020), *Operational guidance for FMI contingency plans*, disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/srb_operational_guidance_for_fmi_contingency_plans.pdf.

SRB, (2020), *Operational guidance on bail-in playbooks*, disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/srb_operational_guidance_on_bail-in_playbooks.pdf.

SRB, (2020), *Operational guidance on operational continuity in resolution*, disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/srb_operational_guidance_for_operational_continuity_in_resolution.pdf.

SRB, (2020), *Single Resolution Board expectations for ensuring the resolvability of banks engaging in mergers, acquisitions and other corporate transactions*, disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/20201207_single_resolution_board_expectations_for_ensuring_the_resolvability_of_banks_engaging_in_mergers_acquisitions_and_other_corporate_transactions_final.pdf.

SRB (2020), *To resolve or not to resolve: a public interest assessment fit for purpose*, publicación en blog SRB, <https://srb.europa.eu/en/node/1040>.

SRB, (2020), *Valuation Data Set, Explanatory note*, disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/srb_valuation_data_set_explanatory_note_dec2020_final_web_0.pdf.

SRB, (2021), *Framework for valuation-Q&A* disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/18_02_valuation_qa_002.pdf.

Stern, G.H. (2012), «Too big-to-fail and the dodd-frank legislation», *Hamline Law Review*, núm. 35, págs.339-342.

Stout L.A. (2002), «Bad and not-so-bad arguments for shareholder primacy», *Southern California Law Review*, vol. 75, núm.5, págs.1189-1190.

Sudrià Triay, C. (2014), «Las crisis bancarias en España, una perspectiva histórica.» *Estudios de Economía Aplicada*, Vol.XXXII, núm.2, págs.473-496.

Suska, D.K. (2017), «Reappraising dodd-frank's living will regime», *Review of Banking and Financial Law*, núm.36, págs.779-816.

Taylor, C.R. (2018), «The dodd-frank death knell», *Loyola University Chicago Law Journal*, núm.49, págs. 655-668.

Tapia Hermida, A.J. (2015), «Las líneas básicas de la nueva regulación de las crisis bancarias: la Ley 11/2015», *Revista La Ley Mercantil* núm.16.

Tapia Hermida, A.J. (2015), «La regulación de la insolvencia de las entidades de crédito en la Disposición Adicional Segunda de la Ley Concursal», *Revista La Ley Mercantil*, núm.18.

Tapia Hermida, A.J (2016), «Ayudas de Estado a los bancos en el contexto de la crisis financiera», *Revista La Ley Unión Europea*, núm.41.

Tapia Hermida, A.J. (2016), «Las crisis bancarias en el sistema concursal español», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.24, págs.67-81.

Tapia Hermida, A.J. (2017), *La resolución de la crisis del Banco Popular mediante su venta al Banco Santander. Del “bail-out” al “bail-in”. El primer paso de un largo camino*, El Blog de Alberto J. Tapia Hermida, 8 de junio de 2017.

Tedde de Lorca, P. (1989), «Las crisis bancarias en España: una perspectiva histórica», en García Delgado, J., Pedreño Muñoz, A. y Velarde Fuentes, J.(coords.), *El sistema financiero de la economía española*, Madrid, Colegio de Economistas de Madrid, págs.13-34.

Tejedor Bielsa, J. y Fernández Torres, I. (2014), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Madrid, Aranzadi.

Titos Martínez, M. (2005), «Las Cajas de Ahorro en la historia de Andalucía». *Papeles de economía española*, núm. 105-106. págs.132-153.

Tortella, Casares, G. (1968), *El principio de Responsabilidad limitada y el desarrollo industrial de España, 1829-1868*, Moneda y Crédito, núm.104, págs. 69-84.

Tortella Casares, G. (1970), «Evolución del sistema financiero español, 1856-1868», *Ensayos sobre la economía española a mediados del siglo XIX*, Madrid, Servicio de Estudios del Banco de España.

Tortella Casares, G. (1973), *Los orígenes del capitalismo en España*, Madrid, Tecnos.

Trumbo Vila, S. y Peters, M. (2017), «El negocio del rescate, ¿quién se beneficia de los rescates bancarios en la UE?», *Transnational Institute*, informe febrero 2017.

Tribunal de Cuentas Europeo, (2017), *Informe especial núm. 23/2017: Junta única de Resolución: ha comenzado la compleja tarea de construir la Unión Bancaria, pero aún queda mucho por hacer*.

Tribunal de Cuentas Europeo, (2021), *Informe especial núm. 01/2021: Planificación de resoluciones en el marco del Mecanismo Único de Resolución*.

Tribunal de Cuentas Europeo, (2021), *Todavía faltan algunos elementos clave en la planificación de la resolución de los banco de la UE*, comunicado de prensa, 14 de enero de 2021.

Uría Fernández, F. (2018), *La nueva regulación y supervisión bancaria. Diez años de reforma tras la crisis*, Navarra, Aranzadi.

Uría Fernández, F. (2019), «La resolución bancaria cuatro años después», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm.38, págs.195-210.

Uría Fernández, F. (2010), «Crisis financiera, mecanismos de apoyo a las entidades de crédito en dificultades y derecho de la competencia», *Estabilidad financiera*, núm.18, págs.85-108.

Uría Fernández, F. (2017), «Últimos avances (y retrocesos) en la resolución bancaria», *Papeles de la Fundación (Instituto Español de Analistas Financieros)*, núm.57, págs.177-188.

Velasco Caballero, F. (2019), «Metodología comparativa para el Derecho administrativo», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm.200, págs.51-76.

Vega Serrano, J.M. (2010), «La regulación bancaria española» en Muñoz Machado, S.(dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, vol. X, Madrid, Iustel, págs.143-207.

Vega Serrano, J.M (2011), «La crisis bancaria irlandesa», *Boletín Económico del ICE* núm.3007, págs.29-37.

Villar Palasí, J.L, (1950), «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm.3, págs.53-100.

Villar Palasí, J.L, (1964), *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

Villar Palasí, J.L, García de Enterría, E., Sánchez Calero, F.J., Broseta Pont, M., Fernández, T.R., (1987), «El proyecto de Ley sobre Disciplina e Intervención de Entidades de crédito», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm.28, págs.701-738.

Welch, C. (2013), «Dodd-Frank's Title II Authority: A disorderly liquidation of experience, logic, and due process», *William & Mary Bill of Rights Journal*, núm.21 (3), págs.989-1022.

Wojcik, K.F (2016), «Bail-in in the banking Union», *Common Market Law Review* núm.53, págs.91-138.

Yadav, Y(2018), «Too-big-to-fail shareholders», *Minnesota Law Review*, núm.103, págs.587-664.

Zapata Sevilla, J. (2020), «Las ayudas de Estado a las entidades de crédito tras la Comunicación Bancaria y su ratificación judicial», en Ruiz Ojeda, A. y López Jiménez, J.M.(dirs.), *Estudios de resolución bancaria*, Madrid, Editorial Aranzadi, págs.1183-1237.

Otros

Prensa, «Pánico financiero», *ABC*, de 4 de octubre de 2017.

Prensa, «Banking Regulation needs a reset». *Financial Times*, 4 de enero de 2021.

RESUMEN.

EL MECANISMO DE RESOLUCIÓN BANCARIA: ¿PROCEDIMIENTO SINGULAR O EXPROPIACIÓN FORZOSA?

El mecanismo de resolución bancaria es una respuesta jurídica que se ha arbitrado desde la esfera internacional para tratar de solventar el desafío que ha planteado la necesidad de ordenar de forma factible la crisis de las grandes entidades bancarias, de modo que su quiebra no afecte a la estabilidad económica, ni implique la asunción de las pérdidas por parte de los contribuyentes. Sin embargo, el reto fundamental al que se ha de enfrentar este mecanismo es cómo compaginar la finalidad anterior con el respeto de un derecho de dimensión constitucional, como ocurre con el derecho a la propiedad.

El presente trabajo de investigación tiene por objeto analizar cuál es la naturaleza jurídica de este procedimiento administrativo y especialmente se aborda si la venta del negocio de una entidad bancaria a otra supone una nueva modalidad de expropiación forzosa.

La tesis comienza con una contextualización histórica de la intervención de empresas en el ámbito bancario en la búsqueda de dos objetivos. El primero de ellos es exponer los presupuestos y propuestas que a lo largo del tiempo se han venido diseñando para superar las distintas crisis bancarias, evidenciando que el problema actual ha sido una realidad concurrente en nuestra historia moderna. El segundo es acreditar que tal como se ha venido sosteniendo por la doctrina, la regulación bancaria es insuficiente en cuanto ofrece respuestas inmediatas a dificultades sobrevenidas, sin plantearse en ningún momento un proyecto de futuro que pueda anticiparse a los acontecimientos. Para conseguir este último objetivo, se enlaza cada crisis con su norma en una relación de causa-efecto.

A continuación, se analiza el marco regulatorio contemporáneo, partiendo de la crisis de 2007 como hecho causante. Desde esta perspectiva, se efectúa una descripción tanto nacional como comunitaria del ordenamiento jurídico y se acomete un estudio del derecho comparado, contraponiendo los dos regímenes por excelencia: el europeo y el americano. Asimismo, se analizan los casos más relevantes (Banco Popular, banca italiana...)

Una vez asentados los aspectos regulatorios esenciales tanto coetáneos como históricos, se aborda la naturaleza del procedimiento del mecanismo de resolución bancaria, tomando como punto de partida la regulación bancaria como una regulación económica general y la concurrencia de un interés público que explica la necesidad de ofrecer una alternativa a los tradicionales procedimientos concursales.

A continuación y sobre la base de la calificación del mecanismo de resolución bancaria como un procedimiento administrativo singular según la Ley 11/2015 se examinan las diferencias entre la intervención de empresas, la regulación y la expropiación forzosa, concluyendo que la venta del negocio como herramienta de resolución debe ser calificada como una nueva modalidad de expropiación forzosa.

A raíz de esta afirmación, son objeto de estudio los distintos pronunciamientos judiciales que se han venido dictando sobre la materia y se examinan las garantías asociadas a todo procedimiento expropiatorio para llegar a la conclusión de que se ha omitido parte de las mismas en la resolución bancaria.

Para finalizar se formula una visión crítica de la regulación, se describen los principales inconvenientes, se efectúan las obligadas conclusiones y se ofrece unas propuestas de futuro. Por último, se incluye la referencia de la bibliografía utilizada.

ABSTRACT

THE BANK RESOLUTION MECHANISM: SINGULAR PROCEDURE OR COMPULSORY EXPROPRIATION?

The bank resolution mechanism is a legal response that has been arbitrated from the international sphere to try to solve the challenge posed by the need to order in a feasible way the crisis of large banking entities, so that their bankruptcy does not affect the economic stability, nor does it imply the assumption of losses by taxpayers. However, the fundamental challenge that this mechanism has to face is how to reconcile the above purpose with respect for a right with a constitutional dimension, as is the case with the right to property.

The purpose of this research work is to analyze the legal nature of this administrative procedure and, especially, it addresses whether the sale of the business from one bank to another involves a new form of compulsory expropriation.

The thesis begins with a historical contextualization of the intervention of companies in the banking field with two objectives. The first of them is to expose the

requirements and budgets that over time have been designed to overcome the different banking crises and thus, show that the current problem has been a concurrent reality in our modern history. The second is to prove that, as has been held by the doctrine, banking regulation is insufficient insofar as it offers immediate responses to unforeseen difficulties, without considering at any time a project for the future that can anticipate events. To achieve this last objective, each crisis is linked to its norm in a cause-effect relationship.

Next, the contemporary regulatory framework is analyzed, starting with the 2007 crisis as the causative event. From this perspective, a national and community description of the legal system is made and a study of comparative law is undertaken, contrasting the two regimes par excellence: the European and the American. Likewise, the most relevant cases are analyzed (Banco Popular, Italian banking ...)

Once the essential regulatory aspects, both contemporary and historical, have been established, the nature of the procedure of the bank resolution mechanism is addressed, taking as a starting point bank regulation as a general economic regulation and the concurrence of a public interest that explains the need to offer an alternative to traditional bankruptcy procedures.

Below and on the basis of the classification by law 11/2015, of June 18, of the bank resolution mechanism as a unique administrative procedure, the differences between the intervention of companies, regulation and compulsory expropriation are examined, concluding that the sale of the business as a resolution tool should be classified as a new form of compulsory expropriation.

As a result of this assertion, the various pronouncements that have been issued on the matter are the object of study, and the guarantees associated with all expropriation proceedings are examined to reach the conclusion that part of them has been omitted.

To conclude, a critical vision of the regulation is formulated, the main drawbacks are described, the obligatory conclusions are made and some proposals for the future are offered. At the end, the reference of the bibliography used is included
