



Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil

2015/95

agosto 2015

Título: La inviabilidad como presupuesto de la resolución de las Entidades de crédito a la luz de la Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. Primera Aproximación * **

Autora Isabel Fernández Torres

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 84
E-mail autor: ifertorres@der.ucm.es
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>
Copyright © 2014 por el autor

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación *¿Hacia un sistema financiero de nuevo cuño?: análisis crítico de las soluciones implementadas en otros Ordenamientos y propuestas de modificaciones legales en Europa y en España*, dir. Carmen Alonso Ledesma, Proyecto DER 2011-28265.

** Esta es la versión inicial de mi intervención en el XIII Congreso Harvard-Complutense, celebrado en Harvard 21-23 septiembre 2015 *“Financial crisis a TransAtlantic perspective”*.

La inviabilidad como presupuesto de la resolución de las Entidades de crédito a la luz de la Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. Primera Aproximación

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

PROF. CONTRATADO DOCTOR DERECHO MERCANTIL
ACREDITADO A PROF. TITULAR
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Resumen: La Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de inversión deroga parcialmente la Ley 9/2012 y establece un nuevo marco regulador en el que se contempla un procedimiento específico -de carácter administrativo- de reestructuración para aquellas entidades inviables o que prevean que puedan serlo en un plazo de tiempo razonable para aquellas entidades para las que los procedimientos concursales no sean útiles. La inviabilidad constituye el eje en torno al cual gira el procedimiento de resolución y a ella dedicamos este primer análisis.

Palabras clave: Reestructuración. Entidad de crédito. Inviabilidad. Resolución.

Abstract: Law 11/2015 of recovery and resolution of credit institutions and investment firms repeals partially Law 9/2012 and establishes a new regulatory framework in which a specific administrative procedure is designed for insolvent entities (or entities that might be insolvent). This procedure applies for those entities for which insolvency proceedings are not useful.

Key Words: Restructuring, Credit Institution, Insolvency, Resolution.

SUMARIO:

I. Introducción.....	4
II. Concepto de reestructuración.....	10
III. Objetivos y principios.....	12
VI. Ambito objetivo de la resolución: viabilidad vs. Inviabilidad.....	14
V. Tipos de solución.....	21
VI. Determinación de la inviabiliabilidad.....	23

I. Introducción.

Desde que estallara la crisis financiera en el año 2007 hemos venido asistiendo a ingentes cambios legislativos dentro del sector bancario, algunos de dudoso acierto evidenciando las debilidades de los sistemas de intervención y resolución de crisis bancarias. No es el momento ni el lugar de analizar todos y cada uno de ellos puesto que el objetivo de este comentario ha de versar tan sólo en la figura de la reestructuración bancaria en el marco de la Ley 11/2015, de 18 de junio noviembre (publicada en el BOE el 19 de junio de 2015) de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (en adelante, LRREC) que, aunque en una línea continuista, ha venido a sustituir y derogar parcialmente la Ley 9/2012, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, incorporando a nuestro Ordenamiento la normativa europea aprobada en la materia¹.

La extensión y duración de la crisis ha hecho que los problemas del sector bancario hayan generado una multiplicación normativa² tendente a buscar un procedimiento administrativo especial como consecuencia de la inadecuación del procedimiento concursal y de la normativa existente al

¹ Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, que es, a su vez, una de las normas que contribuyen a la constitución del Mecanismo Único de Resolución, creado mediante el Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, siendo este uno de los pilares de la llamada Unión Bancaria.

² La crisis de la Caja Castilla La Mancha (el 29 de marzo 2009, la Comisión Ejecutiva del Banco de España acordó la sustitución de los administradores de la Caja y su sustitución por otras designadas por el supervisor) puso de manifiesto las deficiencias del régimen de gestión de las crisis bancarias en España.

Las sucesivas reformas operadas en el sector no han servido para sanearlo ni para asegurar una actuación anticipada de las crisis financieras. Las disposiciones sobre esta materia se hallaban dispersas a lo largo y ancho del Ordenamiento jurídico (Fondo de garantía de Depósitos. Ley de Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito...) quizás insuficientes para hacer frente a una crisis como ésta -sistemática-. La normativa existente con anterioridad a la crisis era de los años 1980-1990, con un entorno económico, social y jurídico diferente.

inicio de la crisis. De hecho, los sistemas “paraconcursoales” que se han ido implementando en Europa desde ese momento han sido incapaces de involucrar totalmente a los acreedores en los costes de la reestructuración y recapitalización de la banca y han derivado en esquemas de *burden sharing* (es decir, que los accionistas y tenedores de deuda subordinada absorban parcialmente las pérdidas de la entidad y contribuyan así a su recapitalización) con el fin de minimizar el coste que tiene para los contribuyentes la aportación de fondos públicos que, sin embargo, no se han podido evitar. Porque lo cierto y verdad es que la utilización de fondos públicos en los rescates de las entidades bancarias ha sido generalizada en España y en otros países de la Unión Europea así como EEUU.

Los problemas que han generado estas intervenciones han sido muchos y variados. El hecho de que los acreedores bancarios ordinarios e incluso los subordinados se beneficien de las ayudas públicas suscita no pocos problemas de equidad si comparamos este sector con otros que no han sido merecedores de ayudas afectados igualmente por la crisis y que son sometidos a procedimientos concursales sin mayores problemas. Por otro lado, las inyecciones públicas a la banca suponen una distorsión competitiva del mercado desde el momento en que las entidades beneficiarias se financian a menor coste que el resto. Pero también es cierto que el apoyo público al sector bancario puede llevar a configurar un sector bancario sobredimensionado en el que el sector público ostente una posición financiera muy elevada.

Por otro lado, son muchas las razones que justifican un tratamiento especial de estas entidades: su complejidad, su tamaño, la interconexión con otras entidades y con muchas empresas hacen que la aplicación pura y simple de la normativa concursal entrañe un riesgo para la economía del país en general y del sistema financiero en especial.

Ante esta situación, en los últimos tiempos se ha buscado configurar un régimen de reestructuración y de resolución de entidades que constituya un nuevo sistema de supervisión pública bancaria. La reforma de estos modelos paraconcursoales ha operado en tres niveles distintos.

A nivel internacional, el *Financial Stability Board* -FSB-, ha buscado armonizar la regulación existente a través de los *Key attributes of effective Resolutions Regimes for Financial Institutions*³. Los *Key attributes* fijaron las normas a aplicar en caso de resolución ordenada de una entidad sin exponer al contribuyente excesivamente pero también se ocuparon de la “recuperación” de las entidades de riesgo sistémico que, sin embargo, todavía no reunían las condiciones para su resolución o cuya resolución no había sido acordada de tal manera que cabía razonablemente esperar que se recuperara mediante la adopción de cuantas medidas de reestructuración fueran necesarias.

Pero la labor emprendida a nivel internacional sobre regímenes de insolvencia de bancos e instituciones financieras no acabó aquí. El volumen de los trabajos desarrollados llevó a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁴ a presentar una Nota de la Secretaría en la que se hacía un seguimiento de los acontecimientos e iniciativas puestas en marcha por distintas Instituciones con vistas a fortalecer la cooperación en la prevención, gestión y resolución de las crisis reformando los regímenes de resolución y las leyes sobre insolvencia para asegurar una resolución ordenada de las instituciones financieras. A los efectos que en este trabajo interesa, el citado documento advierte que cuando se emplea el término “resolución” se pretende abarcar la “reestructuración de una institución con el fin de asegurar la continuidad de sus funciones esenciales, preservar la estabilidad financiera y restaurar la viabilidad de esa institución en su totalidad o en parte”.

El enfoque internacional nos lleva a afirmar que, a diferencia de cuanto ha sucedido hasta la promulgación de la Ley 11/2015 a nivel nacional, no se contempla un procedimiento de reestructuración en cuanto tal sino que dentro de lo que es la resolución de las entidades se reconoce la posibilidad

³ www.financialstabilityboard.org/publications/r.111104cc.hym, de 4 de noviembre de 2011.

⁴ Grupo de Trabajo V (Régimen de Insolvencia), 42º período de sesiones, celebrado en Viena del 26 al 30 de noviembre de 2012.

de que se adopten planes de reestructuración que garanticen la viabilidad de la entidad.

A nivel regional, es decir, a nivel de la Unión Europea, la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión establece un marco armonizado para el rescate y resolución de entidades de crédito y de empresas de servicios de inversión de los grupos, parte de los postulados del *Financial Stability Board* pero define la resolución como “la reestructuración de una entidad al objeto de garantizar la continuidad de sus funciones esenciales, preservar la estabilidad financiera y restablecer la viabilidad de toda la entidad o parte de la misma”. Por tanto, aunque no contempla un procedimiento de reestructuración propiamente dicho, lo cierto es que la reestructuración constituye una vía de solución.

El tercer peldaño sería el ámbito nacional donde como consecuencia de los compromisos asumidos con el Eurogrupo en el Memorando de Entendimiento sobre Condiciones de Política Sectorial Financiera -MOE- suscrito el 20 de julio de 2012⁵ que fija la hoja de ruta a seguir⁶, se

⁵ BOE 10 diciembre 2012 (núm. 296).

⁶ La hoja de ruta incluye una prueba de resistencia, banco por banco de los que integran el sistema bancario español (llevada a efecto por la consultora Oliven Wyman el 28 de septiembre 2012). La clasificación de las entidades de crédito españolas de acuerdo con dicha prueba de resistencia distinguiendo entre cuatro categorías en atención a las necesidades de capital de cada banco y, por último, la recapitalización, reestructuración y/o resolución de las entidades que lo precisen de acuerdo con los principios de viabilidad y reparto de la carga en la medida necesaria para asegurar la estabilidad financiera.

- Grupo 0: entidades sin déficit de capital
- Grupo 1: entidades intervenidas por el FROB (BFA/Bankia, Catalunya, Caixa, Banco Valencia, Novo Caixa Galicia)
- Grupo 2: entidades que necesitan ayuda pública
- Grupo 3: entidades de crédito con déficit de capital que pueden obtener a través de planes de recapitulación viables sin tener que recurrir a la ayuda pública

La idea de clasificar en función del tipo de situación no es algo nuevo en nuestro derecho sino que estaba ya implícita en el ahora derogado RDL 9/2009, al que con ayudas públicas podían ser viables y las que por su inviabilidad requerían de una intervención o actuación especial.

El referido texto es, en parte, la expresión de los dictados del G-20 expresados por la Junta de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Board*) en octubre de 2011, apoyados

promulga primero la Ley 9/2012⁷ sustituida después por la Ley 11/2015 objeto del presente comentario.

La Ley se ocupa principalmente de la resolución y reestructuración de las Entidades de crédito⁸ en sentido estricto, es decir, las entidades de intermediación en el crédito aunque también de las empresas de servicios de inversión, en lo que no entraremos aquí (sociedades financieras de cartera, sociedades financieras mixtas de cartera, sociedades mixtas de cartera establecidas en España, sus filiales). Las Entidades de crédito cumplen un

por el G-20 en noviembre de 2011 en su reunión de Cannes y recogidos en la UE en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 6 de junio de 2012.

⁷ El MOE, lleva a aprobar primero el RDL 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, además, el creador, además, del FROB. Los cambios legislativos iniciados con el RDL 9/2009⁷ se olvidaron -por lo que respecta a la problemática que me ocupa- de reestructurar las entidades mal gestionadas o con problemas ocultando así la inviabilidad de algunas de ellas y evitando una liquidación ordenada (se optó por las llamadas fusiones frías). De esta manera, se prolongaron situaciones de agonía o de dificultad desvirtuando la realidad. Posteriormente, Pues bien, de acuerdo con el Memorando de Entendimiento se promulgó el RDL 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de Entidades de crédito (BOE del 31 de agosto). Los principios en torno a los que gira el Memorando son, por un lado, hacer transparente la gestión de las crisis bancarias minimizando el coste para el contribuyente -artículo 1 Ley 9/2012- (es decir, haciendo que los accionistas asuman parte de las pérdidas y la industria bancaria el coste residual del sistema) y, por otro, asignar la función de gestión de la crisis a una autoridad independiente integrada por profesionales. La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, con ciertas particularidades: ejercicios de gestión/transmisión de pasivos híbridos (en lugar de *bail-in*), y un reparto de pérdidas en el que los contribuyentes juegan un papel importante. Como el propio título de la norma indica, afronta -a diferencia de los documentos internacionales- ambas soluciones, la reestructuración y la resolución, aunque no sólo esas porque se aborda también la actuación temprana. El tiempo dirá si esta nueva regulación sirve para hacer frente a esta crisis o incluso para prevenir las que pudieran darse en el futuro. Porque una particularidad de esta regulación nueva descansa en que la génesis de las disposiciones radica en los compromisos europeos e internacionales contraídos por España que, quizás, desconozcan -en parte, al menos- el marco regulatorio con el que contaba España en el sentido de que el Banco de España tenía potestades suficientes para reestructurar las entidades viables y devolverlas al sector privado saneadas, tal y como sucediera en el pasado con Banesto⁷. Y es que, esta crisis, puede ser considerada como una crisis sistémica y ésta ha sido, sin duda, la justificación de la aprobación de una nueva regulación.

⁸ Ya el RD 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, sostenía que entidad de crédito es "toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósitos, préstamos, cesión temporal de activos financieros u otras análogas, que lleven aparejada la obligación de su restitución aplicándolas por cuenta propia en la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza". Por su parte, el Tribunal Constitucional entiende por sistema financiero el "conjunto de instituciones, entidades y operaciones a través de las cuales se canaliza el ahorro hacia la inversión, suministro (oferta) dinero u otros medios de pago para financiar las actividades de los operadores económicos (demanda)..." Sentencia 133/1997, FJ 3º (pleno del 16 de julio de 1997).

papel fundamental en la economía desde el momento en que facilitan la circulación del crédito. Este hecho unido a la complejidad del sistema financiero y a que algunas de esas entidades pueden considerarse como de “riesgo sistémico” han hecho que los poderes públicos adopten medidas que pretenden asegurar, en la medida de lo posible, su viabilidad mediante su reestructuración. La Ley busca cómo abordar las debilidades del sistema financiero en momentos de crisis evitando el procedimiento concursal (cuya DA 2ª aborda el concurso de las entidades de crédito) pero sin eliminarlo ya que podrá aplicarse en el caso de entidades que, por su reducido tamaño y complejidad puedan someterse a dicho procedimiento sin que con ello se ponga en peligro el interés público. En todo caso, la normativa hace del mecanismo de naturaleza jurídico-administrativo el instrumento general de resolución de las entidades inviables en la medida que el FROB es quien deberá determinar las causas que justifican la aplicación de dicha normativa y no la concursal. Ahora bien, que ésta sea la idea sobre la que pivota el texto legislativo no quiere decir que la normativa concursal (DA 2ª LC) no sea aplicable *-in extremis* o no- e incluso conveniente⁹ en algunos casos. Este procedimiento paraconcursal diseñado para los bancos se aparta del régimen concursal general en dos aspectos fundamentales: su carácter público/administrativo con un protagonismo esencial del FROB y de las Instituciones Bancarias europeas que han dado un paso importante en la regulación en el ámbito de la supervisión¹⁰ extendiéndose al área de resolución de las entidades financieras.

La Ley 11/2015, establece un régimen que se armoniza con el de los demás Estados Miembros de la Unión abriendo la vía a la constitución de un Mecanismo Único de Resolución Europeo¹¹.

⁹ Así, RODRÍGUEZ PELLITERO, “Resolución de crisis bancarias”, en *Sistema Bancario*, dir. S. Muñoz Machado, Iustel, Madrid, 2013, págs. 829 y sigs.

¹⁰ En el ámbito supervisor se avanzó decididamente en la armonización de la normativa de adecuación de capitales (tomando como referencia los Acuerdos de Basilea III) y se constituyó el Mecanismo Único de Supervisión, bajo el auspicio del Banco Central Europeo.

¹¹ La Disposición adicional cuarta de la Ley prevé, en referencia al Mecanismo Único de Resolución, la compatibilidad de la Ley con lo dispuesto en el Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, y su aplicación a medida que dichos preceptos entren en vigor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo

El texto que comentamos es legislación especial pero no en sentido estricto pues la normativa concursal sigue siendo de aplicación. Lo que ha hecho el legislador es dar prioridad a la protección del sistema financiero sustituyendo el sistema de garantías de los acreedores en un procedimiento concursal. La justificación de este Derecho paraconcursal la encontramos en los Considerandos de la Directiva 2014/59 (apartado 4.4.1) señala que la realidad ha demostrado que “La incapacidad de los Estados miembros de hacerse con el control de una entidad inviable y resolver la crisis evitando eficazmente un daño sistémico más general puede socavar la confianza mutua de los Estados miembros y la credibilidad del mercado interior de servicios financieros. La estabilidad de los mercados financieros es, por lo tanto, una condición esencial para el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.”

II. Concepto de reestructuración.

En la línea que ya establecía la Propuesta de Directiva de 2012 y que ha adoptado la Directiva de 2014/59 y que ya advertí en un trabajo anterior¹², el término resolución comprende tanto la reestructuración como la liquidación ordenada de una entidad financiera inviable o se prevea que vaya a serlo en un futuro próximo sin que existan perspectivas razonables de que medidas provenientes del sector privado puedan enderezar o corregir dicha situación y sea aconsejable evitar su liquidación concursal (art. 2 Ley 11/2015). En efecto, el mencionado precepto señala que *“A los efectos de esta Ley se entiende por: h) Resolución: reestructuración o liquidación ordenadas de una entidad llevadas a cabo con sujeción a esta Ley cuando, de conformidad con lo previsto en el Capítulo IV, la entidad sea inviable o sea previsible que vaya a serlo en un futuro próximo, no existan perspectivas razonables de que medidas procedentes del sector privado puedan corregir esta situación, y por*

99 del Reglamento; en particular, en lo referido a las funciones de las autoridades europeas en el marco del Mecanismo Único de Resolución, y al deber de colaboración de las autoridades nacionales con las autoridades europeas para la correcta ejecución en España de las decisiones que las autoridades europeas adopten en el ejercicio de sus competencias

¹² Vid. FERNÁNDEZ TORRES, I., “La reestructuración de las Entidades de crédito”, en *La Reforma Bancaria en la Unión Europea y España (el modelo de regulación surgido de la crisis)*, Isabel Fernández Torres, y Julio Tejedor Bielsa, (coords.), Civitas, 1ª ed., Madrid, 7/2014, pág. 304.

razones de interés público y estabilidad financiera resulte necesario evitar su liquidación concursal".

Lo dispuesto en la Ley 11/2015 altera lo previsto en la Ley 9/2012 que contemplaba tres supuestos fácticos: cada uno con un régimen jurídico diferente, dependiente de la gravedad de la situación financiera de cada entidad si bien todos ellos estaban claramente interrelacionados. A la actuación temprana, prevista -en principio- para situaciones de dificultades débiles le seguía la reestructuración¹³ de entidades cuya finalidad era la de ordenar aquellas que se encontraran en situación de debilidad transitoria y que, por tanto, requerían ayuda -fondos públicos- que pudieran devolver o cuando -no concurriendo estos elementos objetivos- la resolución produciría efectos muy perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero en su conjunto (artículo 2.1.b) Ley 9/2012). El tercero de esos supuestos lo constituía la resolución de las Entidades, en principio, de finalidad liquidatoria (aunque no exclusivamente¹⁴).

La Ley 11/2015, establece sólo dos procedimientos para el tratamiento de las entidades en crisis: la actuación temprana¹⁵ -como procedimiento preventivo en caso de incumplimiento de las normas sobre solvencia, ordenación y disciplina (art. 2 f) Ley 11/2015¹⁶- y el procedimiento de

¹³ El procedimiento de reestructuración es heredero del mecanismo de la "reestructuración ordenada y reforzamiento de los recursos propios" de las entidades intervenidas del derogado Real Decreto Ley 9/2009, en el que precede la idea del saneamiento como mecanismo de reflotamiento ordinario de las empresas en crisis (dejado a un lado la transmisión de activos que ahora se contempla en la vía de resolución).

¹⁴ PEREZ MILLÁN/RECAMÁN GRAÑA, ("La resolución de las entidades de crédito: una aproximación crítica y Práctica", en VV.AA., dir. Colino Mediavilla, J.L. y González Vázquez, J.C., *Las Cajas de Ahorros y la prevención y tratamiento de las crisis de las entidades de crédito*, 2014, edi. Comares, págs. 302 y ss) quienes exponen como ya en la Ley de 2012, el procedimiento de resolución no aparece conectado, necesariamente, con la liquidación de la entidad de crédito sometida al mismo, en el sentido de extinción de la entidad, contrariamente a lo que parece indicar la norma, sino que bajo la resolución se engloba en la propia norma un instrumento de resolución que permita el mantenimiento de la entidad a partir de su reestructuración.

¹⁵ Sobre la actuación temprana en el marco de la Ley 9/2012, vid. GONZÁLEZ GARCÍA, "la intervención temprana de las entidades de crédito", en *La Reforma Bancaria en la Unión Europea y España (el modelo de regulación surgido de la crisis)*, Isabel Fernández Torres, y Julio Tejedor Bielsa, (coords.), Civitas, 1ª ed., Madrid, 7/2014, págs. 147 y sigs.

¹⁶ "El procedimiento aplicable a una entidad, de conformidad con lo previsto en el Capítulo II, cuando incumpla o existan elementos objetivos conforme a los que resulte razonablemente previsible que no pueda cumplir con la normativa de solvencia,

resolución contemplado como un procedimiento liquidatorio en términos concursales pero que también puede llevar a la reestructuración de la entidad objeto de resolución. Y es que, tal y como se deduce de lo dispuesto en la Exposición de Motivos, la resolución estaría más centrada en la liquidación de aquellas partes que sean viables frente a un procedimiento concursal que busca la liquidación de la empresa insolvente. De conformidad con ello, bajo el concepto de “resolución” se engloban un conjunto de técnicas susceptibles de ser aplicadas para la reorganización, enajenación o liquidación de entidades financieras en crisis. Se trata de un concepto amplio referido a ese procedimiento formal de insolvencia de carácter administrativo desarrollado bajo la autoridad administrativa encargada de resolución.

III. Objetivos y principios.

Los objetivos y principios que deben guiar los procesos de reestructuración y resolución de las entidades bancarias que subyacen en la Ley 11/2015 reproducen de alguna manera los que la Ley 9/2012 recogía en los artículos 3 y 4¹⁷ así como en la Directiva 2014/59/UE.

Por un lado, y aún cuando ello pudiera resultar algo confuso o contradictorio, se hace una declaración programática en el sentido de buscar la continuidad de las actividades cuya interrupción pudiera perturbar la prestación de servicios esenciales para la economía o la estabilidad financiera. Más claro parece el objetivo de evitar efectos perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero previniendo los riesgos de contagio al sistema en su conjunto y manteniendo la disciplina de mercado (artículo 3.c) Ley 9/2012)¹⁸. Asegurar una utilización más eficiente de los recursos

ordenación y disciplina, pero se encuentre en disposición de retornar al cumplimiento por sus propios medios.”

¹⁷ Ese tratamiento conjunto -tal y como vamos a comprobar- no siempre resulta adecuado.

¹⁸ La estabilidad y garantizar la continuidad en la prestación de servicios esenciales a la economía y al resto del sistema financiero son objetivos que conviene y que necesariamente han de estar presentes en los procedimientos de reestructuración y resolución. La protección de los depósitos garantizados por el Fondo de Garantía de depósitos y de los fondos del resto de clientes también son fines presentes en la norma (vid. modificaciones del Real Decreto-Ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de crédito, introducidas por la DF 8ª de la

públicos en la idea de minimizar los apoyos financieros públicos que se concederán sólo excepcionalmente. Habrá que ver si este objetivo se cumple en la medida que con anterioridad a la aprobación de esta normativa no puede decirse que se haya cumplido y porque, quizás, un uso razonable de esos recursos públicos aconseja resolver más entidades de las que hasta la fecha se han resuelto. Finalmente, es objetivo de la presente regulación la protección de los depositantes así como de los fondos reembolsables (art. 3 Ley 11/2015).

En cuanto a los principios que inspiran el régimen previsto en la Ley 11/2015 bien puede decirse que son –aunque reforzados– los que la Ley 9/2012 recogía en su artículo 4 y que consagraban el esquema del *burden sharing* o reparto de cargas. Estos principios son, en primer lugar, los de la responsabilidad en la asunción de pérdidas de estas entidades conforme al régimen general, es decir, primero los accionistas, cuotapartícipes o socios, luego los acreedores¹⁹ de conformidad con el régimen de protección de la Ley Consursal y, finalmente la igualdad de trato de los acreedores del mismo rango a excepción de los créditos del FROB no incluidos en los ejercicios de gestión de pasivos (principio de la *par conditio creditorum*); en segundo lugar, y conforme al principio de equilibrio propio de un proceso concursal, se establece una tutela limitada consistente en que ningún acreedor ha de soportar pérdidas superiores a las que habría de soportar un acreedor en un supuesto de concurso (ése sería pues el límite de la pérdida); se prevé la sustitución de los administradores conforme a lo establecido en la Ley respondiendo por los daños y perjuicios causados en proporción a su participación y gravedad conforme a la legislación concursal, mercantil y penal (artículo 4 Ley 11/2015). Finalmente, se garantizan plenamente los depósitos garantizados en un intento de ofrecer una seguridad jurídica a los depositantes tal y como sucediera en Chipre.

Ley 9/2012, de 14 de noviembre de reestructuración y resolución de entidades de crédito).

¹⁹ La ejecución de este principio se materializará mediante los ejercicios de gestión de pasivos a los que nos referiremos más adelante.

IV. Ambito objetivo de la resolución: viabilidad vs. inviabilidad.

No es una cuestión sencilla dilucidar cuándo una entidad se encuentra en una situación que exige la aplicación de las medidas de resolución contempladas en la Ley. Y no lo es por muchas razones, entre otras, porque se trata de una información sensible que puede afectar al sistema financiero y su credibilidad. Del tenor de la Ley parece deducirse que la resolución procede cuando las medidas de actuación temprana hayan fallado o se hayan intentado sin éxito mecanismos no resolutorios de algún tipo. Y que esa resolución no es sino la reestructuración o liquidación ordenada según se entienda conveniente efectuada de conformidad con lo dispuesto en la Ley 11/2015. Es decir, nos movemos ante un abanico de posibilidades en el que es difícil establecer *a priori* el momento a partir del cual una entidad deba entrar en resolución. Existe aquí –y así se deduce del propio texto legal, art. 2 Ley 11/2015- un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación del supervisor respecto de los criterios objetivos fijados así como sobre la mayor relevancia o cercanía de la inviabilidad.

Siguiendo las pautas fijadas por la Ley 9/2012 y la Directiva 2014/59/UE establece en el art. 19 los presupuestos que han de concurrir simultáneamente para que se proceda a la resolución:

1. que la entidad sea inviable o que sea razonablemente previsible que vaya a serlo en un futuro próximo
2. que no existan perspectivas razonables de que medidas procedentes del sector privado, como, las medidas aplicadas por los sistemas institucionales de protección; de supervisión como, la actuación temprana; o la amortización o conversión de instrumentos de capital de conformidad con la Sección 2.^a del Capítulo VI, puedan impedir la inviabilidad de la entidad en un plazo de tiempo razonable.
3. Por razones de interés público que hagan necesario o conveniente acometer la resolución de la entidad para alcanzar los objetivos recogidos en el art. 3 Ley 11/2015.

La situación de inviabilidad aboca necesariamente a la resolución de la entidad. Se constata una cierta similitud entre las Leyes 9/2012 y 11/2015 y la Ley Alemana *Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz (KredReorgG)*²⁰. La norma alemana identifica varios procedimientos que permiten el saneamiento, la reorganización y, en caso necesario, la resolución de las entidades de crédito sin poner en riesgo la estabilidad del sistema financiero. Fundamentalmente, son dos los procedimientos que pueden implementarse para gestionar las crisis de las entidades de crédito. El primero de ellos sería el de saneamiento que se asemejaría a nuestra actuación temprana y que permite la intervención de aquellas entidades que no cumplen las *ratios* de solvencia. El segundo, sería el procedimiento de reorganización previsto tanto para entidades que atraviesan dificultades pero respecto de las cuáles cabe garantizar su viabilidad como de las entidades de riesgo sistémico en cuyo caso la Autoridad Supervisora Alemana -BaFin- puede solicitar al Tribunal Superior de *Frankfurt am Main* el inicio del procedimiento cuando la viabilidad de la entidad esté en peligro y ello ponga en riesgo la estabilidad del sistema financiero (es decir, cuando se trate de una entidad de riesgo sistemático).

En derecho español la resolución procede tanto cuando las entidades sean inviables como cuando se espera que lo sea en un futuro próximo.

El primer problema que plantea la delimitación objetiva de este supuesto es la indeterminación de los conceptos jurídicos. En efecto, el legislador no define el término “viabilidad” si bien precisa qué ha de entenderse por “inviabilidad” al tratar la resolución de las Entidades, en el artículo 20 Ley 11/2015. Así, es inviable:

- la entidad que incumple de manera significativa o es razonablemente previsible que incumpla en un futuro próximo los requerimientos de solvencia u otros requisitos para mantener su autorización;

²⁰ La *Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten*, fue aprobada el 9 de diciembre de 2010 entrando en vigor el 1 de enero de 2011.

- aquella que incumpla de manera significativa los requerimientos de solvencia (o sea razonablemente previsible que vaya a incumplirlos). La propia Ley 9/2012 en su DF 7ª prevé la modificación del Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero, concretamente, del artículo 1 el cual prevé que:

“1. A partir del 1 de enero de 2013, los grupos consolidables de entidades de crédito, así como las entidades de crédito no integradas en un grupo consolidable de entidades de crédito, que pueden captar fondos reembolsables del público, excluidas las sucursales en España de entidades de crédito autorizadas en otros países, deberán contar con un capital principal de, al menos, el 9% de sus exposiciones totales ponderadas por riesgo y calculadas de conformidad con la normativa general sobre recursos propios prevista en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, y en su normativa de desarrollo, y sin perjuicio del cumplimiento de los requerimientos de recursos propios exigidos por dicha normativa”;

- aquella cuyos pasivos exigibles sean superiores (o previsiblemente vayan a serlo) a sus activos; y,

- aquellas que no puedan cumplir en un futuro próximo puntualmente sus obligaciones exigibles (o sea razonablemente previsible que no pueda cumplir).

En esta definición se mezclan supuestos de incumplimientos regulatorios (solvencias) con hechos exteriorizadores de la insolvencia propios del derecho concursal, por ejemplo, aquellos casos en que el pasivo exigible sea superior al activo y otros como la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones. En todo caso, cualesquiera de estas circunstancias hacen referencia a situaciones actuales como “inmimentes” o razonablemente previsible. En la medida en que, el legislador, no introduce elemento o límite temporal alguno que sirva de referencia para fijar la concurrencia del presupuesto de hecho, corresponde al supervisor (Banco de España) previa consulta a la autoridad de resolución preventiva competente y al FROB determinar si las circunstancias concurrentes hacen de la entidad una entidad inviable o que vaya a serlo en un futuro cercano.

Esta definición de inviabilidad está muy en la línea de la normativa europea. La opción escogida por el legislador parece más amplia, flexible e incluso anticipadora de lo que lo es el concepto de insolvencia en el ámbito del Derecho concursal español centrado en la dialéctica insolvencia/liquidez.

Si nos fijamos en el ámbito del derecho concursal, el artículo 2.2 LC determina que “se encuentra en estado de insolvencia (*actual*) el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”²¹. De hecho, el artículo 2.3 LC al referirse a la posibilidad de solicitar el concurso en caso de insolvencia inminente, prescribe que: “se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”²². Por cumplimiento regular la doctrina mayoritaria parece hacer entendido aquél que atiende a elementos de normalidad en relación con los medios de pago empleados para el cumplimiento de las obligaciones (con referencia al ejercicio ordinario de la empresa) a lo que añadiríamos -siguiendo a un sector minoritario de la

²¹ Siguiendo con las consideraciones formuladas por la doctrina alemana, la insolvencia sólo existe si el incumplimiento se produce respecto de las obligaciones exigibles y no sobre todas ellas o sobre las obligaciones cuando se contraen. Vid. § 17 *Insolvenzordnung*:

“§ 17 Insolvencia

(1) Apertura general se debe a la incapacidad de pago.

(2) El deudor es insolvente si no es capaz de cumplir con las obligaciones de pago debido. Insolvencia es aceptar lo general, si el deudor ha dejado de hacer los pagos”.

No obstante, la exigibilidad va más allá del mero vencimiento, sino que ha de conectarse con el momento en que la obligación sea rechazable por la vía judicial (PULGAR EZQUERRA, “El presupuesto objetivo del concurso de acreedores”, *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma Ley Concursal*, dir. Pulgar Ezquerria, La Ley, Madrid, 2011, pág. 154).

²² La insolvencia inminente se puede definir como aquélla que prevé pueda producirse en un futuro próximo. La LC no establece un plazo temporal para hacer dicha previsión. La doctrina alemana (en relación con el § 18 *Insolvenzordnung* que tampoco regula el plazo) señala que no se puede determinar *a priori* y con carácter general para todos los casos sino que ha de verse cuál es el plazo de pago de las obligaciones (en la doctrina alemana, vid. WIMMER, *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl., 2002, págs. 266-273 y HESS/WEISS/WIENBERG, *Kommentar zur Insolvenzordnung und EGInsO*, 2001, págs. 317-323. Es decir, se trata de una prognosis, una previsión -no una mera probabilidad (ROJO, “Presupuesto objetivo (artículo 2)”, en *Comentario a la Ley Concursal*, dir. Rojo/Beltrán, Madrid, 2004, págs. 164 y sigs.)- de imposibilidad de cumplir puntual y regularmente con las obligaciones exigibles si no se adoptan medidas que detengan o neutralicen esa tendencia o evolución negativa ya sea porque el patrimonio resultará insuficiente (sobreendeudamiento) o porque carecerá de liquidez. Vid. BAUMS, *Risiko und Risikosteuerung in Aktienrecht*, ZGR, 40, 3, 2011, pág. 252.

doctrina²³- el elemento temporal; es decir, cumplimiento en el tiempo debido tal y como también preconiza la doctrina italiana²⁴. Es decir, el retraso en el cumplimiento de las obligaciones sí resulta revelador de la insolvencia cuando dicho retraso es continuado y sistemático²⁵.

Pero el estado de insolvencia (actual o inminente) tampoco debe identificarse sólo con el presupuesto objetivo del concurso a que se refiere el artículo 2 LC, es decir, el incumplimiento de las obligaciones por falta de liquidez (constatada mediante la aplicación del test de solvencia) o el desbalance definitivo y no temporal. La valoración de la insolvencia requiere la elaboración de un estado patrimonial concreto acompañado de una previsión “sobre la continuidad de la empresa (*Fortbestehesorogrose*) conforme a un plan de financiación que contemple ingresos y pagos durante un plazo razonable”²⁶. Dichos documentos facilitan la valoración de la capacidad de la empresa de generar recursos que le permitan hacer frente a las obligaciones exigibles a su vencimiento²⁷.

²³ Así, ROJO, *Presupuesto objetivo...*, págs. 172-173, y en “Insolvencia”, *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo II, Aranzadi, 2013, págs. 1084-1086. La doctrina mayoritaria aunque ha criticado la solución o la opción legislativa entiende que la puntualidad en los pagos no integra el concepto de regularidad: PULGAR EZQUERRA, “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, en *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)*, Tomo I, dir. PULGAR/ALONSO/UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, Madrid 2004, pág. 112, y *El presupuesto objetivo del concurso...*, pág. 153; GALLEGO SÁNCHEZ, “Artículo 2”, en Gallego SÁNCHEZ, *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 19,

²⁴ Debe advertirse que la doctrina italiana interpreta el término “regular” de un modo que parece mucho más adecuado. En efecto, la doctrina mayoritaria considera que el término se integra por dos elementos: el modo en que se realizan los pagos y el tiempo, es decir, los pagos han de hacerse también en el tiempo debido y no sólo mediante medios de pago normales. Así, FRASCAROLI SANTI, E., *La regularidad en los pagos como elemento integrante del concepto de insolvencia en el artículo 5 L. Fall. italiana*; RCP 7, 2007, págs. 251 y sigs.; TEDESCHI, GU, *Manuale del nuovo Diritto Fallimentare*, Padua, 2006, pág. 32.

²⁵ ROJO, *Presupuesto objetivo...*

²⁶ MARÍN DE LA BARCENA, *Responsabilidad Concursal*, ADCO 28, 2013, págs. 126-127.

²⁷ Vid. § 19 *Insolvenzordnung*:

“§ 19 Endeudamiento

(1) En el caso de una persona jurídica, el endeudamiento es un terreno abierto.

(2) existe el sobreendeudamiento si los bienes del deudor ya no cubren la deuda existente, a menos que es más probable en las circunstancias que la continuación de la empresa. Las solicitudes de reembolso de los préstamos de socios o acciones legales que correspondan a dichos préstamos económicamente, por acuerdo con el § 39 párrafo 2 entre acreedores y deudores en procedimientos

Pues bien, este breve análisis del concepto de insolvencia en el ámbito concursal nos permite confirmar la idea enunciada al principio sobre la amplitud con que se configura la viabilidad o no de las entidades en el ámbito de la Ley 11/2015. En efecto, la viabilidad va más allá del cumplimiento puntual de las obligaciones exigibles (y, por tanto del concepto de insolvencia de la LC) e incluye otros dos supuestos. Por un lado, serán viables las entidades que cumplan los ratios de solvencia (o prevean poder cumplirlos con el apoyo financiero que reciban) y, por otro, aquellas cuyos activos sean superiores a los pasivos exigibles o en las que gracias al apoyo financiero se prevea que vaya a ser así. Pero el término “viabilidad” carece de sentido jurídico y, por ello, hubiera sido más conveniente ahondar o perfeccionar el concepto de “insolvencia”. Quizás, por ello, una vez más merezca la pena detenerse en la Ley Alemana para la resolución y reestructuración de entidades de crédito -*KredReorgG*- en la que se considera que el riesgo de falta de viabilidad es el peligro de que la entidad de crédito se vea abocada a un concurso si no se adoptan las medidas correctoras necesarias. Para ello no es preciso que la entidad esté en situación de insolvencia o sobreendeudamiento inminentes. Se presume la falta de viabilidad cuando:

- i) se den determinados supuestos cuantitativos: el *tier 1* es inferior al 90% del requerido, el capital modificado está por debajo del 90% de los fondos propios requeridos o si los activos líquidos disponibles están por debajo del 90% de las obligaciones de pago exigibles en la misma banda de madurez;
- ii) si se conocen hechos que apuntan a que se producirán estas situaciones si no se toman medidas correctoras²⁸.

concursoles tras la subordinación en el § 39 párrafo 1 N ° 1 ha aceptado 5 créditos designados no se tienen en cuenta en el pasivo bajo sentencia primero

(3) Si en una empresa sin personalidad jurídica no es un socio personalmente responsable es una persona física, se aplicarán las disposiciones de los párrafos 1 y 2. Esto no se aplica si los socios en general es una sociedad diferente, en la que un socio general es una persona natural”.

²⁸ Vid. *Kreditwesengesetz* -KWG- en su versión modificada por la Ley de 28 de agosto de 2013, § 48b “Bestands -und Systemgefährdung”.

Este planteamiento parece, a todas luces, más adecuado que el mantenido en la Ley 9/ 2012.

Junto a los supuestos que hemos recogido con anterioridad y que ya estaban en la Ley 9/2012, se añade otro que también estaba pero respecto del cual se ha introducido un matiz de relieve. En efecto, ya se reconocía bajo la vigencia de la norma anterior la inviabilidad de aquella entidad que no pudiera reconducir su situación por sus propios medios, necesitando recurrir a los mercados o apoyos financieros públicos²⁹. Se entendía que eran entidades viables pero insuficientemente capitalizadas. En consecuencia, lo que se buscaba era ayudar a la Entidad a afrontar una situación de debilidad casi coyuntural, entendiendo que podría devolver la ayuda recibida en un plazo razonable, todo ello sobre la base de elementos objetivos que hicieran legítimamente previsible pensar que dicho apoyo sería reembolsado o recuperado en los plazos establecidos para cada uno de los instrumentos de apoyo financiero en los términos de la Ley³⁰. Al final, la reestructuración se configuraba, en línea de principio, como una situación de insolvencia remediable, transitoria³¹. Sin embargo, la financiación pública extraordinaria adquiere otro cariz bajo la vigencia de la Ley 11/2015 constituyendo un supuesto determinante de la apertura de la resolución. Todo ello salvo que, la ayuda se hubiera otorgado para evitar las graves perturbaciones de la economía y preservar la estabilidad financiera de alguna d las siguientes formas (art. 20.2 d) Ley 11/2015):

- a) Garantía estatal para respaldar operaciones de liquidez concedidas por bancos centrales de acuerdo con las condiciones de los mismos ;
- (b) garantía estatal de pasivos de nueva emisión o

²⁹ La operación consiste en la reducción de los pasivos del Banco acompañada de una aportación de nuevos fondos propios por parte del Estado a través del FROB.

³⁰ Vid. artículo 13.1 Ley 9/2012. Tal parece haber sido el caso de Caixa Bank (que absorbió a las Cajas de Ahorro que formaron Banca Cívica y que ya ha devuelto las ayudas que éste recibió del FROB en su proceso de reestructuración). En efecto, Caixa Bank ya ha devuelto los 977 millones de euros que el FROB aportó a la absorbida Banca Cívica como ayuda en forma de participaciones preferentes en 2011. Vid. www.elmundo.es.

³¹ En una primera aproximación, puede decirse que la reestructuración consiste - básicamente- en una reducción de los pasivos del banco y/o en una aportación de nuevos fondos propios por parte del Estado del FROB.

(c) inyección de recursos propios o adquisición de instrumentos de capital a un precio y en unas condiciones tales que no otorguen ventaja a la entidad, limitándose a las necesarias para hacer frente al déficit de capital determinado en las pruebas de resistencia, en los exámenes de calidad de los activos o en ejercicios equivalentes realizados por el Banco Central Europeo, la Autoridad Bancaria Europea o las autoridades nacionales con autorización, en su caso, del supervisor competente (art 38.2 Ley 11/2015).

En definitiva, se excluyen los casos de entidades solventes que lo que necesitan es una ayuda coyuntural y que se conceden con vistas a evitar graves perturbaciones. En estos casos, corresponderá a la autoridad competente (Banco de España) valorar cuándo la ayuda recibida por la entidad es extraordinaria y cuando no, previa consulta a la autoridad de resolución preventiva competente y al FROB.

V. Tipos de solución.

La Ley 11/2015 plantea un problema que entronca con la arbitrariedad con que se contemplan las distintas vías de solución y la discrecionalidad de que goza el Banco de España en su actuar, cuestiones a las que nos referimos más adelante. En definitiva, la Ley genera, desde esta perspectiva, una gran inseguridad jurídica.

Con respecto a las distintas vías de solución se establecen dos tipos de actuaciones aplicables a las entidades de crédito en función de la viabilidad de éstas y en uno de ellos, existen dos subtipos; es decir, existen distintos niveles de gravedad o momentos y se aportan soluciones que no son sucesivas, aunque lo parezcan en una lectura preliminar del articulado³². En

³² De hecho, si miramos la Ley Alemana para la reestructuración y la resolución ordenada de entidades de crédito, ésta establece un procedimiento de saneamiento que contiene el régimen de gestión de crisis antes de que se haya llegado a una situación de insolvencia y, por tanto, se concibe como la posibilidad de que refuerce su posición financiera en una suerte de actuación temprana. El procedimiento de reestructuración, por el contrario, se concibe tanto como una segunda fase al procedimiento de saneamiento, como una fase alternativa que tiene un marcado carácter concursal.

efecto, para llegar a la resolución no ha de pasarse previa y necesariamente por la actuación temprana, de la misma manera que para proceder a la resolución no ha debido pasarse previamente por la reestructuración porque la resolución no es sino la reestructuración o liquidación de la entidad. Es decir, la valoración inicial que se haga de las circunstancias y condiciones concurrentes en una entidad han de llevar *ab initio* a adoptar la vía de solución adecuada para ella y todo lo más puede intentarse una vía y, fracasada ésta, una segunda, pero en ningún caso debe entenderse que estas soluciones hayan de considerarse como sucesivas. De la misma manera, no se nos oculta que situaciones de debilidad leve y, por lo tanto, inicialmente sometidas a una actuación temprana, acaben derivando en situaciones de deterioro más grave subsumibles en la categoría de resolución según el grado de deterioro.

En todo caso, para que proceda la resolución es necesario que la entidad, además de ser inviable, no tenga perspectivas razonables de impedir su inviabilidad en un período de plazo prudente porque si pudiera hacerlo, ya no procedería la reestructuración de la entidad.

Tal y como ya hemos señalado las vías de solución previstas dependen de la gravedad de la situación de la entidad, de su mayor o menor grado de viabilidad o incluso del tipo de ayuda pública recibida. Pero la línea que separa una solución de otra, en ocasiones, es una línea muy delgada, lo que genera, sin duda, una gran inseguridad jurídica. Y es que la Ley 11/2015 al igual que hiciera su antecesora -la Ley 9/2012- no establece umbrales cuantitativos algunos, ni índices que sirvan de referencia para saber cuál es el procedimiento más adecuado para cada entidad. A este respecto, el supuesto de la concesión de ayudas extraordinarias contemplado en el art. 20 Ley 11/2015 suscita dudas. En efecto, las medidas de amortización y conversión de los instrumentos de capital recogidos en los artículos 38 y 39 de la Ley no tienen carácter de ayuda pública extraordinaria (sólo se exige que la amortización y conversión de instrumentos de capital vaya precedida de la oportuna valoración en los términos establecidos en el art. 5 Ley 11/2015).

La adopción de la solución idónea depende, en última instancia, de la valoración -discrecional- que haga el Banco de España. Se percibe una cierta ausencia de transparencia que, desde el punto de vista jurídico, merece algún reproche. Por otro lado, el planteamiento suscita diversas y trascendentales dudas y crea una situación de inseguridad jurídica más que notable como consecuencia del constante recurso a conceptos jurídicos indeterminados: “razonablemente previsible” que la entidad reembolse las cantidades que se le hubieran concedido; “razones de interés público” que justifiquen proceder a la resolución evitando un procedimiento concursal. En definitiva, faltan patrones que nos sirvan de guía.

El tratamiento que de estas cuestiones realiza la Ley 11/2015 es extremadamente laxo y la discrecionalidad técnica del Banco de España notable. De hecho, la discrecionalidad técnica del Banco de España es una constante en el articulado de la Ley tal y como ya hemos señalado con anterioridad. La amplitud con que se configuran estos criterios, la ausencia de umbrales y el hecho de que en modo alguno haya de considerarse la lista taxativa o de *numerus clausus* confirma la discrecionalidad técnica de que goza el Banco de España para adoptar la solución que entienda más conveniente.

Constatada la inseguridad jurídica que rodea la opción por una u otra vía de solución como consecuencia de la ausencia de criterios objetivos que coadyuven a su elección, la forma en que ha de comunicarse la situación en la que se encuentra la entidad suscita no menos dudas.

VI. Determinación de la inviabilidad.

El apartado 3 del artículo 21 Ley 11/2015 señala que la determinación de la inviabilidad de la entidad corresponde al supervisor competente -el Banco de España- debiendo el FROB valorar si concurre la circunstancia del interés público y, por tanto, decidir si procede el sometimiento a un procedimiento de resolución o si ha de aplicarse la liquidación conforme a lo establecido en la Ley Concursal. En su valoración, el FROB deberá ponderar si con el procedimiento concursal pueden o no alcanzarse los objetivos perseguidos por la resolución, es decir, asegurar la continuidad de actividades esenciales,

asegurar la estabilidad financiera, la utilización más eficiente de los recursos públicos y proteger a los depositantes o si, por el contrario, no se puede.

De lo expuesto se deduce que el FROB juega un papel muy relevante en tanto en cuanto a él corresponde valorar si el interés general y los objetivos de la resolución imponen la liquidación o la resolución de la entidad. Procederá esta última cuando “resulte necesario o conveniente” para alcanzar los objetivos de la Ley para dicho procedimiento. Con ello, el legislador ha dejado un amplio margen de valoración al FROB quien hará una valoración razonada.

Obviamente, la actuación del Banco de España, debe ir precedida de la oportuna comunicación por parte de los administradores de la entidad financiera. Así se entendía bajo el régimen de la Ley 9/2012 a pesar de su silencio legal y así lo señala expresamente el art. 21.4 Ley 11/2015. Pero, ¿en qué consiste esa comunicación? Nada dice el texto legal al respecto. Esa información ¿debe cumplir con algún requisito formal o basta, por el contrario, una simple comunicación verbal o escrita?

Ante la ausencia de reglas, parece razonable entender que baste con una mera comunicación por escrito por parte de la entidad en la que se dé cuenta de la situación en la que se encuentra así como una valoración o primera estimación sobre su (in)viabilidad. Llama la atención que nada de esto se contemple (lo cual, entre otras cosas, podría servir a los administradores para exonerarse -en su caso- de eventuales responsabilidades). Para la determinación del *dies a quo* deberá tenerse en cuenta “el momento en que los administradores conocieron o hubieron debido conocer” la concurrencia de alguna de las circunstancias que ponen de manifiesto las dificultades de la entidad.

Tanto la disposición transcrita como el artículo 5 LC³³ y el artículo 363.1.e)³⁴ LSC relativo a la disolución por pérdidas establecen una obligación -en

³³ Deber cuya inobservancia sanciona, al tratar la calificación del concurso, con la presunción de la existencia de dolo o culpa que en la generación o agravación del estado de insolvencia salvo prueba en contrario (artículo 165.1 LC).

³⁴ Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso.

nuestro caso- de comunicación de la situación de la entidad y de presentación del plan de reestructuración referida al momento en que los administradores conocieron o debieron conocer que la entidad se encontraba en alguna de esas situaciones.

En definitiva, la entidad estará obligada a comunicar al Banco de España su inviabilidad cuando cuando conociera o hubiera debido conocer su situación de debilidad o prevea su inviabilidad en un plazo razonablemente próximo. su necesidad de ayuda pública para garantizar su viabilidad. El legislador parece decantarse (al igual que sucede en el ámbito del Derecho concursal) por un criterio subjetivo del conocimiento de la concurrencia de la situación, pero ese subjetivismo no es absoluto pues se introducen elementos objetivos y, por tanto, la necesidad de valorar si, atendidos los criterios de la Ley 11/2015 sobre el concepto de inviabilidad, es o no razonablemente exigible el conocimiento de la situación. La carga de la prueba del conocimiento por la entidad (por su Consejo de Administración) de su necesidad de apoyo para asegurar su viabilidad pesa sobre quien lo alegue pero se alivia al establecer la Ley una suerte de presunción *iuris tantum* en el sentido de que cuando concurren alguno de los hechos del artículo 20 Ley 11/2015 la entidad será conocedora de su situación de inviabilidad y, en consecuencia, a partir de ese momento existirá la obligación para los administradores de dirigirse al Banco de España para comunicar su necesidad de resolución.

Ahora bien, nada prevé la Ley en relación la concurrencia de una causa de disolución societaria de tal manera que ha de entenderse que la obligación de los administradores de disolver la entidad concurriendo una causa de disolución obligatoria subsiste. Dicho en otros términos, el deber de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario (artículo 225 LSC) ha de llevarles a convocar la Junta para que adopte un acuerdo de

1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente.

disolución cuando concurra alguna de las causas de disolución contempladas en el artículo 363 LSC so pena de ser considerados responsables solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución (artículo 367 LSC).

Sorprendente resulta también el silencio del legislador en relación con el papel que el Banco de España ha de desempeñar en este primer momento y, más concretamente, con la comunicación que realice la entidad sobre su situación. La Ley no prevé si el Banco de España ha de emitir o no un Informe sobre la decisión adoptada por la entidad o el grado de motivación que, en su caso, debiera concurrir en su pronunciamiento³⁵. Parece que a pesar de la gravedad y de la preocupación que suscita el mero hecho de que una entidad se encuentre en situación de inviabilidad o prevea que vaya a estarlo, la posición en estos primeros momentos del Banco de España es de pasividad total, en principio. Es decir, el supervisor se limita en este primer momento - aparentemente- a acusar recibo de la solicitud o comunicación emitida por la entidad correspondiendo todas iniciativas posteriores al FROB (vid. arts. 22-24 Ley 11/2015).

³⁵ Puede el Banco de España en ese momento inicial exigir a la entidad que opta por el procedimiento de actuación temprana o por la resolución?