



*Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho
Mercantil*

2014/84

Febrero 2014

**ASPECTOS MERCANTILES DEL RÉGIMEN LEGAL DEL FONDO
DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA (FROB)**

Alberto Javier Tapia Hermida

Juan Sánchez-Calero Guilarte

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
E-mail: Alberto Javier Tapia Hermida: alberto.tapia.hermida@der.ucm.es
E-mail: Juan Sánchez-Calero: jscalero@der.ucm.es
<http://www.ucm.es/dep-derecho-mercantil/>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es/>

Copyright © 2014 Por los autores

ASPECTOS MERCANTILES DEL RÉGIMEN LEGAL DEL FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA (FROB)¹

Alberto J. Tapia y Juan Sánchez-Calero^{**}

RESUMEN: El FROB es una entidad pública que tiene encomendada la tarea de gestionar los procesos de reestructuración y resolución de las entidades de crédito que lo precisen. Para ello, ejerce facultades administrativas y facultades mercantiles. Este Estudio se ocupa, primero, de cómo y de cuándo debe ejercitar el FROB estas últimas facultades mercantiles que pueden obedecer (i) a su condición de accionista o titular de instrumentos financieros emitidos por la entidad de crédito rescatada, cuando los suscriba o adquiera; (ii) a su condición de órgano de administración de aquella entidad, cuando lo sustituya; o (iii) al ejercicio por su parte de las facultades propias de la junta o la asamblea general, cuando estas no puedan adoptar acuerdos válidos o cuando se resistan a adoptar los acuerdos necesarios. Después, este Estudio trata de la contestabilidad de las decisiones o acuerdos que adopte el FROB en el ejercicio de sus facultades mercantiles y, en especial, del régimen de impugnación de sus acuerdos o decisiones por razón de nulidad y del régimen de exigencia de responsabilidad por los actos de gestión que ejecute el FROB como administrador de una entidad de crédito rescatada. Por último, este Estudio se ocupa de las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada.

Palabras clave: Mecanismo Único de Supervisión (MUS), Mecanismo Único de Resolución (MUR), Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), facultades mercantiles, planes de reestructuración, planes de resolución, exigencia de responsabilidad, instrumentos híbridos de capital, deuda subordinada,

ABSTRACT: The Fund for Orderly Bank Restructuring (FROB) is a public entity entrusted with the task of managing the restructuring and resolution of credit institutions that need any of these. For that purpose it holds administrative commercial powers. This paper assesses, in the first instance, how and when may the FROB exercise the said powers that could derive from (i) its status as shareholder or holder of financial instruments issued by the bailed credit institution rescued, when subscribing or acquiring them; (ii) its mandate as

¹ Texto de la ponencia presentada en el XI Seminario Harvard-Complutense, sobre “Reestructuración del Sistema Financiero y nuevas estrategias de negociación”, celebrado los días 7, 8 y 9 de octubre de 2013 en Harvard Law School/ Real Colegio Complutense con el patrocinio de Allen & Overy, Banco Santander, Ilustre Colegio de Registradores de España e Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

^{**} Catedráticos de Derecho mercantil. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

director of the entity's board when replacing the former; or (iii) the use of powers conferred to the general meeting, whenever any of the said body is not in the position to pass valid resolutions or is not eager to pass the necessary resolutions. Moreover, this paper examines the possibility of objecting to decisions or resolutions passed by the FROB when exercising its commercial powers and, in particular, the regulation for challenging void resolutions and the terms of claiming liability for management decisions executed by the FROB as director of a bailed credit institution. Finally, the paper addresses the management actions of hybrid capital instruments and subordinated debt.

Key words: Single Supervisory Mechanism (SSM), Single Resolution Mechanism (SRM), Fund for Orderly Bank Restructuring (FROB), mercantile powers, restructuring plans, resolution plans, claiming liability, hybrid capital instruments, subordinated debt.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN: UBICACIÓN DEL FROB EN EL CONTEXTO DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA UNIÓN BANCARIA EUROPEA. ..	6
II. PRESUPUESTO: LOS SUJETOS IMPLICADOS EN EL SANEAMIENTO DEL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL.....	9
A) Sujeto agente: el FROB.....	9
1. Unidad institucional y dualidad funcional del FROB.	9
2. La delimitación objetiva de las facultades mercantiles del FROB por referencia a los principios y objetivos de la Ley 9/2012.....	10
B) Sujetos pacientes: las entidades de crédito.....	11
1. Aspectos comunes relevantes para el rescate.	11
2. Aspectos específicos relevantes para el rescate.....	12
III. EJERCICIO POR EL FROB DE SUS FACULTADES MERCANTILES.....	13
A) Formas de ejercicio de sus facultades mercantiles por el FROB.	13
B) Ejercicio por el FROB de las facultades del órgano de administración.	14
1. Supuesto general: cuando asuma tal condición.	14
2. En planes de resolución.	16
3. En caso de incumplimiento por la entidad de crédito de sus obligaciones de conversión de los instrumentos convertibles adquiridos por el FROB.....	18
C) Ejercicio por el FROB de las facultades de los accionistas o titulares de otros instrumentos financieros.....	18
1. Reglas generales para todo tipo de instrumentos financieros de recapitalización.....	18
2. Reglas especiales para los distintos tipos de instrumentos financieros de recapitalización.	20
2.1. Cuando el FROB haya suscrito o adquirido acciones ordinarias o aportaciones al capital social.....	20
2.2. Cuando el FROB haya suscrito o adquirido instrumentos convertibles en acciones ordinarias o aportaciones al capital social.	22
D) Ejercicio por el FROB de las facultades de la junta o asamblea general.	23

1. Supuestos: imposibilidad de adoptar acuerdos válidos o resistencia de la junta o asamblea a adoptar los acuerdos necesarios.....	23
2. Alcance de las facultades del FROB y su convivencia con la junta o asamblea general.....	25
IV. CONTESTABILIDAD DE LAS DECISIONES O ACUERDOS DEL FROB EN EJERCICIO DE SUS FACULTADES MERCANTILES.	26
A) La necesidad de coordinar la efectividad de las medidas de rescate de las entidades de crédito con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.	26
B) Impugnación de acuerdos y decisiones del FROB.....	27
1. Especialidades en el motivo de impugnación: limitación a los acuerdos nulos. Exclusión de los acuerdos anulables.....	27
2. Especialidades en el plazo de caducidad de la acción de impugnación: limitación a 15 días.....	27
C) Exigencia de responsabilidad al FROB como administrador de una entidad de crédito.	28
1. El régimen especial de responsabilidad del FROB como administrador de entidades de crédito rescatadas.....	28
2. Exclusión de la acción social de responsabilidad.....	29
3. Mantenimiento de la acción individual de responsabilidad.....	29
V. REFERENCIA ESPECIAL A LAS ACCIONES DE GESTIÓN DE INSTRUMENTOS HÍBRIDOS DE CAPITAL Y DEUDA SUBORDINADA POR EL FROB.	30
A) Finalidad y contexto.	30
B) Noción de instrumentos híbridos.....	31
C) Carácter obligatorio.....	31
D) Tipos de acciones.	33
E) Valoración por el FROB del contenido e idoneidad de las acciones. ..	36
F) Blindaje.	36
H) Régimen sancionador.	38
VI. CONCLUSIONES.	39

I. INTRODUCCIÓN: UBICACIÓN DEL FROB EN EL CONTEXTO DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA UNIÓN BANCARIA EUROPEA.

El estatuto jurídico del FROB contenido en la Ley 9/1992, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito² es un régimen excepcional que está plagado de facultades administrativas y –en lo que nuestra Ponencia afecta- mercantiles exorbitantes³ que únicamente pueden entenderse de forma cabal si se las ubica en el contexto propio del rescate (entendido en un sentido amplio que abarca las medidas de reestructuración y resolución) de las entidades de crédito españolas y, en su caso, comunitarias⁴. Por ello, la singularidad del estatuto del FROB en nuestro Ordenamiento y su sucesiva adaptación al entorno cambiante del Derecho comunitario desde su nacimiento con el Real Decreto-Ley 9/2009 hasta su consolidación con la Ley 9/2012 recomienda ubicarlo en aquel contexto⁵.

En el anterior sentido, conviene empezar constatando que todo sistema de control público de la actividad financiera y, en particular, de la actividad bancaria y, por ende, de las entidades de crédito se ordena, por regla general, en tres fases lógica y cronológicamente sucesivas que pasan por la regulación de la actividad de aquellas entidades, la supervisión del cumplimiento por dichas entidades de las normas vigentes y la resolución ordenada de aquellas entidades cuando las crisis financieras individuales o generalizadas pongan en peligro su solvencia, y con ella, el riesgo de los miles de clientes que les confían sus fondos.

El proceso de creación de la Unión Bancaria Europea (UBE)⁶ se acomoda al esquema trifásico anterior y, por ello, se asentará en un trípode integrado por los

² A esta Ley y al marco regulatorio general de la reforma de nuestro sistema financiero nos referíamos en SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Aspectos jurídicos fundamentales de la reforma del sistema financiero”, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo LIII, 21 de febrero de 2013, pág.461 y ss.

³ Sobre el carácter excepcional de la Ley 9/2012 y del FROB en particular puede verse el estudio de VAZQUEZ LEPINETE, T., “Ley 9/1992, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito como Derecho de excepción”, en Anuario de Derecho Concursal nº 30, septiembre-diciembre 2013, págs.181 y ss. que concluye (en su pág.194) diciendo que dicha Ley “*nos es Derecho excepcional, que infringe conscientemente el Derecho comunitario vigente para conseguir un fin, cual es crear instrumentos de resolución efectivos*”.

⁴ Sobre esta ubicación tiene un particular interés el estudio que hace SIGNES DE MESA, I., sobre el FROB y la Decisión de la Comisión Europea de 28 de enero de 2010 sobre su compatibilidad con el mercado interior en su valiosa monografía “Derecho de la Competencia y Crisis Económica. El régimen de ayudas públicas y de concentraciones en el sector financiero”, Madrid 2013, pág.97 y ss.

⁵ En este sentido, vemos que el último párrafo del epígrafe II del preámbulo de esta Ley 9/2012 advierte expresamente de la necesidad de adaptar la normativa de rescate y resolución de entidades de crédito a las novedades proyectadas en el ámbito de la Unión Europea.

⁶ Ver URÍA FERNANDEZ, F., “Novedades en la construcción jurídica de la Unión Bancaria Europea”, en Diario La Ley nº 8223, Sección Documento on-line, p.1. 07/01/2014.

siguientes mecanismos: En cuanto a la regulación, se creará un “*código normativo único, integral y detallado para los servicios financieros del conjunto del mercado interior*”. En cuanto a la supervisión, se asentará sobre un Mecanismo Único de Supervisión (MUS). Y, en cuanto a la resolución, se sustentará sobre “*nuevos marcos de garantía de depósitos y de resolución*”⁷, en particular, el Mecanismo Único de Resolución (MUR).

Si entramos en el segundo pilar de la Unión Bancaria Europea, referido a la supervisión e integrado por el MUS, éste se define como “*un sistema europeo de supervisión financiera compuesto por el BCE y las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros participantes*” (art. 2.9 del Reglamento 1024/2013⁸). En consecuencia, el MUS se basa en la atribución al Banco Central Europeo (BCE) de una serie de funciones específicas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito que comienzan por sus condiciones de acceso a la actividad bancaria, tales como la autorización de dichas entidades y su revocación; y siguen por sus condiciones de ejercicio de su actividad bancaria, tales como el control de la adquisición y venta de participaciones cualificadas, los requisitos prudenciales de fondos propios, titulización, limitación de grandes exposiciones, liquidez y apalancamiento, estructuras de gobernanza, etc.⁹ En particular, tales funciones recaen sobre las entidades de crédito que no merezcan la consideración de “*menos significativas*” conforme a una evaluación que se basará en los criterios de su tamaño, la importancia para la economía de la Unión o de cualquier Estado miembro participante en el euro y el carácter significativo de sus actividades transfronterizas¹⁰.

⁷ V. Considerando (11) del Reglamento (UE) n° 1224/2013.

⁸ Reglamento (UE) n° 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (DOUE 29.10.2013, L 287/63 y ss.).

⁹ Estas funciones se enumeran en el art. 4 del Reglamento 1024/2013 y se detallan en sus arts. 9 y ss.

¹⁰ El art. 6.4 del Reglamento 1024/2013 dice que “*una entidad de crédito, o sociedad financiera de cartera o sociedad financiera mixta de cartera, no se considerará menos significativa, a menos que lo justifiquen circunstancias particulares que se especificarán en el método, si se reúne alguna de las siguientes condiciones: i) que el valor total de sus activos supere los 30 000 000 000 EUR, ii) que la ratio de sus activos totales respecto del PIB del Estado miembro participante de establecimiento supere el 20 %, a menos que el valor total de sus activos sea inferior a 5 000 000 000 EUR, iii) que, previa notificación por su autoridad nacional competente en el sentido de que considera que esa entidad tiene importancia significativa para la economía nacional, el BCE tome una decisión por la que confirma dicho carácter significativo tras haber realizado una evaluación global, incluida una evaluación del balance, de dicha entidad financiera. Asimismo, el BCE podrá, por iniciativa propia, estudiar si una institución tiene una relevancia significativa cuando hubiese establecido filiales bancarias en más de un Estado miembro participante y su activo o pasivo transfronterizo represente una parte importante de su activo o pasivo total, sujeto a las condiciones establecidas en el método. Aquellas respecto de las cuales se haya solicitado o recibido ayuda financiera pública directa de la FEEF o del MEDE no se considerarán menos significativas. No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, el BCE desempeñará las*

La atribución al BCE de aquellas funciones de supervisión prudencial sobre determinadas entidades de crédito obliga a adoptar medidas de coordinación en dos direcciones: internamente, separando aquellas funciones de la función primigenia de política monetaria que corresponde al BCE¹¹; y, externamente, coordinando el ejercicio de aquellas funciones con las que conservan las autoridades nacionales competentes dentro del marco del propio MUS y con las que corresponden a las autoridades integradas en el Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF)¹² y, muy en particular, a la Autoridad Bancaria Europea (ABE)¹³. Esto último ha obligado a reordenar el estatuto jurídico de la ABE mediante el Reglamento 1022/2013¹⁴.

Si avanzamos en nuestro discurso para entrar en el tercer pilar de la Unión Bancaria Europea -que abarca los mecanismos de la resolución ordenada de las entidades de crédito como hábitat propio del FROB- nos encontramos, en el Derecho comunitario proyectado, con la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión¹⁵. Esta Propuesta articula el marco citado sobre la base de las autoridades de resolución, los planes de rescate y resolución, las medidas de intervención temprana, los instrumentos de recapitalización, las restricciones en materia de rescisión de contratos y otra serie de medidas que han sido objeto de adaptación anticipada por nuestra Ley 9/2012, tal y como constata el apartado II de su Preámbulo.

funciones que le confiere el presente Reglamento respecto a las tres entidades de crédito más significativas en cada uno de los Estados miembros participantes, salvo que lo justifiquen circunstancias particulares”.

¹¹ En este sentido, el art. 25 del Reglamento 1024/2013 se refiere a la “*separación de la función de política monetaria*”.

¹² Sobre este SESF ver nuestros estudios TAPIA HERMIDA, A.J., “El Sistema Europeo de Supervisión Financiera” en la Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB) nº 120, 2011, pág.9 y ss. y “El sistema europeo de supervisión financiera y los proyectos de supervisión centralizada de los mercados de valores en Iberoamérica”, en la Revista Iberoamericana de Mercados de Valores nº 32, 2011, págs. 1 y ss.

¹³ En este sentido, el art. 3.1 del Reglamento 1024/2013 dispone: “*El BCE cooperará estrechamente con la Autoridad Bancaria Europea, la Autoridad Europea de Valores y Mercados, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, y la Junta Europea de Riesgo Sistémico, y con las demás autoridades que constituyen el Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF), que aseguran un nivel adecuado de reglamentación y supervisión en la Unión. Cuando sea necesario el BCE celebrará memorandos de entendimiento con las autoridades competentes de los Estados miembros responsables de los mercados de instrumentos financieros. Dichos memorandos se pondrán a disposición del Parlamento Europeo, el Consejo y las autoridades competentes de todos los Estados miembros*”.

¹⁴ Reglamento (UE) nº 1022/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, que modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), en lo que se refiere a la atribución de funciones específicas al Banco Central Europeo en virtud del Reglamento (UE) nº 1024/2013 (DOUE 29.10.2013, L 287/5 y ss.).

¹⁵ Bruselas 6.6.2012, COM 2012 (280) final, 2012/0150/COD.

Con posterioridad, encontramos la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y determinadas empresas de inversión¹⁶. Esta Propuesta articula un Mecanismo Único de Resolución basado en una Junta de Resolución, un Fondo Único de Resolución Bancaria y coordinado con el Mecanismo Único de Supervisión y el Mecanismo Europeo de Estabilidad.

Las consideraciones precedentes permiten ubicar al FROB como una autoridad nacional de resolución, cuyas facultades exuberantes tanto en el plano administrativo como en el mercantil se explican por la necesidad de rentabilizar el esfuerzo financiero público realizado para reformar nuestro sistema financiero, rescatando a algunas cajas de ahorros y la exigencia de minimizar el sacrificio final que ha de soportar el contribuyente¹⁷.

En particular, los aspectos mercantiles del FROB de los que nos ocuparemos en esta ponencia se explican en torno a dos variables fundamentales, reflejadas en otros tantos preceptos de la Ley 9/2012: Primero, las facultades mercantiles excepcionales que le confiere el art. 63. Segundo, el “blindaje” de los actos de ejercicio de aquellas facultades mercantiles que establece el art. 71 restringiendo los recursos y las acciones que los accionistas, obligacionistas, acreedores y terceros interesados de aquellas entidades de crédito rescatadas pueden interponer o ejercitar contra los actos y las decisiones del FROB.

II. PRESUPUESTO: LOS SUJETOS IMPLICADOS EN EL SANEAMIENTO DEL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL.

A) Sujeto agente: el FROB.

1. Unidad institucional y dualidad funcional del FROB.

Debemos empezar por ubicar al FROB en el contexto de las dos fases que se suceden o pueden sucederse en la vida de las entidades de crédito que son: primera y en todo caso, la supervisión por el Banco de España (que, veremos puede adoptar medidas de actuación temprana). Segunda y eventualmente, la reestructuración y resolución por el FROB. Es manifiesto que resulta imprescindible la necesaria coordinación entre ambas autoridades y, por ello, la Ley 9/2012 está plagada de referencias a dicha coordinación de funciones y facultades¹⁸.

¹⁶ Bruselas 10.7.2013, COM 2013 (520) final, 2013/0253/COD.

¹⁷ En este sentido, la prensa señalaba: “*La banca española recibió una inyección de 53.000 millones de euros con cargo a los Presupuestos Generales del Estado entre 2010 y 2013*” (El Mundo, 19 de septiembre de 2013, pág.38).

¹⁸ Principio de coordinación que se ratificará en la futura Ley de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito que, en su Título II dedicado a la supervisión de aquellas

Dicho lo anterior, el FROB ofrece dos perfiles: una unidad institucional, como entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada para el desarrollo de sus fines, que se regirá por lo establecido en la Ley 9/2012 y que tiene por objeto gestionar los procesos de reestructuración y resolución de las entidades de crédito (art. 52); y una dualidad funcional, tanto porque se somete al ordenamiento jurídico-privado, salvo que actúe en el ejercicio de las potestades administrativas legalmente conferidas (art. 52) como porque se le confieren funciones administrativas y mercantiles (art. 62 y ss.)¹⁹.

2. La delimitación objetiva de las facultades mercantiles del FROB por referencia a los principios y objetivos de la Ley 9/2012.

Si avanzamos en el objeto de nuestra Ponencia, hemos de resaltar la necesidad de la delimitación objetiva de las facultades mercantiles del FROB por referencia a los objetivos y principios de reestructuración y resolución consagrados en los arts. 3 y 4 de la Ley 9/2012. Esta delimitación encuentra su base positiva en el art. 62 de la Ley 9/2012 cuando dice que “*el FROB ejercerá las facultades necesarias para la aplicación de los instrumentos y medidas previstos en esta Ley*” y añade que “*dichas facultades serán de naturaleza mercantil o administrativa*”. Ello nos remite a los fines, objetivos y principios de la reestructuración y resolución de las entidades de crédito expuestos en los arts. 2, 3 y 4 de la Ley 9/2012 que pueden clasificarse en principios objetivos (como la estabilidad del sistema financiero, la continuidad de las actividades de las entidades, la utilización eficiente de los recursos públicos) y principios subjetivos (la protección de los depositantes y clientes, el reparto de la carga del rescate entre accionistas y acreedores de las entidades rescatadas, la sustitución y responsabilidad de los administradores de las entidades inviables en resolución).

Esta delimitación objetiva de las facultades mercantiles del FROB por referencia a los objetivos y principios de reestructuración y resolución consagrados en los arts. 3 y 4 de la Ley 9/2012 tiene dos consecuencias principales: la primera es la posibilidad de controlar el ejercicio por el FROB de sus facultades mercantiles para exigir que respondan al cumplimiento de aquellos objetivos y principios y la consiguiente contestabilidad de los actos, decisiones y acuerdos en los que se plasme el ejercicio de tales facultades. La segunda consiste en que, en determinadas ocasiones, habrá que admitir una alteración de la jerarquía normal de los intereses implicados (p.ej., el FROB como administrador de una entidad de crédito puede no tener que dar prioridad al interés social ni al de los accionistas, trabajadores o depositantes; sino al interés público superior reflejado en aquellos principios y objetivos).

entidades por el Banco de España, contiene numerosas referencias a las relaciones de dicho Banco con el FROB como puede verse en los arts.67, 88.3, 81 y 82.3 (v. el Proyecto de Ley en el BOCG de 14.2.2014, Serie A, núm.80-1).

¹⁹ Sobre la noción y el régimen jurídico del FROB conforme a la normativa previa a la Ley 9/2012, ver SIGNES DE MESA, I., “Derecho de la Competencia y Crisis Económica” cit. pág.97 y ss.

Por lo tanto, el examen del ejercicio por el FROB de las facultades mercantiles – ordinarias o extraordinarias- que le atribuye la Ley 9/2012, debe realizarse en función de esos objetivos y principios. Y, en la medida en que se produzca un desvío al respecto, estaremos ante una “desviación de poder” en términos administrativos o en una causa de responsabilidad patrimonial en términos mercantiles.

B) Sujetos pacientes: las entidades de crédito.

En el otro extremo de la relación jurídica de rescate están las entidades de crédito rescatadas. Aun cuando la enumeración del art. 1º.2 del Real Decreto Legislativo 1298/1986 sea extensa, porque abarca al ICO, los bancos, las cajas de ahorro, la CECA, las cooperativas de crédito, los establecimientos financieros de crédito y las entidades de dinero electrónico; para el objeto de esta Ponencia resultan relevantes tres de ellas, a saber: los bancos, las cajas de ahorro y las cooperativas de crédito.

En cuanto al ejercicio por el FROB de las facultades mercantiles que le confiere la Ley 9/2012, procede diferenciar los dos aspectos siguientes de las entidades de crédito susceptibles de rescate:

1. Aspectos comunes relevantes para el rescate.

En primer lugar, los aspectos comunes a estas entidades de crédito, que son independientes de su forma jurídica. Se trata, primero, de que, en la regulación de rescate de estas entidades prima la noción funcional basada en la captación que hacen de fondos del público (esto es, las operaciones pasivas), aspecto este destacado como característico a los efectos de su eventual rescate en el Preámbulo de la Ley 9/2012²⁰.

Segundo, los procedimientos de gobierno y estructura organizativa de aquellas entidades por cuanto estas entidades y sus grupos consolidables deberán disponer de una estructura organizativa adecuada, con procedimientos de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que estén o puedan estar

²⁰ El apartado I dice al respecto: “Según la ya clásica definición contenida en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre Adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas, la peculiar naturaleza de estas entidades de crédito deriva de su forma de captación de pasivos, consistente en «recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución». La aplicación de dichos pasivos «por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza» es la otra cara de la moneda de su labor de intermediación financiera, pero no es exclusiva de las entidades de crédito, a pesar de la denominación que les es propia”. Esta característica funcional esencial se ratificará en la futura Ley de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito que, en su art.1, define las entidades de crédito como “las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia” (v. el Proyecto de Ley en el BOCG de 14.2.2014, Serie A, núm.80-1).

expuestos y mecanismos adecuados de control interno²¹. A nuestros efectos, destacamos que aquellas entidades y sus grupos consolidables deberán elaborar y mantener actualizado un plan general de viabilidad que contemple las medidas a adoptar para restaurar la viabilidad y la solidez financiera de la entidad en caso de que estas sufran algún deterioro significativo²².

Esta vinculación esencial entre la solvencia de las entidades de crédito y su sistema de gobierno corporativo -en especial, en cuanto afecta a la remuneración de sus administradores y directivos- ha vuelto a ponerse de manifiesto, después de la promulgación de la Ley 9/2012 cuando vemos que, entre las medidas introducidas por el 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 financieras²³ - promulgado a la vista de la entrada en vigor del Reglamento (UE) n° 575/2013, el 1 de enero de 2014 se encuentra se encuentra la del establecimiento²⁴ de nuevas “medidas de gobierno corporativo” a las entidades de crédito. En este sentido, dichas entidades, al fijar los componentes variables de la remuneración de aquellas categorías de empleados cuyas actividades profesionales incidan de manera significativa en el perfil de riesgo de la entidad, su grupo, sociedad matriz o filiales (altos directivos, empleados que asumen riesgos o que ejercen funciones de control, etc.), deben respetar los ratios y límites legales. Y decimos que este Real Decreto-Ley 14/2013 muestra la conexión entre solvencia, supervisión y gobierno corporativo porque se ocupa de adaptar la normativa de solvencia de entidades de crédito y su supervisión por el Banco de España²⁵.

2. Aspectos específicos relevantes para el rescate.

En segundo término, también en el rescate de aquellas entidades, hay que tomar en consideración los aspectos específicos de cada tipo de entidad de crédito porque sus diversas formas jurídicas y estructuras orgánicas son relevantes a nuestros efectos para recordar que las facultades mercantiles del FROB

²¹ Sobre la “reestructuración y las salvaguardias de comportamiento” que deben observar las entidades de crédito beneficiarias de las ayudas ver SIGNES DE MESA, I., “Derecho de la Competencia y Crisis Económica” cit. pág.102 y ss.

²² Todo ello conforme a la redacción del apartado 1 bis del artículo 30 bis de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito establecida en el apartado 4 de Disposición final cuarta de la Ley 9/2012.

²³ BOE n° 287, de 30.11.2013; convalidado por Acuerdo de las Cortes Generales de 12 de diciembre de 2013 (Resolución de 12.12.2013 de la Presidencia del Congreso de los Diputados en BOE n° 302 de 18.12.2013).

²⁴ Mediante la adición de un nuevo art. 10º.bis.1 a la Ley 13/1985.

²⁵ Para ello, recurre al expediente técnico de modificar, en su art. 1º, la ya tantas veces modificada Ley 13/1985.

“impactan” sobre diferentes sistemas de financiación y de gobierno corporativo²⁶. Valga como ejemplo de esta influencia de las diferentes estructuras jurídicas de los principales tipos de entidades de crédito en las facultades del FROB los diferentes instrumentos de recapitalización tipificados en el art. 29 de la Ley 9/2012 (acciones ordinarias en el caso de los bancos o aportaciones al capital social en el caso de las cooperativas de crédito y las exenciones de determinadas limitaciones en el momento en el que el FROB suscriba o adquiriera aquellos instrumentos de recapitalización). Tendremos ocasión de exponer estas diferencias de impacto con ocasión de cada una de las facultades mercantiles que el art. 63 de la Ley 9/2012 atribuye al FROB.

III. EJERCICIO POR EL FROB DE SUS FACULTADES MERCANTILES.

A) Formas de ejercicio de sus facultades mercantiles por el FROB.

La referencia inicial del art. 63 de la Ley 9/2012 a que “*el FROB ejercerá las facultades que la legislación mercantil confiere con carácter general*” a distintos sujetos y órganos de la entidad de crédito rescatada, implica dos consecuencias respecto de la delimitación de sus facultades:

a) En sentido objetivo, la remisión a aquella legislación mercantil exigirá tomar en consideración los tres tipos fundamentales de entidades de crédito susceptibles de rescate porque, en cada caso, se aplicará una legislación distinta y las facultades mercantiles del FROB impactarán sobre estructuras organizativas diferentes²⁷. De tal modo que: cuando se trate de bancos, su condición de sociedades anónimas especiales, hará que se les aplique el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (en adelante, LSC) y el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio; cuando se trate de cooperativas de crédito, se les aplicará la Ley 13/1989, de 26 de mayo (en adelante, LCC), y su Reglamento aprobado por Real Decreto 84/1993, de 22 de enero (en adelante, RCC); y, cuando se trate de cajas de ahorros, se les aplicará la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (en adelante, LCA).

b) En sentido subjetivo, veremos cómo aquellas facultades mercantiles del FROB se delimitan por remisión a las que ostentan otros tantos sujetos (accionistas u obligacionistas) u órganos sociales (órganos de administración o juntas o asambleas generales). En este último sentido, el FROB puede ejercitar las facultades mercantiles que le confiere el art. 63 de la Ley 9/2012 de tres maneras:

²⁶ Procede destacar la promulgación posterior a la Ley 2/2012, de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

²⁷ En todo caso, procede llamar la atención sobre la remisión a “*la normativa reguladora de las sociedades mercantiles*” como normativa supletoria general de las entidades de crédito que hará la futura Ley de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito que, en su Título II, regula la solvencia de estas entidades (v. el Proyecto de Ley en el BOCG de 14.2.2014, Serie A, núm.80-1).

Primero, por derecho propio, como accionista o titular de instrumentos financieros emitidos por la entidad de crédito. Segundo, por sustitución permanente del órgano de administración. Por lo tanto, no convive el FROB con el órgano de administración al que sustituye. Tercero, por sustitución ocasional de la junta o la asamblea general. Por lo tanto, convive el FROB con la junta o la asamblea general que sigue existiendo.

Por último, conviene recordar que, en la hipótesis de que el FROB se convierta en socio único de una entidad de crédito, habrá que tomar en consideración las mutaciones previstas en el Capítulo III (arts. 12 y ss.) de la LSC.

B) Ejercicio por el FROB de las facultades del órgano de administración.

1. Supuesto general: cuando asuma tal condición.

El art. 63 de la Ley 9/2012 dispone que *“el FROB ejercerá las facultades que la legislación mercantil confiere con carácter general: a) al órgano de administración de la entidad, cuando asuma tal condición”*.

En cuanto se refiere al procedimiento de asunción por el FROB de la condición de administrador de una entidad de crédito, debe integrarse por remisión a la LDIEC, porque el FROB asumirá la condición de administrador conforme a dicha Ley de tal modo que el art. 22 de la Ley 9/2012 dispone que *“el Banco de España acordará la sustitución del órgano de administración de la entidad al amparo de lo establecido en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, con las especialidades previstas en esta Ley”*. Y el art. 31 de aquella LDIEC -en la redacción dada por la Disposición final cuarta de la Ley 9/2012- dispone tres situaciones en las que pueden acordarse las medidas de intervención o sustitución provisional del órgano de administración de una entidad de crédito, la primera de las cuales consiste en que *“se encuentre en alguna de las situaciones descritas en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito”*. En este caso, aquel precepto señala que *“podrá acordarse la sustitución provisional de su órgano de administración en los términos previstos en esta Ley y con las particularidades recogidas en la citada Ley”*. Además, el art. 31 de la LDIEC mantiene las dos situaciones anteriores que facultan para que el Banco de España adopte la intervención de una entidad de crédito o la sustitución provisional de su órgano de administración: primero, cuando existan indicios fundados de que aquella se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro su estabilidad, liquidez o solvencia. Segundo, cuando se produzcan incumplimientos de las personas que poseen una participación significativa²⁸.

²⁸ Esta regulación se mantendrá en la futura Ley de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito que, en el Capítulo V de su Título III, regula de manera sustancialmente idéntica las medidas de intervención y sustitución aplicables por el Banco de España (v. el Proyecto de Ley en el BOCG de 14.2.2014, Serie A, núm.80-1).

Según veremos, un denominador común en el nombramiento del FROB como órgano de administración de una entidad de crédito consiste en que el FROB, a su vez, nombrará a la persona o personas físicas o jurídicas que, en su nombre, ejercerán las funciones y facultades propias de esa condición (arts. 22.1 y 34.3). Previsión relevante tanto por sus causas, ya que responde a la conveniencia de nombrar, en determinados casos, a personas jurídicas de modo semejante a lo que ocurre con la legislación concursal; como por sus efectos, puesto que todo acto de gestión de aquellos delegados, agentes o mandatarios del FROB será imputable a este último, frente a terceros, sin perjuicio de las eventuales acciones de repetición que pudieran corresponder al FROB. Tal y como se deduce de los principios de la representación directa, desde el momento en que aquellas personas ejercerán “*en su nombre*” las funciones y facultades que la ley confiere al FROB (cfr. art. 247 del Código de Comercio).

En cuanto se refiere a las facultades mercantiles del FROB como administrador de una entidad de crédito, debemos empezar por recordar que, para determinar con carácter general qué facultades confiere la legislación mercantil al órgano de administración de una entidad de crédito, hay que empezar por precisar la forma jurídica de dicha entidad puesto que: si estamos ante un banco, el órgano sustituido será un consejo de administración con la composición y los requisitos establecidos en el art. 2º del Real Decreto 1245/1995 y con las facultades previstas en el Capítulo VI (arts. 242 y ss.) y concordantes de la LSC; si estamos ante una cooperativa de crédito, el órgano sustituido será un consejo rector con la composición y requisitos establecidos en el art. 9º de la LCC y en los arts. 23 y ss. del RCC y con las facultades que estos últimos preceptos le confieren; y si nos encontramos ante una caja de ahorros, el órgano sustituido será un consejo de administración con la composición, requisitos y facultades establecidos en la Sección 2ª (arts. 15 y ss.) del Capítulo II de la LCA.

Según veremos, existen dos supuestos en los que expresamente se prevé la sustitución del órgano de administración de una entidad de crédito como una medida de resolución (art. 22) o en caso de incumplimiento por una entidad de crédito de sus deberes de conversión de los instrumentos convertibles adquiridos por el FROB (art. 34.3). Además, nos parece que el Banco de España puede designar al FROB como administrador provisional de una entidad de crédito en dos supuestos no previstos expresamente, en virtud de las remisiones legales entre las diversas medidas: Primero, en los casos de actuación temprana, puesto que el art. 10 de la Ley 9/2012 contempla la sustitución provisional del órgano de administración como medida de actuación temprana y el nombramiento del FROB como administrador provisional en estos casos facilitaría la coordinación con el Banco de España al objeto de seguimiento del plan de actuación e información del FROB, en los términos previstos en el art. 11. Segundo, en planes de reestructuración, porque el art. 16 de la misma Ley 9/2012 señala que “*el FROB podrá incluir, a propuesta del Banco de España, cualquier medida de actuación temprana, en los planes de reestructuración*”. Por ello, entre aquellas medidas puede incluirse la sustitución provisional del órgano de administración de la

entidad sometida a un plan de reestructuración, por virtud de la remisión implícita del art. 16 al art. 10.

2. En planes de resolución.

El art. 22 de la Ley 9/2012 contempla la “*sustitución del órgano de administración como medida de resolución*”, que seguirá el procedimiento previsto en el art. 31 de la LDIEC y se trata de una sustitución imperativa desde el momento en que el propio art. 22 de la Ley 9/2012 empieza estableciendo que “*tras la apertura del proceso de resolución conforme a lo previsto en el artículo anterior, el Banco de España acordará la sustitución del órgano de administración de la entidad*”.

Esta sustitución se caracteriza por las tres notas siguientes:

a) Primera, la actuación del FROB se desarrollará con la colaboración de un submandatario designado por el propio FROB que, por lo tanto, responderá de la gestión de aquel. En efecto, el art. 22 sigue diciendo que, una vez designado el FROB como administrador de la entidad, este, “*a su vez, nombrará a la persona o personas físicas o jurídicas que, en su nombre, ejercerán las funciones y facultades propias de esa condición*”. Ya nos hemos pronunciado sobre la responsabilidad del FROB frente a terceros por su o sus representantes directos.

b) Segunda, se permite al Banco de España no sustituir al órgano de administración de la entidad en dos supuestos extraordinarios: Primero, cuando, “*a la vista de la composición del accionariado o del órgano de administración de la entidad en el momento de la apertura del proceso de resolución, no resulte necesario proceder a dicha sustitución para garantizar el adecuado desarrollo del proceso de resolución*”. Segundo, “*cuando el FROB esté en disposición de controlar el órgano de administración de la entidad en virtud de los derechos políticos de que disponga*”. En este segundo caso, el FROB ocupará una posición de “administrador de hecho” al que, en virtud del art. 236 de la LSC, se le podrá reclamar responsabilidad mediante el ejercicio de la pertinente acción individual, prevista en el art. 241 de la LSC y mantenida expresamente en el art. 71.2 de la Ley 9/2012, a diferencia de la acción social, que se excluye, como veremos en el epígrafe IV.B de esta Ponencia. Ambas hipótesis requerirán un análisis detenido de las relaciones de poder dentro de la entidad, recordando que el FROB no queda sometido a limitaciones legales o estatutarias al derecho de voto por el art. 33.1 de la propia Ley 9/2012.

c) Tercera, las facultades de gestión y representación del FROB quedan condicionadas por los fines, objetivos y principios generales consagrados en los arts. 2, 3 y 4 de la Ley 9/2012 en una muestra de adaptación de la escala de valores normal a una situación excepcional a la que antes nos referíamos, donde el interés social, de los socios o de los trabajadores puede quedar postergado en aras de aquellos fines del rescate bancario. Así, el art. 22 de la Ley 9/2012, en su apartado 3 dispone que el FROB “*tendrá como objetivo promover las soluciones y*

adoptar las medidas necesarias para resolver la situación en que se encuentra la entidad y velar por sus intereses, siempre de conformidad con los objetivos y principios previstos en los artículos 3 y 4 de esta Ley”.

Una vez asumida la condición de administrador, el FROB deberá elaborar un Plan de resolución o determinar la procedencia de la apertura de un procedimiento concursal, comunicándoselo, en este último caso, al Banco de España, al Ministro de Economía y Competitividad y al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (art. 23).

En la práctica reciente, encontramos el ejemplo de asunción por el FROB de la condición de administrador NCG Banco, S.A. por sustitución del consejo de administración de la entidad acordada por la Comisión Ejecutiva del Banco de España, en su sesión de 17 de enero de 2014²⁹, dentro del proceso de adjudicación de aquel Banco a Banco Etcheverría, S.A. / Grupo Banesco³⁰.

²⁹ La Resolución de 17 de enero de 2014, del Banco de España, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la misma fecha, en relación a la entidad NCG Banco, S.A. (BOE nº 18, de 21.01.2014) dice: *“La Comisión Ejecutiva del Banco de España, en su sesión de 17 de enero de 2014, ha adoptado el siguiente acuerdo: Aprobar la sustitución provisional del consejo de administración de NCG Banco, S.A. de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 22 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y en el apartado 1 del artículo 31 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y designar como administrador de la entidad al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, que, a su vez, nombrará a la persona o personas físicas o jurídicas que, en su nombre, ejercerán las funciones y facultades propias de esa condición. El presente acuerdo es inmediatamente ejecutivo, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 34 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Asimismo, el presente acuerdo se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» dándose traslado del mismo al Registro Mercantil para su inscripción, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 34.2 y 326.1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, y del Reglamento del Registro Mercantil, respectivamente. Contra el presente acuerdo podrá interponerse recurso de alzada ante el Ministro de Economía y Competitividad, con arreglo a lo previsto en el artículo 2.2 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, y en los artículos 114 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.*

³⁰ Ver los hechos relevantes publicados en la página web de la CNMV y comunicados por el FROB el 17.01.2014 (nº 197.138) sobre la venta del NCG Banco, S.A. y el 20.01.2014 (nº 198.858) sobre la designación de tres personas físicas como representantes del FROB en el ejercicio de las funciones de administración provisional. Así como el hecho relevante comunicado a la CNMV por NCG Banco el 28 de enero de 2008 en el que da cuenta del nombramiento por el FROB de una cuarta persona física como administrados *“a los exclusivos efectos de ejercer una representación institucional de la entidad”* que *“se considera conveniente para garantizar la efectividad del contrato de compraventa de acciones de NCG BANCO, S.A. celebrado entre el FROB y el Grupo Banesco, y a un mejor cumplimiento del Plan de Resolución de la entidad”*.

3. En caso de incumplimiento por la entidad de crédito de sus obligaciones de conversión de los instrumentos convertibles adquiridos por el FROB.

El deseo de garantizar el carácter transitorio de la presencia del FROB en el capital de las entidades de crédito rescatadas³¹ hace que, cuando la entidad de crédito rescatada o aquellos de sus accionistas que tengan la condición de entidad de crédito incumplan sus obligaciones de asegurar la conversión y la desinversión por el FROB en los instrumentos convertibles en acciones ordinarias o aportaciones al capital social; el Banco de España pueda acordar la sustitución de los órganos de administración o dirección de la entidad de crédito emisora de aquellos instrumentos y de los de aquellos de sus accionistas que tengan la condición de entidad de crédito, hasta que se complete la operación de conversión. El Banco de España designará como administrador al FROB, que, a su vez, nombrará a la persona o personas físicas que, en su nombre, ejercerán las funciones y facultades propias de esa condición. En particular, dada la causa de la sustitución de los órganos de administración por el FROB, aquellas personas nombradas por el FROB adoptarán los acuerdos y realizarán las actuaciones necesarias para dar efecto a la conversión y el propio FROB, en su calidad de administrador, tendrá todas las facultades para adoptar los acuerdos y realizar las actuaciones necesarias para completar la conversión, estén o no previstas en los estatutos de la entidad emisora y de aquellos de sus accionistas que tengan la condición de entidad de crédito y de los que también hubiera sido designado administrador (art. 34.4 Ley 9/2012).

C) Ejercicio por el FROB de las facultades de los accionistas o titulares de otros instrumentos financieros.

1. Reglas generales para todo tipo de instrumentos financieros de recapitalización.

El artículo 63 de la Ley 9/2012 dispone que *“el FROB ejercerá las facultades que la legislación mercantil confiere con carácter general: (...) b) A los accionistas o titulares de cualesquiera valores o instrumentos financieros, cuando el FROB haya suscrito o adquirido tales valores o instrumentos.”*

Debemos empezar por recordar que, para determinar con carácter general qué facultades confiere la legislación mercantil a los accionistas, socios u obligacionistas de una entidad de crédito, hay que empezar por precisar la forma jurídica de dicha entidad puesto que: si estamos ante un banco, los accionistas u obligacionistas tendrán los derechos que les confiere la LSC; si estamos ante una cooperativa de crédito, los socios u obligacionistas tendrán los derechos que le confiere la LCC y el RCC; y, si nos encontramos ante una caja de ahorros, sus obligacionistas tendrán los derechos que derivan de la aplicación de la LCA.

³¹ Sobre los “mecanismos en caso de incumplimiento de la obligación de recompra” por las entidades de crédito rescatadas de los títulos adquiridos por el FROB ver SIGNES DE MESA, I., “Derecho de la Competencia y Crisis Económica” cit. pág.104 y ss.

Ello requiere identificar los “*instrumentos de recapitalización*” emitidos por las entidades de crédito que necesiten apoyo financiero que puede suscribir o adquirir el FROB. Se trata de las acciones ordinarias emitidas por los bancos o las aportaciones al capital social de las cooperativas de crédito y los instrumentos convertibles en las acciones y aportaciones señaladas. La suscripción o adquisición por el FROB de estos instrumentos financieros se hará conforme a los principios y criterios que pueda establecer al efecto, previo informe del Banco de España; pudiendo anticipar en forma de préstamo el precio de suscripción o adquisición. Una vez suscritos o adquiridos por el FROB, estos instrumentos tienen un régimen especial en cuanto a su computabilidad en los recursos propios de las entidades de crédito emisoras porque serán computables en todo caso como recursos propios básicos y como capital principal, sin que le resulten de aplicación las limitaciones legalmente establecidas para la computabilidad de los recursos propios y del capital principal ni les resulte obligatorio que coticen en un mercado secundario organizado (art. 29 de la Ley 9/2012).

La protección de la inversión y la posición del FROB como accionista, socio u obligacionista convertible se consigue atribuyéndole una posición privilegiada por dos vías:

a) Primero, se le libera de limitaciones generalmente aplicables al resto de socios de tal modo que cuando el FROB suscriba o adquiriera cualquiera de los instrumentos de recapitalización no le resultarán de aplicación las limitaciones estatutarias del derecho de asistencia a las juntas o asambleas generales o del derecho a voto que puedan existir, en el caso de los bancos, al amparo del art. 179.2 o 188.3 de la LSC, respectivamente. Cuando el FROB suscriba o adquiriera aportaciones al capital social de una cooperativa de crédito, no se la aplicarán las limitaciones a la adquisición de aportaciones al capital social que existen conforme a la LCC y el quórum de asistencia a la asamblea y las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos se calcularán, y los derechos de voto se atribuirán, en proporción al importe de las aportaciones respecto al capital social de la cooperativa. Por otro lado, no se aplicarán al FROB las limitaciones a la computabilidad de los recursos propios y del capital principal, o, con carácter general, las limitaciones establecidas en cada momento en relación con los requerimientos de solvencia que existen conforme a la Ley 13/1985.

b) Segundo, se le exonera de cumplir determinadas obligaciones como la de presentar una oferta pública de adquisición con arreglo a la normativa sobre mercados de valores (art. 60 y ss. de la LMV), porque el FROB no tiene interés en adquirir el control de la entidad de crédito rescatada más allá del tiempo necesario para rescatarla (art. 33.1 y 2).

Por otro lado, se persigue agilizar los procedimientos de recapitalización eliminando la exigencia del informe de auditor de cuentas previsto en el art. 308.2.c) de la LSC cuando se acuerde el aumento del capital social con supresión

del derecho de suscripción preferente de los accionistas así como el previsto en el art. 414.2 de la LSC cuando se emitan instrumentos convertibles.

2. Reglas especiales para los distintos tipos de instrumentos financieros de recapitalización.

2.1. Cuando el FROB haya suscrito o adquirido acciones ordinarias o aportaciones al capital social.

Lo primero que debemos advertir es que la suscripción o adquisición de acciones o aportaciones de una entidad de crédito por el FROB y la conversión de este en socio mayoritario o único de aquella entidad no extenderá a esta última el régimen jurídico del propio FROB, por lo que las entidades de crédito por él participadas seguirán rigiéndose por el ordenamiento jurídico privado que resulte de aplicación (art. 31.2).

Aclarado lo anterior, la posición de FROB como accionista de un banco vendrá determinada, en general, por el posible ejercicio por su parte, de los derechos económicos y políticos que a los socios confiere el art. 93 de la LSC, en concreto, el derecho al dividendo, de suscripción preferente, información, asistencia y voto. La referencia del art. 29.1.a) de la Ley 9/2012 a las “acciones ordinarias” parece excluir la posible suscripción o adquisición por el FROB de acciones privilegiadas (arts. 94, 95 y 96 LSC), acciones sin voto (art. 98 y ss. LSC) o acciones rescatables (arts. 500 y 501 LSC). Si el FROB suscribe o adquiere aportaciones al capital social en cooperativas de crédito, su régimen general como socio estará determinado por el art. 7 de la LCC y los preceptos concordantes del RCC.

El régimen especial del FROB como accionista de un banco o socio de una cooperativa de crédito viene caracterizado por el objetivo de proteger la entrada y la salida del FROB del capital de las entidades de crédito rescatadas. Así:

a) En el momento de entrar, esa protección se refleja en dos aspectos: Primero, en los aspectos económicos de la valoración de las acciones o aportaciones, ya que, con anterioridad a la adquisición por el FROB de acciones ordinarias o la realización de aportaciones al capital social, la entidad deberá adoptar las medidas necesarias para que dicha adquisición o aportación suponga una participación en su capital social que se ajuste al valor económico de la entidad resultante del proceso de valoración (art. 31.1). Segundo, en los aspectos jurídicos de su derecho de voto e incorporación al órgano de administración por cuanto la suscripción o adquisición de estos instrumentos determinará, de forma automática -esto es, en todo caso, por sí misma y sin necesidad de ningún otro acto o acuerdo, salvo la notificación correspondiente al Registro Mercantil de los votos que le corresponden- la atribución al FROB de los derechos políticos correspondientes y su incorporación al órgano de administración de la entidad emisora³². Para ello, el

³² Téngase en cuenta que la naturaleza bancaria de la práctica totalidad de entidades rescatadas hace que aquel órgano de administración adopte la forma de consejo de administración, por

FROB nombrará a la persona o personas físicas que ostenten su representación a tal efecto, conforme a lo dispuesto en el art. 212 bis de la LSC. Además, el pfo.1º del art. 31.1 establece una norma imperativa de atribución automática de votos al FROB, quien dispondrá en el órgano de administración de tantos votos como los que resulten de aplicar al número total de votos su porcentaje de participación en la entidad, redondeado al entero más cercano. Norma ésta que dejará sin efecto cualquiera otra que tuviera establecido el Consejo al amparo de su poder de autorregulación conforme al art. 245.2 de la LSC.

b) En el momento de salir, dado que la posición del FROB como accionista o socio de una entidad de crédito es forzosamente provisional –puesto que la desinversión se ha de producir dentro de un plazo no superior a los cinco años a contar desde la fecha de su suscripción o adquisición (art. 31.4, pfo.1º in fine)- , se “blinda” el régimen de la desinversión mediante las siguientes previsiones: En primer lugar, imponiendo un proceso competitivo puesto que la desinversión por el FROB se realizará mediante la enajenación de las acciones o aportaciones a través de procedimientos que aseguren la competencia y con dos condicionantes: el fin de asegurar una mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos y el cumplimiento de la normativa española y de la Unión Europea en materia de competencia y ayudas de Estado (art. 31.4.1º). En segundo lugar, permitiendo que el FROB apoye el procedimiento competitivo de desinversión mediante la adopción de cualquiera de las medidas de apoyo financiero legalmente previstas que son el otorgamiento de garantías, la concesión de préstamos o créditos, la adquisición de activos o pasivos, pudiendo mantener su gestión o encomendarla a un tercero y la suscripción o adquisición de los instrumentos de recapitalización (acciones o aportaciones o instrumentos convertibles en ellas) (arts. 28, 29 y 31.4.2º). En tercer lugar, facultando al FROB para que pueda concurrir, junto con alguno o algunos de los demás socios o accionistas de la entidad rescatada, a los eventuales procesos de venta de títulos en los mismos términos que estos puedan concertar (art. 31.4.3º).

Por otro lado, el proceso de desinversión de la participación del FROB en las entidades rescatadas se rodea de un conjunto de garantías públicas de carácter contable y de transparencia que afectan a dos supuestos:

Con carácter general, la enajenación de la toda participación del FROB se realizará previo informe de la Intervención General de la Administración del Estado, relativo al cumplimiento de las reglas de procedimiento aplicables para su ejecución.

imperativo del art. 2º.1.f) del RD 1245/1995. Sin perjuicio de que, si se trata de cooperativas de crédito, estaremos ante un consejo rector de acuerdo con el art. 9º de la LCC y, si es una caja de ahorros, será su consejo de administración conforme al art. 15 de la Ley 26/2013.

Cuando estemos ante procesos de desinversión de participaciones significativas³³ llevados a cabo por entidades de crédito controladas por el FROB, de conformidad con los correspondientes planes de reestructuración y resolución, a través de participaciones directas o indirectas, serán objeto de informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en lo relativo a su adecuación a los principios de publicidad y concurrencia (art. 31.5).

2.2. Cuando el FROB haya suscrito o adquirido instrumentos convertibles en acciones ordinarias o aportaciones al capital social.

La posición del FROB como obligacionista convertible de un banco vendrá determinada, en general, por el régimen de las obligaciones convertibles previsto en los arts. 414 y ss. de la LSC de tal modo que tendrá los derechos propios de los titulares de obligaciones convertibles cuales son el cobro de intereses y su conversión en los términos del art. 418 y concordantes de la LSC, con las especialidades establecidas en el art. 32 de la Ley 9/2012. Este régimen especial está dominado por el objetivo de proteger la posición del FROB garantizando la conversión de las siguientes maneras:

- a) Primero, mediante la aprobación, por la entidad de crédito rescatada y en el momento de la emisión de los instrumentos convertibles, de los acuerdos necesarios para la ampliación de capital o la suscripción de aportaciones al capital en la cuantía necesaria (art. 32.1). Garantía ésta genéricamente prevista en el art. 414.1 de la LSC.
- b) Segundo, mediante el compromiso por la entidad de crédito rescatada y emisora de comprar o amortizar los instrumentos suscritos o adquiridos por el FROB tan pronto como esté en condiciones de hacerlo en los términos previstos, y en todo caso en un plazo no superior a cinco años.
- c) Tercero, mediante la previsión, en el acuerdo de emisión, de la convertibilidad de los títulos por decisión unilateral del FROB si, antes del transcurso del plazo de cinco años, el FROB, previo informe del Banco de España, considera improbable, a la vista de la situación de la entidad o su grupo, que su recompra o amortización pueda llevarse a cabo en ese plazo (art. 32.2).

En todo caso, se busca garantizar la conversión y desinversión por el FROB en los instrumentos convertibles en acciones ordinarias o aportaciones al capital social emitidos por las entidades de crédito rescatadas dentro de un plazo de 5 años desde su desembolso o adquisición porque, transcurrido aquel plazo sin que los títulos hayan sido recomprados o amortizados por la entidad emisora, el FROB podrá solicitar su conversión; facultad ésta que deberá realizarse, en su caso, en el plazo máximo de 6 meses contados a partir de la finalización del quinto año. Se podrá extender este plazo de 5 años en dos más en el caso de que no pudieran

³³ El art. 31.5 in fine establece que “corresponderá a la Comisión Rectora del FROB la delimitación del concepto de participación significativa”.

cumplirse los objetivos establecidos en el plan de actuación, de reestructuración o de resolución como consecuencia de la evolución de la situación económico-financiera de la entidad o del desenvolvimiento de las condiciones de los mercados (art. 34.1).

Asimismo, en pos de aquel objetivo de garantizar la conversión de los instrumentos convertibles suscritos o adquiridos por el FROB, se imponen deberes de conducta a la entidad emisora y a sus accionistas, quienes deberán adoptar los acuerdos y realizar las actuaciones necesarias para asegurar que la conversión se realiza en condiciones de mercado y competencia y de acuerdo con el valor económico de la entidad, cumpliendo al efecto con la normativa de la Unión Europea en materia de competencia y ayudas de Estado. Para ello, deberán instrumentar las operaciones de transmisión de acciones o aportaciones o de reducción de capital, ya sea por compensación de pérdidas, constitución o incremento de reservas o devolución del valor de aportaciones, que resulten oportunas (art. 34.2). Además, el incumplimiento de estos deberes por parte de la entidad o de aquellos de sus accionistas que tengan la condición de entidad de crédito facultará al Banco de España para sustituir los órganos de administración o dirección de la entidad emisora, y de los de aquellos de sus accionistas que tengan la condición de entidad de crédito, hasta que se complete la operación de conversión (art. 34.3), según vimos en el apartado III.B).2 de esta Ponencia.

D) Ejercicio por el FROB de las facultades de la junta o asamblea general.

1. Supuestos: imposibilidad de adoptar acuerdos válidos o resistencia de la junta o asamblea a adoptar los acuerdos necesarios.

Debemos empezar por recordar que, para determinar con carácter general qué facultades confiere la legislación mercantil al órgano soberano de una entidad de crédito, hay que empezar por precisar la forma jurídica de dicha entidad puesto que: si estamos ante un banco, aquel órgano será su junta general con la composición y los requisitos establecidos en el Título V (arts. 159 y ss.) de la LSC; si estamos ante una cooperativa de crédito, aquel órgano será su asamblea general con la composición y requisitos establecidos en el art. 9º de la LCC y en los arts. 18 y ss. del RCC; y si nos encontramos ante una caja de ahorros, aquel órgano será su asamblea general con la composición y requisitos de la Sección 1ª (arts. 4 y ss.) del Capítulo II de la LCA.

En segundo lugar, debemos recordar que el FROB ejercerá estas facultades mercantiles sustituyendo al órgano soberano de una forma esporádica y puntual en dos supuestos lógicos y cronológicamente sucesivos (art. 63.c):

a) Primero, cuando concurren razones de extraordinaria urgencia que impidan conformar la voluntad social de la junta o asamblea con las garantías legales para que esta adopte los acuerdos necesarios para llevar a efecto las medidas de reestructuración o de resolución. Y aquella imposibilidad puede afectar, primero, a los requisitos de constitución de la junta, que, en el caso de los bancos, se

establecen en la Sección 1ª del Capítulo VII de la LSC (arts. 191 a 195); y, una vez que la junta o asamblea se haya constituido válidamente, no sea posible cumplir los requisitos exigidos para la válida adopción de acuerdos, que, en el caso de los bancos, se establecen en la Subsección 2ª de la Sección 3ª del Capítulo VII de la LSC (art. 201). Debiéndose recordar que, según antes constatamos, el FROB, como accionista, no estará afectado por las limitaciones estatutarias de sus derechos de asistencia o voto que puedan existir (art. 33.1.a). Es pertinente constatar que esta imposibilidad de constitución debe interpretarse de forma amplia para incluir la de convocar la junta con las garantías legales que, en el caso de los bancos, establece el Capítulo IV del Título V (arts. 166 a 177) de la LSC. Tal y como se constata con la lectura de la Resolución de 26 de diciembre de 2012, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerda realizar las operaciones de reducción y aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente, en ejecución del Plan de Resolución de la Entidad Banco de Valencia, SA, aprobado el 27 de noviembre de 2012³⁴.

b) Segundo, cuando la junta o asamblea convocada y constituida válidamente, muestre una voluntad contraria al cumplimiento de los planes de reestructuración o de resolución porque *“el FROB ejercerá las facultades que la legislación mercantil confiere con carácter general: (...) c) A la junta o asamblea general en los supuestos en los que esta obstaculice o rechace la adopción de los acuerdos necesarios para llevar a efecto las medidas de reestructuración o de resolución”*. En este caso, nos encontramos ante la atribución al FROB de lo que podríamos describir como una facultad correctora con respecto a la junta o asamblea general. Cuando ésta obstaculizara o rechazara de cualquier forma la ejecución de las medidas de reestructuración o de resolución, el FROB podrá ejercitar la competencia consistente en la adopción de los correspondientes acuerdos. El supuesto previsible es que la mayoría del capital social no vote a favor de los acuerdos que son necesarios para llevar a efecto una determinada medida (por ejemplo, la reducción del capital a cero y consiguiente aumento con emisión de nuevas acciones que suscribirán el FROB u otros accionistas). El eventual rechazo al acuerdo señalado decisión -que puede estar inspirado en los intereses particulares de los titulares de la mayoría del capital social- supone bloquear el proceso de saneamiento y, por ello, tendrá que ser el FROB el que proceda a adoptar dicho acuerdo.

³⁴ Resolución que, en su Fundamento de Derecho Tercero, señalaba: *“A estos efectos y ante la imposibilidad de cumplir los requisitos temporales de convocatoria de la Junta General establecidos en el artículo 176 de la LSC con anterioridad a la fecha límite fijada para la inyección de capital –31 de diciembre de 2012– se justifica, en este caso, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 63.c) de la Ley 9/2012, a cuyo tenor la autoridad de resolución podrá ejercer las facultades que legalmente se atribuyen a la Junta en los supuestos en que por razones de extraordinaria urgencia no sea posible cumplir los requisitos exigidos por la normativa vigente para su válida constitución y adopción de acuerdos, como aquí acontece. Por tanto, se acuerda, en sustitución de la Junta, la aprobación del balance cerrado a 31 de octubre de 2012”*. (BOE nº 311, de 27.12.2012).

2. Alcance de las facultades del FROB y su convivencia con la junta o asamblea general.

El carácter excepcional del ejercicio por el FROB de las facultades mercantiles que competen a la junta o asamblea en la vida societaria de la entidad de crédito rescatada no sólo alcanza a los supuestos en que aquella sustitución se puede producir sino también al alcance material de las facultades que ejercite porque – dentro del amplio ámbito de competencia de la junta general que delimita el art. 160 de la LSC- el FROB podrá ejercitar las “*facultades que resulten necesarias para el ejercicio de las funciones previstas en esta Ley en relación con la reestructuración y resolución de entidades de crédito*”. Lo que nos remite a los objetivos y principios establecidos en los arts. 3 y 4 de la Ley 9/2012 proyectados en cada caso, según se trate de un proceso de reestructuración o resolución. En este sentido, vemos cómo la excepcionalidad de que la voluntad de una sociedad anónima o de una sociedad cooperativa se entienda expresada a través de un acuerdo que adopta un tercero (en este caso, el FROB) se explica porque la reestructuración o resolución de la entidad en cuestión no afecta sólo a los intereses particulares de los accionistas afectados, sino también a otros intereses que además la Ley se encarga de revestir de un carácter preferente. Por eso, ante la imposibilidad o la negativa a proceder a la adopción de un acuerdo imprescindible para culminar un proceso basado en la Ley 9/2012, irrumpirá el FROB como órgano competente para adoptarlo.

Estos condicionamientos legales de las facultades del FROB ejercidas en sustitución ocasional de la junta o asamblea de la entidad de crédito rescatada, unidos a la pervivencia de este última y, por lo tanto, de su coexistencia con el FROB, puede plantear problemas de coincidencia o duplicidad de acuerdos, de neutralización de acuerdos y de eventual preferencia de los adoptados por el FROB en caso de conflicto por razón de especialidad y siempre que justifique la necesidad del uso de sus facultades sustitutorias. Todo ello, claro está, en los casos en los que el FROB no tenga una participación de control de la entidad.

En efecto, en la medida en que la junta o asamblea y el FROB conviven se puede producir una situación de conflicto de manera que al acuerdo del FROB se quiera contraponer otro de la junta, con lo que el FROB a su vez se vería obligado a adoptar otro dejando sin efecto o sustituyendo el anterior de la junta (cfr. art. 204.3 LSC). Más allá de la confusión que, en el plano societario, provoca ese escenario –habitual en tantas contiendas societarias vividas ante nuestros tribunales de lo mercantil- su acaecimiento parece escasamente compatible con la efectividad de un programa de reestructuración. En este sentido, no debe permitirse que, en una entidad sometida a las medidas previstas en la Ley 9/2012, se desencadene un conflicto de poderes que reste efectividad a las medidas que se juzgan imprescindibles para recuperar o liquidar una entidad.

En la práctica, observamos cómo el FROB, para realizar las operaciones típicamente conferidas por la legislación mercantil a la junta general de

accionistas para realizar este tipo de saneamientos financieros (tales como reducciones y aumentos de capital o emisión de obligaciones convertibles), no acude a ejercitar las facultades mercantiles de la junta, al amparo del art. 63.c) de la Ley 9/2012; sino al más expeditivo método de ejercitar sus facultades administrativas del art. 64 c) y d) de aquella Ley³⁵.

IV. CONTESTABILIDAD DE LAS DECISIONES O ACUERDOS DEL FROB EN EJERCICIO DE SUS FACULTADES MERCANTILES.

A) La necesidad de coordinar la efectividad de las medidas de rescate de las entidades de crédito con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El Capítulo IX de la Ley 9/2012 tiene un contenido heterogéneo y ello puede justificar que se optara por titularlo con un lacónico “*régimen procesal*” que, ciertamente, trata de contemplar las variables hipótesis de recurso o impugnación de actos y acuerdos del Banco de España y del FROB aprobados al amparo de esa regulación, pero va más allá de lo meramente procesal para alcanzar lo material. En efecto, las normas que lo integran tienen, sin duda, un contenido procesal en cuanto sirven para determinar la jurisdicción, la competencia, la legitimación o la ejecución, entre otros elementos propios de los procedimientos correspondientes. Pero también tienen un contenido sustantivo en lo que podemos describir genéricamente como la contestabilidad del ejercicio por el FROB de sus principales facultades mercantiles. Las soluciones adoptadas tienen, sin duda, trascendencia procesal o procedimental, pero parten de una previa consideración y ordenación de los diversos intereses y derechos en juego. Desde esa perspectiva, se echa de menos una más clara expresión de los principios que inspiran la solución adoptada por la Ley 9/2012. El problema fundamental consiste en la conciliación entre el derecho a la tutela judicial y el perjuicio que para los procedimientos diseñados por la norma implica cualquier tipo de suspensión o diferimiento a partir de resoluciones jurisdiccionales, difícilmente compatibles con la urgencia y sumariedad que reclama la solución de una crisis financiera.

La Propuesta de Directiva expresa con más acierto y rotundidad la idea conforme a la que el ejercicio de las facultades mercantiles de la autoridad de resolución sólo puede ser objeto de impugnación ante los Tribunales con un alcance concreto y limitado (v. especialmente su art. 78). Se descarta la posibilidad de suspensión de las decisiones adoptadas, que deberán ser en todo caso ejecutivas y ejecutables y, al propio tiempo, se reconoce el derecho a plantear ante el Tribunal

³⁵ L que podemos observar en la Resolución de 26 de diciembre de 2012, de la Comisión Rectora del FRIOB por la que se acuerda realizar las operaciones de reducción y aumento de capital y permuta de las letras del Tesoro aportadas en la ampliación de capital llevada a cabo con fecha de 12 de septiembre de 2012 en ejecución del Plan de Reestructuración de BFA-Bankia, aprobado el 27 de noviembre de 2012 (BOE nº 311, de 27.12.2012) y en la Resolución de 26 de diciembre de 2012, de la Comisión Rectora del FRIOB por la que se acuerda la emisión por Bankia de instrumentos convertibles en acciones de la entidad, en ejecución del Plan de Reestructuración del Grupo BFA, aprobado el 27 de noviembre de 2012 (BOE nº 311, de 27.12.2012)

correspondiente si el uso de aquellas facultades mercantiles se ha ajustado a la legalidad (en su fundamentación y en su forma) y, por otro lado, si de esa actuación se deduce un daño indemnizable y la cuantía de la correspondiente reparación. La misma Propuesta también subraya que la eventual estimación de la impugnación de la decisión que hubiere adoptado la autoridad de resolución (el FROB en nuestro caso) no impedirá la efectividad de los actos posteriores fundados en aquélla, siempre que ello resulte necesario para proteger el interés de terceros de buena fe.

B) Impugnación de acuerdos y decisiones del FROB.

1. Especialidades en el motivo de impugnación: limitación a los acuerdos nulos. Exclusión de los acuerdos anulables.

Por regla general, los acuerdos adoptados por la junta general o por un órgano colegiado de administración de una sociedad mercantil serán impugnables por motivo de nulidad, alegando su contradicción con la ley; o de anulabilidad, por contradecir los estatutos o ser lesivos para el interés social (arts. 204 y 251 LSC).

En el caso de las decisiones y acuerdos que adopte el FROB en ejercicio de sus facultades mercantiles, éstos serán únicamente impugnables de acuerdo con las normas y los procedimientos previstos para la impugnación de acuerdos sociales nulos, esto es, los que sean contrarios a la ley. Lo cual produce el efecto colateral de legitimar activamente para su ejercicio a los socios y los administradores de la entidad de crédito rescatada y a cualquier tercero que acredite un interés legítimo (art. 206.1 LSC).

Por lo anterior, se excluye la impugnabilidad de los acuerdos o decisiones del FROB alegando que contradicen los estatutos de la entidad o lesionan el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Exclusión coherente con la primacía del interés de rescatar la entidad de crédito que se expresa en los fines, objetivos y principios expresados en los arts. 2, 3 y 4 de la Ley 9/2012 y que – como después veremos- lleva a excluir el ejercicio contra el FROB de la acción social de responsabilidad.

2. Especialidades en el plazo de caducidad de la acción de impugnación: limitación a 15 días.

Por regla general, el plazo de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos nulos –por contrarios a la ley- será de un año, excepto los que, por su causa o contenido, resulten contrarios al orden público, respecto de los que la acción impugnatoria no caduca (art. 205 LSC).

En el caso de las decisiones y acuerdos que adopte el FROB en ejercicio de sus facultades mercantiles, aquel plazo general de 1 año se reduce drásticamente porque la acción de impugnación caducará, en todo caso, en el plazo de 15 días (art. 71.1); drástica reducción que resulta congruente con la necesaria efectividad

y urgencia que las medidas de rescate deben tener, habida cuenta del “tiempo acelerado” en el que vive el sector financiero.

El “dies a quo” coincidirá con el momento en el que el FROB proceda a dar publicidad a las citadas actuaciones conforme al art. 69 de la Ley 9/2012 que establece un principio general conforme al cual *“el FROB realizará las actuaciones necesarias para dar publicidad a las medidas adoptadas en virtud de los capítulos III y IV de esta Ley y, en particular, a la aplicación de los instrumentos de resolución y al ejercicio de las facultades correspondientes, con la finalidad de que estas puedan ser conocidas por los accionistas, acreedores o terceros que pudieran verse afectados por las correspondientes medidas”*. Todo ello sin perjuicio de los deberes del FROB de notificar las medidas adoptadas a la propia entidad de crédito afectada, al Ministerio de Economía y Competitividad, al Banco de España, a la Autoridad Bancaria Europea y a la autoridad de la Unión Europea responsable de la supervisión del grupo eventualmente afectado. A quien deberemos añadir al BCE a raíz del Reglamento 1024/2013, que le atribuye competencias específicas de supervisión prudencial, según hemos visto en el epígrafe I de esta Ponencia³⁶.

Nos parece claro que esta reducción del plazo de impugnación de los acuerdos del FROB por causa de nulidad no afectará a los acuerdos que, por su causa o contenido, resulten contrarios al orden público.

C) Exigencia de responsabilidad al FROB como administrador de una entidad de crédito.

1. El régimen especial de responsabilidad del FROB como administrador de entidades de crédito rescatadas.

El régimen general de exigencia de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades mercantiles se articula sobre la base del posible ejercicio de una duplicidad de acciones: la acción social de responsabilidad, por daños al patrimonio social y legitimación principal de la junta general de la propia sociedad y subsidiaria, primero, de la minoría del 5% del capital social; y, después, de los acreedores, en caso de insuficiencia del patrimonio social para la satisfacción de sus créditos (arts. 238 a 240 LSC). Y la acción individual de responsabilidad a favor de socios y terceros por actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses (art. 241 LSC).

³⁶ Además, debemos recordar que el apartado 3 del art. 69 dispone que: *“Durante la preparación de las medidas de reestructuración y de resolución y, en particular, mientras se lleva a cabo la valoración a la que se refiere el artículo 5 de esta Ley y durante las fases de estudio o negociación de cualquier operación en la que pueda concretarse la aplicación de alguno de los instrumentos de resolución, la entidad quedará eximida de la obligación de hacer pública y difundir cualquier información que pueda tener la consideración de información relevante a efectos de lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.”*

En el caso de las decisiones del FROB en ejercicio de sus facultades mercantiles como administrador de una entidad de crédito y, más en concreto, de actuaciones realizadas por el FROB en el marco del proceso de reestructuración o resolución de la entidad –a las que nos hemos referido en el apartado III.B) de esta Ponencia– éstas quedan excluidas del ejercicio de la acción social de responsabilidad y se mantiene únicamente la acción individual (art. 71.2), lo cual parece implicar la presunción legal de que el FROB, como administrador, no puede dañar el patrimonio social; aunque sí los patrimonios particulares de socios o de terceros.

2. Exclusión de la acción social de responsabilidad.

La eliminación de la acción social de responsabilidad puede explicarse de dos maneras: primero, como una presunción legal “iuris et de iure” de que aquellas actuaciones son acordes con el interés social, que nunca puede verse lesionado por las mismas. Razón por la que se elimina “ex lege” la hipótesis de actos del FROB como administrador que dañen el interés social. Segundo, reconociendo que, en los casos en que se produce un conflicto entre el interés social de la entidad de crédito rescatada (entendido como interés común de sus socios) y el interés público en reestructurar o resolver aquella entidad, debe prevalecer este último sobre el primero. Y, dado que el FROB es la autoridad de resolución que tiene atribuida la apreciación de este último interés público, se excluye la acción social de responsabilidad.

Esta exclusión de la acción social de responsabilidad debe producir sus efectos reflejos para que una minoría de socios no pueda incluir en el orden del día de la convocatoria de una junta aquel punto, bien sea cuando solicite aquella convocatoria (art. 168 de la LSC) o cuando solicite el complemento de convocatoria (art. 172); o bien cuando uno o varios socios pretendan plantearla en una junta (art. 238 de la LSC).

3. Mantenimiento de la acción individual de responsabilidad.

La inmunidad del FROB como administrador de las entidades de crédito rescatadas no alcanza a la acción individual de responsabilidad, prevista en el art. 241 de la LSC, para cuyo ejercicio están especialmente legitimados los accionistas, socios, obligacionistas, cuotapartícipes, acreedores o cualesquiera otros terceros que consideren que sus derechos e intereses legítimos se han visto lesionados por las decisiones adoptadas por el FROB en su condición de administrador, quienes podrán solicitar que se les indemnicen los daños y perjuicios sufridos (art. 71.2).

Es evidente que el socio o el tercero que ejercite la acción individual de responsabilidad frente al FROB deberá acreditar la concurrencia de los tres requisitos esenciales, a saber: primero, que el FROB realizó un acto ilegal, desleal o negligente, conforme a los parámetros generales que se derivan de los arts. 225 y ss. de la LSC, pero tomando en consideración siempre los objetivos y principios recogidos en los arts. 3 y 4 de la Ley 9/2012 que deben inspirar todos sus actos,

incluidos los ejecutados como administrador de una entidad rescatada; segundo, que el patrimonio del socio o del tercero ha sufrido un daño económico cuantificable; y, tercero, que existe una relación de causalidad eficiente entre aquella actuación del FROB y este último daño patrimonial que el socio o el tercero no debe soportar.

V. REFERENCIA ESPECIAL A LAS ACCIONES DE GESTIÓN DE INSTRUMENTOS HÍBRIDOS DE CAPITAL Y DEUDA SUBORDINADA POR EL FROB.

A) Finalidad y contexto.

El origen de estas acciones se encuentra en el Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012³⁷ que - en su apartado IV, dedicado al *“Restablecimiento y fortalecimiento de la solidez de los bancos españoles: Condicionalidad centrada en los bancos”*, y, en concreto, en su epígrafe sobre el *“Reparto de la carga”*- decía que, para aligerar la carga de la reestructuración bancaria para el contribuyente, se aplicarían medidas para repartir aquella –pesada- carga entre los titulares de capital híbrido y los de deuda subordinada de los bancos que reciban ayuda pública, introduciendo ejercicios voluntarios y, en su caso, obligatorios de responsabilidad subordinada que se concretan en operaciones de conversión de instrumentos híbridos y subordinados en deuda preferente o en recursos propios. En definitiva, que determinados acreedores de las entidades rescatadas debían asumir su cuota parte de responsabilidad en el rescate capitalizando sus deudas o postergando sus derechos a cobrar intereses y a amortizarlas.

Partiendo de las bases señaladas, se regulan estas acciones en el Capítulo VII (arts. 39 a 51) de la Ley 9/2012. En efecto, partiendo del principio de que los accionistas y los acreedores de las entidades de crédito rescatadas han de sufragar los gastos de la reestructuración o resolución, antes que los contribuyentes, en virtud de un principio evidente de responsabilidad y de asunción de riesgos³⁸, la finalidad general que buscan las acciones de gestión de los instrumentos híbridos consiste en asegurar un adecuado reparto de los costes de reestructuración o de resolución de la entidad de crédito emisora conforme a la normativa en materia de ayudas de Estado de la Unión Europea y a los objetivos y principios establecidos en los arts. 3 y 4 de la Ley 9/2012 y, en particular, para proteger la estabilidad financiera y minimizar el uso de recursos públicos (art. 39.1).

³⁷ Ver también el Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012 en el mismo BOE nº 296, del lunes, 10 de diciembre de 2012.

³⁸ Apartado IV del Preámbulo de la Ley.

B) Noción de instrumentos híbridos.

La característica decisiva a los efectos de aplicar sobre los instrumentos híbridos las acciones de gestión previstas en el marco de la normativa sobre reestructuración del sistema financiero -en particular, de los planes de reestructuración y de resolución de entidades de crédito- reside en la computabilidad de aquellos instrumentos a los efectos de los recursos propios de las entidades rescatadas y la consiguiente obligación de sus titulares de soportar – junto a los accionistas y a pesar de su condición parcial de acreedores- parte del coste del rescate.

Esta finalidad última explica la noción legal amplia de tales instrumentos híbridos a la hora de aplicarles las acciones de gestión que después veremos. Esta amplitud se refleja en que el elenco de las emisiones de instrumentos híbridos que deben resultar afectadas tiene una redacción abierta que alcanza a las participaciones preferentes³⁹, a las obligaciones convertibles, a los bonos y obligaciones subordinadas y, en general a cualquier otra financiación subordinada, con o sin vencimiento, obtenida por la entidad de crédito. Y esta noción se amplía más aún sin añadimos que la obtención de financiación subordinada por la entidad de crédito rescatada puede haberlo sido tanto de forma directa como a través de una entidad íntegramente participada, directa o indirectamente, por aquella (art. 39.2 Ley 9/2012). En definitiva, estamos ante una noción económica funcional que busca que toda forma de financiación subordinada obtenida por una entidad de crédito rescatada mediante la emisión de valores negociables o instrumentos financieros se someta a las acciones de gestión que obligarán a los titulares de aquellos instrumentos parte del coste del rescate.

La finalidad señalada, en un contexto de circunstancias financieras cambiantes, exige atribuir al FROB grandes dosis de discrecionalidad en la aplicación de las acciones de gestión y en el ámbito de las emisiones de instrumentos híbridos afectadas⁴⁰. Por eso, las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada podrán afectar a todas o a parte de las emisiones o financiaciones, sin perjuicio de que deberán tener en cuenta el distinto orden de prelación que puedan tener entre sí las emisiones (art. 39.3).

C) Carácter obligatorio.

La Ley 9/2012 considera que, en determinadas circunstancias, no es suficiente dejar a la voluntad de las entidades de crédito rescatadas que emitieron en su día

³⁹ Sobre los híbridos de capital en el Derecho comparado puede verse el estudio de VILLACORTA HERNANDEZ, M.A., “Ventajas legislativas de las participaciones preferentes para convertirlas en un instrumento óptimo de financiación”, en la RDBB nº 130, 2013, pág.167 y ss.

⁴⁰ En este sentido, el apartado IV del Preámbulo de la Ley 9/2012 dice: “Corresponde al FROB acordar la aplicación de estas acciones e instrumentarlas en los términos que permite la Ley, valorando la idoneidad de su aplicación”.

los instrumentos híbridos y de los inversores que los adquirieron la adopción de una serie de acciones de gestión y, por ello, configura su adopción como un acto administrativo adoptado por el FROB.

El carácter imperativo de aquellas acciones se justifica en función de los siguientes objetivos: asegurar un reparto adecuado de los costes de la reestructuración o la resolución de las entidades de crédito, conforme a la normativa en materia de ayudas de Estado de la Unión Europea y tratando de minimizar el uso de los recursos públicos; o preservar o restaurar la posición financiera de las entidades de crédito que reciban apoyo financiero del FROB (art. 43.1).

El carácter imperativo de estas acciones se proyecta en la posición jurídica del FROB que las adopta, en la de las entidades de crédito emisoras de aquellos instrumentos y en la de los inversores que los adquirieron. En efecto:

1. En cuanto al FROB, acordará y aprobará la acción con carácter de acto administrativo y la remitirá, junto a una memoria con las razones que justifican su adopción, al Banco de España (arts. 43 y 46). En la práctica, las acciones de gestión de instrumentos híbridos adoptadas por el FROB se han realizado de manera conjunta con las acciones de recapitalización y en ejercicio de sus facultades administrativas consignadas en el art. 64 de la Ley 9/2012⁴¹. Como ejemplo, podemos citar la Resolución de 16 de abril de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerdan acciones de recapitalización y de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución del Plan de Reestructuración de Grupo BFA-Bankia, aprobado el 27 de noviembre de 2012 por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria y el Banco de España y el 28 de noviembre de 2012 por la Comisión Europea⁴².

⁴¹ En concreto, sus apartados d) y e) se refieren a “d) Realizar operaciones de aumento o reducción de capital, y de emisión y amortización total o parcial de obligaciones, cuotas participativas y cualesquiera otros valores o instrumentos financieros, así como las modificaciones estatutarias relacionadas con estas operaciones, pudiendo determinar la exclusión del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital y en la emisión de obligaciones convertibles, incluso en los supuestos previstos en el artículo 343 de la Ley de Sociedades de Capital, o emisión de cuotas participativas” y a “e) Realizar acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada.”

⁴² El Fundamento de Derecho Primero, dice: “En este contexto, y como se justifica en los fundamentos siguientes, procede, en este momento, adoptar los siguientes instrumentos de reestructuración: – Reducción del capital social mediante la reducción del valor nominal de las acciones a un céntimo de euro (0,01 €) y la modificación estatutaria consistente en aumentar el valor nominal de las acciones mediante la agrupación de las mismas (contrasplit). – Amortización anticipada total de las obligaciones convertibles contingentes emitidas por «Bankia, S. A.», en ejecución de la Resolución de la Comisión Rectora del FROB de fecha 26 de diciembre de 2012, cuya eficacia queda condicionada y deberá ser simultánea a la suscripción de la ampliación de capital por parte de BFA a la que se refiere el punto siguiente. – Aumento de capital con derecho de suscripción preferente hasta diez mil setecientos millones de euros (10.700.000.000 €). –

2. En cuanto a la entidad de crédito a quien se dirija la acción de gestión, estas acciones serán vinculantes no solo para ella, sino también para las entidades íntegramente participadas de forma directa o indirecta a través de las cuales se haya realizado la emisión (art. 43.2).

3. En cuanto a los inversores titulares de los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada, las acciones de gestión también les vincularán (art. 43.2). Este carácter obligatorio y vinculante para los inversores afectados hace que se excluya la aplicación de las obligaciones de las entidades que prestan servicios de inversión de evaluación de la conveniencia de los instrumentos financieros que comercializan a los conocimientos y experiencia de sus clientes que establece, en términos generales, el art. 79.bis.7 de la LMV y la Norma cuarta de la Circular 3/2013, de la CNMV⁴³.

La defensa del interés público lleva a excluir expresamente de este carácter imperativo a las acciones de gestión que tengan por objeto los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada u otras financiaciones subordinadas que el FROB hubiera suscrito, adquirido u otorgado directa o indirectamente; siempre y cuando dichas acciones de gestión tengan por objeto asegurar un reparto adecuado de los costes de reestructuración o resolución (art. 43.3).

D) Tipos de acciones.

El primer paso para la adopción concreta de las acciones de gestión obligatorias de los instrumentos financieros por el FROB consiste en la determinación por éste de las emisiones o partidas de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada afectadas. En dicha delimitación el FROB deberá respetar dos tipos de criterios: a) En cuanto a las emisiones, el orden de prelación que puedan tener entre sí, independientemente del momento temporal en que estas se hayan producido. b) En cuanto a las pérdidas, no se podrán imputar proporcionalmente

Acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada. La ejecución de estas operaciones se efectúa por el FROB en el ejercicio de las facultades administrativas que el artículo 64 de la Ley 9/2012 le atribuye para el cumplimiento de sus funciones encomendadas, pues su implementación no es posible (acciones de gestión de híbridos, reducción de capital tomando como referencia la valoración económica de la Ley 9/2012) mediante los distintos acuerdos societarios en el marco de la legislación mercantil y cualquier otra alternativa podría perjudicar a la plena recapitalización de la entidad”.

⁴³ De tal manera que el apartado 1 de la Norma adicional de dicha Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros establece: “1. Cuando el FROB acuerde la realización de acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada de las previstas en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, no resultarán de aplicación las obligaciones de evaluación de la conveniencia previstas en el artículo 79 bis, apartado 7, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, debido a su carácter vinculante y a que no es necesario el consentimiento previo de los inversores.”

más pérdidas a los titulares de valores que tengan mejor rango que otros, y en cualquier caso, será preciso que los accionistas, cuotapartícipes o socios de la entidad de crédito hayan asumido pérdidas hasta donde fuera posible (art. 44.1).

Una vez determinado el ámbito objetivo de las acciones de gestión, el FROB deberá optar por aplicar una o varias de las medidas siguientes (art. 44.2):

1. El aplazamiento, la suspensión, la eliminación o modificación de determinados derechos, obligaciones, términos y condiciones de todas o alguna de las emisiones de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada de la entidad. En particular, estas modificaciones podrán afectar, entre otros, al pago de intereses, al reembolso del principal, a los supuestos de incumplimiento, a la fecha de vencimiento, a los derechos individuales o colectivos de los inversores (en concreto, al derecho de solicitar la declaración de un incumplimiento y al derecho a exigir cualquier pago relacionado con los valores).

2. La obligación de la entidad de recomprar los valores afectados al precio que determine el FROB, que estará facultado para diseñar el procedimiento de recompra. En lo que se refiere al elemento esencial del precio de la recompra, se establecen tres previsiones: a) La primera señala un valor máximo en el sentido de que el precio de recompra total de cada una de las emisiones no podrá exceder de su valor de mercado y las primas o descuentos que sean conformes con la normativa de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado. b) La segunda fija un valor mínimo ya que, en todo caso, los inversores recibirán un importe no inferior al que habrían recibido en caso de liquidación de la entidad en el marco de un procedimiento concursal⁴⁴. c) La tercera permite al FROB estipular que el pago del precio de recompra se reinvierta en la suscripción de acciones, cuotas participativas o aportaciones al capital social, según corresponda, de la propia entidad o de otra entidad de crédito por ella participada, o que dicho pago se realice en especie mediante la entrega de acciones o cuotas participativas disponibles en autocartera directa o indirecta de la entidad o de su entidad de crédito participada.

3. Cualquier otra actuación que la entidad de crédito afectada podría haber realizado a través de una acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada.

⁴⁴ En relación con esta previsión, téngase en cuenta el documento publicado en la página web del FROB denominado “Orientación sobre metodología y procedimientos para determinar el valor económico y el valor liquidativo de una entidad de crédito al amparo de lo previsto en el R.D.L. 24/2012” de Octubre de 2012. Refiriéndose a los principios recogidos en el art. 4 de aquella norma y, en particular, a la previsión indicada en nuestro texto (contenida en el art. 42 del RD.L 24/2012, que se corresponde con el art. 44 de la Ley 9/1992), el Resumen ejecutivo (pág.4) dice que *“el método de liquidación se erige como un método de valoración obligatorio a efectos de cumplir lo recogido en los citados artículos”*.

En este punto, hay que reseñar dos efectos comunes en la adopción por el FROB de estas acciones que son: en primer lugar, el FROB no se incluirá entre las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica a las que se refiere el art. 93.2 de la Ley Concursal a los efectos de calificar sus créditos como subordinados. En segundo término, para ejecutar las medidas, el FROB podrá adoptar los acuerdos sociales y realizar las actuaciones que fueran necesarias, ejerciendo las facultades mercantiles y administrativas (en particular, con su carácter ejecutivo) que le atribuyen específicamente los arts. 63 y ss. de la Ley 9/2012. A tal efecto, adviértase que –según a antes hemos constatado- el FROB está expresamente facultado para ejercer sus facultades administrativas generales en orden a “realizar acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada” (letra e del art. 64).

Por último, la conciencia de la inestabilidad del sistema financiero consustancial a su propia crisis en la que se enmarcan los planes de reestructuración y resolución de las entidades de crédito en general y, en particular, las acciones de gestión de los instrumentos híbridos que examinamos lleva a la Ley 9/2012 a prever la eventual modificación por el FROB de una acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada (art. 48). Para conferir al FROB un amplio margen de discrecionalidad en la valoración de la situación, se condiciona tal modificación a la concurrencia de circunstancias excepcionales, entendiendo por tales: en particular, la persistencia de una situación de inestabilidad o una amenaza a la estabilidad de la entidad de crédito rescatada; o, en general, la existencia de una amenaza inminente a la estabilidad del sistema financiero en su conjunto. En cuanto al procedimiento, la modificación seguirá el generalmente previsto para la adopción por el FROB de este tipo de acciones (art. 46), con la publicidad consiguiente (art. 42) y su eficacia desde la fecha de publicación del acuerdo correspondiente en el BOE. En todo caso, será preciso un parecer previo del Banco de España que estime que es conveniente modificar los términos de la acción para afrontar mejor dicha situación.

En la práctica, el FROB ha aplicado diversas acciones de gestión de instrumentos híbridos en función de la situación de cada entidad de crédito. Actuaciones que podemos clasificar en diversos tipos:

1. Canje de los instrumentos híbridos y deuda subordinada por acciones u obligaciones. Las actuaciones aplicadas por el FROB en los planes de resolución han distinguido dos colectivos de tenedores de instrumentos híbridos financieros y les han aplicado dos tipos de acciones que han exigido distinto grado de sacrificio de tal modo que: a) A los tenedores de participaciones preferentes y deuda subordinada perpetua, se les ha obligado a canjearlas por acciones del banco correspondiente. b) A los tenedores de deuda subordinada a vencimiento, se les ha permitido elegir entre el canje por acciones del banco respectivo o por un instrumento de deuda senior con el mismo vencimiento y cupón cero⁴⁵.

⁴⁵ Así ha sucedido, por ejemplo, en los casos de NCG Banco, BANKIA o LIBERBANK.

2. Recompra obligatoria por la entidad de participaciones preferentes y deuda subordinada en circulación con inmediata reinversión por sus titulares en otros instrumentos según el tipo de inversores: a) Para los mayoristas, en acciones del banco correspondiente. b) Para los minoristas, en bonos necesaria y contingentemente convertibles en acciones del banco correspondiente⁴⁶.

E) Valoración por el FROB del contenido e idoneidad de las acciones.

La elección por el FROB de las medidas de gestión antes señaladas deberá venir precedida de una valoración por su parte de la idoneidad y –consiguientemente– de su contenido. El legislador ha querido que, también en este momento, el FROB goce de una amplia discrecionalidad y, por eso, ha establecido un conjunto de criterios que se expresan en forma de conceptos jurídica y económicamente indeterminados que afectan a los tres aspectos siguientes (art. 45):

1. A los propios instrumentos afectados por la acción. En concreto: a la proporción que representan los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada de la entidad de crédito con respecto al total de activos de esta; al importe que recibirían sus titulares en caso de disolución y liquidación de esta y a falta de ayudas públicas; al valor de mercado de aquellos instrumentos.

2. A las ayudas públicas percibidas o que vaya a percibir la entidad crédito rescatada. En concreto: al importe de las mismas, a su forma de instrumentación (en particular, si la entidad ha recibido o va a recibir apoyo financiero en forma de capital social), a la proporción que representan las ayudas públicas percibidas o comprometidas con respecto a los activos ponderados por riesgo de la entidad, a la viabilidad de la entidad de crédito sin dichas ayudas.

3. A la situación general de la entidad de crédito rescatada. En particular: a su capacidad actual y futura para captar recursos propios en el mercado; a la efectividad obtenida o que podría obtener una acción de gestión de este tipo de instrumentos llevada a cabo por la propia entidad; al grado de probabilidad con que los inversores aceptarían voluntariamente las medidas posibles, teniendo en cuenta, además, el perfil mayoritario de las inversiones en cada una de las emisiones a las que vaya a afectar la acción.

F) Blindaje.

Las acciones de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB de forma imperativa por razones de interés público (básicamente, la estabilidad del sistema financiero en general y de las entidades de crédito afectadas en particular) pueden afectar a los derechos legítimamente adquiridos o a las expectativas de derechos tanto de los inversores afectados como de terceros de modo tal que el respeto de aquellos derechos impediría la efectividad de tales acciones. Es por ello por lo que la Ley 9/2012 establece una serie de mecanismos que, mediante la

⁴⁶ Así ha sucedido, por ejemplo, con el Banco CEISS.

limitación de los derechos normales de ambos colectivos, “blindan” al FROB y a la propia entidad de crédito afectada frente a la reclamaciones derivadas de aquellos grupos de personas –físicas o jurídicas- afectadas. Estas medidas de blindaje son:

1. Respecto de los derechos de los inversores afectados, los titulares de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada afectados tienen limitada su capacidad de acción en dos sentidos⁴⁷:

a) En cuanto se refiere a las decisiones y los acuerdos que haya adoptado el FROB en ejercicio de sus facultades mercantiles (art. 63), podrán interponer los recursos con los límites legales específicos (art. 71). Fuera de estos recursos, no podrán iniciar ningún otro procedimiento de reclamación de cantidad con base en un incumplimiento de los términos y condiciones de la emisión correspondiente, si dichos términos han sido afectados por una acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada acordada por el FROB y la entidad está cumpliendo con su contenido (art. 49.1).

b) En cuando se refiere a las decisiones y actos administrativos dictados por el FROB en esta materia de gestión de instrumentos híbridos en uso de sus facultades administrativas (arts. 64 y ss.), podrán interponer recurso contencioso-administrativo con las especialidades legalmente establecidas (art. 73)⁴⁸. Fuera de estos recursos, los titulares de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada afectados no podrán reclamar de la entidad ni del FROB ningún tipo de compensación económica por los perjuicios que les hubiera podido causar la

⁴⁷ En la práctica reciente es interesante constatar el Hecho Relevante comunicado a la CNMV por Unicaja Banco SAU el pasado 28 de enero de 2014 en el que da cuenta del resultado de la oferta de canje de acciones y bonos necesaria y contingentemente convertibles de Banco CEISS por acciones, bonos necesaria y contingentemente convertibles y bonos perpetuos, contingentemente convertibles de Unicaja Banco dentro del plan de resolución de Banco CEISS. En concreto, tanto el propio Banco CEISS como Unicaja Banco dan cuenta, en sendos Hechos Relevantes de 28 de enero de 2014, de la distinta suerte que corrieron sendas condiciones que estableció Unicaja Banco para la efectividad de aquella oferta de canje porque, por una parte, se cumplió la condición de aceptación mínima de aquella oferta de canje por los accionistas de Banco CEISS (99,16%), pero no se cumplió la condición de aceptación mínima del conjunto de accionistas y obligacionistas de Banco CEISS (60,66%). El Hecho Relevante da cuenta de la consiguiente modificación del plan de resolución de Banco CEISS, del que destacamos la línea básica consistente en “*la distribución entre el FROB y Banco CEISS de los efectos negativos que pudiesen tener los procedimientos de reclamación de titulares de bonos necesaria y contingentemente convertibles de Banco CEISS no aceptantes de la oferta*” de modo tal que el FROB asumirá el 71% de dicho impacto y Banco CEISS el 29% restante. Esta eventualidad obedece a que, al no tratarse de una acción de gestión de instrumentos híbridos en sentido estricto, no goza de los blindajes que exponemos en el texto.

⁴⁸ En la práctica, la Dirección General del FROB publica los pertinentes anuncios por los que emplaza a los interesados a personarse, si a su derecho conviniera, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en los recursos promovidos contra determinadas acciones de recapitalización y de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución de distintos planes de resolución (v. por ejemplo la Resolución de 30 de octubre de 2013 (BOE nº 268, de 8.11.2013).

ejecución de una acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada (art. 492.2).

2. Respecto de los derechos de terceros distintos de los titulares de los instrumentos afectados por las acciones de gestión, se establece la ficción legal de que estas acciones acordadas o decididas por el FROB, así como las actuaciones de la entidad de crédito dirigidas al cumplimiento de las mismas, no se considerarán causas de incumplimiento o vencimiento anticipado de las obligaciones que mantenga la entidad de crédito con dichos terceros y que, por lo tanto, estas acciones de gestión de instrumentos híbridos no modificarán, suspenderán ni extinguirán las relaciones de la entidad de crédito con terceros ni otorgarán nuevos derechos ni impondrán nuevas obligaciones a la entidad de crédito frente a aquellos. En particular, tales acciones acordadas por el FROB y las actuaciones de la entidad de crédito en cumplimiento y ejecución de las mismas, no podrán alegarse por terceros como un supuesto de alteración del rango del orden del pago de la deuda de la entidad, a efectos de su invocación para el ejercicio por los mismos de acciones procesales (art. 50).

H) Régimen sancionador.

El legislador ha sido consciente de que las acciones de gestión de los instrumentos híbridos emitidos por las entidades de crédito rescatadas son un elemento esencial para el buen fin de los planes de reestructuración o resolución de aquellas entidades y, por ello, ha establecido un sistema institucional de protección de las disposiciones que regulan tales acciones que parte de la declaración general de las normas contenidas en el Capítulo VII de la Ley 9/2012 –que trata de la “gestión de instrumentos híbridos”- como normas de ordenación y disciplina a los efectos de la Ley 26/1988 y se completa con dos previsiones específicas:

a) En primer lugar, considera infracción muy grave el incumplimiento o la obstaculización de la ejecución de una acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada acordada por el FROB; así como la revelación o difusión por cualquier medio de los términos y condiciones de una propuesta de acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada antes de que sea efectivamente acordada por dicho Fondo.

b) En segundo término, dado que gran parte de las emisiones de los instrumentos híbridos afectados por las acciones de gestión voluntarias u obligatorias han sido realizadas por filiales de las entidades de crédito rescatadas, levanta el velo de la personalidad de tales entidades para declarar que las entidades de crédito afectadas por estas acciones de gestión responderán de las actuaciones de cualquiera de sus entidades íntegramente participadas que sean emisoras de los valores incluidos dentro del ámbito de aplicación de aquellas acciones.

VI. CONCLUSIONES.

1ª En el contexto del Derecho comunitario y más en concreto en el proceso de construcción de la Unión Bancaria Europea –que incluye una regulación bancaria común, una supervisión bancaria común (con la creación de un Mecanismo Único de Supervisión) y una resolución bancaria común (con la creación de un Mecanismo Único de Resolución)- el FROB se ubica en la tercera fase como autoridad nacional de resolución que deberá coordinar su actuación tanto internamente con el Banco de España como externamente con las autoridades comunitarias.

2ª La relación jurídica de rescate de las entidades de crédito (entendido en un sentido amplio que abarca la reestructuración y la resolución) se establece entre dos sujetos: el FROB y las entidades de crédito rescatadas.

3ª El FROB se caracteriza por su unidad institucional, como entidad de derecho público, y por su dualidad funcional, por tener atribuidas facultades administrativas y mercantiles. Todas ellas deberán ejercitarse conforme a los fines, principios y objetivos consagrados en los arts. 2, 3 y 4 de la Ley 9/2012. Lo que permite su control judicial y altera la jerarquía normal de intereses en el ejercicio de sus facultades mercantiles.

4ª Las diversas estructuras jurídicas de las entidades de crédito rescatadas (bancos, cajas de ahorro o cooperativas de crédito) condicionan la forma de ejercicio por el FROB de sus facultades mercantiles y el impacto de las mismas.

5ª El FROB puede ejercitar las facultades mercantiles que le confiere el art. 63 de la Ley 9/2012 de tres maneras: por derecho propio, como accionista o titular de instrumentos financieros emitidos por la entidad de crédito; por sustitución permanente del órgano de administración; y por sustitución ocasional de la junta o la asamblea general, con las que por lo tanto convivirá.

6ª El FROB ejercerá las facultades mercantiles del órgano de administración de una entidad de crédito rescatada previo acuerdo de sustitución provisional de aquel órgano por el Banco de España y asumiendo frente a terceros la responsabilidad derivada de los actos que realicen las personas físicas o jurídicas que el propio FROB designe para que actúen en su nombre.

7ª El FROB asumirá la condición de órgano de administración de una entidad de crédito rescatada cuando esta se someta a un proceso de resolución (salvo las excepciones legales) y cuando una entidad de crédito rescatada incumpla sus obligaciones de conversión de los instrumentos financieros adquiridos por el FROB.

8ª El FROB ejercerá las facultades mercantiles propias de los accionistas o titulares de otros instrumentos financieros de recapitalización gozando de una posición privilegiada por cuanto se le libera de limitaciones estatutarias o legales

aplicables a la generalidad de los socios u obligacionistas en situaciones normales y se le libera también de cumplir determinadas obligaciones legales como la de formular una OPA.

9ª Cuando el FROB adquiera acciones ordinarias o aportaciones al capital social de una entidad de crédito rescatada gozará de un régimen privilegiado que tiene por objetivo proteger sus intereses en el momento de la entrada y de la salida del FROB en aquel capital.

10ª Cuando el FROB adquiera instrumentos convertibles en acciones ordinarias o aportaciones al capital social de una entidad de crédito rescatada gozará de un régimen privilegiado que tiene por objetivo garantizar la conversión de aquellos instrumentos.

11ª El FROB ejercerá las facultades mercantiles propias de la junta o asamblea general de una entidad de crédito rescatada cuando sea imposible que esta última adopte acuerdos válidos o cuando se resista a adoptar los acuerdos necesarios para la reestructuración o resolución de la entidad.

12ª La convivencia del FROB con la junta o asamblea general de una entidad de crédito rescatada genera el riesgo de provocar conflictos de acuerdos que, en principio, deben resolverse a favor de los adoptados por el FROB; siempre que se acredite su justificación en función de los principios y objetivos de la Ley 9/2012.

13ª Los actos y acuerdos del FROB están sometidos a un régimen excepcional de contestabilidad que debe interpretarse coordinando la necesaria efectividad de las medidas de rescate con el derecho a la tutela judicial efectiva.

14ª La impugnación de acuerdos y decisiones del FROB viene severamente limitada por el motivo único de nulidad y el plazo de caducidad de 15 días; limitaciones que responden a la necesaria efectividad de las medidas de rescate.

15ª La exigencia de responsabilidad al FROB como administrador de una entidad de crédito rescatada viene severamente limitada por la exclusión de la acción social de responsabilidad.

16ª La facultad de que el FROB ejecute acciones obligatorias de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada emitidos por las entidades de crédito rescatadas se justifica por la necesidad de que sus titulares asuman su cuota-parte del coste público del rescate, reduciendo la carga que debe soportar el contribuyente.

17ª El carácter imperativo de las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada producen sus efectos sobre la posición jurídica del propio FROB que las adopta, la de las entidades de crédito emisoras de aquellos instrumentos y la de los inversores que los adquirieron.

18ª La elección por el FROB de las medidas de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada deberá venir precedida de una valoración por su parte de su idoneidad y contenido conforme a los criterios legalmente establecidos.

19ª Las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada pueden implicar, básicamente, la modificación de las condiciones de emisión o su recompra por la entidad emisora, al precio fijado por el FROB conforme a los criterios legalmente establecidos, y la obligatoria reinversión de los fondos recibidos por parte de sus titulares en acciones u obligaciones de la entidad de crédito rescatada.

20ª La necesaria efectividad de las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada –con el consiguiente reparto del coste del rescate y la minimización del impacto sobre los contribuyentes- exige la limitación de los derechos habituales de sus titulares o de terceros.