

LAS ESPECIALIDADES CONCURSALES DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO ANTE LA CRISIS FINANCIERA

ADORACIÓN PÉREZ TROYA
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá

Resumen: Este trabajo se centra en la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por el RDL 9/2009, que ha afectado al régimen concursal de las entidades de crédito. El trabajo pretende destacar las claves legales de este nuevo régimen en conexión con el modelo de reestructuración del sector bancario español establecido por el mismo RDL 9/2009 y completado por normas posteriores.

Palabras clave: entidades de crédito, concurso, crisis financiera, reforma de la Ley concursal.

Abstract: This paper focuses on the reforms made to the Spanish Insolvency Law by the RDL 9/2009, which has affected the insolvency procedure of credit institutions. The paper is aimed to point out the new legal keys regarding banks' insolvency in connection with the Spanish framework for restructuring the banking sector. This framework has been established by the RDL 9/2009 and completed by some later RDL.

Keywords: Banks, credit institutions, bankruptcy, financial crisis, insolvency law reform.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DE LA LEY CONCURSAL Y SU MODIFICACIÓN POR EL REAL DECRETO-LEY 9/2009, DE 26 DE JUNIO, SOBRE REESTRUCTURACIÓN BANCARIA Y REFORZAMIENTO DE LOS RECURSOS PROPIOS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO. 1. El régimen concursal especial de las entidades de crédito. La Disposición Adicional Segunda de la Ley Concursal; 2. El Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito; 3. El contenido de la nueva norma especial; II. EL MODELO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENA-

DA BANCARIA. 1. Consideración general. Ejes principales del modelo; 2. Los procesos de reestructuración; 3. Los procesos de integración. Consideración de los SIP (“fusiones frías”). III. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DE LA LEY CONCURSAL Y SU MODIFICACIÓN POR EL REAL DECRETO-LEY 9/2009, DE 26 DE JUNIO, SOBRE REESTRUCTURACIÓN BANCARIA Y REFORZAMIENTO DE LOS RECURSOS PROPIOS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

1. El régimen concursal especial de las entidades de crédito. La Disposición Adicional Segunda de la Ley Concursal

El carácter clave de la economía financiera para la sostenibilidad del sistema socio-económico en general justifica la disposición de medidas de intervención y sustento especiales que eviten las situaciones de insolvencia de las entidades de crédito (*vgr.* Ley 26/1988, de 29 de julio de Intervención y disciplina de las entidades de crédito). También, que éstas medidas preventivas o de Derecho preconcursal se combinen con un tratamiento *especial* de las situaciones de insolvencia que no puedan evitarse, lo que puede concretarse, entre otros modelos posibles, en su sometimiento a los procesos concursales generales pero con aplicación de algunas normas especiales acordes con el carácter regulado del sector¹. Esta es la opción que, claramente, siguió la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal* (en adelante, LC).

De acuerdo con ello, la LC estableció, agrupando los tres subsectores del mercado financiero (mercado de crédito, mercado de valores y mercado del riesgo), una Disposición adicional (la segunda) referida al “*Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras*”. Según esta Disposición adicional, en los concursos de estas entidades se aplican “*las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica*” (Apartado primero, Disposición adicional segunda LC).

Como resultaba claro, el fin de esta norma no era conformar un régimen concursal para las entidades de crédito esencialmente distinto al del deudor común, ni tampoco perseguía dejarlas fuera de la aplicación de la LC, como se confirma, por otro lado, por el hecho de que en

¹ *Vid.* CORTÉS DOMÍNGUEZ (2004), págs. 77 ss.; MAYORGA (2005), págs. 5439 ss.; VALENZUELA (2005), págs. 5739 ss.

su propio articulado también se establecieron sólo ciertas *especialidades* para el concurso de las entidades de crédito (arts. 13.1, 21.5, 27.2.2º, 29.4, 34.1 LC)². El propósito de la norma fue, simplemente, al tiempo de aprobarse la LC, declarar la aplicabilidad de determinadas normas cuya vigencia podía suscitar algunas dudas, puesto que la LC derogaba, además de numerosas Leyes y preceptos expresamente indicados, cuantas normas se opusieran o fueran incompatibles con ella (Disposición derogatoria única. Apartado 4)³.

Este propósito aclaratorio de la norma quedó patente, en fin, en la Exposición de Motivos de la LC (XII), en la que se destaca que: “*La Ley ha respetado la legislación específica aplicable a las entidades de crédito, a las aseguradoras y a las operaciones relativas a los sistemas de pagos y de compensación de valores o instrumentos financieros derivados, en gran parte impuesta por el derecho de la Unión Europea, y que afecta a determinados aspectos del concurso. Sólo en defecto de normas especiales y en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de aquellos sistemas, se aplicarán en esta materia las de esta Ley*”⁴.

De conformidad todo ello, el segundo apartado de la Disposición adicional segunda enumeró, así, ciertas normas que habían de considerarse “*legislación especial, a los efectos de la aplicación del apartado 1*”, enumeración que, como era previsible, ha ido modificándose en diversas ocasiones al hilo de distintas reformas legislativas.

La primera modificación fue a raíz de la aprobación de la *Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito* (vid. Disposición final Tercera), mediante la que se incorporó la Directiva 2001/24/CE del Parlamento y el Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y liquidación de las entidades de crédito comunitarias con actividad transfronteriza. Esta Ley, que introdujo importantes reglas de derecho internacional privado, no alteró en nada la esencia de la opción seguida en la LC (combinación del procedimiento concursal con normas específicas), sino que, por el contrario, vino a confirmarla al definir por relación a la LC tanto lo que se considera como medida de saneamiento en España (la apertura del concurso en los términos previstos en la LC),

² Vid. PIÑEL (2005), págs.5439 ss.

³ Vid. ampliamente sobre todo ello ESPÍN (2004), págs. 3035 ss.; VALENZUELA (2005), págs. 5739 ss.

⁴ Sobre el acervo comunitario, la incorporación del mismo al ordenamiento español y las especialidades concursales de las distintas entidades financieras (entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras), vid., entre otros, CAMACHO DE LOS RÍOS (2005), págs. 5099 ss.; LARGO GIL (2005), págs. 5281 ss.; PEÑAS MOYANO (2005), págs.. 5451 ss.; VÉRGEZ (2005), págs. 5823 ss.

como lo que se considera procedimiento de liquidación en nuestro país (la apertura de la fase de liquidación del concurso de conformidad la LC)⁵.

Tras esa primera modificación, se sucedieron otras reformas que tampoco implicaron ningún cambio sustancial en el régimen concursal de las entidades de crédito (*vid.* Disposición adicional segunda de Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras; Disposición final cuarta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). Y lo mismo puede decirse de la reforma llevada a cabo por el *Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*, que si bien introdujo diversas novedades de gran interés para las entidades de crédito cuando su posición fuera la de acreedor (*vgr.* regulación de los acuerdos de refinanciación), no incorporó, en cambio, ninguna novedad en punto a su posible condición de deudor insolvente, limitándose la única modificación que se hizo al apartado segundo de la Disposición adicional de la LC a una alteración de carácter técnico (*vid.* artículo 8.cuatro del Real Decreto-ley 3/2009, que añadió como nueva norma especial el artículo 10 de la Ley 2/1982, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario)⁶.

No puede decirse, sin embargo, lo mismo de la última de las modificaciones del segundo apartado de la Disposición adicional segunda llevada a cabo en virtud del *Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito* (*vid.* Disposición adicional tercera y Disposición final quinta)⁷. Por el contrario, esta última reforma, que aparentemente podría parecer menor, pues *sólo* ha supuesto la adición de una nueva letra (la letra k) en el segundo apartado de la Disposición adicional segunda de la LC, ha determinado, en verdad, un giro bastante sustancial respecto del modelo seguido por la LC. Por ello, aún cuando en el Preámbulo de este Real Decreto-ley se advierta que todas las nuevas medidas que contiene “*tendrán un carácter transitorio ligado a la evolución de la crisis financiera*”, resulta de interés que intentemos precisar el alcance de esta reforma, máxime cuando una de las grandes cuestiones reabiertas en la actualidad a nivel internacional es si las entidades de crédito deben o no quedar excluidas de

⁵ *Vid.* para un estudio reciente de las cuestiones que plantean estos procesos y sobre la reforma de la Directiva de saneamiento y liquidación, PRIEGO (2008), págs. 275 ss.

⁶ BOE, núm. 78, martes 31 de marzo de 2009.

⁷ BOE, núm. 155, sábado 27 de junio de 2009.

la posibilidad de concursar en caso de insolvencia.

2. El Real Decreto–ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

El Real Decreto–ley 9/2009 es una de las piezas centrales del conjunto de reformas recientes del sector, acometidas para encarar las dificultades surgidas de la crisis financiera internacional⁸. En concreto, su objetivo es, en palabras de su Preámbulo, “*implantar una estrategia que favorezca la solución de los problemas mediante una reestructuración ordenada del sistema bancario español, con el objetivo de mantener la confianza en el sistema financiero nacional y de incrementar su fortaleza y solvencia de manera que las entidades que subsistan sean sólidas y puedan proveer crédito con normalidad*”.

Así, su aprobación urgente se justificó en la necesidad de afrontar con celeridad dicho proceso de reestructuración *ordenado* del sector, ante el riesgo inherente a una situación de crisis que había afectado a sistemas crediticios nacionales (*vgr.* Islandia y otros países en menor medida) y provocado *bancarotas* sistémicas (*vgr.* la del banco de inversiones Lehman Brothers, que el 15 de septiembre de 2008 solicitó su “*reorganization*” al amparo del Capítulo 11 del *Bankruptcy Code* de los EEUU)⁹. La desconfianza de los mercados internacionales en la economía española y alguna actuación *preventiva* que se hizo necesaria (en marzo de 2009 fue intervenida la Caja Castilla–la Mancha), llevó al convencimiento de que, ante las dificultades que podrían llegar a tener especialmente las entidades de mediano y pequeño tamaño si la crisis persistía, no eran suficientes las medidas adoptadas hasta entonces (*vgr.* creación del Fondo de Adquisición de Activos financieros, Programa de avales a la financiación de las entidades de crédito)¹⁰.

El Real Decreto–ley 9/2009 se erigió, por tanto, en la pieza primera y principal de la estrategia de *salvamiento y fortalecimiento* de las entidades de crédito españolas mediante una profunda reestructuración del sector. Para ello, ha establecido un modelo que, a nuestro modo de ver, parte de

⁸ *Vid.* sobre la respuesta regulatoria nacional y el carácter internacional de la crisis OLIVENCIA (2009), págs. 13 ss. También el resto las ponencias publicadas en la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (núm. 115, julio–septiembre 2009) de los intervinientes en la Mesa redonda celebrada el 20 de febrero de 2009 sobre “*Crisis financiera internacional: la respuesta española*”. Sobre el Real Decreto–ley 9/2009 *vid.* CAMPUZANO (2009), págs. 5099 ss; ROJO ÁLVAREZ–MANZANEDA (2009), págs. 227 ss.

⁹ En relación a las entidades sistémicas (SIFI) *vid.* IGLESIAS–SARRIÁ/VARGAS (2010), págs. 11 ss.

¹⁰ Sobre las medidas previas *vid.* URÍA FERNÁNDEZ (2009), págs. 29 ss.

dos premisas básicas y, hasta cierto punto, singulares. La primera es que está pensado para la salvaguarda del conjunto del sector bancario y no tanto para las situaciones de crisis de las entidades de crédito individualmente consideradas, para lo que ya servían las normas y mecanismos existentes (vgr. Ley de intervención y disciplina de las entidades de crédito, Fondos de Garantía de Depósitos). La segunda es que, frente a otras alternativas posibles, se ha optado por un modelo de “reestructuración ordenada” del sector, cuya clave no está tanto en el apoyo financiero con fondos públicos como en la ordenación legal de los cauces (procesos de reestructuración y asimilados) que deben permitir a las entidades más débiles redimensionarse y recapitalizarse (*ordenación pública del proceso*).

En principio, el Real Decreto-ley no está pensado, por consiguiente, para resolver las situaciones de insolvencia de las entidades de crédito, y, a primera vista, su sentido parecería ser sólo preventivo. Sin embargo, lo cierto es que el proceso de reestructuración *ordenada* se ha vinculado *adicionalmente* a ciertas medidas relativas a las eventuales “*situaciones concursales*” de las entidades de crédito, que, no obstante, no resultan de mera *adición* o secundarias a tenor de su contenido (Disposición adicional tercera del Real Decreto-ley).

3. El contenido de la nueva norma especial

La Disposición adicional tercera del Real Decreto-ley contiene en realidad, pese a estar dividida en dos apartados, tres previsiones importantes:

1^a) Exonera a las entidades de crédito del deber de solicitar la declaración de concurso, siempre que estas entidades presenten alguno de los “*planes de reestructuración*” regulados por el mismo Real Decreto-ley (“*El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible a la entidad de crédito que, dentro de los supuestos previstos, haya presentado alguno de los planes a que se refieren los artículos 6 y 7 de este real decreto-ley*”).

2^a) De presentarse alguno de esos planes, las entidades de crédito no podrán ser declaradas en concurso (“*En estos casos no se proveerán por el juzgado competente las solicitudes de concurso referidas a una entidad de crédito que puedan presentarse*”)¹¹.

3^a) En caso de sustitución provisional de los órganos de administra-

¹¹ Como advierte CAMPUZANO (2009), pág. 369, ello significa que “*la entidad de crédito no sólo no debe, sino que tampoco puede instar el concurso*”, así como que la prohibición de admitir a trámite solicitudes de concurso no se limita a las que presente la propia entidad de crédito sino que también se extiende a las que presente un acreedor.

ción y dirección de la entidad por el supervisor, la legitimación para solicitar el concurso de las entidades de crédito pasa a corresponder en exclusiva al nuevo ente que se crea por el mismo Real Decreto–Ley para apoyar el proceso de reestructuración ordenada del sector (“En el supuesto de que el Banco de España haya acordado la sustitución provisional de los órganos de administración o dirección de la entidad de crédito, la legitimación para solicitar el concurso corresponderá exclusivamente al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria”).

Para comprender hasta que punto las *especialidades* concursales introducidas por el Real Decreto–Ley 9/2009 “*sustraen*” a las entidades de crédito del sistema general concursal basta recordar que con arreglo a la Ley Concursal:

1º) El deber del deudor de solicitar la declaración de concurso, que persigue incentivar que las situaciones de insolvencia se solventen por la vía concursal lo más rápidamente posible, sólo queda transitoriamente exonerado cuando se hayan iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, y, por tanto, con el fin de que la situación de insolvencia se remedie no sólo a través del concurso sino, además, mediante una de sus soluciones específicas (Artículo 5.3. “*El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso*”)¹².

2º) Cualquier deudor en situación de insolvencia es susceptible de ser declarado en concurso (art. 1.1 “*La declaración de concurso procederá respecto de cualquier persona, sea persona natural o jurídica*”).

3º) La legitimación para solicitar el concurso la tienen los deudores y todos sus acreedores (art. 3.1 “*Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores*”).

Es cierto que para calibrar el verdadero alcance de las especialidades concursales establecidas por el Real Decreto–Ley 9/2009 conviene profundizar algo más en las claves del modelo de reestructuración ordenada que se ha articulado, como haremos seguidamente. No obstante, no puede dejar de apuntarse ya que la reforma operada *cierra* en gran medida, como resulta evidente, la posibilidad de que las entidades de crédito españolas

¹² Frente a ello, como advierte CAMPUZANO (2009), pág. 369, en virtud del RDL 9/2009 “*el deber de solicitar la declaración de concurso se declara lisa y llanamente no exigible*”.

puedan concursar, pues basta para ello que sigan uno de los procesos de reestructuración pertinentes. Por consiguiente, no parece sino que esta última reforma supone un giro bastante sustancial en el régimen concursal de las entidades de crédito en nuestro Derecho.

II. EL MODELO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA

1. Consideración general. Ejes principales del modelo

El modelo de reestructuración *ordenada* previsto por el Real Decreto-ley 9/2009 se desarrolla sobre tres ejes principales: 1º) La distinción entre entidades de crédito cuya viabilidad pudiera peligrar y entidades que no están en dicha situación. 2º) La diferenciación, atendiendo a la anterior distinción, entre “procesos de reestructuración” y “procesos de integración”. 3º) La creación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (en adelante, FROB), que es un fondo nuevo destinado a gestionar y apoyar estos procesos¹³.

1º) La distinción de entidades de crédito según su situación económico-financiera resulta esencial para distinguir entre las entidades que pueden o deben seguir unos procesos y las que tienen a su alcance otros. No obstante, puede resultar un tanto difícil de concretar *a priori* cuál sea la situación de una determinada entidad a tales efectos, pues, en concreto, el Real Decreto-ley se refiere a las entidades que presenten “debilidades en su situación económico-financiera que, en función del desenvolvimiento de las condiciones de los mercados, pudieran poner en peligro su viabilidad y determinen la conveniencia de que acometa un proceso de reestructuración” (art. 6.1). De las entidades que estuvieran en esta situación se distinguen, por otro lado, las entidades de crédito “que, sin incurrir en las circunstancias establecidas en el artículo 6 (...), necesiten reforzar sus recursos propios con el fin exclusivo de llevar a cabo entre sí procesos de integración (...)” (art. 9.1). Por consiguiente, la distinción es, claramente, entre entidades *de peor situación* y entidades *de mejor situación*, si bien la exacta delimitación entre las entidades que podrán considerarse de un grupo u otro no resulta, desde luego, muy fácil de precisar a la vista de la relatividad con la que se definen las respectivas situaciones.

En cualquier caso, en la medida que las entidades *de peor situación* pueden no concursar según lo establecido en la nueva norma especial, es obvio que no queda descartado que dentro de este grupo puedan quedar incluidas

¹³ Sobre el nuevo fondo y para una aproximación al contenido del RDL puede verse ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA (2009), págs. 227 ss.

entidades de crédito que se encuentren en una *situación de insolvencia* en los términos de la LC (art. 2), que contempla, como puede recordarse, no sólo que la misma pueda ser actual (*el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*), sino también inminente (*el deudor prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*). Ahora bien, dado que la situación que determina la *conveniencia de acometer un proceso de reestructuración* (presentar debilidades que pudieran poner en peligro la viabilidad) constituye un presupuesto menos precisado que el presupuesto objetivo del concurso (art. 2 LC), resulta mucho más amplio en su cabida, y, por consiguiente, permitirá comprender a cuantas entidades que, aun sin estar en situación de insolvencia, pueda considerarse que se encuentren en la situación de peligro potencial requerida, situación que deberá ponderarse, acrecentando la relatividad del presupuesto, “*en función del desenvolvimiento de las condiciones de los mercados*”.

Contrario sensu, del segundo grupo de entidades quedarán excluidas, por un extremo, las entidades cuya viabilidad pudiera peligrar. Más dudoso es si, en el otro extremo, quedan excluidas todas aquéllas que no precisasen *realmente* fortalecer sus recursos propios para acometer procesos de integración porque pudieran llevarlos con los que tuvieran. Esa exclusión parecería desprenderse del tenor del artículo 9, que se refiere a las entidades que “*necesiten reforzar sus recursos propios con el fin exclusivo de llevar a cabo entre sí procesos de integración*”. Pero, sin embargo, el Real Decreto-ley, salvando el riesgo de una distorsión competitiva, parece justificar la voluntad de apoyar estos procesos en cualquier caso, con la única condición de que mejoren la eficiencia de las entidades de crédito a medio plazo (“*este real decreto-ley prevé también la posibilidad de que el FROB apoye procesos de integración entre entidades de crédito dirigidos a mejorar su eficiencia a medio plazo*”).

2º) La distinción entre entidades cuya viabilidad pudiera peligrar y entidades que no se encuentren en esa situación está en conexión con los dos tipos de procesos genéricos contemplados, que son, por un lado, los llamados “*procesos de reestructuración*” (Título I), y, por otro lado, los “*procesos de integración*” (Título). Los primeros se reservan para las entidades *de peor situación* y presentan dos grandes submodalidades según sean (i) procesos sin intervención del FROB o (ii) procesos con intervención del FROB. Los segundos sólo pueden ser seguidos por las entidades sin problemas de viabilidad y entre sus posibles modalidades admiten, como más adelante veremos, vínculos de carácter temporal entre varias entidades, como los denominados sistemas institucionales de protección

(SIP), también conocidos como “*fusiones frías*”.

3º) En todos los procesos se atribuye, directa o indirectamente, un importante papel al FROB, a quien compete, como funciones genéricas, la gestión de los procesos de reestructuración de entidades de crédito y contribuir al reforzamiento de los recursos propios de las mismas (art. 1.2). Para poder cumplir con su cometido, el FROB se ha configurado como un ente con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada (art. 1.3), al que se le aplica, supletoriamente, el régimen jurídico de los Fondos de Garantía de Depósitos (art. 1.4). Su gobierno y administración se confía a una Comisión Rectora, integrada por ocho miembros, nombrados por la Ministra de Economía y Hacienda, de los que cinco son propuestos por el Banco de España y tres por cada uno de los Fondos de Garantía de Depósitos.

Para cumplir con sus funciones, al FROB se le ha atribuido una dotación de 9.000 millones de Euros (art. 2.2). Dicha dotación es mixta, viniendo una parte, la más importante, de los Presupuestos Generales del Estado (6.750 millones) y la otra de los Fondos de Garantía de Depósitos (2.250 millones). Adicionalmente, para el cumplimiento de sus fines, también puede captar financiación en los mercados de valores emitiendo valores de renta fija, puede recibir préstamos, solicitar la apertura de créditos y realizar cualesquiera otras operaciones de endeudamiento (art. 2.5).

Por otro lado, a todo esto puede añadirse, para tener una idea aproximada de sus claves, que el modelo de reestructuración ordenada parte, según se expresa en el Preámbulo del Real Decreto, de las circunstancias españolas y los principios establecidos en la Proposición No de Ley aprobada el 17 de marzo de 2009 por el Congreso de los Diputados, así como, a la vez, de los Principios Comunes de gestión de crisis acordados en junio de 2008 por los Ministros de Finanzas, bancos centrales y autoridades de supervisión de la Unión Europea, así como con los principios recogidos en la Comunicación de la Comisión Europea de 5 de diciembre de 2008, especialmente desde la óptica de evitar distorsiones en la competencia. De acuerdo con estos principios, el proceso de reestructuración debe llevarse a cabo conservando en lo posible los mecanismos tradicionales de tratamiento de crisis (*vgr.* Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito), agotando las soluciones privadas y minimizando el coste para el contribuyente, además de evitando recapitalizaciones generalizadas de entidades inviables y favoreciendo la asunción de responsabilidades por accionistas y gestores, así como la transparencia del proceso y la protección de los depositantes.

Partiendo de todo ello, puede ahondarse algo más en los distintos

tipos de procesos previstos.

2. Los procesos de reestructuración

Partiendo de la idea de que hubiera fracasado la búsqueda por parte de la propia entidad de crédito de una “*solución privada*”, que no se considera un proceso de reestructuración *ordenado* y, que, por tanto, queda fuera del Real Decreto–ley, se plantean dos alternativas, como habíamos avanzado, para las entidades cuya viabilidad pudiera peligrar en los términos antes vistos.

1^a). La primera es acometer un *proceso de reestructuración sin intervención directa del FROB* (art. 6), que resulta una alternativa que todavía puede llevarse a cabo a iniciativa de la entidad (art. 6.1), si bien, en su defecto, podría iniciarse *de oficio* por el Banco de España (art. 6.2). En cualquiera de los casos, la entidad viene obligada a presentar un “*plan de actuación*”, que requiere la aprobación del Banco de España (art. 6.3), y en el que se deben concretar las acciones previstas para superar la situación problemática. Dichas acciones han de ir dirigidas a asegurar la viabilidad de la entidad y pueden consistir en: (i) medidas que refuercen su patrimonio y solvencia, (ii) la fusión con otra entidad de reconocida solvencia o (iii) el traspaso total o parcial del negocio o de unidades del mismo a otras entidades de crédito.

El Fondo de Garantía de Depósitos correspondiente debe apoyar el plan presentado adoptando las medidas preventivas y de saneamiento que considere adecuadas (*vid.* Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito). Por su parte, lo que el FROB puede hacer en este tipo de proceso es otorgar financiación, en condiciones de mercado, a los Fondos de Garantía de Depósitos, a los efectos de que éstos puedan apoyar financieramente los planes de actuación que se presenten (art. 6.1).

Si la situación de debilidad persistiera y se produjera alguno de los supuestos previstos (*vgr.* el Plan no se presenta en plazo, no resulta viable a juicio del Banco de España, etc) se entraría en un estadio subsiguiente (art. 7.1), abordable mediante un proceso de reestructuración que, como a continuación explicaremos, implica una intervención del FROB con importantes consecuencias.

2^a). La segunda alternativa, subsidiaria de la anterior, es un *proceso de*

reestructuración con intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (art. 7), que, para empezar, implica la sustitución provisional de los administradores de la entidad por parte del Banco de España y la designación del FROB como administrador mientras se lleve a término la reestructuración.

Este organismo es, además, quien elaborará, para someter a la aprobación del Banco de España, un “*plan de reestructuración*”, que, por otro lado, sólo puede tener ya por objeto la fusión de la entidad con otra u otras de reconocida solvencia o bien el traspaso total o parcial del negocio mediante la cesión global o parcial de activos y pasivos, mediante procedimientos que aseguren la competencia, como, entre otros, el sistema de subasta. En punto a las autorizaciones para llevar a cabo estas operaciones de fusión o cesión, sólo se exige la aprobación del Banco de España y las correspondientes en materia de defensa de la competencia, sin resultar, pues necesaria, dado el carácter excepcional del proceso, ninguna autorización de las Comunidades Autónomas (art. 8).

El FROB puede, temporalmente, en tanto elabora el plan de reestructuración, suministrar los apoyos financieros que se precisen (art. 7.2). También, cabe prever su apoyo financiero en el plan elaborado, pudiendo contemplarse como medidas a tales efectos que conceda garantías, préstamos en condiciones favorables, financiaciones subordinadas, o que adquiera activos que figuren en el balance de la entidad, que suscriba o adquiera valores representativos de recursos propios, así como cualesquiera otros apoyos financieros tendentes a facilitar los procesos de fusión o cesión correspondientes (art. 7.3). De modo excepcional, las inversiones que realice en cumplimiento de tales medidas no estarán sujetas a limitaciones u obligaciones legales, tales como: a) limitaciones estatutarias del derecho de asistencia a las Juntas Generales o del derecho a voto respecto de las acciones que el FROB adquiera o suscriba; b) limitaciones a la tenencia de cuotas participativas (apartado 7 del art. 7 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros); c) limitaciones a la adquisición de aportaciones al capital social de cooperativas de crédito por parte de personas jurídicas; d) limitaciones a la computabilidad de los recursos propios de los valores que el Fondo adquiera o suscriba; y e) la obligación de presentar Oferta Pública de Adquisición con arreglo a la normativa sobre mercados de valores.

Por otro lado, entre las amplias facultades del FROB en este tipo de

procesos cabe destacar la de poder ceder total o parcialmente los depósitos en cuenta corriente o a plazo constituidos en la entidad administrada a otra u otras entidades de crédito (art. 7.4). Asimismo, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podría disponer de forma inmediata el traslado de los valores depositados en la entidad administrada por cuenta de sus clientes a otra entidad habilitada para desarrollar esta actividad (art. 7.4). Y cuando el plan de reestructuración contemple la adquisición de activos por parte del FROB, éste podrá mantener su gestión o encomendarla a un tercero, así como decidir su enajenación, que deberá realizarse a través de procedimientos que aseguren la competencia (art. 7.5).

Por consiguiente, las dos alternativas que admiten los considerados procesos de reestructuración resultan bastante diversas. Hasta el punto de que, de conformidad con lo dispuesto en el segundo apartado de la Disposición adicional tercera, sólo en caso de que la reestructuración sea con intervención del FROB resta abierta la posibilidad de que pueda solicitarse, a iniciativa exclusiva de este ente, el concurso de una entidad de crédito insolvente.

3. Los procesos de integración. Consideración de los SIP (“fusiones frías”)

Como hemos indicado, para las entidades de crédito cuya viabilidad no peligre lo que se ha previsto son “*procesos de integración*” a modo de instrumento para el reforzamiento de sus recursos propios (Título II. *Reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito*). Estos procesos, que sólo pueden llevarse a cabo a iniciativa de las entidades de crédito, pueden ser apoyados por el FROB, mediante la suscripción de participaciones preferentes emitidas por las entidades interesadas.

Estos procesos de integración requieren que las entidades que quieran llevarlos a término elaboren un “*plan de integración*” que sirva para mejorar sus perspectivas futuras, contemplando, entre otros elementos concretos, una mejora de su eficiencia, la racionalización de su administración y gerencia, así como un redimensionamiento de su capacidad productiva. Este “*plan de integración*” también debe ser aprobado por el Banco de España; y podría convertirse en un “*plan de reestructuración*” si la situación evolucionase a peor (art. 9.8).

Una de las ventajas que presentan estos “*procesos de integración*” es que el FROB, como advertíamos, puede suscribir, para apoyarlos, participaciones preferentes (convertibles en acciones, en cuotas participativas

o en aportaciones al capital social) emitidas por las entidades de crédito inmersas en tales procesos. La emisión de estas participaciones, que computan como recursos propios básicos (art. 9.3), debe realizarse en condiciones que tengan en cuenta el plazo y riesgo de la operación, la necesidad de evitar distorsiones competitivas, y que, asimismo, aseguren que la adquisición facilita e incentiva la ejecución y cumplimiento del plan de integración (art. 9.1).

Un punto importante es que los emisores deben comprometerse a recomprar dichas participaciones preferentes tan pronto como puedan en los términos previstos en el plan de integración (art. 9.3). Con todo, si transcurrieran cinco años desde el desembolso sin que hubieran sido recompradas, entonces el FROB podría solicitar su conversión en acciones, en cuotas participativas o en aportaciones sociales del emisor. Asimismo, el acuerdo de emisión debe contemplar la convertibilidad de las participaciones preferentes a instancias del FROB si, antes del transcurso del plazo de cinco años, el Banco de España considerara improbable la recompra en ese plazo.

De entre las variadas modalidades de “*procesos de integración*” en teoría posibles, el Real Decreto-ley sólo se refiere de modo específico, como una de las factibles, a los denominados “*sistemas institucionales de protección*”, cuyos objetivos pueden resultar asimilables a los generados en un proceso de fusión en lo relativo a la “*forma de operar, la determinación y ejecución de las políticas y estrategias de las entidades participantes y el establecimiento y ejercicio de sus controles internos y de gestión de riesgos*” (Preámbulo).

Esta modalidad *integrativa* del SIP es, en realidad, un tipo de acuerdo previsto en la *Directiva 2006/48/CE*, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, dónde viene a definirse, atendiendo a uno de sus requisitos esenciales, como “*un acuerdo contractual o de responsabilidad obligatoria*” que proteja a las entidades firmantes “*y, en particular garantice su liquidez y solvencia a fin de evitar la quiebra cuando resulte necesario*” (art. 80.8)¹⁴.

En nuestro ordenamiento, los SIPs están regulados en el artículo 8 de la *Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros*, que ha sido objeto de recientes modificaciones a fin de precisar mejor

¹⁴ *Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición)*, DOUE L 1771/1, de 30 de junio de 2006.

el régimen de estos acuerdos tras devenir la fórmula prioritaria seguida por el momento por las numerosas Cajas de ahorros españolas que han iniciado o seguido procesos de integración (*vid.* art. 25 Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; art. 4 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros)¹⁵.

En síntesis, de acuerdo con lo previsto, los SIPs presuponen un acuerdo contractual entre varias entidades de crédito, que deben obligarse, al menos durante 10 años, a lo siguiente: a) a la designación de una entidad central (que puede ser una de las integrantes del acuerdo u otra participada por todas ellas) cuya función sea determinar con carácter vinculante las estrategias de negocio y los niveles y medidas de control interno y de gestión de riesgos; b) a un compromiso mutuo de apoyo de solvencia (de como mínimo el 40% de los recursos propios computables de cada una de ellas); y c) a un compromiso de puesta en común de una parte significativa de sus resultados (al menos el 40% de los mismos) y de reparto proporcional a la participación de cada una de ellas en el sistema.

Está por ver que mediante estos acuerdos se logren de modo efectivo objetivos análogos a los de las fusiones u otras fórmulas integrativas equiparables (vgr. cesiones globales), pero no hay duda de que, al menos, podrán servir de preparación para afrontar procesos más complejos, y que, como sistemas de *protección*, pueden representar un *escudo* funcional ante situaciones económicas adversas.

III. CONSIDERACIONES FINALES

A la vista de todo lo anterior, hay que reconocer que la reforma del régimen concursal de las entidades de crédito operada por el Real Decreto-ley 9/2009 produce cierto desasosiego por bastantes motivos, empezando por la misma manera de llevarse a cabo, a través de una Disposición adicional de un Real Decreto-ley, que no sólo modifica, una vez más, la Disposición adicional segunda de la LC, sino que imprime un giro sustancial a nuestro Derecho. Con la salvedad de que sean intervenidas, se ha excluido que las entidades de crédito puedan ser declaradas en concurso, siempre que presenten un plan de reestructuración oportuno. Aunque la

¹⁵ Respectivamente, BOE, núm. 89, martes 13 de abril de 2010 y BOE núm. 169, martes 13 de julio de 2010.

intención de fondo puede resultar loable en la medida que así puede parecer mejor preservado el sistema bancario español, ello no deja de suponer, por la excepción que representa, una distorsión en el Derecho concursal español que no parece suficientemente meditada.

Además, esta distorsión recuerda de algún modo lo ocurrido con la aprobación de la Ley de 26 de julio de 1922 de Suspensión de Pagos, fruto, precisamente, de una *estrategia* dirigida a evitar la quiebra sistémica de una entidad de crédito (el Banco de Barcelona), y que, a la larga, lastró nuestro sistema concursal por falta de coherencia interna. Ese recuerdo y el hecho de que la actual reforma se haya anunciado como una medida de carácter transitorio, como se anunció también aquella Ley, que, sin embargo, pervivió hasta la aprobación de la vigente LC, no deja de ser otro motivo de desasosiego.

Asimismo, también causa cierta preocupación que la nueva orientación, aun cuando deja abierta la posibilidad de que el FROB pueda solicitar el concurso de la entidad que administre, resulte, a nuestro entender, en abierta contradicción con la Comunicación de la Comisión Europea de 20 de octubre de 2009 sobre “*Un régimen comunitario para la gestión transfronteriza de las crisis en el sector bancario*”¹⁶. En ella, coincidiendo, además, con la declaración de los dirigentes del G-20, en Pittsburgh, los días 24 y 25 de septiembre de 2009 se destaca que: “*El objetivo general debe ser garantizar que, tanto política como económicamente, sea siempre posible dejar que los bancos quiebren, con independencia de su tamaño*” (pág 9)¹⁷. Así, mientras que la filosofía de fondo de esta Comunicación se orienta a tratar de evitar la insolvencia de las entidades de crédito y permitir que concursen si no es posible evitarla, la idea que trasluce el Real Decreto-ley 9/2009 es, en cambio, la de evitar el concurso si no se puede evitar la insolvencia.

En fin, no puede dejar de causar zozobra que esta reforma se haya contextualizado en un proceso de reestructuración *ordenada* que desde el punto de vista legal está resultando un tanto *caótico*.

Para empezar, porque para poder llevar a cabo *en condiciones de seguridad* jurídica (¿) el esquema de operaciones previstas en el Real Decreto-ley 9/2009 se ha considerado necesaria otra distorsión: la de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que ha sido modificada por la Disposición final cuarta de la

¹⁶ COM (2009) 561 final.

¹⁷ Vid. la declaración de los dirigentes del G-20 en <http://www.pittsburghsummit.gov/mediacenter/129639.htm>.

Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. Esta reforma, llevada a cabo por una Ley tan extraña a la materia, ha venido a introducir una nueva disposición adicional a la Ley de modificaciones estructurales (*Disposición adicional tercera. Régimen aplicable a las operaciones de fusión, escisión y cesión global o parcial de activos y pasivos entre entidades de crédito*) que no sólo contradice su ámbito objetivo al reconocer una nueva (sub)modalidad de modificación estructural (la cesión parcial), sino también su propio ámbito subjetivo, limitado, en un principio, a las sociedades mercantiles.

Asimismo, se ha indicado ya que la regulación de los SIPs fue objeto de ciertas precisiones por el *Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo*, que, además, ha introducido numerosos cambios de redacción en el *Real Decreto-ley 9/2009* con el fin de afianzar el proceso de reestructuración del sector en marcha. Poco después, como también habíamos advertido, se ha vuelto a modificar la regulación de los SIPs por el *Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, que, además, ha introducido, mediante su Disposición adicional única, un nuevo tipo de proceso en el que puede intervenir el FROB (*la recapitalización de entidades individuales*), aparte de ahondar en el proceso de reestructuración de las Cajas de ahorro mediante una reforma que resulta histórica por afectar a su propia naturaleza jurídica y organizativa.

Por todo ello, sería deseable que, al menos, con ocasión de la nueva reforma de la Ley Concursal que se está proyectando se abordasen con fundamento, sin *adicionalidad*, y sin urgencia, las importantes cuestiones que plantea la insolvencia de las entidades de crédito.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier (2005), “El saneamiento y liquidación de las compañías de seguros en el Derecho comunitario”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T.5, Marcial Pons, Madrid, págs.5099–5118.
- CAMPUZANO, Ana Belén (2009), “El Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito”, *Crónica de legislación española*, Anuario de Derecho Concursal, 18/2009–3, págs. 365–370.

- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Luis Javier (2004), *Lecciones de contratos y mercados financieros*, Ed. Thomson–Civitas, Madrid.
- ESPÍN, Cristóbal (2004), “Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras (Disposición Adicional Segunda), en ROJO–BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Ed. Thomson–Civitas, Madrid.
- IGLESIAS–SARRIÁ, Cristina y VARGAS, Fernando (2010), “Entidades financieras sistémicas: discusión de posibles medidas”, *Revista de Estabilidad Financiera*, n.º. 18, págs. 9–30.
- LARGO GIL, Rita (2005), “La insolvencia de las empresas de servicios de inversión”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T.5, Marcial Pons, Madrid, págs. 5281–5321.
- MAYORGA TOLEDANO (2005), María Cruz, “Crisis e insolvencia de las entidades de crédito”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T.5, Marcial Pons, Madrid, págs. 5439–5450.
- OLIVENCIA RUÍZ, Manuel (2009), “Introducción (planteamiento de la problemática)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 115, julio–septiembre, págs. 13–17.
- PEÑAS MOYANO (2005), María Jesús, “Régimen concursal especial aplicable a las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T.5, Marcial Pons, Madrid, págs. 5451–5483.
- PIÑEL LÓPEZ, Enrique (2005), “La Ley Concursal y las entidades de crédito”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T.5, Marcial Pons, Madrid, págs. 5485–5509.
- PRIEGO, Francisco–Javier (2008), “Problemática de las crisis bancarias transnacionales en Europa: estado de la cuestión”, en SARCINA, A./GARCÍA CRUCES, J.A., *Il trattamento giuridico della crisi d’impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Cacucci Editori, Bari, págs. 275–282.
- ROJO ÁLVAREZ–MANZANEDA (2009), Rafael, “El proceso de reestructuración de las entidades de crédito en el Real Decreto–ley 9/2009, de 26 de junio”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 115, julio–septiembre, págs. 227–236.
- URÍA FERNÁNDEZ (2009), Francisco, “Las medidas españolas de respuesta frente a la crisis financiera”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 115, julio–septiembre, págs. 29–37.

- VALENZUELA GARACH, Fernando (2005), “La Ley Concursal española de 9 de julio de 2003 como guía legislativa para el tratamiento de las crisis de las entidades financieras”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T.5, Marcial Pons, Madrid, págs. 5739–5821.
- VÉRGEZ, Mercedes (2005), “Consideraciones generales en torno a la incidencia sobre el tratamiento jurídico de las entidades aseguradoras en situación de insolvencia. De la Ley de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de Seguros privados y de la nueva Ley Concursal”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T.5, Marcial Pons, Madrid, págs. 5823–5836.