

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO. LA COMPLEJA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA NORMATIVA EUROPEA¹

Por

JORGE URBANEJA CILLÁN

Profesor Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Alicante

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Europeo 42 (2017)

RESUMEN: La unión bancaria aparece como un amplio conjunto de reformas normativas e institucionales destinadas a solucionar algunas de las deficiencias estructurales detectadas durante la última crisis financiera, iniciada en 2007. Uno de los elementos centrales de ese proceso de reformas ha sido la creación de un régimen de gestión de crisis bancarias en la Unión Europea. Las reformas adoptadas en este ámbito presentan dos componentes esenciales: de un lado, un código normativo único, contenido en una Directiva, aplicable a todos los Estados miembros; de otro lado, para los Estados de la eurozona una centralización, en las instituciones de la Unión, de la adopción de decisiones y de la financiación de las crisis bancarias. La incorporación de estas reformas legislativas al ordenamiento jurídico español presenta importantes particularidades, derivadas del proceso de asistencia financiera para la recapitalización del sistema financiero español.

PALABRAS CLAVE: Unión Bancaria, Directiva de Reestructuración y Resolución Bancaria, Mecanismo Único de Resolución, actuación temprana, reestructuración y resolución bancaria, venta de la entidad, banco puente, segregación de activos, recapitalización interna.

SUMARIO: I. CUESTIONES PREVIAS. II. EL RÉGIMEN DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO EN LA UNIÓN BANCARIA. 1. EL CÓDIGO NORMATIVO ÚNICO. SUS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. 2. EL MODELO INSTITUCIONAL EN LA UNIÓN BANCARIA. EL MECANISMO ÚNICO DE RESOLUCIÓN: 2.1. OBJETIVOS. 2.2. FUNDAMENTO EN EL DERECHO ORIGINARIO. 2.3. FINANCIACIÓN. III. LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN DE CRISIS DE ENTIDADES DE CRÉDITO. 1. LA FASE DE PREVENCIÓN. 2. LA ACTUACIÓN TEMPRANA. 3. LOS MECANISMOS DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN BANCARIA: 3.1. TRANSMISIÓN DE LA ENTIDAD. 3.2. ENTIDAD PUENTE. 3.3. SEGREGACIÓN DE ACTIVOS. 3.4. MEDIDAS DE RECAPITALIZACIÓN INTERNA. IV. LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO. 1. LAS PARTICULARIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS MECANISMOS EUROPEOS. 2. LA INCORPORACIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. V. A MODO DE CONCLUSIÓN. CUESTIONES PENDIENTES.

¹ Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de investigación coordinado, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, "La Unión Europea ante los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho Internacional (II)", con referencia DER2015-63498-C2-2-P.

THE LEGAL FRAMEWORK GOVERNING THE RESTRUCTURING AND RESOLUTION OF CREDIT ENTITIES: THE COMPLEX TRANSPOSITION OF EU RULES IN THE SPANISH LEGAL ORDER

ABSTRACT: The *Banking Union* appears as a broad set of regulatory and institutional reforms aimed at addressing some of the structural weaknesses detected during the last financial crisis, which began in 2007. One of the central elements of this reform process has been the creation of a management of banking crises in the European Union. The reforms adopted in this area have two essential components: on the one hand, a *single rulebook*, contained in a directive, applicable to all Member States; on the other hand, centralization of decision-making and financing of banking crises in the institutions of the Union. The incorporation of these legislative reforms into the Spanish legal system presents important peculiarities, derived from the process of financial assistance for the recapitalization of the Spanish financial system.

KEYWORDS: Banking Union, Bank Recovery and Resolution Directive, Single Resolution Mechanism, early intervention, bank recovery and resolution, sale of business, bridge institution, asset separation, bail-in.

Fecha de recepción: 21.3.2017

Fecha de aceptación: 20.5.2017

I. CUESTIONES PREVIAS

La última crisis financiera, iniciada en el año 2007, ha evidenciado que los procedimientos para la gestión de insolvencias empresariales no se ajustan a las especificidades que están presentes en el desarrollo de las crisis de las entidades de crédito. Por ello, se hacen necesarios procedimientos específicos que gestionen las crisis bancarias, que tengan en cuenta los intereses públicos existentes en este tipo de procesos y se adapten a las particularidades de su negocio y a su función esencial en el sistema económico².

De esta forma, “la liquidación ordinaria de las entidades bancarias hace inviables muchos de los objetivos de interés público que suelen estar en juego cuando un banco fracasa, y puede poner en riesgo al sistema, ya sea por contagio, ya por la discontinuidad que produce en algunas infraestructuras financieras básicas”³. Así, los

² HÜPKES, E., “Insolvency - Why a Special Regime for Banks”, en *Current Developments in Monetary and Financial Law*, vol. 3, International Monetary Fund, Washington, 2003, pp. 471-514; CAMPBELL, A. y LASTRA, R.M., “Definition of bank insolvency and bank insolvency proceedings”, en LASTRA, R.M. (ed.), *Cross-Border Bank Insolvency*, Ed. Oxford University Press, 2011, pp. 26-56.

³ GÓMEZ DE MIGUEL, J.M., “Ante los bancos en crisis: ¿continuidad o liquidación? o ¿cómo asegurar los intereses públicos?”, en *Mecanismos de prevención y gestión de futuras crisis bancarias*, Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la Fundación, núm. 42, Madrid, 2011, pp. 120. (Disponible en <http://www.fef.es/new/publicaciones/papeles-de-la-fundacion/item/158-42-mecanismos-de-prevención-y-gestión-de-futuras-crisis-bancarias.html>). Por ello, puede concluirse

intereses que merecen ser objeto de protección en los procedimientos de gestión de crisis bancarias son: la protección de los recursos de los depositantes; minimizar la posibilidad de que la crisis se extienda a otras entidades; conseguir la continuidad de las funciones esenciales de la entidad; garantizar la cooperación internacional (en el caso de que la crisis afecte a entidades transnacionales); incentivar la asunción de responsabilidades por parte de los dueños y administradores, y minimizar el uso de recursos públicos⁴. Esto es, “la experiencia enseña que los mecanismos concursales ordinarios, y en última instancia la liquidación de la empresa, se aplica mal a las entidades crediticias, si es que acaso se aplican; y cuando así sucede, las consecuencias pueden ser *cataclísmicas*”⁵.

La necesidad de preservar la estabilidad financiera llevó a que, durante la última crisis financiera, en un amplio número de Estados se optara porque el sector público aportara grandes cantidades de recursos para rescatar a los titulares de los pasivos bancarios. En el caso de la Unión Europea (UE), además, el marco de actuación no era homogéneo, por lo que la gestión ha variado de uno a otro Estado⁶. De hecho, el único elemento con un cierto grado de armonización ha sido el régimen de ayudas de Estado, pero incluso éste también ha ido evolucionando de un caso a otro⁷.

De este modo, con la finalidad de solventar las deficiencias detectadas durante la última crisis financiera, la UE se ha visto obligada a desarrollar un régimen de gestión de

que “cualquier supervisión -particularmente la prudencial- resulta no obstante ineficiente si no está alineada con unos sistemas de resolución ordenada de entidades en crisis, que faciliten y promuevan una pronta actuación correctora”. PÉREZ FERNÁNDEZ, J., “La estabilidad financiera: en la médula de regulación financiera”, en *La Regulación financiera: ¿Solución o problema?*”, Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la Fundación, núm. 53, Madrid, 2015, pp. 33 y ss. (Disponible en <http://www.fef.es/new/publicaciones/papeles-de-la-fundacion/item/330-estudio-la-regulaci%C3%B3n-financiera-%C2%BFsoluci%C3%B3n-o-problema?.html>). Las direcciones electrónicas contenidas en el presente trabajo han sido consultadas por última vez con fecha 15 de marzo de 2017.

⁴ GÓMEZ DE MIGUEL, J.M., “Ante los bancos en crisis: ¿continuidad o liquidación? o ¿cómo asegurar los intereses públicos?”, *op. cit.*, pp. 109 y 110.

⁵ JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Regulación bancaria y crisis financiera*, Ed. Atelier, Madrid, 2013, p. 77.

⁶ Hasta 2014, la regulación de la UE sobre gestión de crisis bancarias estaba contenida en la *Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001 relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito*. (DOUE núm. 125, de 5 de mayo de 2001). Esta Directiva se limitaba a establecer ciertos elementos de coordinación en la gestión de crisis de entidades con actividad transfronteriza, principalmente orientados al reconocimiento en los Estados miembros de las decisiones de reestructuración adoptadas en otros Estados. *Vid.* PÉREZ RIVARÉS, J.A., “Instrumentos de coordinación en la Unión Europea en materia de rescate y resolución de entidades financieras”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 131, 2013, pp. 97-120.

⁷ CARRASCOSA, A. y DELGADO, M., “Nuevo marco de resolución bancaria en la UE”, en *Observatorio sobre la Reforma de los Mercados Financieros Europeos (2015)*, Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la Fundación, núm. 54, Madrid, 2015, p. 133. (Disponible en <http://www.fef.es/new/publicaciones/papeles-de-la-fundacion/item/342-54-observatorio-sobre-la-reforma-de-los-mercados-financieros-europeos-2015.html>).

crisis bancarias, que será analizado a lo largo del presente trabajo. Así, la Unión ha aprobado la *Directiva por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*⁸, como norma fundamental que regula los procedimientos de gestión de crisis bancarias y sus principios estructurales (epígrafe II.1). Además, para los Estados integrantes de la eurozona se ha acordado una centralización, en las instituciones de la UE, de la adopción de decisiones y de la financiación de la gestión de crisis de entidades de crédito (epígrafe II.2). De este modo, las normas de la UE prevén un amplio catálogo de instrumentos destinados a gestionar las crisis bancarias (epígrafe III). En aplicación de estas reformas, los Estados miembros han procedido a incorporar a sus legislaciones la normativa europea. Este proceso de reformas ha adquirido una identidad propia en el caso del Estado español, ya que se han visto condicionadas por la asistencia financiera de la UE para la recapitalización del sistema financiero español (epígrafe IV). No obstante, aún existen elementos del régimen de reestructuración y resolución bancaria que deben ser desarrollados normativamente y se plantean importantes cuestiones sobre su efectiva aplicación práctica (epígrafe V).

II. EL RÉGIMEN DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO EN LA UNIÓN BANCARIA

La crisis financiera y económica ocasionó una fragmentación de los mercados financieros a nivel europeo, además de un contagio entre el sistema financiero y la deuda soberana de los Estados miembros. Con la finalidad de remediar esta situación, se impulsaron un conjunto de reformas estructurales, entre las que sobresale el proyecto conocido como *unión bancaria*. Con carácter general, la unión bancaria puede entenderse como “un marco legal integrado y el conjunto de instituciones necesarias para asegurar el buen funcionamiento del sector bancario y la homogeneidad de requisitos y de tratamiento de las entidades y sus clientes, con independencia de su localización, así como para prevenir y minimizar los costes de situaciones de crisis bancarias, ya sean individuales o sistémicas”⁹. De esta forma, la unión bancaria tiene como elementos constitutivos: el desarrollo de un código normativo único en materia de

⁸ *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*. (DOUE núm. 173, de 12 de junio de 2014).

⁹ MIRALLUELO, A. y DEL RÍO, A. “La construcción de la unión bancaria en la UE”, *Boletín Económico-Banco de España*, núm. 11, 2014, p. 72. (*Cursiva propia*).

regulación prudencial, un mecanismo único de supervisión (MUS), integrado por el Banco Central Europeo (BCE) y los supervisores nacionales (coordinado por el BCE); instrumentos comunes de gestión de crisis de entidades de crédito y una mayor armonización de los fondos de garantía de depósitos¹⁰.

En sintonía con el régimen de integración diferenciada que supuso el establecimiento de la Unión Económica y Monetaria (UEM)¹¹ y al igual que sucede con las otras medidas adoptadas en respuesta a la crisis financiera, la construcción de la unión bancaria no está siendo homogénea en todos los Estados miembros de la UE¹². De esta forma, mientras que el código normativo, tanto en materia de regulación prudencial como de instrumentos de resolución, será de aplicación a todos los Estados miembros de la Unión; la integración de los mecanismos de supervisión y resolución sólo se está aplicando para los Estados miembros de la UEM¹³.

En desarrollo de estos criterios, en la UE se ha diseñado un sistema de gestión de crisis de entidades de crédito, articulado en torno a dos elementos esenciales. De un lado, la conformación de un código normativo único, con un sistema basado en autoridades nacionales de resolución y un conjunto armonizado de instrumentos adecuados para la gestión de crisis de entidades de crédito. De otro lado, para los Estados de la eurozona, además, resulta imprescindible la creación de un sistema único, que permita la aplicación uniforme de los instrumentos de resolución, así como un fondo único encargado de hacer frente a los costes de las reestructuraciones.

¹⁰ LASTRA, R.M., "Banking Union and Single Market: Conflict or Companionship?", *Fordham International Law Journal*, vol. 36, núm. 5, 2013, pp. 1190-1224; LÓPEZ ESCUDERO, M., "La unión bancaria en la Unión Europea: un tortuoso camino para un gran avance", en LIÑÁN NOGUERAS, D.J., SEGURA SERRANO, A. y GARCÍA I SEGURA, C. (Coords), *Las crisis políticas y económicas. Nuevos escenarios internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, pp. 186-211; HUERTAS, T.F., "Banking Union", *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 24, 2013, pp. 31-44; (disponible en <http://www.bde.es/ft/webbde/GAP/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/13/Mayo/Fic/ref201324.pdf>).

¹¹ Como es sabido, en la actualidad, la eurozona se encuentra formada por un total de 19 Estados: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos y Portugal. (Información disponible en https://europa.eu/european-union/about-eu/money/euro_es).

¹² GUINEA LORENTE, M., "Efectos de la crisis en el modelo político europeo: más integración pero diferenciada", en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., FERNÁNDEZ LIESA, C.R. y ABAD CASTELOS, M., (Dirs), *Gobernanza y reforma internacional tras la crisis financiera y económica: el papel de la Unión Europea*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 90 y ss.; SCHWARCZ, S.L., "The Banking Union: A General Perspective", en HINOJOSA-MARTÍNEZ, L.M. y BENEYTO, J.M. (Eds.), *European Banking Union. The New Regime*, Ed. Wolters Kluwer, 2015, pp. 3 y ss.

¹³ Con el objetivo de respetar las disposiciones referentes al mercado interior, se ha previsto la posibilidad de que todos los Estados de la Unión se incorporen a la totalidad de elementos de la unión bancaria. Sin embargo, la realidad demuestra que el conjunto de reformas adoptadas en el marco de la unión bancaria se han adoptado tomando como referencia exclusivamente los Estados miembros de la eurozona, lo que supone una controvertida consolidación del modelo de integración diferenciada.

1. El código normativo único. Sus principios fundamentales

La UE ha establecido un conjunto de procedimientos e instrumentos destinados a gestionar las crisis de las entidades de crédito, contenidos en la *Directiva por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*. Al igual que ha sucedido en otros ámbitos de la respuesta regulatoria a la crisis financiera, el régimen de gestión de crisis de entidades de crédito diseñado por la UE viene determinado por los acuerdos del *Financial Stability Board* (FSB) como organismo especializado, en materia de regulación financiera, constituido en el seno del G-20¹⁴. En este ámbito, en octubre de 2011, se aprobó el documento *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*¹⁵, en el que se consagran los elementos esenciales para el diseño de instrumentos eficaces de gestión de crisis bancarias. Tal y como se establece en la *Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*¹⁶, su regulación está inspirada directamente en los principios aprobados por el FSB.

Así, reproduciendo el esquema empleado en la normativa adoptada en materia de regulación y supervisión prudencial, la UE ha aprobado un código normativo único y, por ello, aplicable a todos los Estados miembros. En este código normativo se contienen los diversos procedimientos que pueden aplicar las autoridades de resolución competentes para gestionar las crisis bancarias. A diferencia de la regulación prudencial, contenida

¹⁴ En la Declaración Final de la Cumbre del G-20 de Londres se mencionan como objetivos esenciales de la reacción regulatoria: el fortalecimiento de las normas internacionales de regulación prudencial, con la revisión de las normas de Basilea II sobre exigencias mínimas de capital; *un marco adecuado para la gestión de crisis de entidades financieras transnacionales*, mejora en la regulación y supervisión de las instituciones financieras sistémicamente importantes, ampliar la supervisión sobre las agencias de calificación crediticia y adoptar medidas contra los Estados no cooperantes. Declaración Final de la Cumbre del G-20 celebrada en Londres, 1 y 2 de abril de 2009, Párrafos 13 y ss. (Disponible en <https://www.g20.org/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/G7G20/Anlagen/G20-erklaerung-london-en.pdf?blob=publicationFile&v=3>). (*Cursiva propia*).

¹⁵ Disponible en http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf. Este documento fue respaldado por la Cumbre del G-20, celebrada en Cannes, 4 de noviembre de 2011. (Declaración final disponible en <http://www.G-20.utoronto.ca/2011/2011-cannes-communicue-111104-en.html>). Vid. HÜPKES, E., "Resolving systemically important financial institutions (SIFIs): The Financial Stability Board Key attributes of effective resolutions regimes", en RAYMOND LABROSE, J., OLIVARES-CAMINAL, R. y SINGH, D. (ed.), *Financial Crisis Containment and Government Guarantees*, Ed. Edward Elgar, 2012, pp. 43-56. Aunque los principios del FSB, en principio, están referidos exclusivamente a las entidades de carácter transfronterizo, se han aplicado como principios informadores de la totalidad de los procedimientos de gestión de crisis.

¹⁶ *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión, y por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE y 82/891/CE del Consejo, las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE y 2011/35/CE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010*, COM(2012) 280 final, Bruselas, 6 de junio de 2012, p. 1.

principalmente en un Reglamento¹⁷, la técnica utilizada ha sido la armonización legislativa a través de la citada *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*; por lo que los Estados deben proceder a la transposición de la legislación europea a los ordenamientos internos. Así, como consecuencia de esta técnica normativa empleada, como se analizará en el último epígrafe, se están planteando ciertas divergencias en el diseño definitivo de los instrumentos de gestión de crisis bancarias, lo que puede comprometer significativamente su eficacia.

De esta forma, el objetivo esencial de los procedimientos de la *Directiva de Reestructuración y Resolución* es permitir la “intervención con suficiente antelación y rapidez en una entidad con problemas de solidez o inviable, *a fin de garantizar la continuidad de las funciones financieras y económicas esenciales de la entidad, al tiempo que se minimiza el impacto de su inviabilidad en el sistema económico y financiero*”¹⁸.

El elemento más controvertido de las reestructuraciones y resoluciones bancarias se sitúa en la atribución de los costes derivados de estos procesos. Así, la *Directiva de Reestructuración y Resolución* toma como punto de partida esencial la aplicación de instrumentos que garanticen que *los accionistas soporten en primer lugar las pérdidas y que los acreedores asuman las pérdidas después de los accionistas*¹⁹. No obstante, esta regla en el reparto de los costes derivados de los procesos de reestructuración cuenta con un límite esencial, como es la *prohibición de que accionistas y acreedores incurran*

¹⁷ Los requisitos prudenciales de mayor relevancia aparecen regulados en el *Reglamento (UE) Nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) Nº 648/2012* (DOUE núm. 176, de 26 de junio de 2013). Otro conjunto de requisitos prudenciales, en los que se permite una mayor flexibilidad estatal, están regulados por la *Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE* (DOUE núm. 176, de 26 de junio de 2013). Vid. GÓMEZ DE MIGUEL, J.M., “La solvencia de los bancos”, en MUÑOZ MACHADO, S. y VEGA SERRANO, J.M. (Dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. Vol. X. Sistema Bancario*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pp. 523-597; IBAÑEZ SANDOVAL, J.P. y DOMINGO ORTUÑO, P., “La transposición de Basilea III a la Unión Europea”, *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 2013, pp. 63-97; (disponible en <http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/13/Noviembre/Fic/ref2013253.pdf>).

¹⁸ Párrafo 5 de la Exposición de Motivos de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*. (*Cursiva propia*).

¹⁹ Párrafo 47 de la Exposición de Motivos de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

en pérdidas mayores a si la entidad hubiese sido liquidada conforme a procedimientos de insolvencia empresarial ordinarios²⁰.

El complemento necesario de esta regla viene determinado por *la prohibición general de recurrir a fondos públicos para la financiación de la resolución de entidades de crédito*; por tanto, el recurso a instrumentos públicos de estabilización financiera es una medida de “última ratio”. Esto es, sólo se podrá acudir a financiación pública en aquellos casos en que el instrumento de *recapitalización interna* y los fondos privados se hayan demostrado insuficientes para hacer frente al coste de la reestructuración²¹. Para aquellos supuestos en que sea necesaria la intervención de capital público, ésta debe estar marcada por el principio de eficiencia. De acuerdo con este principio, *la intervención de fondos públicos en los procedimientos de resolución debe estructurarse de tal forma que los contribuyentes sean los beneficiarios del posible superávit que pueda derivarse del proceso*²².

Siguiendo los principios fundamentales referidos al reparto de los costes de las reestructuraciones, se deduce otro principio esencial en esta materia como es la *prioridad absoluta en la protección al depositante*²³. De esta forma, en todos los casos, la imputación de los daños financieros, ocasionados o previsibles, se realizan sobre sujetos diferentes a los depositantes. Esto es, “el elemento que está siempre presente es la provisión de los recursos económicos necesarios para evitar que los depositantes sufran

²⁰ Párrafos 50 y 51 de la Exposición de Motivos de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

²¹ Como establece la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución*, los Estados deben contar con los instrumentos suficientes para hacer frente tanto a crisis de entidades individuales como a crisis sistémicas (Párrafo 6 de la Exposición de Motivos de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución*). En el último supuesto aumenta la probabilidad de tener que recurrir a financiación pública, por lo que en estos supuestos la aplicación de los principios enunciados será especialmente relevante para evitar el contagio entre los costes de la reestructuración de las entidades de las entidades de crédito y los presupuestos públicos. TORIBIO, J.J., “El contagio económico y financiero: conceptos básicos”, en FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDÉS, F. (Dir.), *La crisis en Europa: ¿un problema de deuda soberana o la crisis del euro?*, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2012, pp. 32 y ss. (Disponible en http://www.ieaf.es/img_admin/1329827704Cuaderno_44_%28ferros%29_%284%29.pdf).

²² Párrafo 8 de la Exposición de Motivos de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

²³ Las últimas reformas de la UE sobre el régimen jurídico de los fondos de garantía de depósitos se han realizado sobre los siguientes principios: armonización y simplificación del sistema de garantía de depósitos, protección única (con limitadas excepciones) de 100.000 euros por depositante, y reducción del plazo máximo para hacer efectiva las actuaciones de los fondos de garantía, que será como máximo de siete días laborables. *Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos (refundición)*. (DOUE núm. 173, de 12 de junio de 2014). Esta Directiva se puede calificar como de “armonización máxima”, que representa el paso previo para una unificación de los fondos de garantía a nivel europeo. ZUNZUNEGUI, F., “Comentario a la Directiva 2014/49/UE relativa a los Sistemas de Garantía de Depósitos”, *Revista General del Derecho Europeo*, núm. 38, 2016, p. 17.

pérdidas patrimoniales²⁴. La articulación jurídica de este objetivo se realiza mediante el establecimiento de un sistema de imputación de daños, bien a los restantes acreedores, al Estado, o al conjunto del sistema bancario, que deberán asumir los costes de los procesos de reestructuración²⁵.

En el año 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha declarado la compatibilidad de estos principios aplicables a las reestructuraciones y resoluciones bancarias con el Derecho de la Unión Europea²⁶. Aunque la Sentencia se centra en la compatibilidad de las ayudas de Estado a las entidades de crédito con el Derecho de la Unión, en ella se avala el régimen jurídico establecido en la normativa sobre reestructuración y resolución de entidades de crédito. De acuerdo con el criterio del TJUE, la intervención de fondos públicos sólo será compatible con el ordenamiento europeo, una vez que se haya producido un reparto de los costes de la reestructuración entre los accionistas y los acreedores subordinados²⁷.

Desde el punto de vista institucional, se prevé la creación, por parte de los Estados miembros, de *autoridades públicas de resolución*, que se encargarán de aplicar los instrumentos de resolución²⁸. Aunque la Directiva otorga libertad a los Estados para designar las autoridades encargadas de aplicar los instrumentos de resolución²⁹, se debe garantizar que éstas puedan ejecutar las competencias atribuidas y que cuenten con los recursos financieros necesarios para ello. Por ello, “se prevé que estas autoridades de resolución estén investidas de amplios poderes de actuación que permitan una intervención eficiente y ejecutiva”³⁰.

²⁴ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. “Fundamentos y características de la regulación bancaria”, en MUÑOZ MACHADO, S. y VEGA SERRANO, J.M. (Dirs.), *Derecho de la Regulación Económica*. Vol. X. *Sistema Bancario*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pp. 120 y 121.

²⁵ *Ibid.*, p. 121

²⁶ Sentencia del TJUE, de 19 de julio de 2016, (asunto C 526/14), *sobre la validez de la Comunicación de la Comisión y Comunicación de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 sobre el concepto de ayuda estatal*.

²⁷ Párrafos 95 y ss. de la *Sentencia del TJUE de 19 de julio de 2016, sobre el concepto de ayuda estatal*. TAPIA HERMIDA, A.J., “Ayudas de Estado a los bancos en el contexto de la crisis financiera. STJUE de 19 de julio de 2016, Asunto C-526/14: Kotnik y otros”, *La Ley Unión Europea*, núm. 41, 2016, pp. 1-17.

²⁸ Párrafo 15 de la Exposición de Motivos de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

²⁹ El artículo 3.3 de la Directiva permite, excepcionalmente, que puedan ser designadas como autoridades de resolución las autoridades con competencias en materia de supervisión en virtud del *Reglamento 575/2013*. En estos supuestos, la norma europea obliga establecer mecanismos destinados a garantizar “la independencia operativa y evitar conflictos de intereses” entre las funciones de supervisión y las funciones de resolución asumidas en virtud de la presente Directiva.

³⁰ DELGADO ALFARO, M., “La Directiva Europea de Recuperación y Resolución Bancaria”, en MARTÍNEZ-PARDO R. y ZAPATA CIRUGEDA, J. (Dir.) *Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos (2013)*, Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la

Las disposiciones institucionales de la Directiva se completan con una serie de previsiones específicas para un tratamiento eficaz de las crisis de entidades de carácter transnacional. En estos supuestos se establecen medidas para garantizar la cooperación entre las autoridades de resolución implicadas, con el objetivo de minimizar las mayores posibilidades de contagio y peligro para la estabilidad financiera que puede tener la resolución de este tipo de entidades³¹. En aplicación de tales disposiciones, la Directiva prevé la creación de *colegios de autoridades de resolución europeos*³², con la finalidad de coordinar las medidas de reestructuración cuando las entidades tengan carácter *transeuropeo* o sean grupos de entidades con sucursales en diferentes Estados miembros³³.

2. El modelo institucional en la unión bancaria. El Mecanismo Único de Resolución

2.1. Objetivos

Aunque la *Directiva de Reestructuración y Resolución Bancaria* supone un avance notable para el conjunto de la UE, los acontecimientos vividos, como las crisis bancarias de España y Chipre, han demostrado que ello es insuficiente para los Estados de la eurozona. Por este motivo, la creación de un *Mecanismo Único de Resolución* (MUR) de entidades de crédito³⁴, con un *Fondo Único de Resolución* (FUR) que asuma los costes

Fundación, núm. 51, Madrid, 2013, pp. 69-82. (Disponible en <http://www.fef.es/new/publicaciones/papeles-de-la-fundacion/item/267-observatorio-sobre-la-reforma-de-los-mercados-financieros-europeos-2013.html>).

³¹ Párrafo 17 de la Exposición de motivos y art. 87 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

³² Art. 88 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*. Estos colegios de resolución estarán formados por: las autoridades de resolución a nivel de grupo (que dirigirá las actuaciones del colegio de resolución) y por las autoridades de resolución donde estén situadas la empresa matriz, filiales y entidades significativas; el supervisor en base consolidada, los ministros competentes, la autoridad competente del sistema de garantía de depósitos y la Autoridad Bancaria Europea. Fundamentalmente, su objetivo es coordinar las medidas de reestructuración y resolución en el caso de crisis de bancos con actividad transnacional; evitando tener que recurrir que a soluciones individualizadas y poco ágiles, como sucedió con la crisis de la entidad Fortis, que requirió la actuación de Bélgica, Holanda y Luxemburgo. Vid. KUDRNA, Z., "Cross-Border Resolution of Failed Banks in the European Union after the Crisis: Business as Usual", *Journal of Common Markets Studies*, vol. 50, núm. 2, 2012, pp. 283-299

³³ El artículo 92 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria* contempla una serie de disposiciones específicas con el objetivo de adaptar los instrumentos de resolución a resolución de grupos de entidades.

³⁴ *Reglamento (UE) Nº 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) Nº 1093/2010*. (DOUE núm. 225, de 30 de julio de 2014).

de las reestructuraciones, aparecen como elementos consustanciales de la conformación de la *unión bancaria*³⁵.

Así, tras la asunción de las responsabilidades de supervisión prudencial por el BCE, a través del Mecanismo Único de Supervisión (MUS), es estrictamente necesario que las facultades de resolución se encuentren en el mismo nivel³⁶. De esta forma, “no puede existir un sistema centralizado de supervisión si los poderes de resolución de los bancos siguen perteneciendo a los Estados, o viceversa, sin crear graves disfunciones en la toma de decisiones. Ambas acciones la preventiva y la resolutive deben ejercerse al mismo nivel central europeo”³⁷.

De este modo, el MUR tendrá como objetivo esencial gestionar directamente las situaciones de crisis que pueda enfrentar una entidad de crédito sujeta al MUS³⁸. En concordancia con el régimen establecido en materia de supervisión prudencial, las actuaciones del MUR son de aplicación a todas las entidades establecidas en todos los Estados participantes del MUS, pero la Junta de Resolución³⁹ sólo ejercerá directamente sus competencias sobre las entidades supervisadas directamente por el MUS. De esta forma, las entidades financieras se distinguen en dos grupos: unas bajo la responsabilidad directa de la Junta y otras bajo la responsabilidad de las autoridades

³⁵ Entre otros, LASTRA, R.M., “Banking Union and Single Market: Conflict or Companionship?”, *loc. cit.* pp. 1220 y ss.; HUERTAS, T.F., “Banking Union”, *loc. cit.* pp. 33 y ss.

³⁶ Como puso de manifiesto el Consejo Europeo, en su reunión de diciembre de 2012, “en una situación en que la supervisión bancaria se haya transferido efectivamente a un mecanismo único de supervisión, hará falta un mecanismo único de resolución, con los poderes necesarios para que pueda llevar a cabo, con los instrumentos adecuados, la resolución de cualquier banco establecido en los Estados miembros participantes (...). El mecanismo deberá salvaguardar la estabilidad financiera y asegurar un marco efectivo para la resolución de entidades financieras, protegiendo al mismo tiempo al contribuyente en circunstancias de crisis financiera”. Apartado 12 de las Conclusiones del Consejo Europeo, Bruselas, 12 y 13 de diciembre de 2012.

³⁷ DE GREGORIO MERINO, A., “Reflexiones preliminares sobre la unión bancaria”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 33, 2014, p. 3.

³⁸ GARCÍA-ÁLVAREZ, G., “Capítulo 3: La construcción de una unión bancaria europea: la Autoridad Bancaria Europea, la supervisión prudencial del Banco Central Europeo y el futuro Mecanismo Único de Resolución” en TEJEDOR BIELSA, J.C. y FERNÁNDEZ TORRES, I. (Coord.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y en España. El modelo de regulación surgido de la crisis*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 136-137.

³⁹ La Junta de Resolución es el principal órgano del MUR, siendo responsable de su funcionamiento eficaz y coherente (art. 7 del Reglamento constitutivo de MUR). La Junta de Resolución estará formada por: un Director Ejecutivo, un Director Ejecutivo Adjunto, un representante de la Comisión, un representante del BCE y un representante de las autoridades nacionales de resolución (arts. 42 y 43 del Reglamento constitutivo del MUR). La conformación del marco institucional del MUR ha sido uno de los aspectos de mayor problemática, debido al complejo equilibrio de intereses representados en el Mecanismo y a la necesidad de que éste actúe con la celeridad y agilidad que requieren la gestión de crisis de entidades de crédito. De este modo, en los procedimientos de resolución, la Junta de Resolución será la autoridad con mayores competencias, pero se ha previsto también la participación de la Comisión y el Consejo. GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Mecanismo único de resolución bancaria. Aspectos institucionales”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 136, 2014, pp. 284 y ss.

nacionales de resolución⁴⁰. La Junta se ocupa directamente de la resolución (y de la fase preventiva) de las entidades supervisadas directamente por el MUS y de las entidades transfronterizas; mientras que del resto de entidades se ocupan las autoridades nacionales de resolución, que deberán seguir las directrices de la Junta⁴¹. En definitiva, para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior y unas condiciones competitivas equitativas, se ha previsto un paralelismo entre las entidades supervisadas por el MUS y el ámbito de aplicación del MUR.

Como establece el *Reglamento constitutivo del MUR*, todo marco de rescate y resolución de entidades de crédito en la Unión debe regirse por la Directiva y cualesquiera actos delegados adoptados en virtud de dicha norma. Por ello, la Comisión y la Junta de Resolución deben actuar de conformidad con los requisitos de la *Directiva de Reestructuración y Resolución*. La Directiva regirá la planificación del rescate y la resolución, la actuación temprana, las condiciones y los principios de la resolución, así como los instrumentos de resolución adoptados por el MUR⁴². *En definitiva, el MUR gestionará los procesos de reestructuración y resolución de las entidades de crédito que estén bajo su ámbito de actuación, de conformidad con los principios y aplicando los instrumentos previstos en la Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria.*

2.2. Fundamento en el Derecho originario

Como establece el propio *Reglamento constitutivo del MUR*, éste encuentra su fundamento en el art. 114 TFUE. Aunque este art. 114 TFUE se refiere a la

⁴⁰ Tal y como establece el propio *Reglamento constitutivo del MUR*, “el presente Reglamento solo se aplica a los bancos cuyo supervisor de origen sea el BCE o la autoridad nacional competente en aquellos Estados miembros cuya moneda es el euro o en aquellos cuya moneda no es el euro pero que hayan establecido una cooperación estrecha de conformidad con el artículo 7 del Reglamento (UE) N° 1024/2013. El ámbito de aplicación del presente Reglamento está vinculado al ámbito de aplicación del Reglamento (UE) N° 1024/2013 (...). El hecho de que determinadas entidades estén sujetas al MUS supone un atributo específico que las sitúa, dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) N° 1024/2013, en una posición objetiva y caracterizadamente diferente a efectos de resolución. Resulta necesario adoptar medidas para crear el MUR que se aplicará a todos los Estados miembros participantes en el MUS, a fin de facilitar el buen funcionamiento y la estabilidad del mercado interior”. Párrafo 15 de la Exposición de Motivos del *Reglamento constitutivo del MUR*.

⁴¹ CARRASCOSA, A. y DELGADO, M., “Nuevo marco de resolución bancaria en la UE”, *op. cit.*, pp. 140 y 141.

⁴² ABASCAL, M., FERNÁNDEZ DE LIS, S y PARDO, J.C., “El mecanismo único de resolución en el contexto de la unión bancaria”, en FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDÉS, F. (Dir.), *Anuario del Euro 2014*, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2014, p. 198. (Disponible en <http://www.fef.es/new/publicaciones/papeles-de-la-fundacion/item/320-estudio-anuario-del-euro-2014.html>). En este mismo sentido, el art. 5.1 del *Reglamento constitutivo del MUR* establece que “cuando, en virtud del presente Reglamento, la Junta ejerza funciones y competencias que, en virtud de la Directiva 2014/59/UE, correspondan a la autoridad nacional de resolución, se considerará que, a efectos de la aplicación del presente Reglamento y de la Directiva 2014/59/UE, la Junta constituye la autoridad nacional de resolución competente o, en caso de resolución de un grupo transfronterizo, la autoridad de resolución a nivel de grupo pertinente”.

aproximación de legislaciones, es interpretado ampliamente por el TJUE, permitiendo la creación de agencias en el ámbito europeo, siempre que éstas se utilicen para el cumplimiento de los objetivos de la Unión⁴³.

En el desarrollo del procedimiento legislativo, se plantearon importantes debates sobre si este artículo podía ser considerado como fundamento suficiente para la creación del Mecanismo y del Fondo Único de Resolución. Incluso, se ha apuntado que “pocas veces se ha visto en el Consejo (Ecofin) un debate político tan influido por argumentos jurídicos”⁴⁴. Así, determinados Estados, liderados por Alemania, entendían que el art. 114 TFUE no es base adecuada para la creación de un Mecanismo y un Fondo que tenían como objetivo la *mutualización* de los costes de las reestructuraciones bancarias. Sin embargo, otro conjunto de Estados, liderados por Francia, y la propia Comisión entendían que el art. 114 TFUE es base jurídica apropiada para la propuesta, en la medida en que el objetivo esencial del MUR es garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior⁴⁵.

Finalmente, la controversia se resolvió mediante una solución de compromiso, acudiendo al art. 114 TFUE como fundamento del *Reglamento constitutivo del Mecanismo Único de Resolución*; pero combinado con un acuerdo de Derecho internacional público⁴⁶, del que forman parte todos los Estados miembros menos Reino Unido y Suecia. No obstante, se entiende que posiblemente se ha acudido a una interpretación excesivamente amplia de las posibilidades del art. 114, como

⁴³ El fundamento de la creación y de los poderes de agencias independientes en la UE reside en la *Jurisprudencia Meroni*, que permite la creación de agencias independientes, dotadas de personalidad jurídica, que asuman funciones consultivas, fácticas, técnicas o científicas tanto respecto de la Comisión como de los reguladores nacionales. Incluso, en aplicación de esta jurisprudencia, se prevé la posibilidad de que estas Agencias puedan adoptar decisiones vinculantes en cuestiones exclusivamente técnicas. Sentencias del Tribunal de Justicia, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero* y *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, società in accomandita semplice c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, de 13 de junio de 1958. Vid. VÍRGALA FORURIA, E., *Las agencias reguladoras de UE*, Ed. Comares, Madrid, 2011; CHAMON, M., “EU agencies between *Meroni* and *Romano* or the devil and the deep blue sea”, *Common Market Law Review*, vol. 48, núm. 4, 2011, pp. 1068 y ss.; CHITI, E., “Le trasformazioni delle agenzie europee”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 1, pp. 60 y ss.

Igualmente, en aplicación de esta Doctrina, el art. 114 TFUE ha sido utilizado como fundamento para la creación de las Autoridades Europeas de Supervisión, elementos esenciales del Sistema Europeo de Supervisión Financiera.

⁴⁴ DE GREGORIO MERINO, A., “Reflexiones preliminares sobre la unión bancaria”, *loc. cit.* pp. 5 y 6. Como continúa señalando el autor, “pocas veces se ha visto en el Consejo (Ecofin) un debate político tan influido por argumentos jurídicos”.

⁴⁵ Así puede consultarse en los documentos relativos al procedimiento legislativo del Reglamento constitutivo del MUR; especialmente los debates del Consejo. (Disponibles en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/HIS/?uri=CELEX:32014R0806&qid=1489518713805>).

⁴⁶ *Acuerdo sobre la transferencia y mutualización de las aportaciones al Fondo Único de Resolución*, firmado en Bruselas el 21 de mayo de 2014. (BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2015).

consecuencia de la naturaleza y de las esenciales posibilidades de actuación de la agencia creada por el *Reglamento constitutivo del MUR*.

Así, como ha sucedido en anteriores ocasiones en la UE, en el proceso de reformas iniciado como reacción a la crisis financiera, la Unión no sólo ha utilizado instrumentos propios del Derecho de la UE, sino que se ha recurrido a acuerdos internacionales entre los Estados de la UE⁴⁷. Mediante el recurso a esta técnica convencional, se ha evitado la unanimidad que requiere la modificación de los Tratados constitutivos, permitiendo un desarrollo progresivo de la integración económica y monetaria entre los Estados. Sin embargo, son instrumentos normativos de carácter convencional singulares, ya que son utilizados para la consecución de objetivos de la Unión en materia de política económica y monetaria, atribuyendo competencias a las instituciones de la UE. De esta forma, estos tratados sólo tienen sentido en relación con la UE, ya que contienen vínculos materiales e institucionales explícitos con la Unión. El TJUE ha admitido, en reiteradas ocasiones, la posibilidad de los Estados miembros de celebrar tratados internacionales en el marco del Derecho internacional general, siempre que ello sea compatible con las obligaciones como Estados miembros de la UE. Sin embargo, resulta cuestionable el recurso creciente al Derecho internacional como vía para evitar los procedimientos de adopción de decisiones previstos en los Tratados y superar los límites del Derecho originario⁴⁸.

⁴⁷ De este modo, a través de normas convencionales, que se han aprobado al margen de los procedimientos de decisión propios de la UE, se han corregido dos de las carencias estructurales de la UEM: la ausencia de una auténtica coordinación de políticas económicas y la inexistencia de un mecanismo de gestión de crisis cuando éstas se hayan producido. En el primero de los casos se aprobó el *Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria*; y como instrumento permanente de gestión de crisis, se ha adoptado el *Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad*.

⁴⁸ ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, P., "La Unión Europea y el Derecho de los tratados: una relación compleja", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, núm. 2, 2016, pp. 79 y ss.; MANGAS MARTÍN, A. "El nuevo equilibrio institucional en tiempos de excepción", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, 2015, pp. 40 y ss.

Asimismo, esta tendencia también se observa en otros ámbitos del proceso de integración europeo, como sucede con la respuesta a la actual crisis migratoria; siendo especialmente problemático el Acuerdo de la UE y Turquía para el retorno de los migrantes irregulares. Con independencia del contenido cuestionable del Acuerdo, resulta particularmente controvertido que un Acuerdo de esta relevancia y contenido se haya recogido exclusivamente en una nota de prensa de una Declaración conjunta entre la UE y Turquía. *Comunicado de Prensa del Consejo de la Unión Europea, Declaración UE-Turquía*, 18 de marzo de 2016. (Disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>). De este modo, se ha evitado el procedimiento de negociación y celebración de tratados internacionales, previsto en los arts. 216-219 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); en especial, la participación del Parlamento Europeo conforme al art. 218.6 TFUE. Con fecha 28 de febrero de 2017, el Tribunal General, mediante auto, ha inadmitido a trámite varios recursos por incumplimiento (art. 267 TFUE) contra dicho Acuerdo. El Tribunal, en una interpretación *excesivamente formal*, declara su falta de competencia para conocer del fondo del asunto. Así, el Tribunal considera que el Acuerdo no es un acto propio de la Unión, sino un acto adoptado por los Jefes de Estado y de Gobierno; por tanto, no es competente para pronunciarse sobre la legalidad de un acuerdo internacional celebrado por los Estados miembros. *Auto del Tribunal General (Sala Primera ampliada)*, Asunto T-192/16, de 28 de febrero de 2017.

2.3. Financiación

De acuerdo con la Exposición de Motivos del propio Reglamento, su objetivo principal es garantizar que el MUR aplique plenamente la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria* y que disponga de la financiación necesaria. Se entiende que los fondos de liquidación nacionales, incluso coordinados, no son suficientes para una gestión eficaz de crisis de entidades de crédito en el marco de la unión bancaria⁴⁹. Por este motivo y con la finalidad de romper el vínculo entre Estados y sector bancario, se ha creado el Fondo Único de Resolución, que asume los posibles costes derivados de las reestructuraciones y resoluciones bancarias⁵⁰.

Siguiendo las reglas fundamentales establecidas por la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*, el Fondo tiene como objetivo esencial que “los bancos- y no los contribuyentes- sean los únicos responsables de sus crisis”⁵¹. De esta forma, el MUR deberá aplicar los instrumentos de resolución de acuerdo con el principio de *bail-in*, siendo los accionistas y acreedores los primeros que asuman los costes de la reestructuración y resolución, y asegurando que los depósitos garantizados queden al margen del instrumento de recapitalización interna⁵². De este modo, el Fondo asumirá los costes de las reestructuraciones y resoluciones en aquellos supuestos en que no haya sido suficiente con la aplicación del instrumento de recapitalización interna⁵³.

De conformidad con las reglas de la Directiva para este tipo de fondos, la financiación del FUR deberá realizarse mediante contribuciones *ex ante* de las propias entidades, que excepcionalmente podrán completarse mediante contribuciones *ex post*⁵⁴. Las contribuciones de las entidades al Fondo se adaptarán al perfil de riesgo y al modelo de negocio de cada entidad. Así, la contribución individual de cada entidad tendrá en cuenta la totalidad de los pasivos, menos los fondos propios y los fondos garantizados. La aplicación de estos criterios “significa que se beneficia claramente a los bancos

⁴⁹ CARRASCOSA, A. y DELGADO, M., “Nuevo marco de resolución bancaria en la UE”, *op. cit.*, 141

⁵⁰ Como señala el Párrafo 19 de la Exposición de Motivos del *Reglamento constitutivo del MUR*, “un *Fondo Único de Resolución Bancaria* (en lo sucesivo, «el Fondo») es un elemento esencial para el funcionamiento adecuado del Mecanismo Único de Resolución. (...) Si la financiación de los procedimientos de resolución hubiera de seguir siendo nacional, no se rompería el vínculo entre Estados y sector bancario y los inversores seguirían estableciendo las condiciones de empréstito según el lugar de establecimiento de los bancos, y no según su nivel de solvencia. La gran fragmentación actual del mercado financiero también seguiría existiendo”.

⁵¹ DE GREGORIO MERINO, “Reflexiones preliminares sobre sobre la unión bancaria”, *loc. cit.*, p. 3.

⁵² Arts. 14 y siguientes del *Reglamento constitutivo del MUR*.

⁵³ Art. 67.2 del *Reglamento constitutivo del MUR*.

⁵⁴ Arts. 70 y 71 del *Reglamento constitutivo del MUR*.

financiados mayoritariamente con depósitos que se verán obligados a realizar bajas contribuciones adicionales, aunque compensadas por otra parte con una ampliada aportación al FGD⁵⁵.

El nivel de financiación del Fondo, que deberá alcanzarse en un período de 10 años, tendrá un volumen equivalente al 1% de los depósitos garantizados en el sistema bancario de los Estados miembros participantes⁵⁶, esto es, unos 55.000 millones de euros. Atendiendo a los costes derivados de los procesos de reestructuración que ya se han llevado a cabo, en especial el caso español⁵⁷; esta cantidad aparece como excesivamente limitada y puede comprometer gravemente los objetivos del Mecanismo y del Fondo, así como hacer necesaria la utilización de fondos públicos para la gestión de crisis bancarias.

III. LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN DE CRISIS DE ENTIDADES DE CRÉDITO

Siguiendo los principios fundamentales en materia de reestructuración y resolución anteriormente expuestos, se han desarrollado nuevos procedimientos e instrumentos destinados a gestionar las crisis de las entidades de crédito, que afectan a la esencia misma de la regulación pública de las entidades de crédito. Incluso, CARRILLO DONAIRE considera que la existencia de estos procedimientos de reestructuración y resolución supone una nueva orientación en la intervención pública bancaria⁵⁸. No obstante, se hace necesario advertir del riesgo que pueden implicar las amplias facultades de las autoridades de supervisión y resolución en estos procedimientos. Ello es debido a que “se ha producido una pérdida de garantías en un modelo de intervención en el que el protagonismo del supervisor y el ejercicio de sus potestades se han visto

⁵⁵ FUNDACIÓN DE ESTUDIOS FINANCIEROS, “Avances en la unión bancaria”, en FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDÉS, F. (DIR.), *Anuario del Euro 2013*, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2013, p. 203. (Disponible en <http://www.fef.es/new/publicaciones/papeles-de-la-fundacion/item/280-anuario-del-euro-2013.html>).

⁵⁶ Art. 69 del *Reglamento constitutivo del MUR*.

⁵⁷ Según un Informe del Tribunal de Cuentas español, desde 2009, el coste acumulado de los recursos públicos empleados en el proceso de reestructuración bancaria se situaba, al cierre de 2015, en 60.718 millones de euros. *Informe del Tribunal de Cuentas núm. 1190, de fiscalización del proceso de reestructuración bancaria, ejercicios 2009 a 2015*, 10 de enero de 2017. (Disponible en <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/news/APROBADO-EL-INFORME-SOBRE-EL-PROCESO-DE-REESTRUCTURACION-BANCARIA-EJERCICIOS-2009-A-2015/>).

Además, en este Informe el Tribunal de Cuentas destaca las deficiencias en las actuaciones del FROB hasta 2012, en especial, en los procedimientos de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Así, el FROB “no determinó los criterios financieros, fiscales y de oportunidad que debían aplicarse para valorar, ordenar y seleccionar cada uno de los instrumentos de apoyo financiero que cabría adoptar en cada proceso, especialmente en los de resolución y venta de entidades”.

⁵⁸ CARRILLO DONAIRE, J.A., “Nuevo paradigma jurídico de la intervención pública sobre la banca”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 137, 2015, pp. 297 y ss.

extraordinariamente reforzados, produciéndose una clara descompensación entre la *publicación* de los instrumentos de intervención sobre entidades bancarias en crisis y la posición jurídica de las mismas⁵⁹.

1. La fase de prevención

Como señala la Comisión Europea, prevención en este contexto “significa eliminar la posibilidad de quiebras desordenadas que pudieran provocar inestabilidad financiera, aunque no la supresión de la quiebra en sí”⁶⁰. En estos términos, la prevención se concreta en la obligación de las entidades de elaborar y actualizar *planes de reestructuración y de resolución*.

Los planes de reestructuración tienen que ser elaborados por las propias entidades, ya que se entiende que ellas disponen de los máximos conocimientos del negocio de la entidad y, de esta forma, se puede dar cumplimiento al objetivo de estos planes, como es contemplar de forma anticipada los posibles escenarios en que puede producirse la reestructuración o resolución de una entidad⁶¹. De este modo, los planes de reestructuración contemplarán las diferentes medidas que se aplicarán para retomar la viabilidad de la entidad o del grupo en caso de graves dificultades financieras. La finalidad de estos planes de reestructuración o recuperación se encuentra en que las entidades “hagan el ejercicio de reflexionar sobre qué medidas podían adoptar para el caso en que se produjese un deterioro de su situación financiera, a fin de poder restaurar su viabilidad y solidez haciendo frente a escenarios adversos de liquidez, o de necesidades de capital”⁶².

Las soluciones contempladas en los planes de reestructuración deben ser estrictamente privadas (adoptadas por parte de la entidad)⁶³, por tanto, en ningún caso implicarán el acceso a ayudas financieras públicas extraordinarias⁶⁴. El organismo

⁵⁹ *Ibid.* p. 307.

⁶⁰ Exposición de Motivos de la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión*. (Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0280&from=EN>).

⁶¹ Así, el art. 5.6 de la Directiva exige que “los planes de reestructuración contemplen un abanico de escenarios hipotéticos de tensión financiera y macroeconómica graves y de tensión financiera relevante para la situación específica de la entidad, por ejemplo, fenómenos que afecten a todo el sistema, situaciones de tensión específicas de la persona jurídicas individuales, o trastornos a nivel de grupo”.

⁶² RODRÍGUEZ PELLITERO, J., “Resolución de crisis bancarias”, en MUÑOZ MACHADO, S. y VEGA SERRANO, J.M. (Dir.), *Regulación Económica. Vol. X. Sistema Bancario*, Ed. Iustel, Madrid, 2013, p. 838.

⁶³ Art. 5.1 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁶⁴ Art. 5.3 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

supervisor estará encargado de revisar los planes, pudiendo exigir la inclusión de modificaciones destinadas a alcanzar los objetivos de la reestructuración⁶⁵. En caso de no atender a los requerimientos del supervisor, éste solicitará a la entidad que adopte medidas proporcionales a las deficiencias detectadas, entre las que se incluyen: reducción del perfil de riesgo, previsión de recapitalizaciones, modificación de la estructura de financiación y modificación de la estructura de gobierno⁶⁶.

Los planes de resolución, por el contrario, deben ser elaborados por la autoridad competente de resolución, con la colaboración de los supervisores, basándose en las informaciones suministradas por las propias entidades y debiéndose actualizarse periódicamente⁶⁷. Así, estos planes de resolución anticipan los instrumentos que se aplicarán en caso de ser necesaria la liquidación ordenada de la entidad o grupo⁶⁸. De esta forma, se contemplarán las medidas aplicables en los supuestos en que las entidades se encuentren en una situación de tal gravedad que no pueda ser solucionada por sí mismas y, por tanto, no tengan más opciones que la resolución⁶⁹. Entre los instrumentos previstos en los citados planes, no se podrá incluir ni ayudas públicas extraordinarias, ni ayudas en forma de provisión urgente de liquidez, en cualquier modalidad, por parte de los bancos centrales⁷⁰. Además de los instrumentos de resolución, el otro elemento esencial del contenido de estos planes es un análisis de “*resolubilidad*”, esto es, determinar en qué medida puede procederse a la resolución de la entidad⁷¹, debiéndose eliminar los posibles obstáculos para ello⁷².

En definitiva, *“gran parte del éxito de un modelo de resolución y en general de la regulación financiera se encuentra en esta fase. Los elementos prudenciales y supervisores son esenciales para la estabilidad financiera. Cuando se pasa esta fase y se entra en la gestión de la crisis el objetivo pasa a ser la minimización de daños”*⁷³.

2. La actuación temprana

⁶⁵ Arts. 6 y 8 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁶⁶ DELGADO ALFARO, M., “La Directiva Europea de Recuperación y Resolución Bancaria”, *op. cit.*, p. 73.

⁶⁷ Art. 10 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁶⁸ Art. 10.1 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁶⁹ RODRÍGUEZ PELLITERO, J., “Resolución de crisis bancarias”, *op. cit.*, p. 842.

⁷⁰ Art. 10.3 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁷¹ Arts. 16 y 17 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁷² Arts. 17 y 18 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁷³ DELGADO ALFARO, “La Directiva Europea de Recuperación y Resolución Bancaria”, *op. cit.*, p. 74.

Esta fase se activa en aquellos supuestos en que las autoridades supervisoras detectan un incumplimiento por parte de la entidad de alguno de los requerimientos establecidos en la normativa prudencial; pero la entidad se encuentra en una situación en la que existe una expectativa razonable de retornar, por sus propios medios, al cumplimiento de las exigencias regulatorias. Esto es, tendrá lugar la apertura de este procedimiento cuando se haya producido un deterioro grave en la situación financiera de una entidad, incumpliendo, o haciendo previsible que en un futuro próximo pueda infringir los requerimientos prudenciales.

La Directiva concreta las circunstancias que pueden conducir al *deterioro rápido de la situación financiera de la entidad* y, por tanto, a la apertura del procedimiento de actuación temprana. Estas circunstancias son: “el deterioro rápido de su situación de liquidez, y el incremento rápido de su nivel de apalancamiento, mora o concentración de exposiciones”⁷⁴. No obstante, esta enumeración no debe entenderse como *numerus clausus*, ya que debe ser el rápido deterioro en la situación financiera, sea cual sea su origen, la circunstancia determinante de la apertura de este proceso. Por tanto, “la intervención temprana no es preventiva respecto de la aparición de las dificultades o problemas, pero sí es preventiva o *evitativa* de la resolución misma”⁷⁵.

En desarrollo de los mencionados criterios, puede afirmarse que el procedimiento de actuación temprana incide sobre tres aspectos fundamentales⁷⁶. En primer lugar, se desarrolla con una finalidad preventiva, ya que se pretende que no sea necesario acudir a las medidas de reestructuración y resolución. En segundo lugar, la actuación temprana persigue garantizar la estabilidad del sistema bancario en su conjunto, así como evitar la necesidad de recurrir a fondos públicos en la posible reestructuración y/o resolución de la entidad. Por último, la actuación temprana tiene como objetivo esencial la protección de los ahorradores de la entidad crediticia, intentando evitar que éstos tengan que hacer frente a un posterior empeoramiento de la situación financiera de la entidad⁷⁷.

Atendiendo a la naturaleza del procedimiento, la actuación temprana cuenta con una finalidad fundamentalmente preventiva, por lo que este tipo de actuación responde a una concreción del principio de *prudencia bancaria*. En el ámbito de la actuación temprana, el principio de prudencia bancaria constituye una regla de *habilitación ejecutiva*, ya que

⁷⁴ Art. 27.1 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁷⁵ DELGADO ALFARO, “La Directiva Europea de Recuperación y Resolución Bancaria”, *op. cit.*, p. 844.

⁷⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Capítulo 4: La intervención temprana de las entidades de crédito”, en TEJEDOR BIELSA, J.C. y FERNÁNDEZ TORRES, I. (Coord.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y en España. El modelo de regulación surgido de la crisis*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 174-179.

⁷⁷ En especial, la protección de los ahorradores con depósitos superiores a 100.000 €, ya que hasta esa cantidad se encuentran protegidos por los sistemas públicos de protección de depósitos.

“habilita a las autoridades para que puedan invocarlo en circunstancias que no ha podido prever la norma, incluso si con él deben dejar sin efecto situaciones jurídicas individualizadas favorables basadas en la aplicación de otras normas jurídicas”⁷⁸. En efecto, esta realidad se pone de manifiesto en el análisis de las circunstancias determinantes de la apertura de la actuación temprana. Así, como concreción del principio de prudencia, la legislación equipara el riesgo de incumplimiento de los requisitos prudenciales y el incumplimiento efectivo de los mismos. Es definitiva, la actuación temprana se configura con una finalidad preventiva, intentando evitar un mayor deterioro en la situación de la entidad y una intervención posterior, más compleja y costosa.

Como consecuencia de la naturaleza mixta de la actuación temprana, entre función supervisora y gestión de crisis de entidades de crédito, se han suscitado ciertas dudas sobre cuáles deben ser las autoridades competentes para acordar el inicio de este procedimiento y para adoptar las diversas medidas permitidas durante su desarrollo. A pesar de sus características especiales, se considera que la actuación temprana “se engloba dentro de las potestades públicas de supervisión de las entidades de crédito”⁷⁹. Se entiende que las autoridades de supervisión prudencial, en tanto en que conocedoras de la situación de la entidad, son las instituciones que deben determinar en qué momento una entidad de crédito se encuentra en una situación que requiere el inicio de un procedimiento de actuación temprana, así como la aplicación y seguimiento de las medidas que se adopten en su desarrollo.

A pesar de esta función protagonista que ocupan los supervisores prudenciales, se hace necesario destacar la necesidad de coordinación de sus actuaciones con las autoridades competentes de resolución. Por ello, aunque la potestad para acordar el inicio del procedimiento y las medidas que deben ser adoptadas son competencias exclusivas del supervisor, resulta imprescindible una estrecha cooperación con las autoridades de resolución; ya que los ulteriores procedimientos de reestructuración y resolución, en caso de ser necesarios, pueden quedar condicionados por las actuaciones que se desarrollen durante esta fase⁸⁰.

De esta forma, “*early intervention links supervision and crisis management; the time has come to emphasize the importance of this link in cross-border operations*”⁸¹. Por este

⁷⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Capítulo 4: La intervención temprana de las entidades de crédito”, *op. cit.*, p. 159.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 155.

⁸⁰ Art. 27.2 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁸¹ KRIMMINGER, M. y LASTRA, R.M., “Chapter 3: Early intervention”, en LASTRA, R.M. (ed.) *Cross-Border Bank Insolvency*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 59.

motivo, la conformación de instrumentos que permitan un ágil intercambio de información entre supervisores prudenciales y autoridades de resolución, constituye un elemento consustancial a la estructuración de un procedimiento óptimo de actuación temprana.

En cuanto a las posibles actuaciones comprendidas en la actuación temprana, conforme a las previsiones de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*, en primer lugar, el supervisor exigirá la puesta en práctica de las acciones contempladas en el *plan de reestructuración*, con la finalidad de que se retome el cumplimiento de las exigencias regulatorias⁸². Como se ha mencionado, las soluciones contempladas en los planes de reestructuración deben ser estrictamente privadas (adoptadas por parte de la entidad)⁸³, por tanto, “en ningún caso presupondrán el acceso a ayudas financieras públicas extraordinarias”⁸⁴.

En caso de no atender a los requerimientos del supervisor, éste “podrá pedir a la entidad que adopte medidas proporcionales a las deficiencias detectadas (reducción del perfil de riesgo, previsión de recapitalizaciones, modificación de la estructura de financiación y modificación de la estructura de gobierno)”⁸⁵. Asimismo, como actuaciones dentro de este proceso, la autoridad competente podrá: solicitar (o convocar directamente) la junta de accionistas de la entidad, exigir la elaboración de un plan de reestructuración de la deuda de la entidad, así como exigir cambios en la estrategia empresarial, en las estructuras jurídicas y operativas de la entidad⁸⁶.

En el caso de que el resto de medidas anunciadas no hayan sido suficientes para que la entidad retome la situación de cumplimiento normativo, la autoridad nacional competente podrá acordar el cese de la alta dirección y del órgano de dirección de la entidad, individual o colectivamente⁸⁷. Por lo tanto, en la actuación temprana, ésta es una medida de “*última ratio*”, que persigue la efectividad del proceso en el caso de que el resto de medidas no hayan logrado su objetivo. En estos supuestos, la autoridad competente estará facultada para designar un administrador provisional que sustituya o colabore con la dirección de la entidad en su reestructuración, por un período que no podrá ser superior a un año, siendo renovable en circunstancias excepcionales.

⁸² Art. 27. 1.a) de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁸³ Art. 5.1 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁸⁴ Art. 5.3 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁸⁵ DELGADO ALFARO, “La Directiva Europea de Recuperación y Resolución Bancaria”, *op. cit.*, p. 73.

⁸⁶ Art. 27.1 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁸⁷ Arts. 28 y 29 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

El proceso de actuación temprana concluirá cuando la entidad haya retomado el cumplimiento de los requisitos regulatorios o haya desaparecido el riesgo de incumplimiento, o bien en aquellos supuestos en los que sea necesaria la apertura de un procedimiento de resolución y la aplicación de los instrumentos previstos al efecto.

3. Los mecanismos de reestructuración y resolución bancaria

Los supuestos más graves de crisis de entidades de crédito serán resueltos a través de la reestructuración y resolución de entidades de crédito. Puede entenderse el procedimiento de resolución como “*any public intervention that is intended to restore the bank’s normal business conditions or to liquidate it, thus restoring normal business conditions for all other banks*”⁸⁸.

La determinación de los supuestos en los que procede la apertura de un procedimiento de resolución es una de las cuestiones más difíciles de abordar normativamente. Así, procederá la apertura de un procedimiento de resolución, cuando una entidad de crédito sea *inviabile*, o exista la probabilidad de que lo vaya a ser; cuando la entidad haya sufrido un deterioro financiero grave y no sea posible reconducir su situación mediante medidas privadas o mediante un procedimiento de actuación temprana; o si la resolución es necesaria por razones de *interés público*⁸⁹. Los supervisores prudenciales deben ser las autoridades encargadas de determinar si una entidad se encuentra en los supuestos de hecho necesarios para la apertura de un procedimiento de resolución⁹⁰, o si concurre el interés público como circunstancia determinante del inicio de este procedimiento⁹¹.

⁸⁸ DEWATRIPONT, M. Y FREIXAS, X., “Bank Resolution: Lessons from the Crisis” en DEWATRIPONT, M. Y FREIXAS, X., (Eds.), *The Crisis Aftermath: New Regulatory Paradigms*, Centre for Economic Policy Research, Londres, 2012, pp. 105-142. Asimismo, “es preciso señalar que el término resolución en este contexto, tomado del inglés “resolution”, debe entenderse como relativo al conjunto de acciones y medidas adoptadas por los poderes públicos para dar una solución ordenada a la situación de extrema dificultad en la que se encuentra una entidad de crédito, que es incapaz de superarla por sí misma, y con el objetivo de prevenir el contagio y preservar la estabilidad financiera”. RODRÍGUEZ PELLITERO, J., “Resolución de crisis bancarias”, *op. cit.* p. 829.

⁸⁹ Art. 32.1 de la de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁹⁰ Art. 32.2 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*. En este mismo sentido, se pronuncia el artículo 16.2 del *Reglamento 1024/2013* y el art. 18.1 del *Reglamento constitutivo del MUR*, que disponen que el BCE, por propia iniciativa o a instancia de una autoridad nacional, cuando se cumplen las circunstancias de resolución, lo notificará sin demora a la Comisión y a la Junta de Resolución; lo cual demuestra la imprescindible cooperación entre el BCE y las autoridades de resolución.

⁹¹ Según el artículo 32.5 de la Directiva “una medida de resolución se considerará de interés público si resulta necesaria para alcanzar, de forma proporcionada, uno o varios de los objetivos de resolución”. Como se ha mencionado con anterioridad, los objetivos esenciales de cualquier procedimiento de resolución, serán: garantizar la continuidad de las funciones básicas de la entidad, prevenir efectos negativos sobre la estabilidad financiera, proteger los fondos públicos,

La Directiva aporta una serie de parámetros para determinar en qué supuestos una entidad de crédito es inviable o existe la posibilidad de que lo vaya a ser. Así, los elementos que los supervisores deberán tener en cuenta para determinar esta circunstancia son: el incumplimiento de los requisitos regulatorios necesarios para conservar su autorización administrativa, especialmente los relacionados con los requerimientos de fondos propios; cuando el activo de una entidad sea inferior a su pasivo, si la entidad no puede hacer frente a sus deudas o demás pasivos, o en los casos en que la entidad precise ayudas públicas extraordinarias⁹².

En definitiva, existen dos elementos que deben concurrir para el inicio de los procedimientos de resolución: en primer lugar, que la entidad no puede resolver sus dificultades financieras por sus propios medios, en segundo lugar, que la resolución sea necesaria por motivos de interés público⁹³. La nueva normativa sobre gestión de crisis bancarias regula los diferentes instrumentos que las autoridades competentes pueden adoptar en el marco de los procedimientos de reestructuración y resolución.

3.1. *Transmisión de la entidad*

La venta del negocio a otra entidad representa el instrumento tradicional para la reestructuración y resolución de entidades de crédito en crisis. En términos generales, la aplicación de este instrumento supone que la autoridad con competencias en resolución, sin el consentimiento de los accionistas, traspase las acciones u otros instrumentos de capital, o bien todo o parte de los activos y pasivos de la entidad objeto de resolución a otra entidad crediticia⁹⁴. Esta transmisión se llevará a cabo mediante un procedimiento competitivo y en condiciones de mercado, que, siguiendo la legislación europea, deberá respetar los principios de transparencia, estabilidad financiera, igualdad entre los posibles adquirentes, evitar conflictos de intereses, agilidad en el desarrollo del proceso y optimización de los recursos públicos⁹⁵.

3.2. *Entidad puente*

proteger los depósitos garantizados por los sistemas de protección de depósitos y proteger los fondos y activos de los clientes. (Art. 31 de la Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria).

⁹² Art. 32.4 de la de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁹³ RODRÍGUEZ PELLITERO, J., "Resolución de crisis bancarias", *op. cit.*, p. 854. Fundamentalmente, se hace referencia a aquellos supuestos en los que, por la naturaleza de la entidad, el proceso puede tener repercusiones especialmente graves para la hacienda pública y/o presentar importantes interconexiones con el resto del sistema financiero.

⁹⁴ Art. 38 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁹⁵ Art. 39 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

Este instrumento de resolución consiste en la transmisión de todo o parte de los activos o pasivos de la entidad objeto de resolución a una *entidad puente*. Se entiende por entidad puente una entidad de crédito, que esté controlada por la autoridad de resolución y que se ha constituido con la finalidad de continuar algunas de las funciones, servicios y actividades de la entidad objeto de resolución⁹⁶. La entidad puente tendrá que contar con las licencias necesarias para el ejercicio de las actividades asignadas, siendo gestionada con criterios de mercado con la finalidad última de transferir los elementos patrimoniales recibidos a entidades privadas⁹⁷. Esto es, el objetivo esencial de la entidad puente viene determinado por el desarrollo de todas o parte de las actividades de la entidad en resolución y la gestión de todo o parte de sus activos y pasivos.

La Directiva consagra una serie de principios que deben presidir las actuaciones de la entidad puente, que están destinados a garantizar su control por parte de la autoridad de resolución y que tenga capacidad de acción para conseguir sus objetivos. Así, la autoridad de resolución debe aprobar la constitución de la entidad puente, así como su órgano de dirección, su estrategia y su perfil de riesgo. Además la entidad puente debe obtener la autorización administrativa correspondiente y cumplir con los requisitos prudenciales establecidos en la legislación europea⁹⁸.

Asimismo, la Directiva establece una serie de limitaciones a las actuaciones de la entidad puente. De un lado, límites de carácter material, ya que el valor de los pasivos transmitidos no podrá exceder del valor de los derechos y activos traspasados a la entidad puente⁹⁹. De otro lado, límites de carácter temporal, ya que la autoridad de resolución deberá poner fin al funcionamiento de la entidad puente a la mayor brevedad posible; siendo este plazo, como máximo, de dos años desde que se produjo la transmisión a la entidad puente y sólo pudiendo ser ampliado, excepcionalmente, por períodos anuales¹⁰⁰.

Sin embargo, debe advertirse que un análisis sistemático de los instrumentos contemplados en la Directiva pone de manifiesto la dificultad de acudir a este instrumento. Anteriormente, la utilización del banco puente, como medida de reestructuración, podía tener mayores incentivos debido a la posibilidad de que éste recibiera ayudas públicas. Sin embargo, debido a la introducción del principio de *bail-in* y la prohibición de ayudas públicas en los procedimientos de reestructuración, existen

⁹⁶ Art. 40.1 y 40.2 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁹⁷ RODRÍGUEZ PELLITERO, J., *op. cit.*, p. 829.

⁹⁸ Art. 41.1 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

⁹⁹ Art. 40.3 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

¹⁰⁰ Art. 41.5 y 41.6 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

pocos incentivos para la utilización del banco puente en los procedimientos de reestructuración.

3.3. Segregación de activos

Este instrumento habilita a las autoridades de resolución a transmitir activos, derechos o pasivos de una entidad objeto de resolución a una entidad que se haya creado con la finalidad específica de gestionar los elementos traspasados. Así, estas entidades de gestión de activos cuentan con dos requisitos referentes a su constitución y funcionamiento. De un lado, que pertenezcan, total o parcialmente, a autoridades públicas y estén controladas por autoridades de resolución. De otro lado, que su finalidad sea recibir los activos, derechos o pasivos de la entidad objeto de resolución o de una entidad puente¹⁰¹, “con el objetivo de maximizar su valor a través de una eventual venta o liquidación ordenada”¹⁰².

Según la Directiva, la puesta en marcha de este mecanismo se producirá siempre, de forma conjunta, con la aplicación de otros instrumentos de resolución. Se concreta, que procederá la transmisión a una entidad de gestión de activos, cuando su liquidación conforme a procedimientos ordinarios pueda influir negativamente sobre los mercados financieros, si la transmisión es necesaria para garantizar el buen funcionamiento de la entidad objeto de resolución o de la entidad puente, o si es necesaria para maximizar los ingresos de la resolución¹⁰³.

Una de las principales cuestiones problemáticas que plantea este instrumento de resolución consiste en la valoración de los activos objeto de transmisión a favor de la sociedad de gestión de activos. Ésta es una cuestión de suma relevancia para el cumplimiento efectivo de sus objetivos, ya que una valoración excesivamente reducida puede perjudicar irremediabilmente los balances de las entidades de crédito, pero facilitaría la participación en el accionariado de estas sociedades de las entidades privadas, ya que los posibles beneficios, a largo plazo, podrían ser mayores¹⁰⁴. Aplicando los criterios del art. 36 de la Directiva y en desarrollo de sus competencias, la Autoridad Bancaria Europea (ABE) es el organismo indicado para desarrollar con mayor precisión

¹⁰¹ Art. 42.2 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

¹⁰² Art. 42.3 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

¹⁰³ Art. 42.5 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

¹⁰⁴ ROCHE, D., “A bad bank can solve our problems”, en *Wall Street Journal*, 22 de enero de 2009. (Disponible en <http://online.wsj.com/article/SB123258594265704581.html>). En el caso español, el Párrafo 21 del *Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera* establece como criterio general para el valor de la transmisión a favor de la Sociedad de Gestión de Activos (SAREB) “el valor económico a largo plazo que se establecerá mediante un proceso minucioso de revisión de su calidad”.

un conjunto de directrices en las que concretar en qué condiciones deben actuar las sociedades de gestión de activos. Entre estas condiciones debe incluirse el valor de los activos gestionados por tales entidades, siendo éste un elemento esencial para un correcto diseño de las sociedades de gestión de activos.

Por lo tanto, estas entidades¹⁰⁵ son “estructuras o agencias de gestión a las que las entidades transfieren de una forma u otra un conjunto de activos cuya calidad, real o percibida, debilita la confianza de los inversores en la viabilidad de dichas entidades”¹⁰⁶. Esto es, están concebidas con la finalidad de eliminar de los balances de las entidades de crédito aquellos activos que hayan sufrido importantes disminuciones en su valor, siendo tales activos traspasados y gestionados por la entidad creada a estos efectos¹⁰⁷.

3.4. Medidas de recapitalización interna

Este instrumento permitirá a las autoridades de resolución depreciar las deudas no garantizadas de una entidad de crédito y convertir las deudas en capital¹⁰⁸. Expuesto en estos términos, este instrumento va a adquirir un protagonismo esencial en la resolución de entidades de crédito, ya que se encuentra estrechamente relacionado con la financiación y el reparto de los costes derivados de la reestructuración bancaria¹⁰⁹.

Con carácter general, la Directiva apuesta por el modelo conocido como *bail-in*, ya que establece la imposición de pérdidas a los pasivos del banco, según un orden de

¹⁰⁵ Popularmente, esta Sociedad de Gestión de Activos ha sido conocida como “*banco malo*”. Esta denominación ha hecho fortuna, en la medida en que con esta expresión se designa gráficamente el objetivo fundamental de este instrumento, como es encargarse de la gestión de los activos problemáticos de las entidades de crédito.

¹⁰⁶ AYUSO, J, y DEL RÍO, A., “Resolución de activos bancarios a través de bancos malos”, *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 23, 2012, p. 11 (Disponible en <http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/12/Nov/Fic/ref20122311.pdf>). Como concluyen los autores, “la creación de bancos malos ha sido un elemento bastante común como parte integrante de procesos más generales de saneamiento, reestructuración y recapitalización de entidades bancarias en dificultades. La experiencia histórica pone de manifiesto que esta denominación de banco malo es sustancialmente inapropiada, ya que, por un lado, buena parte de estos supuestos bancos han sido, en realidad, sociedades de gestión de activos sin ficha bancaria y, por otro, sus resultados han estado muy condicionados por los precios fijados para la transferencia de los activos y por la propia evolución del contexto económico durante la vida de la institución”.

¹⁰⁷ GARCÍA DE MORA, A. y MARTÍN, E., “«Bad Banks»: International experiences and the Spanish case”, en *How the New Financial Resolution Framework Will Help to Solve Spain's Banking Crisis*, Spanish Economic and Financial Outlook, Vol. 1, núm. 3, septiembre, Ed. FUNCAS, Madrid, 2012, pp. 29-37.

¹⁰⁸ Exposición de Motivos de la Propuesta de *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión*. Arts. 43 y 63.1 de la Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria.

¹⁰⁹ HÜPKES, E. “Chapter 5: Allocating costs of failure resolution. Shaping incentives and reducing moral hazard”, en LASTRA, R.M. (ed.) *Cross-Border Bank Insolvency*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 104-127.

prelación establecido: en primer lugar, elementos de capital y, posteriormente, pasivos no subordinados, prohibiéndose la financiación de la resolución mediante fondos públicos. De este modo, “*when design a resolution framework, a key issue in how to allocate losses among shareholders, creditors, and counterparties of a financial institutions. In bankruptcy of losses is set out in statute: the highest-priority creditors are repaid first, and lower priority ones are repaid only to the extent there are funds available. Losses are imposed pro rata within each creditor class. Similarly situated creditors (creditor of the same class) must be treated equally (par condition creditorum)*”¹¹⁰. Ahora bien, la situación que determina la apertura del procedimiento de resolución es tal que, en la mayoría de los casos, la sola aplicación de los recursos propios a la cobertura de pérdidas no suele ser suficiente para absorber las pérdidas de la entidad. Ante esta situación, se establece un sistema que permite trasladar las pérdidas, o en su caso las necesidades de recursos propios, a los acreedores o a una parte de ellos, mediante la amortización o conversión del capital, total o parcial, de sus créditos¹¹¹.

La Directiva establece un conjunto de pasivos que, en todo caso, no serán objeto de amortización o conversión y que, por tanto, no asumirán el coste de la resolución de la entidad. En términos generales, éstos son: los depósitos cubiertos por los sistemas nacionales de garantía de depósitos, pasivos con plazo de vencimiento inferior a siete días, las deudas contraídas con los trabajadores en función de relaciones laborales, deudas con acreedores comerciales y deudas tributarias y de seguridad social¹¹².

El mecanismo de recapitalización interna, necesariamente, implica un requisito destinado a que las entidades tengan en sus balances un mínimo de pasivos elegibles para la recapitalización interna, denominado MREL (por sus siglas en inglés, *minimum requirement of eligible liabilities*)¹¹³. El objetivo fundamental de este requisito es garantizar que todas las entidades de crédito dispongan de pasivos con capacidad suficiente para absorber las pérdidas de una entidad en caso de insolvencia. Se ha previsto que sea la autoridad de resolución quien determine, caso por caso y en función de las circunstancias de cada entidad, el porcentaje de pasivos exigibles para el

¹¹⁰ HÜPKES, E. “Chapter 5: Allocating costs of failure resolution. Shaping incentives and reducing moral hazard”, *op. cit.*, p. 107.

¹¹¹ RODRÍGUEZ PELLITERO, J., “Resolución de crisis bancarias”, *op. cit.*, p. 859.

¹¹² Art. 44.2 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

¹¹³ Art. 45 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*. Esta exigencia encuentra su antecedente inmediato en el *Total Loss Absorbing Capacity (TLAC)*, adoptado por el FSB; sin embargo, ambos presentan elementos diferenciadores. El requisito impulsado por el G-20 sólo es aplicable a las entidades de relevancia sistémica y los instrumentos computables en este requisito difieren de los previstos en la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

cumplimiento de este requisito¹¹⁴. Los criterios que deben ser tenidos en cuenta para la concreción de este requerimiento son: la estructura de financiación de cada banco, su perfil de vencimientos y su *resolubilidad*¹¹⁵.

Asimismo, la Directiva introduce ciertos elementos de flexibilidad ya que permite que la autoridad de resolución, en el marco de la aplicación del instrumento de recapitalización interna, excluya ciertos pasivos del proceso de amortización y conversión. No obstante, esta exclusión estará condicionada a alguno de los supuestos siguientes: si no es posible recapitalizar dicho pasivo en un período de tiempo razonable, si es necesario para la continuidad de los servicios esenciales de la entidad objeto de resolución, con el objetivo de evitar un contagio y preservar la estabilidad financiera, o cuando la recapitalización originase a los acreedores pérdidas superiores a si dichos pasivos hubiesen sido liquidados conforme a procedimientos de insolvencia ordinarios. En estos supuestos, los costes derivados de esta exclusión serán asumidos por el mecanismo de financiación de la resolución. No obstante, para que esta medida excepcional pueda ser aplicable es necesario que se haya producido un *bail in* de, al menos, el 8% del total de los pasivos y que la contribución del mecanismo de financiación no sea superior al 5% de los pasivos totales¹¹⁶.

Debe tenerse presente que estos requisitos impuestos para la intervención de los mecanismos de financiación son demasiados exigentes, fundamentalmente si se atiende a las características del negocio bancario; en especial, para las entidades objeto de reestructuración, ya que suelen presentar un alto nivel de apalancamiento. Estos requerimientos determinan unas mayores posibilidades de recurrir a procedimientos de insolvencia ordinarios para la resolución de entidades en crisis, que precisamente era uno de los aspectos que la nueva normativa sobre reestructuración y resolución pretendía evitar.

Igualmente, la Directiva también fija los supuestos en los que se puede acudir a “vías de financiación extraordinarias”, es decir, “se entiende que esta es una referencia implícita a la participación del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)”¹¹⁷. Para ello,

¹¹⁴ CHOZAS VINUESA, G., “El Mecanismo Único de Resolución”, *Revista de Control Externo*, vol. XVIII, núm. 32, 2016, pp. 135 y ss.

¹¹⁵ En desarrollo de estos criterios, la ABE ha propuesto la aprobación de una norma técnica de regulación en la que se concreten los criterios para la fijación del MREL. Sin embargo, la Comisión Europea no ha adoptado la propuesta de la ABE y, en la actualidad, se está pendiente de la aprobación de la citada norma en la que se concreten los criterios para la determinación del MREL.

¹¹⁶ Art. 44.3 , 44.4 y 44.5 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

¹¹⁷ DELGADO ALFARO, “La Directiva Europea de Recuperación y Resolución Bancaria”, *op. cit.*, p. 80. Es necesario tener presente que en la Cumbre de la Zona Euro de junio de 2012, los Jefes de Estado y de Gobierno de la Zona Euro, aprobaron la posibilidad de que el MEDE pudiera

es necesario que ya se haya producido una absorción de pérdidas por recapitalización interna superior al 5% de los pasivos y que se hayan convertido todos los pasivos no garantizados, no preferentes, distintos de los depósitos admisibles¹¹⁸. Este segundo requisito implica que, sólo se podrá acudir a estas vías de financiación alternativas, con el objetivo de excluir de estas medidas de recapitalización interna a los depósitos.

Por último, las disposiciones relativas a la financiación de las resoluciones bancarias concluyen con la necesidad de que los Estados cuenten con mecanismos de financiación nacionales. Éstos deben estar a disposición de las autoridades nacionales de resolución y estar exclusivamente destinados a la aplicación efectiva de los instrumentos de resolución¹¹⁹. Estos fondos deberán contribuir a la financiación de la reestructuración o resolución de la entidad, si los costes derivados de estos procesos no han podido ser asumidos mediante la aplicación de medidas de recapitalización interna y en aquellos supuestos excepcionales en que se excluyan ciertos pasivos de la amortización o conversión. En estos casos, se permite la intervención de tales fondos de resolución, que deberán estar conformados por aportaciones *ex ante* de las entidades de crédito, pudiendo, excepcionalmente, requerirse aportaciones *ex post*¹²⁰. Las contribuciones *ex post* tienen como objetivo esencial recuperar los posibles fondos públicos que se hayan inyectado en los casos en los que las contribuciones previas hayan sido insuficientes. Finalmente, el nivel de financiación de tales fondos (que deberá alcanzarse antes del 31 de diciembre de 2024), está constituido por el 1%, frente al 0,8% de la propuesta de la Comisión, del importe de los depósitos garantizados, pudiendo los Estados miembros fijar un nivel superior¹²¹.

IV. LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO

Las últimas modificaciones de la normativa española sobre gestión de crisis de entidades de crédito se encuentran condicionadas, sin duda, por el proceso de asistencia al Estado español para la recapitalización del sistema financiero.

1. Las particularidades del sistema financiero español. La necesaria intervención de los mecanismos europeos

recapitalizar directamente entidades de crédito, una vez que sea operativo el Mecanismo Único de Supervisión.

¹¹⁸ Art. 44.7 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

¹¹⁹ Art. 100 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

¹²⁰ Arts. 103 y 104 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

¹²¹ Art. 102 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

i) La asistencia financiera a la banca española. La crisis del sistema financiero en España, junto con inevitables elementos comunes con la crisis internacional y europea, ha presentado unas particularidades que han condicionado el proceso de reforma. Así, el sistema financiero español ha oscilado desde una posición ciertamente sólida en los inicios de la crisis hasta la necesidad de requerir la activación de los mecanismos europeos para la recapitalización de parte del sistema financiero; fundamentalmente, como consecuencia del proceso de reestructuración de las cajas de ahorro¹²².

De esta forma, el sistema financiero español ha experimentado un complejo proceso de reforma estructural en la mayor parte de sus componentes esenciales. Sin embargo, en sus inicios, este proceso no ha contado con los imprescindibles mecanismos de flexibilidad para afrontar una reestructuración de la relevancia exigida, por lo que no se eliminaron a tiempo algunas de las debilidades estructurales de nuestro sistema financiero, especialmente las vinculadas con el sector inmobiliario. A raíz del déficit de recursos propios de una parte notable de las entidades españolas y tras la intervención de *Bankia*, como factor desencadenante, el Gobierno español decidió solicitar, en junio de 2012¹²³, la asistencia financiera prevista en los mecanismos europeos¹²⁴. Esto es, se demostró que “la crisis financiera internacional (...) encontró a España insuficiente preparada desde un punto de vista jurídico para la resolución ordenada de las crisis bancarias”¹²⁵.

Siguiendo las previsiones establecidas en los mecanismos europeos de asistencia financiera, el Eurogrupo, en reunión celebrada el 20 de julio de 2012¹²⁶, decidió aprobar,

¹²² Sobre el proceso de reestructuración del sistema español de cajas de ahorro, entre otros, ARIÑO ORTIZ, G., *Cajas de ahorro y fundaciones bancarias. Un análisis de las instituciones financieras y la regulación que viene*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014; MAYORGA TOLEDANO, M.C., “Transformación de las cajas de ahorro en un entorno de crisis. El proceso de bancarización”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 125, 2012, pp. 95-120; LA CASA GARCÍA, R., “El sector de las cajas de ahorros tras la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 137, 2015, pp. 115-174; BRUFAO CURIEL, P., “Análisis de la supervisión por el Banco de España de las Cajas de Ahorros y las fundaciones bancarias”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 144, 2016, pp. 157-172.

¹²³ El 25 de junio de 2012, el Ministro de Economía, en nombre del Gobierno de España, solicitó formalmente al presidente del Eurogrupo, la “asistencia financiera para la recapitalización de las entidades financieras que así lo requieran”. Comunicado del Ministerio de Economía y Competitividad de España, Madrid, 25 de junio de 2012. (Disponible en http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2012/120625_NP_cartaayuda.pdf).

¹²⁴ ABAD CASTELOS, M., “Los efectos de la crisis en la Unión Europea”, en FERNÁNDEZ LIÉSA, C. y CANO LINARES, Á. (Dirs.), *Los Procesos de Integración ante la Crisis Financiera Internacional*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 105 y 106.

¹²⁵ URÍA, F., “Un régimen de reestructuración avanzado”, *Expansión*, 31 de agosto de 2012. (Disponible en <http://www.expansion.com/2012/08/31/opinion/tribunas/1346443855.html>).

¹²⁶ *Acuerdo del Eurogrupo, 20 de julio de 2012*. (Disponible en http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/131914.pdf).

por unanimidad, la asistencia financiera para el saneamiento del sistema financiero español, en los términos que se analizan seguidamente. Por razones de agilidad, la asistencia financiera para la recapitalización del sistema financiero español fue asumida, transitoriamente, por el *Fondo Europeo de Estabilidad Financiera* (FEEF, o EFSF, por sus siglas en inglés)¹²⁷, que se trataba de un mecanismo de carácter provisional¹²⁸. Sin embargo, tras la entrada en vigor del *Mecanismo Europeo de Estabilidad* (MEDE)¹²⁹, ya de carácter permanente, ha sido el propio MEDE quien ha asumido la asistencia financiera al Estado español; siendo el primer programa de asistencia financiera desarrollado por el MEDE¹³⁰.

Dentro del conjunto de actuaciones que puede desarrollar el MEDE, el art. 15 de su Tratado constitutivo prevé que se “podrá decidir la concesión de asistencia financiera mediante préstamos a un miembro del MEDE con la finalidad específica de recapitalizar las entidades financieras de dicho miembro del MEDE”. Por tanto, el MEDE puede conceder asistencia financiera destinada a la recapitalización de entidades de crédito, a

¹²⁷ Acuerdo del Ecofin de 9 de mayo de 2010, ratificado por acuerdo del Consejo de 10 de mayo de 2010. (Disponible en http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ecofin/114347.pdf).

¹²⁸ La forma jurídica que adopta el FEEF es una sociedad anónima con domicilio social en Luxemburgo. Inicialmente creado por un período de tres años, posteriormente, su duración se prolongó hasta la entrada en vigor efectiva del Mecanismo Europeo de Estabilidad, como instrumento que le ha sustituido.

¹²⁹ *Instrumento de Ratificación del Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia*, hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012. (BOE núm. 239, de 4 de octubre de 2012).

Sobre la compatibilidad del MEDE con el Derecho originario y su funcionamiento como mecanismo permanente de asistencia financiera, ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “De cómo enfrentarse a la crisis financiera superando obstáculos constitucionales europeos: la Sentencia *Pringle*”, *Revista General del Derecho Europeo*, núm. 29, 2013, pp. 1-23; LASTRA, R.M. y LOUIS, J.V., “European Economic and Monetary Union: History, Trends, and Prospects”, *Yearbook of European Law*, 2013, pp. 48 y ss.; OLESTI RAYO, A., “La estabilidad financiera en la Unión Europea y la supervisión prudencial de las entidades de crédito”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 48, 2014, pp. 403-442; HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., “La compatibilidad del Mecanismo Europeo de Estabilidad con el Derecho europeo: jurisprudencia para tiempos de crisis”, en LIÑÁN NOGUERAS, D.J., SEGURA SERRANO, A. y GARCÍA I SEGURA, C. (Coords), *Las crisis políticas y económicas. Nuevos escenarios internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, pp. 121-240.

¹³⁰ Además, mediante el recurso a esta técnica, se evitaba que los préstamos concedidos al Estado español tuvieran la condición de deuda preferente frente a otros acreedores y las consecuentes repercusiones negativas sobre la deuda pública española. De acuerdo con el Tratado del MEDE, sus préstamos gozarán de la condición de acreedor preferente de modo análogo a los del Fondo Monetario Internacional (FMI), aceptando no obstante que la condición del FMI prevalezca sobre la del MEDE. Sin embargo, los créditos a favor del MEDE no tendrán esta condición cuando la asistencia financiera otorgada por el MEDE sea continuación de un programa de asistencia financiera existente en el momento de la firma de su Tratado constitutivo (párrafo 13 de la Exposición de Motivos del Tratado del MEDE).

través de un Estado miembro, quien será responsable de la devolución de los préstamos concedidos. Tras la entrada en vigor del MUS¹³¹ y la consecuente asunción de responsabilidades de supervisión por el BCE, el MEDE puede acordar programas de recapitalización directa de las entidades de crédito¹³².

De este modo, se acordó la concesión de un préstamo al Estado español, a través del *Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria* (FROB), para la recapitalización de su sistema financiero. Este préstamo se fijó en una cantidad que ascendía hasta 100.000 millones de euros, entendiéndose que esta cantidad cubría las necesidades de capital estimadas, más un margen de seguridad complementario¹³³. De acuerdo con el art. 12 del Tratado constitutivo del MEDE, al regular los principios estructurales de sus actuaciones, éste “podrá proporcionar apoyo a la estabilidad de un miembro del MEDE, sujeto a estricta condicionalidad, adaptada al instrumento de asistencia elegido (...). Dicha condicionalidad podrá adoptar diversas formas, desde un programa de ajuste macroeconómico hasta una obligación de cumplimiento continuo de las condiciones de elegibilidad preestablecidas”. Esto es, cada actuación del MEDE implica la firma de un *Memorando de Entendimiento* (MoU, por sus siglas en inglés) en el que se concrete con precisión la condicionalidad asociada a cada instrumento de asistencia.

ii) La compleja naturaleza jurídica del Memorando de Entendimiento. Cumpliendo con estas previsiones de los mecanismos europeos, la concesión de la asistencia

¹³¹ *Reglamento (UE) Nº 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013 que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito*. (DOUE núm. 287, de 29 de octubre de 2013). El inicio del funcionamiento del MUS se ha hecho efectivo con fecha El MUS asumió sus funciones de supervisión financiera a partir del 4 de noviembre, extendiendo su supervisión directa sobre un total de 126 entidades de crédito, consideradas *significativas*, que representan el 82% de los activos bancarios de la eurozona. Vid. ARRUGA OLEAGA, I., “Recapitalización directa de entidades financieras por el Mecanismo Europeo de Estabilidad”, en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., FERNÁNDEZ LIESA, C.R. y ABAD CASTELOS, M., (Dir.), *Gobernanza y reforma internacional tras la crisis financiera y económica: el papel de la Unión Europea*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 437-446; GORDO, E y del RÍO, A. “El Mecanismo de asistencia financiera para la recapitalización bancaria en la UEM”, *Boletín Económico*, Banco de España, junio, 2012, pp. 19-24; (disponible en <http://www.bde.es/ft/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/12/Jun/Fich/be1206.pdf>).

¹³² *Declaración Final de la Cumbre de la Zona Euro*, Bruselas, 29 de junio de 2012. (Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-12-7_es.htm?locale=en).

¹³³ De esta cantidad, durante el desarrollo del programa de asistencia financiera a la banca española, el Estado español ha utilizado un total de 41.300 millones de euros; haciéndose efectivo a través de dos desembolsos en diciembre de 2012 y febrero de 2013. Los préstamos concedidos al Estado español tienen un plazo de vencimiento de 12,5 años y su tipo de interés medio ha sido del 0.9% (frente al 6.8% en el que llegaron a situarse los bonos de 10 años de la deuda pública española durante el año 2012). Información disponible en <https://www.esm.europa.eu/assistance/spain>. Como consecuencia de la mejora en las condiciones de financiación en los mercados internacionales, el Estado español ha realizado un total de cuatro devoluciones anticipadas, de tal forma que la deuda pendiente con el MEDE, actualmente, es de 34.700 millones de euros; estando el último reembolso previsto para finales de 2027.

financiera a España para la reestructuración del sistema financiero, implicó la firma del *Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera* (MoU)¹³⁴. Con independencia del contenido material del MoU, que se analizará en el epígrafe siguiente, se plantean importantes dudas sobre su naturaleza jurídica. De esta forma, se puede cuestionar su consideración como meros acuerdos técnicos o administrativos (no sometidos al Derecho Internacional), o su catalogación como normas convencionales.

Estas controversias no se plantean respecto del *Acuerdo Marco de Asistencia Financiera entre la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF) y España*, que aparece como parte integrante del MoU, en la medida en que la asistencia financiera a España fue asumida transitoriamente por el FEEF. Conviene tener presente que la naturaleza jurídica del FEEF es la de una sociedad anónima con sede en Luxemburgo, constituida con aportaciones de los Estados miembros. Así, como se refleja en el art. 15 del Acuerdo entre el FEEF y España, el citado Acuerdo y las condiciones en él contenidas se registrarán e interpretarán con arreglo al Derecho inglés; siendo competentes para posibles controversias los tribunales de Luxemburgo.

Sin embargo, la realidad adquiere una sustantividad diferente una vez que el proceso de asistencia financiera al Estado español ha sido asumido por el MEDE. Tal y como se desprende de tenor literal del art. 1 de su Tratado constitutivo, el MEDE adopta la naturaleza de "institución financiera internacional", por lo tanto, es una organización internacional regida por el Derecho Internacional¹³⁵ y con capacidad para concluir normas convencionales. Ciertamente, se ha venido considerando que los MoUs, aunque habitualmente respetados, son acuerdos desprovistos de carácter jurídico y que imponen obligaciones de carácter moral y/o político¹³⁶. Sin embargo, un análisis de la realidad internacional demuestra la proliferación de instrumentos de producción normativa de

¹³⁴ *Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera*, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y *Acuerdo Marco de Asistencia Financiera*, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012. (BOE núm. 296, de 10 de diciembre de 2012).

¹³⁵ MEYER-HEINE, A., "Le TFUE et l'assistance financière à un Etat membre. Réflexions liées à la mise en place du MES", *Revue de l'Union Européenne*, núm. 574, 2014, pp. 12-38; OLESTI RAYO, A., "La estabilidad financiera en la Unión Europea y la supervisión prudencial de las entidades de crédito", *loc. cit.* p. 409; DE WITTE, B., "The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism", *European Policy Analysis*, 2011, junio, 2011, pp. 1-8; (disponible en http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18338/SIEPS%202011_6_DE_WITTE.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

¹³⁶ REMIRO BROTONS, A., "De los Tratados a los Acuerdos No Normativos", en *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales. Actas del Seminario organizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores, el Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno y el Instituto Nacional de Administración Pública (Escuela Diplomática: 13 al 6 de noviembre de 1989)*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1990, pp. 23-48; PASTOR RIDRUEJO, J.A., "Editorial", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, núm. 1, 2017, p. 14.

carácter informal, que se encuentran en el fundamento de obligaciones jurídico-internacionales, que tienen un alto nivel de ejecución y disponen de instrumentos de aplicación propiamente jurídicos¹³⁷. Esta sustantividad está adquiriendo una relevancia destacada en aquellos sectores caracterizados por su alto nivel técnico, siendo la ordenación internacional del sistema financiero uno de los ámbitos donde estos instrumentos normativos o *cuasi normativos* han adquirido un mayor protagonismo¹³⁸.

El *MoU sobre condiciones de Política Sectorial Financiera* responde a la realidad descrita, tratándose *prima facie* de una norma desprovista de auténticos efectos jurídico-internacionales. Así, de acuerdo con la *Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*¹³⁹, el MoU podría quedar incluido dentro de las complejas categorías denominadas “acuerdos internacionales administrativos”¹⁴⁰ o “acuerdos internacionales no normativos”¹⁴¹. Sin embargo, un análisis del contenido material del MoU y del propio proceso de reestructuración del sistema financiero español, evidencia el contenido jurídico de las obligaciones impuestas para los firmantes del Memorando. Así lo demuestra, que las controversias que pudieran plantearse en el marco del MEDE y los

¹³⁷ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Las dinámicas del Derecho internacional en el siglo XXI: acordes y desacordes”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Estados y Organizaciones Internacionales antes las nuevos crisis globales (XXIII Jornadas Ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, celebradas en La Rioja el 10, 11 y 12 de septiembre de 2009)*, Ed. Iustel-AEPDIRI, Universidad de la Rioja, p. 89.

¹³⁸ PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho internacional público y Organizaciones Internacionales*, 19ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 93 y 94.

¹³⁹ *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*. (BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014)

¹⁴⁰ Según el art. 2.b) de la Ley 25/2014, se entiende por acuerdo internacional administrativo, un “acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado que se celebra por órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho Internacional competentes por razón de la materia, cuya celebración está prevista en el tratado que ejecuta o concreta, cuyo contenido habitual es de naturaleza técnica cualquiera que sea su denominación y que se rige por el Derecho Internacional. No constituye acuerdo internacional administrativo el celebrado por esos mismos órganos, organismos o entes cuando se rige por un ordenamiento jurídico interno”. *Vid.*, PASTOR PALOMAR, A., “De los acuerdos internacionales no normativos”, en SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, Ley 25/2014, de 27 de noviembre*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 791 y ss.

¹⁴¹ Según el art. 2.c) de la Ley 25/2014, se entiende por acuerdo no normativo, “acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional administrativo que se celebra por el Estado, el Gobierno, los órganos, organismos y entes de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, las Entidades Locales, las Universidades públicas y cualesquiera otros sujetos de derecho público con competencia para ello, que contiene declaraciones de intenciones o establece compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico, y no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho Internacional”. *Vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C., “De los acuerdos internacionales no normativos”, en SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, Ley 25/2014, de 27 de noviembre*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 835 y ss.

instrumentos de asistencia financiera por él concedidos serán sometidas al TJUE¹⁴². A pesar de estas consideraciones, el régimen de vigilancia para su aplicación efectiva y el de responsabilidad por incumplimiento no difieren en función de la naturaleza jurídica de la norma. Así, como instrumento de control se han elaborado Informes de seguimiento por parte de la Comisión Europea, BCE y Fondo Monetario Internacional (FMI), en los que se analiza la evolución del sistema financiera español y el grado de cumplimiento de las condiciones de política financiera acordadas en el MoU¹⁴³.

Asimismo, en esta materia el recurso a técnicas formalmente no convencionales presenta problemas específicos, ya que, como se ha mencionado, el Estado español es el beneficiario del programa de asistencia y, por ello, responsable de su devolución. Por tanto, resulta indubitado que el contenido del Memorando impone auténticas obligaciones para la Hacienda Pública española y, además, ha exigido, como se analiza seguidamente, medidas legislativas para su cumplimiento. Sin embargo, el proceso de adopción del *MoU sobre condiciones de Política Sectorial Financiera* se ha apartado de las previsiones del art. 94.1 de la Constitución, que exige la autorización de las Cortes para los Tratados que impliquen obligaciones financieras y aquellos que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución¹⁴⁴.

2. La incorporación de la normativa europea al ordenamiento español

i) Las modificaciones en el marco del proceso de asistencia financiera a la banca española. El contenido material del MoU viene determinado por la finalidad de la asistencia financiera prestada al Estado español, como es la de realizar una reestructuración del sistema financiero. Por este motivo, se considera que el MoU

¹⁴² Art. 37.3 del Tratado constitutivo del MEDE.

¹⁴³ A pesar de que el programa de asistencia financiera se dio por terminado el 31 de diciembre de 2013, se ha previsto que elaboren informes periódicos sobre la evolución del sistema financiero, hasta que el Estado español complete la devolución de la totalidad del préstamo concedido por el MEDE. Los diversos informes sobre la evolución del sistema financiero español pueden consultarse en <http://www.bde.es/bde/es/secciones/prensa/infointeres/reestructuracion/progreso/>.

¹⁴⁴ Art. 94.1.d) y art. 94.1.e) de la Constitución Española. A propósito de los memorandos de entendimiento celebrados por las Comunidades Autónomas, se ha entendido que las materias contenidas en el art. 94.1 de la Constitución no debían ser objeto de este tipo de acuerdos. PÉREZ GIRALDA, A., «España y la práctica del Derecho internacional: “los acuerdos no normativos”», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dir.), *España y la práctica del Derecho Internacional LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC*, Escuela Diplomática-Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Madrid, 2014, pp. 83 y ss.; PÁSTOR RIDRUEJO, J.A., “La necesidad de una Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dir.), *España y la práctica del Derecho Internacional LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC*, Escuela Diplomática-Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Madrid, 2014, pp. 58 y ss. (Disponible en http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/Ministerio/EscuelaDiplomatica/Documents/Coleccion_ED_20_web.pdf).

establece una *condicionalidad horizontal* o *sectorial*, esto es, las medidas que en él se contienen se centran única y exclusivamente en determinar la “*hoja de ruta*” y los resultados que debe alcanzar la reforma del sistema financiero español. A pesar de ello, el propio MoU añade que “España deberá cumplir plenamente sus compromisos y obligaciones derivados del *Procedimiento de Déficit Excesivo (PDE)*, así como las recomendaciones para corregir los desequilibrios macroeconómicos”¹⁴⁵ y las consecuentes reformas estructurales.

En aplicación del contenido del MoU, se procedió a una modificación sustancial de elementos esenciales de la regulación española sobre entidades de crédito, principalmente en materia de gestión de crisis bancarias¹⁴⁶, aprobándose el *Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito*¹⁴⁷. Como establece la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley, su aprobación se enmarca directamente en el programa de asistencia financiera a España para la recapitalización del sistema financiero, dando cumplimiento a las medidas exigidas por el MoU.

En primer lugar, la normativa española reforzó el papel del FROB, como autoridad independiente, encargada de la gestión de los procedimientos de reestructuración y resolución de entidades de crédito¹⁴⁸. En segundo lugar, se introducen en el ordenamiento español nuevos procedimientos de gestión de crisis bancarias, como son: la actuación temprana, la reestructuración y resolución de las entidades de crédito. En el primero de los casos, se trata de un procedimiento destinado a gestionar la crisis bancarias de menor gravedad y gestionado por el Banco de España¹⁴⁹. Los

¹⁴⁵ Exposición de Motivos y Párrafos 29-31 del MoU.

¹⁴⁶ Aunque el elemento central de las modificaciones legislativas se situó en los procedimientos de gestión de crisis bancarias, también se impulsaron reformas regulatorias en otros ámbitos: exigencias adicionales en el capital regulatoria de las entidades de crédito españolas, reforzamiento de las competencias del Banco de España (en especial, mejora en los procedimientos supervisores y en materia de procedimientos sancionadores), mejora en la gobernanza de las antiguas cajas de ahorros y de los bancos comerciales bajo su control, mejora en la protección de los consumidores y modificaciones en el régimen jurídico del Fondo de Garantía de Depósitos.

¹⁴⁷ *Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito* (BOE núm. 210, de 31 de agosto de 2012). Posteriormente convalidado por la *Ley de reestructuración y resolución de entidades de crédito* . (BOE núm. 275, de 15 de noviembre de 2012).

¹⁴⁸ Arts. 52 y ss. de la *Ley de reestructuración y resolución de entidades de crédito*. Vid. RODRÍGUEZ SANTAMARÍA, J.M., “Las crisis bancarias. El Fondo de Garantía de Depósitos de entidades de crédito. El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria”, en CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., CONLLEDO LANTERO, F. y PALOMO ZURDO, R.J. (Dir.), Los mercados financieros, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 289-317; URÍA, F., “Un régimen de reestructuración avanzado”, *loc. cit.*

¹⁴⁹ Arts. 6-12 de la *Ley de reestructuración y resolución de entidades de crédito*.

procedimientos de reestructuración¹⁵⁰ y resolución¹⁵¹, son dirigidos por el FROB y responden a los supuestos más graves de crisis bancarias; siendo la primera vez que se introduce en la legislación española la resolución de entidades de crédito inviables. Por último, la normativa española incorporó los instrumentos que se pueden ejecutar en el desarrollo de los procedimientos de reestructuración y resolución, como son: la venta de la entidad¹⁵², la transmisión de activos y pasivos a un banco puente¹⁵³, los supuestos excepcionales en los que procede la intervención de fondos públicos a través del FROB¹⁵⁴ y la creación de una Sociedad de Gestión de Activos¹⁵⁵.

En definitiva, como uno de los elementos esenciales del proceso de asistencia financiera a la banca española, se realizó una reforma estructural del régimen español de gestión de crisis de entidades de crédito, reforzando las funciones del FROB y dotándole de instrumentos que permitían afrontar con agilidad algunas de las deficiencias estructurales del sistema financiero español. Así, a través de una intervención excepcional de fondos públicos mediante el FROB, se han gestionado las crisis de los grupos bancarios con origen en las cajas de ahorro, algunos de ellos con relevancia sistémica para España¹⁵⁶, y se han creado los instrumentos destinados a reducir la sobreexposición de las entidades de crédito españolas al sector inmobiliario¹⁵⁷.

ii) La transposición de la Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria. Como se viene señalando, el proceso de asistencia financiera para la

¹⁵⁰ Arts. 13-18 de la *Ley de reestructuración y resolución de entidades de crédito*.

¹⁵¹ Arts. 19 y ss. de la *Ley de reestructuración y resolución de entidades de crédito*.

¹⁵² Art. 26 de la *Ley de reestructuración y resolución de entidades de crédito*.

¹⁵³ Art. 27 de la *Ley de reestructuración y resolución de entidades de crédito*.

¹⁵⁴ Arts. 28-34 de la *Ley de reestructuración y resolución de entidades de crédito*.

¹⁵⁵ Arts. 35-38 de la *Ley de reestructuración y resolución de entidades de crédito*.

Popularmente, esta Sociedad de Gestión de Activos ha sido conocida como “*banco malo*”. Esta denominación ha hecho fortuna, en la medida en que con esta expresión se designa gráficamente el objetivo fundamental de este instrumento, como es encargarse de la gestión de los activos problemáticos de las entidades de crédito. Este instrumento ha adquirido especial relevancia en la reestructuración del sistema financiero español, como consecuencia de la sobreexposición de las entidades españolas a los activos inmobiliarios. *Vid.* CARRASCOSA, A., “Elementos básicos para el diseño del «banco malo» en España”, MARTÍNEZ-PARDO, R. y ZAPATA CIRUGEDA, J., *Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos (2013)*, Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la Fundación núm. 51, Madrid, 2013, pp. 83-90. (Disponible en <http://www.fef.es/new/publicaciones/papeles-de-la-fundacion/item/267-observatorio-sobre-la-reforma-de-los-mercados-financieros-europeos-2013.html>); AYUSO, J. y DEL RÍO, A., “Resolución de activos bancarios a través de bancos malos”, *loc. cit.*, pp. 11 y ss.

¹⁵⁶ Entre ellos, se puede destacar por su volumen de activos: *Bankia*, *Catalunya Banc*, *Novacaixagalicia Banco* (NCG) y *Banco de Valencia*. (Información disponible en <http://www.bde.es/bde/es/secciones/prensa/infointeres/reestructuracion/progreso/>).

¹⁵⁷ CALVO VERGEZ, J., *La recapitalización de las entidades financieras*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 327 y ss.

recapitalización del sistema financiero español ha condicionado directamente la reforma de la legislación española sobre gestión de crisis de entidades de crédito. Así, siguiendo las directrices establecidas por la UE en el marco del proceso de reestructuración del sistema financiero, España fue el primer Estado que tuvo en consideración la *propuesta de Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*. La relación entre la propuesta de Directiva y la normativa española resulta evidente, ya que la propia Exposición de Motivos de la Ley 9/2012 señala que, al elaborar la norma, se han tomado en consideración las iniciativas internacionales en la materia, como son: *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* del G-20 y, fundamentalmente, la *propuesta de Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*. Incluso, se ha llegado a señalar que “de alguna manera, España fue una oportunidad para Europa y el *Memorandum of Understanding* para la reestructuración del sistema financiero español de 2012 un campo de pruebas para ese nuevo régimen europeo de resolución bancaria”¹⁵⁸.

En esta misma línea, el legislador español contempló la posibilidad de modificaciones ulteriores en el régimen de gestión de crisis bancarias, como consecuencia de la aprobación de nuevo marco europeo de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 9/2012 indicaba que “en el momento en el que se avancen los trabajos desarrollados en los foros internacionales y, especialmente, cuando en el ámbito de la Unión Europea se acuerde un texto final de directiva sobre rescate y resolución de entidades de crédito, la presente norma será adaptada a la nueva normativa”.

Efectivamente, *tras la aprobación de la Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*, el Estado español ha procedido a su transposición a la legislación española a través de la *Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*¹⁵⁹. De esta forma, la Ley 11/2015 presenta un marcado carácter continuista respecto de la legislación anterior, articulándose sobre los mismos principios y regulando similares procedimientos de gestión de crisis bancarias. Las principales novedades introducidas por la Ley de recuperación y resolución pueden estructurarse en tres ámbitos. En primer lugar, se refuerzan las disposiciones relevantes a la fase preventiva de la resolución, ya que la obligación de

¹⁵⁸ FUNDACIÓN DE ESTUDIOS FINANCIEROS, “Avances en la unión bancaria Europea”, FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDÉS, F. (Dir.), *Anuario del Euro 2013*, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2014, p. 201. (Disponible en <http://www.fef.es/new/publicaciones/papeles-de-la-fundacion/item/280-anuario-del-euro-2013.html>).

¹⁵⁹ *Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*. (BOE núm. 146, de 19 de junio de 2015). Tal y como señala expresamente la Disposición Derogatoria, tras la promulgación de la presente Ley queda derogada la *Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito*.

elaborar planes de recuperación y resolución se extiende a todas las entidades de crédito y no sólo a las inviables¹⁶⁰. En segundo lugar, la absorción de pérdidas de los procesos de reestructuración y resolución, con la nueva legislación, no se limita hasta la deuda subordinada¹⁶¹; sino que se extiende a todo los posibles acreedores de las entidades de crédito, estableciendo un nuevo régimen de máxima protección a los depositantes¹⁶². Por último, se instituye un nuevo fondo específico de resolución que se financiará a través de contribuciones privadas, provenientes de las propias entidades¹⁶³.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN. CUESTIONES PENDIENTES

Entre el conjunto de reformas regulatorias e institucionales que se han sucedido en la Unión Europea en respuesta a la crisis económica y financiera, ha adquirido una relevancia destacada la *unión bancaria*. Como uno de los elementos esenciales de este proyecto, en respuesta a las deficiencias detectadas durante la crisis financiera, se ha diseñado un sistema de gestión de crisis de entidades de crédito. El régimen europeo de reestructuración y resolución bancaria se fundamenta sobre un código normativo único, aplicable a todos los Estados de la Unión, y un mecanismo y fondo único de resolución, operativos para los Estados miembros de la *unión bancaria*.

De esta forma, se ha aprobado un código normativo en el que se establecen un conjunto de procedimientos e instrumentos destinados a gestionar las crisis bancarias. Este sistema se estructura sobre autoridades nacionales de resolución, que deben gestionar las crisis bancarias conforme a los siguientes principios: garantizar la

¹⁶⁰ Arts. 6.1 y 13.1 de la *Ley de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*.

¹⁶¹ La deuda subordinada es una compleja categoría integrada por títulos valores emitidos por las entidades de crédito, caracterizada porque su titular queda por detrás de todos los acreedores comunes de la entidad de crédito en preferencia de cobro. Es decir, los titulares de la deuda subordinada pierden capacidad de cobro en el caso de las reestructuraciones bancarias, ya que quedan subordinados, en el orden de prelación, al previo pago de los acreedores ordinarios. Esta deuda es considerada, junto a las participaciones preferentes como un instrumento híbrido de capital, ya que cumple ciertos requisitos que lo asemejan al capital ordinario (de máxima calidad) de las entidades de crédito; siendo por ello computable como recursos propios de las entidades de crédito, aunque no como capital ordinario. CUENCA GARCÍA, A., "Instrumentos híbridos de capital (participaciones preferentes) y deuda subordinada. reflexiones sobre los mecanismos de resolución de las controversias derivadas de su comercialización a clientes minoristas", en PETIT LAVALL, M.V., CUÑAT EDO, V., MASSAGUER FUENTES, J., ALONSO ESPINOSA, F.J. y GALLEGU SÁNCHEZ, E., (Dirs.), *Estudios de derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1329-1350.

¹⁶² Arts. 35 y ss. de la *Ley de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*.

¹⁶³ Arts. 53.1.a) de la *Ley de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*. Este Fondo, denominado *Fondo de Resolución Nacional*, tiene como principal objetivo financiar las medidas de resolución acordadas por el FROB, quien estará encargado de su gestión. Tras la constitución del MUR, el Fondo de Resolución Nacional quedará únicamente para las empresas de servicios de inversión (Disposición adicional cuarta).

continuidad de las funciones financieras y económicas esenciales de las entidades, los accionistas y los acreedores deben ser los primeros en responder frente a las pérdidas de las entidades de crédito, sin sufrir mayores pérdidas que en los procedimientos de insolvencia ordinarios; protección de los depositantes y prohibición general de utilización de fondos públicos, que es una medida de último recurso.

Para los Estados que formen parte de la *unión bancaria*, los instrumentos de gestión de crisis se completan con un *Mecanismo Único de Resolución*, en el que se centralizan las decisiones adoptadas, y un *Fondo Único de Resolución*, que contribuirá a financiar los procedimientos de resolución. En una interpretación, quizás, demasiado laxa de las disposiciones del Tratado, se ha recurrido a la vía de aproximación de legislaciones para fundamentar la creación del Mecanismo y del Fondo Único de Resolución.

Por tanto, al igual que ha sucedido en reiteradas ocasiones en la evolución de la Unión Europea, como reacción a la última crisis financiera, la unión bancaria aparece como un amplio conjunto de reformas destinadas a profundizar en la integración económica y monetaria. A pesar de que se ha contemplado la posibilidad de participación de los Estados no miembros de la eurozona, la unión bancaria incide sobre el modelo de integración diferenciada marcado por la Unión Económica y Monetaria y aumenta las complejidades del sistema institucional y de adopción de decisiones en la Unión.

A pesar de los importantes avances introducidos en la gestión de crisis bancarias, el nuevo marco de reestructuración y resolución de entidades de crédito presenta ciertas limitaciones que pueden poner en peligro su efectividad. En primer lugar, las restricciones de la propia técnica normativa utilizada para la conformación del código normativo único en materia de reestructuración y resolución bancaria. Así, la normativa europea en esta materia está integrada por la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*, pudiendo plantearse ciertas divergencias en los desarrollos legislativos nacionales y, por ello, problemas en la confección de los mecanismos de gestión de crisis. De hecho, se pueden observar notables diferencias en las legislaciones nacionales (en especial, Alemania, Francia, España e Italia) en la transposición de la *Directiva de Reestructuración y Resolución*, que afectan a elementos esenciales de los procesos de reestructuración y resolución. Así, en la actualidad, existen tratamientos divergentes en relación con la posición que deben ocupar los diferentes instrumentos de deuda subordinada en la absorción de pérdidas en los procesos de recapitalización interna, así como una ausencia de coordinación en el diseño de los pasivos elegibles para la recapitalización interna. Por este motivo, un mayor protagonismo de la Autoridad Bancaria Europea, a través de la elaboración de normas técnicas de regulación y en ejercicio de sus funciones de coordinación, debe convertirse en un mecanismo

imprescindible para eliminar las desigualdades en las regulaciones estatales de estos aspectos esenciales en la gestión de crisis bancarias.

Asimismo, se plantean importantes dudas sobre la aplicación efectiva de un amplio conjunto de instrumentos de reciente creación y que todavía no han afrontado la gestión de ninguna crisis bancaria de relevancia. Fundamentalmente, la aplicación de las previsiones referentes a la distribución de los costes de las reestructuraciones, con la imposición de pérdidas a los ahorradores con depósitos superiores a 100.000 euros, implica una medida con importantes repercusiones sociales y de aplicación ciertamente controvertida. Especialmente, las medidas previstas en la Directiva se están viendo cuestionadas con la inyección de fondos públicos por parte del Gobierno italiano para la recapitalización de *Monte dei Paschi*. Según el Gobierno italiano, esta medida se encuentra justificada en una excepcionalidad prevista en la *Directiva de Reestructuración y Resolución Bancaria*¹⁶⁴. Sin embargo, su fundamento real parece situarse en evitar el coste político que implicaría la imposición de pérdidas a los acreedores de la entidad y a los ahorradores no cubiertos por los fondos de garantía. Así, la medida adoptada por el Gobierno italiano y respaldada, provisionalmente, por la Comisión Europea¹⁶⁵, supone un cuestionamiento de algunos de los principios fundamentales de la nueva normativa europea; en especial, la prohibición, con carácter general, de utilizar fondos públicos en los procedimientos de reestructuración y resolución.

Por último, la *unión bancaria* y, en especial, el nuevo marco de reestructuración y resolución de entidades de crédito deben completarse con una integración de los fondos de garantía de depósitos a nivel europeo. La unificación de los fondos de garantía de depósitos es el elemento que menos grado de desarrollo ha alcanzado en la *unión bancaria*. La constitución de un fondo de garantía único, que pueda ser gestionado por las instituciones europeas es el elemento de cierre imprescindible para dotar de coherencia al conjunto de reformas; pero la situación actual demuestra la existencia de importantes dificultades para su concreción. Fundamentalmente, los problemas residen en las profundas divergencias en el grado de concentración bancaria. Los Estados, como

¹⁶⁴ El art. 32.4 de la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria* permite ayudas públicas extraordinarias a entidades solventes, siempre que sean autorizadas conforme a la normativa de ayudas de Estado. Estas medidas tendrán un carácter cautelar, temporal y proporcionado y no se utilizarán para la absorción de pérdidas de la entidad, pasadas o futuras.

¹⁶⁵ La Comisión, con fecha 29 de diciembre de 2016, autorizó al Gobierno italiano a prolongar su programa de garantía bancaria durante un período de seis meses, con el objetivo de proporcionar liquidez y una recapitalización preventiva a favor del *Monte dei Paschi*, por un valor aproximado de 20.000 millones de euros. Actualmente, la Comisión Europea y el Gobierno de Italia se encuentran trabajando en un plan de reestructuración del *Monte dei Paschi*. Resulta sorprendente que, hasta la fecha de cierre del presente trabajo, no se haya publicado ningún documento oficial por parte de la Comisión Europea relativo a la compatibilidad de las ayudas del Estado italiano con el régimen previsto en la *Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria*.

Francia y España, con un mayor grado de concentración bancaria y bancos sistémicos se beneficiarían de una ventaja competitiva. Por el contrario, otros Estados, como Alemania, con un elevado nivel de atomización en su sector bancario, se muestran contrarios a asumir las posibles pérdidas derivadas de las crisis bancarias de otros Estados.