



*Documentos de Trabajo del Departamento de
Derecho Mercantil*

2012/43

Enero 2012

**EL CONCURSO DE LAS GRANDES ENTIDADES FINANCIERAS:
¿MITO O REALIDAD?
(BANKRUPTCY OF BIG FINANCIAL COMPANIES: MYTH OR REALITY?)**

Javier Martínez Rosado

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
E-mail javiermrosado@ccee.ucm.es
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>
Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es/>
Copyright © 2011 Por el autor

EL CONCURSO DE LAS GRANDES ENTIDADES FINANCIERAS: ¿MITO O REALIDAD? (BANKRUPTCY OF BIG FINANCIAL COMPANIES: MYTH OR REALITY?)¹

Javier Martínez Rosado

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El trabajo analiza uno de los aspectos que se contienen en la reforma financiera americana operada en 2010 con la aprobación de la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*: la erradicación del *too big to fail* mediante la creación de un procedimiento especial de liquidación de las grandes entidades financieras.

PALABRAS CLAVE: reforma del sistema financiero, *Dodd-Frank Act*, estabilidad financiera, *too big to fail*.

ABSTRACT: The paper analyzes one of the aspects included in the American financial reform operated in 2010 with the approval of the *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*: the eradication of *too big to fail* by creating a special liquidation procedure for big financial companies.

KEY WORDS: financial system reform, *Dodd-Frank Act*, financial stability, too big to fail.

¹ Texto de la intervención presentada en el IX Seminario Harvard-Complutense de Derecho mercantil, celebrado entre los días 7 y 10 de noviembre de 2011 en la Harvard Law School, con el patrocinio de Allen & Overy, Banco Santander, J & A Garrigues, Ilustre Colegio de Registradores de España e Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DE LAS GRANDES ENTIDADES FINANCIERAS: ELIMINACIÓN DEL <i>TOO BIG TO FAIL</i>	5
3. EL CONTRASTE CON NUESTRO DERECHO.....	11

1. INTRODUCCIÓN.

Quisiera comenzar mi intervención agradeciendo al Departamento de Derecho Mercantil y, en particular, al prof. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, auténtico promotor de este Seminario, la invitación recibida para formar parte del mismo, agradecimiento que se particulariza asimismo en las personas encargadas de la gestión y desarrollo del mismo, las profs. FERNÁNDEZ TORRES Y FUENTES NAHARRO.

El año pasado, en este mismo Seminario, me referí a las medidas adoptadas en relación con las entidades de crédito desde que comenzó la crisis económica², todas ellas encaminadas a preservar la confianza en el sistema financiero y posibilitar el flujo de crédito. Entre otras, destacan el aumento de la cobertura de los Fondos de Garantía de Depósitos³, la creación del Fondo para la Adquisición de Activos Financieros y la posterior sustitución por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, más conocido por sus siglas, FROB, o las medidas que de manera tan profunda afectaron a las Cajas de Ahorro (entre otras, la posibilidad de emitir cuotas participativas en un porcentaje superior al anterior, otorgamiento a éstas de derechos políticos, o la limitación de la representación de las

² Comunicación titulada «Fusiones y otros medios de reestructuración como medio de evitar el concurso de una entidad de crédito», 2010, publicada en <http://eprints.ucm.es/11877/>.

³ Fondos que se acaban de disolver para fusionarse en un único Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Créditos (*RD-Ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito*, en vigor desde el 15 de octubre). El nuevo Fondo sigue ofreciendo la misma cobertura (los 100.000 € por persona y entidad), y se subroga en los derechos y obligaciones de los fondos mencionados.

Administraciones Públicas en los órganos de gobierno al 40%), así como las distintas formas de reestructuración de las mismas (posibilidad de transferir su actividad financiera a un Banco, integración en un Sistema Institucional de Protección -SIP-, etc.).

Continué señalando que, en nuestro país, la posibilidad de declaración de concurso de una entidad de crédito es más que compleja, pues de manera solapada (en la disposición adicional tercera del *RD-Ley 9/2009, de 26 de junio, de reestructuración bancario y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito*) se estableció que, desde el momento en que la entidad comunique al Banco de España que se encuentra en una situación económico-financiera de «debilidad», al efecto de presentar un plan de viabilidad y, en su caso, acogerse a la ayuda del Fondo de Garantía de Depósitos o del FROB, los Juzgados no proveerán solicitudes de concurso presentadas por los acreedores de estas entidades, y cesará asimismo el deber de éstas de solicitar el concurso. Y al examinar la *ratio* de dicha norma, la conclusión era clara: en España -y, en general, en la UE- existe pánico a lo que se llamado el *riesgo sistémico*, esto es, al hecho de que la caída de una entidad pueda afectar a todo el sistema financiero. Es cierto, como señala el redactor del RD-Ley 9/2009, que nuestro sistema financiero es sólido, y de hecho basta para hacer propia dicha afirmación con caer en la cuenta que las principales entidades financieras de nuestro país, más de tres años después de que estallara la crisis, y habiendo afectado ésta a un sector tan importante y tan relacionado con el sector crediticio como es el de la construcción, no hayan necesitado rescates. Pero en todo caso el temor a un desplome es latente, como demuestran los comentarios que hace apenas unas semanas salieron a la luz pública con ocasión de la posible quiebra de un banco belga de mediano tamaño⁴, o el hecho de que hace apenas unos días los Jefes de Estado y de Gobierno hayan pedido a los grandes bancos de la UE que aumenten su nivel de capitalización hasta lograr una *ratio tier 1* del 9 %⁵.

⁴ En concreto, con ocasión de la posible quiebra del Banco belga Dexia, tras tres años desde su rescate en 2008 por Francia y Bélgica (v. <http://www.expansion.com/2011/10/05/empresas/banca/1317845086.html?a=729ba6d2c9a48828f933874578e37ba2&t=1320321587>, y <http://www.rtve.es/noticias/20111004/dexia-principal-banco-belga-punto-quebrar-tres-anos-despues-su-rescate/466036.shtml>, visualizados por última vez el 4 de noviembre de 2011).

⁵ Dicho acuerdo ha sido respaldado por la Autoridad Bancaria Europea (*European Banking Authority*, EBA). Detalles en <http://www.eba.europa.eu/News--Communications/Year/2011/The-EBA-details-the-EU-measures-to-restore-confide.aspx> (última visualización, 4 de noviembre de 2011).

En fin, finalicé la exposición señalando que la situación en EE.UU. es distinta. Es cierto que la reforma del sistema financiero operada por la llamada *Dodd-Frank Act*⁶ presenta numerosas similitudes con las medidas que se han adoptado en Europa (mayor regulación o supervisión de los mercados de productos derivados, mayor atención y regulación de las agencias de calificación crediticia, creación de un Consejo de Supervisión de la Estabilidad Financiera – paralelo a “nuestra” Junta Europea de Riesgo Sistémico-), o que ya existían en el viejo continente (muchacha mayor transparencia de los préstamos hipotecarios, creación de la Oficina de Protección del Consumidor), pero precisamente en lo relativo al tema que nos ocupa la diferencia es grande: la *Dodd-Frank Act* ha creado un procedimiento de liquidación ordenada para las grandes entidades financieras, intentando poner fin así al famoso aforismo *too big to fail*.

2. PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DE LAS GRANDES ENTIDADES FINANCIERAS: ELIMINACIÓN DEL *TOO BIG TO FAIL*⁷.

En Estados Unidos también se adoptaron medidas en un primer momento para paliar o mitigar los efectos de la crisis, básicamente ayudas o planes de rescate a instituciones de gran tamaño y, por consiguiente, susceptibles de afectar a buena parte del entramado financiero del país (adquisición de activos “tóxicos”, etc.) a cambio de determinadas condiciones (por ejemplo, el no reparto de dividendos)⁸. Pero dichas medidas quedaron eclipsadas el año pasado –en concreto, el 21 de julio de 2010- con la promulgación de la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (en adelante, la *Dodd-Frank Act*), una ley de reforma global del sistema financiero cuyo objeto es dotar a éste de unas bases sólidas con las que poder evitar otra crisis en el futuro. Dicha Ley, extensísima, regula toda una serie de aspectos del sistema financiero necesitados de una mayor

⁶ V. una panorámica general de la reforma operada por esta Ley en mi trabajo titulado «Reforma del sistema financiero en Estados Unidos: la llamada Dodd-Frank Act», en *RDBB*, num. 124 (octubre-diciembre de 2011).

⁷ Reproduzco aquí buena parte de las ideas expuestas en el epígrafe 2.3 del trabajo mencionado en la nota anterior.

⁸ En general, la mayoría de estas medidas se adoptaron como consecuencia de la aprobación del TARP (*Troubled Asset Relief Program* o programa de ayuda frente a los activos de carácter problemático, v. <http://www.federalreserve.gov/bankinfo/tarpinfo.htm>). No obstante, también se aprobaron otras tendentes a mantener la confianza en el sistema financiero, como el aumento del importe de los depósitos garantizados por la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), similar a nuestro Fondo de Garantía de Depósitos (en concreto, la *Emergency Economic Stabilization Act* de 2008 aumentó la cobertura de los depósitos asegurados de 100.000 \$ a 250.000, aumento que se reitera en la Sección 335 de la *Dodd-Frank Act*).

o menor reforma. Aunque lo que más ha trascendido a la opinión pública es la creación de una Oficina o Agencia de Protección del Consumidor, la Ley prevé un sinnúmero de medidas de gran importancia, entre las que destaca la creación asimismo del Consejo de Supervisión de la Estabilidad Financiera, de la Oficina Nacional del Seguro o la regulación mucho más minuciosa de los préstamos hipotecarios. Se trata, por tanto, de una reforma global del sistema financiero, no ya únicamente del sector crediticio o de uno o varios aspectos puntuales, que requerirá -ya se está haciendo- de un gran desarrollo posterior.

El objeto de la Ley viene sintetizado en un párrafo que introduce la misma a modo de preámbulo: la Ley tiene por objeto, entre otros fines, promover la estabilidad financiera en Estados Unidos a través de la mejora de los procedimientos de rendición de cuentas y de la transparencia en el propio sistema financiero, la erradicación del *too big to fail*, la protección de los contribuyentes norteamericanos -acabando con los famosos rescates-, y la protección de los consumidores frente a las prácticas abusivas en los servicios financieros.

Con el fin de promover la estabilidad financiera, la Ley establece toda una serie de medidas: la creación del mencionado *Financial Stability Oversight Council*, el requerimiento de unos mayores niveles de capitalización de las entidades de crédito, una nueva regulación de las agencias de *rating* crediticio, etc. No obstante, cuando no se logre evitar la insolvencia o la caída de una entidad, la cuestión de cómo tratar esta última situación resulta especialmente difícil.

El Derecho estadounidense cuenta, en este sentido, con dos procedimientos concursales aplicables a las entidades de crédito: el llamado *conservatorship*, equivalente a nuestro convenio en el concurso, y el *receivership*, equivalente a la liquidación⁹ [v. la sección 1821 (c) y (d) del título 12 («Banks and banking») del capítulo 16 («Federal Deposit Insurance Corporation») del *US Code*]. Entre 1934 y 2005 el primero de ellos solamente se ha utilizado en dos ocasiones (en ambas, además, las entidades acabaron en el procedimiento liquidatorio)¹⁰, mientras que

⁹ V. una lista de los bancos que han acudido a estos procedimientos en <http://www.fdic.gov/bank/individual/failed/banklist.html> (última visualización, 4 de noviembre de 2011).

¹⁰ No obstante, hoy tenemos dos excepciones: tanto la *Federal National Mortgage Association* ("Fannie Mae"), como la *Federal Home Loan Mortgage Corporation* ("Freddie Mac"), se encuentran sometidas a un procedimiento de *conservatorship* (v. http://www.fanniemae.com/markets/debt/subordinated_debt/aboutsubdebt/index.jhtml?p=Debt+Securities&s=Subordinated+Debt&t>About+Subordinated+Benchmark+Notes, y

el *receivership* se declaró en 2094 ocasiones¹¹. La razón de ello es que el procedimiento liquidatorio es más barato para la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC, equivalente a nuestro Fondo de Garantía de Depósitos), ya que –se argumenta– en caso de optar por el de conservación los depositantes no asegurados sacarían su dinero inmediatamente ante la amenaza de la situación y lo que quedarían serían los depósitos asegurados, que la FDIC tendría que cubrir al 100%. En cambio, en caso de liquidación (*receivership*) se liquida el banco, se paga a prorrata a todos los depositantes y la FDIC solamente tiene que cubrir la parte de los depósitos asegurados no satisfechos. Se afirma, por ello, que el *receivership* es el *key mechanism* para tratar las quiebras de los bancos y que, de hecho, ha venido dando unos resultados buenos para la liquidación de las entidades crediticias de pequeño y mediano tamaño¹². Por otra parte, la diferencia más significativa respecto al concurso de una entidad cualquiera bajo el *Bankruptcy Code* es que en el procedimiento de *receivership*, tras pagar a los acreedores asegurados hasta el valor de la garantía y los gastos del *receiver*, se pagan los depósitos, tanto si están asegurados como si no¹³, es decir, existe un orden de prelación de créditos distinto. Además, en el procedimiento de *receivership* la FDIC actúa como administrador.

Pero este procedimiento de *receivership* apenas se ha aplicado a entidades de gran tamaño¹⁴. Sobre éstas, como es bien sabido, pesa el famoso aforismo *too big to fail*. Por eso, cuando la actual administración estadounidense se planteó cómo tratar a las grandes entidades financieras que “se derrumban”, las discusiones se centraron en si se debía seguir acudiendo a los planes de rescate,

<http://www.freddiemac.com/governance/>, ambas visualizadas por última vez el 3 de noviembre de 2011).

¹¹ En los últimos años y, más en concreto, desde el 13 de octubre de 2000 hasta el 22 de octubre de 2010, un total de 330 bancos han caído (*failed*), la inmensa mayoría en 2009 y 2010 (también debe decirse que el *failure* de un banco puede obedecer a múltiples causas y no solamente a la insolvencia, pero el hecho de que la mayoría de dichas entidades hayan caído en estos dos últimos años pone de manifiesto la preeminencia de las causas de carácter económico). De octubre de 2009 a octubre de 2010 un total de 164 bancos entraron en este procedimiento, mientras que en este último año (desde el 23 de octubre de 2010 al 1 de noviembre de 2011), el número ha disminuido considerablemente, si bien se mantiene en una cifra muy alta: 103 bancos (<http://www.fdic.gov/bank/individual/failed/banklist.html>).

¹² V. SKEEL, D., *The New Financial Deal. Understanding the Dodd-Frank Act and Its (Unintended) Consequences*, Hoboken (New Jersey, EE.UU.), 2011, págs. 117 y 118.

¹³ V. SCOTT CARNELL, R., MACEY, J. R. y MILLER, G. P., *The Law of Banking and Financial Institutions*, 4ª ed., 2008, págs. 705 a 707 y 719.

¹⁴ SKEEL, D., *The New Financial Deal... cit.*, pág. 124, señala que entre 1995 y 2009 la FDIC cerró 99 bancos con activos inferiores a un billón de dólares, 89 de los cuales tenían activos por menos de 500 millones de dólares, y solamente 20 cuyos activos sobrepasaban un billón de dólares.

con el consiguiente coste para el bolsillo de los *taxpayers*, esto es, seguir haciendo realidad la máxima del *too big to fail*, o si por el contrario se las debía “dejar caer”, lo que planteaba el problema del consiguiente daño a todo el sistema financiero. En este último caso, además, el daño se extendía a los propios acreedores, pues el procedimiento de *bankruptcy* regulado en el UCC es lento y costoso¹⁵. Por eso, se optó al final por una solución intermedia: en adelante, estas entidades se someterán a un procedimiento administrativo, cuyo síndico será una agencia federal: la *Federal Deposit Insurance Corporation*, más o menos el equivalente a nuestro Fondo de Garantía de Depósitos. Con este procedimiento, muy similar al de *receivership* ya mencionado, se persigue mitigar el riesgo sistémico en caso de “caída” de una de estas entidades y minimizar los daños¹⁶ mediante una actuación mucho más rápida y eficiente, principalmente a la hora de liquidar los activos¹⁷. Así lo declara la propia *Dodd-Frank Act*¹⁸, que añade que el procedimiento procurará que los acreedores (se entiende, los no asegurados), los

¹⁵ La Presidenta de la FDIC, Sheila Bair, puso como ejemplo el proceso concursal abierto sobre Lehman Brothers, del que –dijo– ha consumido ya tras dos años desde su apertura más de un billón de dólares, y los acreedores aún no saben en qué situación se encuentran sus créditos (conferencia pronunciada en la JFK School of Government el pasado 20 de octubre de 2010. Puede verse en <http://www.iop.harvard.edu/Multimedia-Center/All-Videos/Ending-Too-Big-to-Fail-The-FDIC-Financial-Reform>, visualizada por última vez el 3 de noviembre de 2011).

¹⁶ De hecho, antes del nombramiento de la FDIC como *receiver*, esta misma entidad y el *Board of Governors* podrán valorar, entre otros aspectos, si la entidad se encuentra *in default* o próxima al mismo, los efectos que podría tener la apertura del procedimiento sobre la estabilidad financiera de EE.UU., sobre las personas de bajos ingresos y otra serie de aspectos, así como por qué el *Bankruptcy Code* no resulta adecuado para la entidad [Sección 203 (a)(2)].

¹⁷ Es significativo en este sentido que la FDIC haya emitido un informe el 18 de abril de 2011 sobre cómo se hubiera llevado a cabo el procedimiento de *Orderly Resolution* regulado por la *Dodd-Frank Act* sobre Lehman Brothers (v. un resumen en <http://www.fdic.gov/regulations/reform/lehman.html>, visualizado por última vez el 3 de noviembre de 2011), ya que las conclusiones son altamente reveladoras de la eficiencia de este procedimiento. Así, y entre otras cosas, se puede leer: 1) que hasta febrero de 2011, los gastos del procedimiento de *bankruptcy* en abogados y otros profesionales, principalmente en concepto de administración de los activos del deudor, supera la escalofriante cifra de 1,2 billones de dólares; 2) que el título II de la *Dodd-Frank Act* podría haber sido utilizado para efectuar una venta rápida, ordenada y transparente de los activos de Lehman, venta que hubiera permitido a los acreedores recuperar mucho más que en el procedimiento de *bankruptcy*, y todo ello sin coste alguno para los contribuyentes. En concreto, se estima que, dada la capacidad de la FDIC de llevar a cabo una venta rápida y estructurada de los activos, así como de proveer de liquidez a la empresa para poder continuar con las operaciones que generan valor, los acreedores no asegurados podrían haber recuperado el 97 por ciento de sus pretensiones; 3) entre las facultades de la FDIC en dicho procedimiento cabe citar la ya mencionada capacidad de suministrar liquidez y la rapidez con que puede adquirir y vender activos, pero también la de efectuar un plan de resolución con mucha mayor rapidez y la mayor flexibilidad para realizar transacciones. Léase, en este sentido, la carta de la directora de la FDIC de 16 de junio del presente año a favor de dicho procedimiento (v. en http://www.fdic.gov/news/letters/lte_06162011.html).

¹⁸ Sección 204 (a). Los apartados (1) a (5) de la Sección 206 añaden que la FDIC se asegurará de que dichas previsiones sean una realidad, y que las medidas se adopten teniendo en cuenta la estabilidad financiera de EE.UU. y no con el fin de que la entidad sobreviva.

accionistas y los auténticos culpables de la situación sean quienes soporten las pérdidas¹⁹.

Desde un punto de vista subjetivo, el procedimiento se dirige a las especialmente a las *bank holding companies* y a las entidades financieras no bancarias de gran tamaño, esto es, a aquéllas entidades que pueden llegar a poner en peligro la estabilidad financiera de los Estados Unidos²⁰.

Por otra parte, no debemos pensar que, por simetría con nuestro concurso de acreedores, a dicho procedimiento se someterán únicamente las entidades insolventes. Lo que solemos denominar “presupuesto objetivo” del proceso es mucho más amplio que el que recoge el art. 2 de nuestra LC, si bien es cierto que tiene como común denominador que afecta a las entidades con dificultades económicas. La sección 203 (c)(4) de la *Dodd-Frank Act* dispone, en efecto, que una entidad se considera en *default or in danger of default* cuando se encuentre en situación de quiebra (de que se abra el procedimiento previsto en el *Bankruptcy Code*) o en situación próxima, cuando haya incurrido en pérdidas que le puedan hacer perder todo o una parte sustancial de su capital, cuando sus activos se encuentren por debajo de las obligaciones que tenga contraídas frente a los acreedores o cuando sea incapaz de pagar sus obligaciones en el curso normal de negocios. En definitiva, el presupuesto objetivo se regula en términos más amplios que en nuestra LC, lo que obedece sin duda al peligro que representan estas entidades para la estabilidad económica del país.

Desde el punto de vista procesal, este procedimiento es conocido como el de las “three keys turning”²¹, correspondiendo abrir la puerta al Secretario del Tesoro, al *Board of Directors* de la Reserva Federal y al Consejo de la FDIC (la SEC en el caso de bancos de inversión y la *Federal Insurance Office* en caso de entidades aseguradoras): si el Secretario del Tesoro concluye que la entidad está *in default or in danger of default*, una mayoría de dos tercios de estos últimos Consejos deberán recomendar dicho proceso y, previa consulta con el Presidente,

¹⁹ El que ni acreedores ni accionistas vean satisfechos sus créditos tiene, en palabras de SKEEL, D., *The New Financial Deal... cit.*, pág. 132, la función de evitar que asuman riesgos muy elevados, estén deseosos de prestar dinero a la sociedad y, en cambio, apenas quieran vigilar la compañía.

²⁰ A tal categoría pertenecen las entidades cuyos activos están valorados en más de 50 millones de dólares (actualmente hay 36 según SKEEL, D., *The New Financial Deal... cit.*, pág. 152), y las que hayan sido designadas como importantes desde el punto de vista del riesgo sistémico por el *Financial Stability Oversight Council*.

²¹ SKEEL, D., *The New Financial Deal... cit.*, pág. 121.

el Secretario podrá iniciar el procedimiento nombrando a la FDIC como administradora (Sección 203).

Dicho procedimiento se regula básicamente –en lo no especificado en el título II de la *Dodd-Frank Act*- por el *Bankruptcy Code*, esto es, por el título 11 del *US Code* [Sección 202 (c)(1)] y, a grandes rasgos, se diferencia del mismo en que se trata de un procedimiento administrativo en el que la FDIC es nombrada administradora o *receiver* [Sección 204 (b)]²². El nombramiento como *receiver* tendrá por lo general una duración de 3 años [Sección 202 (d)(1)], y la FDIC podrá incluso proveer fondos en forma de préstamos para diversas finalidades (adquisición de activos, etc.), fondos que, en su caso, tendrán prioridad en lo que se refiere a su devolución [Sección 204 (d)].

Por lo demás, el procedimiento intenta mantener a la compañía en funcionamiento, para lo cual declara la continuidad de determinados contratos necesarios a tal efecto [alquiler de instalaciones, etc., v. la sección 210 (c)], contratos en los que la otra parte no está asegurada en muchos casos. También permite rescindir aquellos pagos realizados en fraude de acreedores en los dos años anteriores al nombramiento de la FDIC como administradora, así como los pagos realizados a los *insiders* en los 90 días anteriores [Sección 210 (a)(11)], etc. En este mismo sentido, y dado que el procedimiento tiene por objeto mitigar o controlar en la medida de lo posible el riesgo sistémico, la *Dodd-Frank Act* introduce dos grupos de reglas tomadas del procedimiento de liquidación de las entidades bancarias. En primer lugar, las relativas a los contratos financieros cualificados (*derivatives*), consistentes en que las cláusulas *ipso facto* no tendrán aplicación durante un día [Sección 210 (10)(F)]²³, y en que los contratos maestro

²² Mientras en el procedimiento de *bankruptcy* el órgano de administración sigue dirigiendo la sociedad, no ocurre así ni en el de *receivership* ni en el recién creado procedimiento para los grandes bancos. Por eso, la *Dodd-Frank Act* señala que si los administradores solicitan el concurso (*bankruptcy*), las agencias reguladoras de los bancos pueden decidir llevar el caso a la “resolution authority”, esto es, al procedimiento regulado en la *Dodd-Frank Act* a que nos estamos refiriendo.

Por otra parte, aunque en el procedimiento de *receivership* que se aplica para las liquidaciones de los bancos de pequeño y mediano tamaño la FDIC también actúa como administrador, SKEEL, D., *The New Financial Deal... cit.*, pág. 121, señala que, en el regulado por la *Dodd-Frank Act*, la FDIC actúa con suma discreción y no de oficio, ya que –como decíamos– hay “three decisions makers”. Añade –pág. 122– que mientras el *bankruptcy* es un proceso de negociación entre deudor y acreedores, el procedimiento de *receivership* con bancos pequeños y medianos es discreto, opaco y con gran discreción administrativa a favor de la FDIC –esta última, básicamente, negocia con un *large bank* para que adquiera los activos–.

²³ Por virtud de estas cláusulas, en caso de insolvencia o concurso, la otra parte de un contrato de *swap* puede cancelar el contrato. Esta cláusula es válida y eficaz en el procedimiento de *bankruptcy*, pero si todas las partes cancelaran sus contratos y vendieran sus garantías (*collateral*) ello podría hacer bajar el precio de los activos y exacerbar la crisis. Por eso, la *Dodd-*

serán tratados como un contrato único, de manera que si hay un acuerdo marco que cubra toda una variedad de transacciones con una misma parte, la FDIC deberá dar el mismo trato a todos los contratos, manteniéndolos o repudiándolos [Sección 210 (c)(8)(D)(viii)]. En segundo lugar, la FDIC tiene amplios poderes sobre el “presupuesto” de la entidad, ya que puede comprar o garantizar activos, prestar dinero a la entidad –en cuyo caso dichos préstamos carácter prioritario en cuanto a su devolución- [Sección 210 (b)(2)], etc.

Pasando al terreno de las valoraciones, la creación de este procedimiento por la *Dodd-Frank Act*, o lo que es lo mismo en tanto se encuentra implícito, la toma de posicionamiento respecto a la regla general, esto es, el deseo de volver a evitar los planes de rescate y, por consiguiente, de permitir la “caída” de una entidad de grandes dimensiones, merece una valoración positiva de principio. Si se quiere, más que la caída, el cambio de mentalización social respecto a este tema que está previsto que tenga lugar, pues entendemos que dicho cambio –de producirse- se traducirá en una gobernanza empresarial más eficiente a medio y largo plazo y que evitará la tantas veces criticada –con razón- política cortoplacista de obtención de beneficios por las consecuencias a que puede llevar a medio-largo plazo. También merece alabanza el diagnóstico de los problemas que sucederían ante una hipotética crisis de una entidad de carácter sistémico. Cosa distinta será ver si finalmente se pone en práctica (ojalá no sea necesario) y, en su caso, la eficacia del mismo.

3. EL CONTRASTE CON NUESTRO DERECHO.

La lectura del epígrafe anterior evidencia que hay una gran diferencia entre el Derecho estadounidense y el de nuestro país.

Como es sabido, nuestra legislación no contiene un procedimiento concursal especial para las entidades de crédito. No se contenía bajo el antiguo régimen del C. de Co. y la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, y no lo contiene ahora. En el régimen derogado, la única especialidad residía en que, en caso de suspensión de pagos de un Banco, Caja de Ahorros o Cooperativa de Crédito, los dos Interventores-Peritos mercantiles o prácticos eran designados de entre los que

Frank Act dispone que la FDIC tiene hasta las 17:00 h. del día hábil siguiente para decidir qué hacer con dichos contratos (mientras tanto quedan en suspenso dichas reglas), esto es, si paga o decide cancelarlos.

figuraran en las listas que el Fondo de Garantía de Depósitos correspondiente debía remitir; que en caso de que se decretara la suspensión y sustitución de los Órganos de administración de la Entidad suspensa, el Administrador sería el propio Fondo de Garantía de Depósitos; y que en caso de quiebra, el Fondo de Garantía de Depósitos correspondiente asumiría las funciones del Comisario, Depositario y Síndicos (Artículo Sexto del *Real Decreto-ley 18/1982, de 24 de septiembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito*, núms. Uno y Dos).

En el Derecho vigente la situación es muy parecida. Por un lado, y como decíamos, no existe un procedimiento concursal especial. El art. 1 LC dispone, en efecto, que «la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica». Así lo corrobora el hecho de que la Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, posterior por tanto a la LC, confirmara la opción de esta última, ya que considera como medida de saneamiento de dichas entidades en España la apertura de la declaración de concurso y como procedimiento de liquidación la apertura de la fase de liquidación del mismo (art. 5)²⁴.

Por lo demás, a lo largo de la Ley apenas encontramos especialidades en relación con el concurso de una entidad de crédito. Entre ellas destaca la que figura en el apartado 2.º del art. 27.2, que tras la nueva redacción dada por la *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, dispone que, en el caso de concurso de una entidad de crédito, el juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos por el Fondo de Garantía de Depósitos. La similitud con el régimen anterior es, por tanto, más que palpable²⁵. La segunda de las especialidades se encuentra en la disposición

²⁴ De manera gráfica, DEL GUAYO CASTIELLA, I., «Paraconcursalidad preventiva y entidades financieras. Nacionalizaciones bancarias en Europa (Northern Rock) y Estados Unidos (INDYMAC)», en *RCP* núm. 9 (2008), pág. 459, afirma en relación con las entidades financieras que «el propio concurso de acreedores (concebido como un instrumento jurídico dirigido, primariamente, a la satisfacción de los acreedores y, derivadamente, en la medida en que aquella satisfacción lo permita y/o promueva, al mantenimiento de la actividad del sujeto en concurso) se ha convertido en un instrumento de saneamiento, como lo dispone, a ciertos efectos, y sobre determinadas entidades de crédito, el art. 5 de la LSYLEC, a cuyo tenor la apertura de un concurso de acreedores (antes de la apertura de la fase de liquidación), contra determinadas entidades de crédito (las contempladas en el art. 2), se ha convertido, ya sin ambages, en una *medida de saneamiento*».

²⁵ Ténganse en cuenta, en este sentido, dos cosas. En primer lugar, que antes de la reforma de la LC operada por la mencionada Ley 38/2011, el art. 27.2.2.º disponía que, en caso de concurso de una entidad de crédito será nombrado administrador, en lugar del acreedor, el Fondo de Garantía de Depósitos que correspondiera (recuérdese que la administración concursal estaba compuesta por tres miembros, uno de los cuales debía tener la condición de acreedor, ya

adicional segunda, que aunque lleva por título «Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras». Sin embargo, a pesar de su enunciado, lo que contiene son determinadas particularidades aplicables a ciertos contratos; con otras palabras, el ámbito al que se dirige dicha disposición no es plenamente coincidente con la expresión que se recoge en su encabezamiento, tal y como ha señalado la doctrina²⁶. La última de las especialidades se encuentra en la regulación del derecho de voto en el convenio. Como es sabido, la LC, con el fin de evitar el “mercadeo” de créditos y el hecho -frecuente en las antiguas quiebras y suspensiones de pagos- de que un único acreedor o un grupo de acreedores dominaban las juntas de acreedores, estableció que la adquisición de los créditos concursales por actos *inter vivos* con posterioridad a la declaración de concurso no llevaba consigo la posibilidad de ejercitar el derecho de voto en la junta de acreedores. Ahora, sin embargo, dada la peculiar coyuntura económica y la conveniencia de posibilitar, en la medida de lo posible, la adopción de convenios, la mencionada *Ley 38/2011* ha derogado esta regla y establece que el adquirente de dichos créditos podrá ejercitar el derecho de voto en la junta de acreedores, si bien únicamente cuando se trate de una entidad sometida a supervisión financiera (nueva redacción del art. 122.1.2.º LC). En todo caso, y como puede fácilmente deducirse, esta “especialidad” está pensada para el caso de que la entidad de crédito actúe en calidad de acreedora en un procedimiento de concurso y no como deudora, por lo que no puede decirse que constituya una especialidad del concurso de una entidad de crédito.

Lo anterior sirve para constatar una evidencia: no hay un Derecho concursal de las entidades de crédito. En su día lo hubo para las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas (arts. 930 a 941 del C. de Co.), pero ni lo ha habido ni lo hay para las entidades de crédito. Bajo el régimen actual no se conoce entidad de crédito que haya sido declarada en concurso, y bajo el Derecho anterior

fuera titular de un crédito ordinario o de uno con privilegio general no garantizado). Y en segundo lugar, que el administrador concursal designado por el Juez incluido en la lista remitida por el Fondo de Garantía de Depósitos, cuando acepta el cargo, lo acepta en nombre propio, y no en nombre del FGD, por lo que una eventual acción de responsabilidad se dirigirá contra él y no contra el Fondo. Así lo señalaba ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Aspectos civiles y mercantiles de las crisis bancarias», en AA.VV., *Aspectos jurídicos de las crisis bancarias (respuesta del ordenamiento jurídico)*, Madrid, 1988, pág. 256, en relación, bajo el régimen derogado, con los interventores designados por el Juez, y lo mismo cabe señalar bajo el régimen actual.

²⁶ Lo critica, entre otros, ESPÍN, C., «Comentario a la Disposición Adicional Segunda», en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal*, dirs. ROJO, A. / BELTRÁN, E., Madrid, 2004, pág. 3039.

“la quiebra y la suspensión de pagos de los bancos constituyen un fenómeno absolutamente marginal”²⁷.

Y la cuestión es: ¿por qué? ¿No hay razones para establecer un procedimiento similar al que hemos visto en EE.UU.?

Un sector señalaba hace ya casi un cuarto de siglo que existían varias causas que desaconsejaban una solución fundamentalmente concursal de las crisis bancarias, a saber: el arcaísmo de las concepciones en que se asentaba el Derecho concursal de entonces, la deficiente preparación de jueces y magistrados en una materia tan compleja, y la falta de medios personales y materiales de la judicatura. En tanto no se ponga solución a estos problemas –concluía– lo mejor son las soluciones administrativas, sin perjuicio de su control judicial²⁸. Pues bien, es evidente que si hiciéramos caso a este sector, hoy día el concurso debería ser la solución prioritaria en las crisis bancarias, pues el arcaísmo mencionado –que es cierto que llegaba a extremos realmente asombrosos, como el hecho de que constara la fuga del quebrado entre las causas que permitían declarar la quiebra, antiguo art. 877 del C. de Co.–, hoy ha desaparecido desde la promulgación de la LC; por su parte, la preparación de los Jueces de lo Mercantil ha mejorado notablemente, y en cuanto a la falta de medios personales y materiales de la judicatura, si bien no se puede negar que existe un colapso en nuestros Juzgados de lo Mercantil, también lo es que dicho colapso no existía al comienzo de vigencia de la LC y, como decíamos, el concurso de una entidad de crédito aún no se conoce...

Las causas son, por eso –entiendo–, de otra índole: desde que se promulgó el C. de Co., no ha existido “voluntad” en nuestro país de “dejar caer” una entidad de crédito. Se constató en el primer tercio del siglo XX: la suspensión de pagos del Banco de Barcelona en 1920 no trajo consigo la aprobación de un Derecho concursal especial para las entidades de crédito, pero sí impulsó la aprobación de la Ley de Ordenación Bancaria de 1921 y de la Ley de Suspensión de Pagos (LSP) de

²⁷ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Aspectos civiles...» *cit.*, pág. 248. De hecho, en el período de crisis bancaria comprendido entre 1978 y 1985 solamente tuvieron lugar la quiebra del Banco de Navarra y del Banco de los Pirineos.

²⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Aspectos civiles...» *cit.*, pág. 250. En sentido parecido, CUERVO, Á., *La crisis bancaria en España 1977-1985*, Barcelona, 1988, pág. 85, afirmaba que “poco se puede hacer en las crisis bancarias con nuestro sistema legal [...]. Arcaísmo, complejidad e ineficiencia son los rasgos más destacados de los procesos de quiebra, que terminan por paralizarse y olvidarse para siempre [...]. En la práctica, el Derecho se ha revelado como ineficiente para resolver los problemas derivados de la crisis”.

1922. Esta última permitió que en la suspensión de pagos tuvieran cabida situaciones en las que el pasivo es superior al activo o en las que el convenio podía contener una espera superior a 3 años. En suma, fue “consecuencia de la voluntad política de evitar la quiebra de una entidad bancaria determinada”²⁹. “Desde 1921 se tratan de evitar las crisis bancarias a través de la ordenación administrativa del sector”³⁰, y así se explica que la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 sustituyera a la anterior, que en 1977 se crearan los Fondos de Garantía de Depósitos³¹ y poco después la Corporación Bancaria, SA, en 1978³², y que se promulgara la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que permite al Banco de España adoptar las medidas de intervención y suspensión que prevé para el caso de que la entidad se encuentre en una situación de «excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia» (arts. 31 y 32). En suma, siempre ha existido una cierta “paraconcursalidad” en esta materia que ha eclipsado la adopción de una medida concursal sobre una entidad de crédito.

Esta tendencia se mantiene incólume en la actualidad. A pesar de la fortaleza de nuestro sistema financiero, cuando se ha visto que empezaba a tambalearse y que las medidas preventivas y de supervisión no han sido suficientes, principalmente en el sector de las cajas de ahorro, el *RD-Ley 9/2009* ha venido a impedir de hecho el concurso de las entidades de crédito con el único requisito de que comuniquen al Banco de España que se encuentran en una situación económico-financiera de «debilidad» y que, en consecuencia, han comenzado a buscar un plan de viabilidad. Además, en caso de que el Banco de España haya acordado la sustitución provisional de los órganos de administración y dirección de la entidad por el FROB, la legitimación para solicitar la declaración de concurso corresponderá exclusivamente a éste³³.

La razón de que el Derecho concursal y entidades de crédito parezcan conceptos antagónicos, en el sentido de que estas últimas figuren como sujeto

²⁹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Aspectos civiles...» *cit.*, pág. 247. En el mismo sentido, CUERVO, Á., *La crisis bancaria... cit.*, pág. 85.

³⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Aspectos civiles...» *cit.*, pág. 247.

³¹ V. nota 3. Con el tiempo, los Fondos absorbieron la Corporación Bancaria, la aportación a los mismos devino obligatoria.

³² RD-Ley 5/1978, de 6 de marzo.

³³ Cuanto acabamos de señalar no ha pasado por alto a la doctrina, que ya ha venido a señalar esto mismo. V. PÉREZ TROYA, A., “Las especialidades concursales de las entidades de crédito ante la crisis financiera”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, III 2010, págs. 247, 248 y 255.

pasivo, se debe a que, como acertadamente se ha dicho, “nadie suele tener interés en que quiebre un banco, ni los depositantes, ni los trabajadores, ni el resto del sistema bancario; ni siquiera el Estado, por los efectos que tiene sobre el resto del sistema bancario y económico”³⁴.

La situación en nuestro país es, en este sentido, distinta a la estadounidense. En primer lugar, porque en EE.UU. existe una innumerable cantidad de bancos y, en general, entidades de crédito, mientras que en nuestro país el número es mucho más reducido³⁵. En segundo lugar porque, como consecuencia de lo que se acaba de señalar, las llamadas entidades que presentan riesgo sistémico son muchas menos en proporción a las que existen en nuestro país y, en general, en la UE³⁶. Ello explica que en aquel país numerosos bancos hayan cerrado y sigan cerrando y el sistema financiero no se tambalee, mientras que en España (en Europa, me atrevería a decir) la situación es muy distinta: la alarma social que causaría la caída de una entidad de crédito sería mucho mayor. En tercer lugar, existe cierta desconfianza en la capacidad del Fondo de Garantía de Depósitos para hacer frente a una eventual crisis bancaria global. En EE.UU. la FDIC ha funcionado a la perfección y los depósitos asegurados han sido satisfechos, pero –debe insistirse– en Europa la confianza en estos Fondos no es tan ciega. De hecho, como señalé el año pasado, el aumento de la cobertura no ha venido acompañado de un aumento correlativo de las contribuciones que las distintas entidades de crédito deben realizar a dichos Fondos.

Es cierto que, hasta la fecha, y con la información que dispongo, el procedimiento creado en el título II de la *Dodd-Frank Act* no ha sido puesto en práctica, pero también lo es que, al menos, en EE.UU. se han puesto las bases para hacer creer que, al menos en el futuro, una entidad de crédito que presente riesgo sistémico podrá caer. De hecho, una de las funciones encomiadas al *Financial Stability Oversight Council* es la promoción de la disciplina de mercado y la

³⁴ CUERVO, Á., *La crisis bancaria... cit.*, pág. 86.

³⁵ En el Registro de Entidades del Banco de España, actualizado a 27 de octubre de 2011, pueden verse las siguientes cifras: 77 bancos (pág. 14), 35 cajas de ahorros (pág. 27), y 81 cooperativas de crédito (pág. 38). V. el listado en <http://www.bde.es/webbde/es/secciones/servicio/regis/regent/ren184.pdf>.

³⁶ En EE.UU., la New York University Stern School of Business publica y actualiza diariamente una lista de entidades que presentan riesgo sistémico (http://vlab.stern.nyu.edu/analysis/RISK_USFIN-MR.MES). Pues bien, el 4 de noviembre de 2011 las tres entidades con mayor riesgo sistémico eran el Bank of America (15.7%), JP Morgan Chase (14.3%) y Citigroup (13.6%). Es más, solamente hay 47 entidades que presentan riesgo sistémico, de las cuales únicamente las 10 primeras superan un 2%, y la mayoría de ellas se mueven en un porcentaje que oscila entre el 0.1 y el 1.1 %.

eliminación de la “cultura” del *too big to fail*. En Europa y, especialmente, en nuestro país, el debate está por ello en un nivel anterior: seguimos inmersos en una fase de rescates de las entidades con cargo al erario público, sin perjuicio de que se estén intentando poner las bases para que ello no suceda en el futuro.