



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

EL PAPEL DE LA DIRECTIVA DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO EN LA SOLUCIÓN DE CRISIS BANCARIAS

Autor: Blanca Rodríguez Clemente
5º E-3 C
Derecho Mercantil

Tutor: Abel Benito Veiga Copo

Madrid
Junio de 2021

RESUMEN EJECUTIVO

La reciente crisis financiera de 2008 ha puesto de manifiesto la insuficiencia a nivel de la UE de las herramientas legales adecuadas tanto a nivel de los Estados miembros como a nivel comunitario para la gestión eficaz de crisis bancarias. Por ende, el 15 de mayo de 2014 se promulga la ansiada Directiva sobre Reestructuración y Resolución de entidades de crédito (DRRB), encargada de regular la prevención de crisis bancarias y garantizar la resolución ordenada de los bancos en quiebra al tiempo de minimizar sus repercusiones sobre la economía real y los fondos públicos. De entre las herramientas introducidas por la nueva Directiva, destaca como aspecto más novedoso la recapitalización interna o *bail-in* por trasladar a accionistas y acreedores la carga del saneamiento de la entidad en dificultades, absorbiendo estos sus pérdidas en lugar de la utilización de fondos públicos para el rescate.

Se pretende, por tanto, con este trabajo de investigación analizar desde una perspectiva teórica el papel de la DRRB en la solución de crisis bancarias, y así contrastar, de forma práctica, su aplicación al caso del Banco Popular, primera institución europea sometida al procedimiento de resolución bancaria, al caso Veneto Banca y Banca Popolare di Vicenza y al caso Kotnik. Estos tres supuestos serán examinados a la luz del principio de proporcionalidad y del principio de interés público, fundamentales para que la medida de resolución no vulnere los derechos de propiedad de accionistas y acreedores.

Palabras clave: Directiva de Reestructuración y Resolución Bancaria (DRRB), *bail-in*, Banco Popular, Veneto Banca y Banca Popolare di Vicenza y, Kotnik.

ABSTRACT

The recent financial crisis of 2008 has highlighted the inadequacy at EU level of adequate legal tools both at Member State and EU level for the effective management of banking crises. Hence, on May 15, 2014, the long-awaited Directive on the Restructuring and Resolution of Credit Institutions (BRRD) was enacted, tasked with regulating the prevention of banking crises and ensuring the orderly resolution of failing banks while minimizing their impact on the real economy and public funds. Among the tools introduced by the new Directive, the most novel aspect is internal recapitalization or bail-in, which transfers to shareholders and creditors the burden of reorganizing the institution in difficulties, absorbing their losses instead of using public funds for the rescue.

The aim of this research work is therefore to analyze from a theoretical perspective the role of the BRRD in the solution of banking crises, and thus to contrast, in a practical way, its application to the case of Banco Popular, the first European institution to be subject to the bank resolution procedure, to the Veneto Banca and Banca Popolare di Vicenza cases and to the Kotnik case. These three cases will be examined in the light of the principle of proportionality and the principle of public interest, which are essential to ensure that the resolution measure does not violate the property rights of shareholders and creditors.

Key words: Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD), *bail-in*, Banco Popular, Veneto Banca y Banca Popolare di Vicenza y, Kotnik.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
1. ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN	6
2. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN	7
3. METODOLOGÍA	7
CAPITULO I. EL PROCESO DE UNIÓN BANCARIA EN EL QUE SE ENMARCA LA NUEVA DIRECTIVA	8
1. A NIVEL INTERNACIONAL.....	12
2. A NIVEL COMUNITARIO	13
3. A NIVEL NACIONAL	14
CAPÍTULO II. LA DIRECTIVA DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN BANCARIA (DRRB)	16
1. FASES DE ACTUACIÓN DE LA RESOLUCIÓN BANCARIA.....	18
1.1. <i>Preparación y prevención</i>	18
1.2. <i>La intervención temprana</i>	19
1.3. <i>La resolución bancaria</i>	20
2. OBJETIVOS DE LA RESOLUCIÓN	21
3. HERRAMIENTAS DE LA RESOLUCIÓN	22
4. <i>BAIL-IN</i> O INSTRUMENTO DE RECAPITALIZACIÓN INTERNA	23
4.1. <i>Reglas de jerarquía del bail-in</i>	25
5. PRINCIPIOS DE LA RESOLUCIÓN BANCARIA.....	26
A. <i>Prueba del interés público</i>	26
B. <i>Prueba “No Creditor Worse Off”</i>	27
CAPITULO III. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA DRRB	28
1. CASO BANCO POPULAR	28
1.1. <i>Historia del Banco Popular</i>	28
1.2. <i>Cronología del declive del Banco Popular</i>	29
1.3. <i>La resolución del Banco Popular</i>	31
1.4. <i>Valoración de la diferencia de trato</i>	33
2. CASO VENETO BANCA Y BANCA POPOLARE DI VICENZA	34
3. CASO KOTNIK.....	36
3.1. <i>La Comunicación Bancaria 2013</i>	36
3.2. <i>Análisis del caso Kotnik</i>	38
A. Sobre los efectos vinculantes de la Comunicación bancaria de 2013	39
B. Sobre la compatibilidad del reparto de cargas con la confianza legítima y el derecho de propiedad	40
C. Sobre la aplicación de la proporcionalidad a las disposiciones de reparto de cargas	41
D. Conclusiones	43
CONCLUSIONES	44
BIBLIOGRAFÍA	47
1. LEGISLACIÓN	47
2. JURISPRUDENCIA.....	48
3. OBRAS DOCTRINALES, ARTÍCULOS Y OTROS.....	48

LISTA DE ACRÓNIMOS

BCE: Banco Central Europeo

BPE: Banco Popular Español

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

Directiva europea de Reestructuración y Resolución Bancaria (DRRB)

ERE: Expediente de Regulación de Empleo

EUR Euro

FGD: Fondo de Garantía de Depósitos

FROB: Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria

FSB: *Financial Stability Board*

JUR: Junta Única de Resolución

LRREC: Ley 9/2012 de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito

LRRECESI: Ley 11/2015 de 18 de junio de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión

MREL “*Minimum Required Eligible Liabilities*”

MUR: Mecanismo Único de Resolución

MUS: Mecanismo Único de Supervisión

NCWO: *No Creditor Worse Off*

PYMES: Pequeñas y Medianas empresas

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

INTRODUCCIÓN

1. Elección del tema y justificación

El presente trabajo de investigación aborda como tema fundamental la reciente promulgada Directiva sobre Reestructuración y Resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (en adelante, DRRB) desde una perspectiva tanto teórica como práctica. Esta nueva normativa, que surge a raíz de la crisis de 2008, está encargada de regular la prevención de crisis bancarias y garantizar la resolución ordenada de los bancos en quiebra minimizando sus repercusiones sobre la economía real y los fondos públicos, siendo común para todos los Estados Miembros de la Unión Europea (en adelante, UE).

Este tema de investigación tiene la especial motivación de que la primera institución financiera en ser sometida a un procedimiento de resolución bancaria fue española. La polémica resolución del Banco Popular que fue vendido al Banco Santander por la mísera cuantía de un euro, siendo asumidas la totalidad de las pérdidas por sus accionistas y bonistas.

La resolución ha supuesto un cambio radical en el rescate e intervención de las instituciones financieras en quiebra que, hasta el año 2014, fecha de entrada en vigor la DRRB, eran saneadas por medio de recursos públicos (*bail-out*), no involucrando a accionistas y acreedores bancarios en la absorción de las pérdidas sufridas por dichas entidades de crédito. Han sido numerosas las dudas que ha suscitado la aplicación de la resolución bancaria dado que provoca una depreciación significativa de los derechos de propiedad de los inversores en beneficio del interés público de los contribuyentes.

2. Objetivos de investigación

Una vez planteado el escenario de contexto en el que se desarrolla la Directiva sobre Reestructuración y Resolución Bancaria (DRRB), se procede a enumerar los objetivos que se pretenden alcanzar con este trabajo de investigación, siendo estos:

A. Entender y explicar el papel de la DRRB en la solución de crisis bancarias;

B. Conocer si las medidas de resolución cumplen con los principios de interés público y de proporcionalidad como salvaguardia para accionistas y acreedores bancarios ;

C. Analizar la aplicación práctica de la Directiva mediante tres supuestos bancarios distintos en los que la actuación de la institución europea fue totalmente dispar.

3. Metodología

Con el fin de desarrollar esta investigación, se han empleado dos propuestas metodológicas. Por una parte, se ha efectuado una revisión de la literatura dirigida a estructurar un marco teórico que ayude a comprender las diversas modificaciones introducidas por la ya mencionada Directiva sobre la regulación del sistema bancario europeo. Por otro lado, se ha analizado la aplicación práctica de dicha Directiva examinando en detalle tres supuestos de bancos en quiebra que aparentemente poseían problemas de liquidez y solvencia similares pero, que a la luz de la nueva regulación comunitaria, fueron resueltos de manera distinta. El primer supuesto recoge la resolución del Banco Popular al que se le aplicó la herramienta de resolución venta del negocio. El segundo supuesto describe la liquidación concursal de dos bancos italianos Veneto Banca y Banca Popolare di Vicenza, ante la falta del requisito del interés público necesario para la aplicación del mecanismo de resolución bancaria. El tercer y último supuesto, narra la aplicación de una excepción a las medidas de resolución de la DRRB, cuando proceda una recapitalización pública de carácter preventivo a una entidad bancaria que aún siendo solvente no cumpla con los requisitos mínimos de capital reglamentario.

CAPITULO I. EL PROCESO DE UNIÓN BANCARIA EN EL QUE SE ENMARCA LA NUEVA DIRECTIVA

Las instituciones financieras siempre han sido objeto de supervisión y control por la amenaza que supondría para las economías la quiebra de las mismas. La cuestión fundamental pendiente de explicar es el nexo de unión entre el riesgo sistemático y la perturbación del sistema financiero de un país. Las entidades de dimensión significativa, con productos sofisticados y con presencia internacional considerable, en caso de encontrarse en dificultades económicas, podrían tener un efecto multiplicador en el mercado interior y la economía real de un país, de ahí la necesidad de supervisión de este tipo de entidades por autoridades europeas para evitar en la medida de lo posible su quiebra y propagación a otras entidades. Un claro ejemplo del efecto contagio entre entidades es la crisis financiera de 2008 que, a pesar de originarse en Estados Unidos, se propagó por todas las instituciones bancarias europeas a causa de que el mercado financiero de Estados Unidos está completamente globalizado.

Con anterioridad al desarrollo del aparato legislativo que incorporaba la Unión Bancaria a nivel comunitario, eran las propias autoridades nacionales las que se encargaban de estas funciones. Esta facultad de supervisión desempeñada por las autoridades nacionales fue cuestionada tras las consecuencias devastadoras que trajo consigo la crisis económica del año 2008 ¹ como es la crisis de deuda soberana que surge a raíz de que los Estados intentaran combatir la crisis con estímulos fiscales y, la consecuente recesión económica para ajustar la deuda soberana que se había disparado.

Ante la falta de otro mecanismo de intervención, los Estados recurrieron de manera generalizada a la utilización de recursos de carácter público para rescatar a aquellas entidades de crédito que sufrían crisis de liquidez y de solvencia, no siendo capaces de involucrar a los acreedores de dichas entidades en la financiación del déficit de capital. Este mecanismo es conocido por el nombre de *bail-out*.

¹ Lantero, F.C., “ El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, 2014, pp.159-174.

Los países que optaron por el rescate de sus entidades bancarias con el dinero de las arcas públicas llevaron a sus Estados a un altísimo nivel de endeudamiento que, posteriormente sería soportado por los contribuyentes mediante impuestos.

En mi opinión, no deberían ser los ciudadanos mediante impuestos los que sufragan los errores cometidos por los gestores y administradores bancarios. No obstante, en caso de que la entidad en quiebra sea de carácter sistémico, si el Estado no contribuye en ninguna medida a su rescate acabará afectando a la estabilidad financiera del país en su conjunto, perjudicando en mayor medida a los contribuyentes, por las consecuencias devastadoras que trae consigo una crisis financiera, que lo que hubiera ocasionado una subida de impuestos.

En esta línea, se hace necesario mencionar los múltiples problemas que ocasionan las inyecciones de dinero público: en primer lugar, los acreedores bancarios se ven beneficiados con respecto a los que prestan sus fondos a otros sectores que sí pueden verse afectados por un procedimiento de insolvencia; en segundo lugar, la financiación pública es fuente de enormes distorsiones de competencia para el resto de integrantes del sector bancario; en tercer lugar, los rescates con fondos públicos indican en la posición financiera del sector público, particularmente en aquellos países donde los sectores bancarios están sobredimensionados ². A este respecto me gustaría mencionar otra razón por la que ha de limitarse al máximo la concesión de ayudas públicas: las instituciones financieras sustentándose en la famosa doctrina “*too big to fail*” asumen la existencia de un aval público tácito que les permite desarrollar gestiones más imprudentes del riesgo, que acaban llevándolas a la banca rota. En efecto, la crisis financiera de 2008 puso de manifiesto la insuficiencia, tanto a nivel de los Estados miembros como a nivel de la UE de los instrumentos legales adecuados para el rescate de entidades bancarias en dificultades, apareciendo la necesidad de implantar la Unión bancaria en el marco de la UE ³.

² Albiñana Arroyo, A., “Consecuencias derivadas de la Unión Bancaria Europea: aplicación del MUR”, Resumen del contenido del *Trabajo de Fin de grado Universidad Pontificia Comillas*, 2018. Repositorio Universidad Pontificia Comillas, pp. 32- 40.

³ Lantero, F.C., “El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito”, *op. cit.*, pp.159-174.

Los dos componentes esenciales de la Unión Bancaria son el Mecanismo Único de Supervisión (en adelante, MUS) y el Mecanismo único de Resolución (en adelante, MUR), que trabajan con el objetivo de consagrar un marco de resolución ordenado y ajustado a las entidades de crédito en el que se garantice la estabilidad financiera de los países, evitando que los costes derivados de las crisis bancarias sean asumidos exclusivamente por los Estados a través de ayudas públicas. El MUS cumple con tareas de prevención, detectando a tiempo los problemas de liquidez o insolvencia de las entidades bancarias evitando así, un posterior proceso de recapitalización, que además de suponer un mayor coste, es muy perjudicial para acreedores y accionistas. El MUR, por su parte, será objeto de mayor análisis a lo largo de este trabajo de investigación y, tiene como finalidad asegurar la intervención efectiva en aquellas instituciones financieras no viables ⁴. En mi opinión, el MUR y el MUS son instrumentos que compensan la falta de criterio de la banca privada en la gestión de los riesgos propios de la actividad crediticia, que se vieron reflejados claramente en la crisis de 2008.

Se crea, por tanto, un modelo en el que los costes del rescate no sean asumidos íntegramente o en gran parte por los fondos públicos, sino que serán compartidos (*burden sharing*) por accionistas y tenedores de deuda subordinada que deberán de satisfacer parte de estas pérdidas, disminuyendo así, la aportación de recursos públicos ⁵. Personalmente considero que el *bail-in* no es más que un reajuste sobre quien debe soportar las pérdidas de una entidad en quiebra. Se pretende devolver la estabilidad al balance de una entidad a expensas de sus accionistas y acreedores, sin necesidad de ninguna inyección de dinero, resultando esta recapitalización en un mero ajuste contable.

¿Qué incentivos al margen del coste y rentabilidad puede tener el instrumento de resolución? Minimizar el riesgo moral por un lado, y establecer exigencias *ex ante* al gobierno corporativo de los bancos, por otro.

⁴ González García, J. V., “Mecanismo único de resolución bancaria. Aspectos institucionales”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 136, octubre-diciembre 2014, 2014, pp. 283-291.

⁵ Cillán, J.U., “El régimen jurídico de la reestructuración y resolución de entidades de crédito. La compleja transposición al ordenamiento español de la normativa europea”, *Revista general de Derecho Europeo*, (42), 2017, pp.87-127.

En primer lugar, la limitación en la concesión de ayudas públicas se encuentra estrechamente ligada con el riesgo moral (*“moral hazard”*) derivado del rescate bancario con recursos públicos: si una entidad bancaria sabe que, en caso de dificultad, va a ser apoyada con fondos públicos sin necesidad de asumir ningún sacrificio por parte de sus accionistas y acreedores, existe verdaderamente el riesgo de que sus administradores desarrollen un comportamiento más imprudente que si quienes asumieran las pérdidas fueran sus accionistas.

En segundo lugar, las exigencias *ex ante* al gobierno corporativo de una entidad de crédito se fundamentan en que si son los accionistas los que, llegado el momento de la quiebra, los perjudicados viendo sus inversiones reducidas a cero al usarse sus valores para la compensación de pérdidas, estos forzarán a los administradores sociales a asumir menos niveles de riesgo. A mi juicio, los accionistas al ser los más perjudicados en caso de la resolución deben exigir a los administradores comportamientos prudentes, siempre manteniendo bajos niveles de riesgo, ya que al no intervenir ellos en la gestión no disponen de otra manera para protegerse *ex ante*.

La necesidad de una estructura de absorción de las pérdidas que reduzca, en la medida de lo posible, la carga asumida por parte de los contribuyentes en el rescate de entidades financieras en dificultades, exige una reforma de la regulación del sistema financiero, que, desde hace tiempo, se ha convertido en una prioridad para los reguladores⁶.

Dicha modificación de los regímenes de resolución de crisis bancarias se ha ido desarrollando en tres niveles: a nivel internacional mediante los *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, publicados por el *Financial Stability Board* (en adelante, FSB), a nivel comunitario a través de la Directiva de Reestructuración y Resolución Bancaria (DRRB) y, a nivel nacional, con la aprobación en España de la Ley 9/2012, reemplazada por la actual Ley 11/2015, de 18 de junio, sobre recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. Cada uno de estos niveles serán examinados a continuación⁷.

⁶ Albiñana Arroyo, A., “Consecuencias derivadas de la Unión Bancaria Europea: aplicación del MUR”, *op. cit.*

⁷ Cillán, J.U., “El régimen jurídico de la reestructuración y resolución de entidades de crédito. La compleja transposición al ordenamiento español de la normativa europea”, *op.cit.*, pp.87-127.

1. A nivel internacional

Fueron los líderes del G20 en la Cumbre de Cannes de noviembre de 2011, los que iniciaron el proceso de modificaciones relativas al régimen de resolución bancaria. Su principal propósito era establecer un régimen eficaz, dejando atrás el anterior por sus limitaciones en términos de operatividad. Para ello, desarrollaron un documento con el nombre de “*Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*”.

Cabría preguntarse cuales son los elementos básicos que han de incorporarse en un régimen de resolución bancaria para que este sea eficaz ⁸. A continuación voy a exponer los que considero más significativos ⁹:

A. Se debe hacer una distinción inicial entre los bancos sistémicos y los de menos dimensión, ya que los primeros serán sometidos a resolución mientras que los no sistémicos serán objeto de liquidación. En caso de resolución de una entidad sistémica se mantendrá la continuidad de sus funciones críticas durante el proceso de resolución.

B. Se exige la existencia de una autoridad de resolución con amplios poderes de intervención en las entidades bancarias para resolver la entidad de manera rápida y eficaz, evitando mayores deterioros en el balance de la sociedad en quiebra e impedir así el contagio a otras entidades dentro o fuera del país.

C. Es necesario disponer de una gama de herramientas de resolución como son la venta del negocio, la creación de un banco puente, la segregación de activos y el *bail-in*, es otro requisito clave para una resolución eficaz.

⁸ Abascal, M., Fernández de Lis, S. y Pardo, J.C., “ El Mecanismo Único de Resolución en el contexto de la Unión Bancaria.”, *Anuario del Euro 2014*, 2014, pp.185-209.

⁹ Abascal, M., Fernández de Lis, S. y Pardo, J.C., “ El Mecanismo Único de Resolución en el contexto de la Unión Bancaria.”, *op. cit.*, pp.185-209.

D. La aplicación del principio de “*No Creditor Worse Off*”, (en adelante, NCWO) como salvaguardia jurídica para acreedores y accionistas afectados por el procedimiento de resolución, que en ningún caso podrán sufrir un perjuicio mayor al que hubieran sufrido con arreglo a un procedimiento de insolvencia ordinario.

E. La financiación de las entidades de crédito en resolución, deberá ser proporcionada, como regla general, por mecanismos privados como es el fondo de resolución. No obstante, podrán recibir financiación del sector público a través de la actuación del Banco Central Europeo como prestamista de última instancia.

F. Las instituciones financieras y las autoridades deberán contar con unos Planes de Recuperación y Resolución de manera preventiva en relación a la resolubilidad de aquellas.

2. A nivel comunitario

A nivel europeo también se introducen los cambios regulatorios tan esperados mediante la promulgación, el 15 de mayo de 2014, de la Directiva sobre Reestructuración y Resolución de entidades de crédito y servicios de inversión ¹⁰, encargada de regular la prevención de crisis bancarias y garantizar la resolución ordenada de los bancos en quiebra al tiempo de minimizar sus repercusiones sobre la economía real y los fondos públicos. En torno a esta normativa europea gira todo el trabajo de investigación y será analizada en profundidad en el apartado tercero ¹¹

¹⁰ 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) no 1093/2010 y (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 12 de junio de 2014).

¹¹ Abascal, M., Fernández de Lis, S. y Pardo, J.C., “El Mecanismo Único de Resolución en el contexto de la Unión Bancaria.”, *op. cit.*, pp.185-209.

3. A nivel nacional

Por último, llegan las modificaciones del régimen bancario a España, concretamente el 11 de junio de 2015, con la trasposición de la Directiva de Reestructuración y Resolución Bancaria por medio de la Ley 11/2015¹², de 18 de junio, sobre recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. Supone el último paso en la aplicación de un marco de resolución que dota a las autoridades españolas (Banco de España y Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, en adelante, FROB) de los instrumentos y competencias idóneas para la resolución de bancos en quiebra de manera ordenada, asegurando sus funciones críticas sin exponer el riesgo de las pérdidas a los contribuyentes.

Este cambio regulatorio no causó un excesivo revuelo en España puesto que ya disponíamos de una ley de resolución, (Ley 9/2012¹³, de 14 de noviembre, sobre reestructuración y resolución de entidades de crédito) por la que se habían introducido años atrás herramientas legales para la gestión de crisis bancarias, que resultaban ser muy similares a las que traía aparejada la DRRB. La Ley 9/2012 ha sido reemplazada por la ya mencionada Ley 11/2015.

Las nuevas herramientas y competencias de resolución introducidas en España por la Directiva pueden resumirse en cuatro¹⁴:

A. Se instaura un marco institucional de dos niveles. En primer lugar, el Banco de España desarrollaría tareas de pre-resolución divididas en dos unidades: (i) la autoridad de supervisión encargada de examinar el plan de recuperación; (ii) la nueva unidad de resolución orientada a impulsar el plan de resolución.

¹² Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (BOE 19 de junio de 2015).

¹³ Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito (BOE 15 de noviembre de 2012).

¹⁴ Pardo, J. C., Santillana, V., y Martín, G. (2015). “BRRD transposition in Spain: a milestone in implementing an effective resolution regime”. *BBVA Research*, 2015 (disponible en https://www.bbvarsearch.com/wp-content/uploads/2015/06/20150619_BRRD-transposition-in-Spain_vf2.pdf; última consulta el 12/04/2021).

En segundo lugar, una institución independiente responsable de todas las funciones a adoptar en la fase de ejecución de la resolución con el nombre de FROB.

B. Se incorporaran los nuevos instrumentos de resolución que proporcionan un abanico de opciones para afrontar las crisis bancarias. Cabría destacar la nueva jerarquía de créditos, con vistas a la absorción de pérdidas, que brinda el mayor grado de protección a los depósitos minoristas.

C. Se crea un Fondo de Resolución para garantizar la aplicación efectiva de las herramientas de resolución. Este sería constituido con aportaciones anuales de los bancos con un mínimo del 1% de los depósitos cubiertos por todas las entidades. Dicho Fondo de Resolución solo asumirá pérdidas una vez que los accionistas y acreedores hayan asumido previamente unas pérdidas equivalentes al 8% de los pasivos de la entidad en crisis, estableciendo un colchón adicional para los depósitos minoristas incluso, para aquellos no cubiertos por el sistema de garantía de depósitos.

A mi juicio, estas tres novedades buscan en última instancia proteger a los depositantes bancarios en caso de resolución, puesto que ellos no son quienes deber soportar las pérdidas sufridas por la entidad, dejándose esta cuestión en manos de accionistas y acreedores, quienes voluntariamente confiaron en la misma.

D. Se establece un enfoque contractual para la subordinación de la deuda, por lo que se modifica la ley de insolvencia española, convirtiendo la deuda de nivel 3 en factible y creíble. Con esta medida se pretende la armonización de la subordinación deuda a nivel comunitario, uno de los objetivos perseguidos por la DRRB y en ultima recurso por la Unión Bancaria.

CAPÍTULO II. LA DIRECTIVA DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN BANCARIA (DRRB)

Uno de los aspectos más novedosos introducidos por la Directiva es el instrumento de recapitalización interna, más conocido por su denominación en inglés “*bail-in*”. Una de las lecciones aprendidas de la crisis bancaria del año 2008 fue que la utilización de recursos públicos no es una solución eficaz para la gestión de entidades financieras en quiebra. Se propone como alternativa que sean los propios accionistas y acreedores de la entidad en dificultades, los que contribuyan a su recapitalización, absorbiendo con sus valores e instrumentos financieros las pérdidas sufridas por la misma¹⁵.

Otro rasgo significativo de la DRRB es la incorporación de nuevas medidas a adoptar tanto en la fase de actuación temprana como en la propia fase de resolución, que se desarrollarán en el siguiente apartado. El cambio institucional más notable de la DRRB es la fundación de una autoridad de resolución con amplios poderes de intervención en las entidades de crédito tanto para la fijación de medidas *ex- ante* (fases de prevención y de actuación temprana) como para el proceso de resolución ¹⁶.

La herramienta de *bail-in* ha sido fruto de numerosas críticas tanto doctrinales como jurídicas. En cuanto a las doctrinales, destacaría las que defienden que el *bail-in* no es ninguna panacea y que, desafortunadamente, no acabará con los rescates públicos puesto que para el caso de crisis sistémicas, este mecanismo no será capaz de frenar el efecto contagio entre entidades bancarias. Por otro lado, entre las críticas jurídicas, resaltaría las que califican el *bail-in* como un procedimiento expropiatorio, que sin dar audiencia a los interesados, accionistas y acreedores, les hurta su derecho a la propiedad privada recogido en el artículo 1 del protocolo de la Convención de los Derechos Humanos (CEDH, en adelante).

¹⁵ Lantero, F.C., “El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito”, *op. cit*, pp.159-174.

¹⁶ Alberne, C., “La reestructuración de entidades de crédito”, *op.cit*.

Este argumento ha sido escuchado reiteradamente en España, en el caso del Banco Popular, donde accionistas y acreedores sufrieron una expropiación o extracción de todo valor de sus acciones por parte de las autoridades bancarias europeas ¹⁷. A mi juicio, esta crítica no es del todo acertada dado que el test NCWO tiene precisamente por finalidad evitar la intromisión de la resolución en el derecho de propiedad de acreedores y accionistas, no vulnerándose por tanto el CEDH.

De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) , en el caso Dennis Grainger y otros contra Reino Unido en 1675 ¹⁸, sienta precedente para el régimen de resolución bancaria actual, defendiendo la compatibilidad entre el mecanismo de resolución y el protocolo de Convención de Derechos Humanos, estableciendo que la intervención administrativa en entidades financieras es totalmente legítima, debiendo asumir los *stakeholders* recortes en sus derechos económicos.

Si bien es cierto que en aquella época, no existía una normativa de resolución bancaria, pero las conclusiones del Tribunal pueden extrapolarse a los supuestos de la resolución. Se trataba de un banco británico en quiebra, que tras una inyección de liquidez, fue nacionalizado, pagando a los accionistas el valor del justiprecio, que era cero. Los accionistas litigaron ya que entendían que habían sido desposeídos del valor de sus acciones sin haber sido compensados y que les correspondía algún tipo de indemnización dado que dicha tasación era contraria al artículo 1 del Convenio de Derechos Humanos, concretamente al derecho a la propiedad privada. El TEDH subrayó en primer lugar, que la tasación de las acciones no vulneraba el artículo 1 del CEDH y que las autoridades británicas no tenían ningún deber de diligencia frente a los accionistas, al contrario que los administradores ordinarios, y que su deber de diligencia, era solo respecto a los intereses generales, no a los particulares de los accionistas y acreedores.

¹⁷ Torres, R, “Los mecanismos de resolución bancaria en la Unión Europea y los Estados Unidos”, *Derecho y Finanzas*, 2017 (disponible en <https://www.derechoyfinanzas.org/los-mecanismos-de-resolucion-bancaria-en-la-union-europea-y-los-estados-unidos/> , última consulta el 24/05/2021).

¹⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1675 Asunto 34940/10- Dennis Grainger y otros contra Reino Unido, extraído del TEDH.

Así las cosas, se empezará narrando las fases de actuación de la resolución bancaria, siguiendo por los objetivos y herramientas de dicha resolución y, por último se detallarán el instrumento de recapitalización interna y los principios que guían la resolución bancaria.

1. Fases de actuación de la resolución bancaria

Las fases de actuación de la resolución bancaria formuladas por la nueva Directiva de Resolución bancaria son tres: la fase de preparación y prevención, la fase de intervención temprana y en último término, la fase de resolución.

1.1. Preparación y prevención ¹⁹

La etapa de preparación y prevención determina las labores que tienen que llevarse a cabo mientras la entidad esté sana con el fin de minimizar los riesgos potenciales que podrían dar lugar en un futuro, a una resolución bancaria. ¿Cómo se minimizan los riesgos potenciales? Adoptando medidas de carácter preventivo, anticipando escenarios de crisis y previendo posibles soluciones en caso de que la situación financiera de la entidad comience a deteriorarse. En principio, estas medidas deberían ser eficientes en sí mismas, lo que sucede es que las instituciones financieras no siempre cumplen con estos planes de prevención como en el caso del Banco Popular. Al ser los bancos y las autoridades de supervisión los responsables de la creación de los mismos, serán ellos los que respondan en caso de su no elaboración o de su elaboración deficiente.

En primer lugar, en relación a los planes de recuperación, todas las entidades de crédito europeas han de desarrollar y actualizar periódicamente este tipo de planes, que deben de contener medidas dirigidas a la restauración de su situación financiera en caso de que esta sufra un deterioro significativo, teniendo en cuenta que no existe la posibilidad de recurrir a ayudas públicas.

¹⁹ Lantero, F.C., “ El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito”, *op. cit*, pp.159-174.

En segundo lugar, con respecto a los planes de resolución, estos son creados por las autoridades de supervisión, que deben incorporar las acciones de resolución a seguir, en caso de que los planes de recuperación ya no sean viables o hayan fracasado.

1.2. La intervención temprana ²⁰

Dejando a un lado los mecanismos preventivos desarrollados *supra*, existen dos escenarios posibles en los que puede hallarse un banco en dificultades. Por un lado, la intervención temprana y por otro, la resolución. Se producirá la situación de intervención temprana cuando el banco en cuestión no cumpla los requerimientos de solvencia, liquidez, estructura organizativa o control interno. La DRRB incrementa los poderes de las autoridades de supervisión con vistas a intervenir en esta etapa temprana.

El banco problemático tiene la obligación de elaborar un plan de negocio que incluya tanto medidas de mejora de su eficiencia como compromisos de restauración de su solvencia. Algunos ejemplos de este tipo de medidas son:

- A. Las medidas de apoyo financiero encaminadas a recapitalizar el banco con problemas de solvencia;
- B. Las medidas relativas a las decisiones adoptadas por la Junta General de la entidad, como puede ser la limitación del reparto de dividendos o la entrada en funcionamiento de un plan de recuperación;
- C. Las medidas sobre las competencias del órgano de administración, que pueden consistir en el nombramiento de administradores provisionales durante el período de recuperación de la solvencia del banco;
- D. Las medidas con respecto a los acreedores, como por ejemplo, la quita o renegociación de sus créditos.

²⁰ Lantero, F.C., “El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito”, *op. cit.*, pp.159-174.

Como se ha podido comprobar, todas las medidas de intervención temprana buscan evitar por todos los medios la resolución de la entidad, acumulando el mayor capital posible para poder hacer frente a los vencimientos de obligaciones futuras o para solventar los problemas de liquidez.

Por otra parte, la resolución tendrá lugar cuando sea necesaria la reestructuración del banco, con el fin de asegurar la continuidad de sus funciones críticas, preservar la estabilidad financiera, minimizando el impacto de la resolución en el contribuyente.

1.3. La resolución bancaria

Cabría cuestionarse en que supuestos procede la apertura de un procedimiento de resolución. La respuesta reside en el cumplimiento simultáneo de tres condiciones por parte del banco para que este entre en resolución, siendo estas: (a) que sea inviable o tenga probabilidad de serlo en el corto plazo; (b) que no exista una solución privada o acción supervisora que pueda reestablecer su viabilidad en un plazo razonable y; (c) que la medida de resolución sea necesaria por motivos de interés público ²¹.

Respeto a la condición de no viabilidad, la ya mencionada Directiva incluye una serie de parámetros que de ser cumplidos por la entidad en cuestión, esta sería declarada como no viable: (a) que la entidad haya infringido los requisitos regulatorios para conservar su autorización administrativa en particular los relativos a los requerimientos de fondos propios; (b) que el activo de la entidad sea inferior a su pasivo; (c) que la entidad no pueda hacer frente al pago de sus deudas a vencimiento o; d) que la entidad requiera de ayuda financiera pública extraordinaria. Dicha ayuda extraordinaria queda excepcionada por tres motivos cuando se dé en cualquiera de las siguientes formas: (i) una garantía estatal para respaldar instrumentos de liquidez; (ii) una garantía estatal de los pasivos de nueva emisión; (iii) una inyección de fondos propios o adquisición de instrumentos de capital que no otorguen ventaja a la entidad ²².

²¹ Artículo 32.1 de la Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014, *op.cit.*

²² Artículo 32.4 de la Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014, *op.cit.*

En relación al requisito de interés público se considerará que una medida de resolución es de interés público si resulta necesaria para alcanzar, de forma proporcionada, uno o varios de los objetivos de resolución, mientras que una liquidación de la entidad mediante un procedimiento de insolvencia ordinario no permitiría alcanzar en la misma medida dichos objetivos ²³.

Como se adelantaba, la resolución entra en juego en los supuestos más graves de crisis bancarias en los que sea imprescindible la reestructuración y resolución de la entidad. Por ejemplo, cuando una entidad tiene carácter sistémico dada su dimensión, su importancia en la economía europea o del Estado Miembro y su nivel de actividades extrafronterizas, su reestructuración y resolución se convierten en cruciales para frenar el efecto contagio que una quiebra pueda tener en la economía real. No debemos finalizar este apartado sin antes dar una definición precisa sobre el procedimiento de resolución. Se trata del “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 institución bancaria, que es incapaz de superarla por sí misma y, con el objetivo de prevenir el contagio y preservar la estabilidad financiera” ²⁴.

2. Objetivos de la resolución

Todos los objetivos de la resolución tienen el foco de atención en: impedir el efecto que el riesgo sistémico puede provocar en la estabilidad financiera, minimizar el uso de las arcas públicas como mecanismo de rescate y la protección de los depositantes bancarios. Estos tres pilares son evidencia clara de que las reformas introducidas por la DRRB pretenden evitar los errores cometidos en la crisis financiera de 2008. Ahora bien, existen más objetivos que podrían poner en marcha el proceso de resolución, como son ^{25 26} :

²³ Artículo 32.5 de la Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014, *op.cit.*

²⁴ Cillán, J.U., “El régimen jurídico de la reestructuración y resolución de entidades de crédito. La compleja transposición al ordenamiento español de la normativa europea”, *op.cit.*, pp.87-127.

²⁵ Lantero, F.C., “El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito”, *op. cit.*, pp.159-174.

²⁶ Artículo 31 de la Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014, *op.cit.*

- A. Asegurar la continuidad de las funciones esenciales del banco, entendiéndose como tales aquellas cuya interrupción podría afectar negativamente a la economía real y a la estabilidad financiera de uno o más Estados Miembros;
- B. Preservar la estabilidad financiera del país evitando repercusiones negativas importantes, previniendo el contagio y manteniendo la disciplina de mercado;
- C. Conservar los fondos públicos, minimizando la dependencia de ayudas financieras públicas extraordinarias;
- D. Evitar toda destrucción de riqueza innecesaria y minimizar el coste de la resolución;
- E. Proteger a los depositantes cubiertos por los sistemas de garantía de depósitos (en adelante DSGD);
- F. Proteger los fondos y activos de los clientes.

3. Herramientas de la resolución

¿De qué herramientas legales disponen las autoridades de resolución para alcanzar los objetivos desarrollados en el apartado anterior? Si bien son fundamentalmente cuatro, no todas han sido de aplicación práctica aún ²⁷:

- A. Venta del negocio: permite vender, sin el consentimiento de los accionistas y en condiciones de mercado, los activos y pasivos de una entidad de crédito.
- B. Banco Puente: supone la transferencia de parte del negocio tanto activos como pasivos, sin el consentimiento de sus accionistas, a otra entidad con licencia bancaria, de manera temporal con intención o no de fusionarse con una tercera entidad.

²⁷ Lantero, F.C., “ El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito”, *op. cit*, pp.159-174.

C. Segregación de activos: implica la transferencia de los activos problemáticos, es decir, los causantes de la entrada en resolución de la entidad, con el fin de sanear su balance, a una compañía de gestión de activos para administrarlos de manera que se maximice su valor para su posterior liquidación y/o venta.

D. *Bail-in* o recapitalización interna: además de tratarse del aspecto más novedoso de la DRRB, traslada a los accionistas y acreedores la carga del saneamiento de la entidad, absorbiendo estos sus pérdidas en lugar de la utilización de recursos públicos para rescatar al banco en quiebra.

Adicionalmente, podemos referirnos a otros dos instrumentos alternativos que procuran la recapitalización bancaria pero, exigen que accionistas y acreedores del banco en crisis hayan asumido previamente unas pérdidas equivalentes al 8% del total de pasivos de la entidad, requisito no exigido en las cuatro medidas iniciales. Estas dos alternativas reciben el nombre de Fondo de resolución bancaria e inyecciones de dinero público, considerándose estas últimas como una opción de último recurso, limitándose su utilización a situaciones muy extraordinarias, de crisis sistémicas, para preservar el interés público y la estabilidad financiera ²⁸. De esta última afirmación podemos extraer que el *bail-out* ha dejado de ser el mecanismo de rescate por excelencia, ocupando dicho puesto el *bail-in*.

4. *Bail-in* o instrumento de recapitalización interna

El instrumento de realización interna, que como ya se ha mencionado anteriormente en este trabajo, se conoce por su denominación anglosajona *bail-in*, es la piedra angular de la DRRD y responde a la idea de que la utilización de dinero público para el rescate de entidades financieras ha de ser mínima y en situaciones muy extraordinarias. Surge entonces la cuestión de quienes han de contribuir a la reducción del déficit de capital: serán los accionistas y acreedores subordinados los encargados.

²⁸ Abascal, M., Fernández de Lis, S. y Pardo, J.C., “El Mecanismo Único de Resolución en el contexto de la Unión Bancaria.”, *op. cit.*, pp.185-209.

Se comienza por los accionistas puesto que al ser los propietarios de la entidad incurso en la situación de recapitalización interna, han asumido el riesgo de que la empresa obtuviera ganancias o pérdidas y , desafortunadamente deberán asumir las consecuencias de que la misma haya fracasado en su negocio. En segundo lugar irán los tenedores de deuda subordinada, que asumieron un mayor riesgo que los acreedores ordinarios, a cambio de una mejor retribución, que en este caso no se ha materializado. En lo que respecta a los acreedores ordinarios, también se verán afectados por esta medida de resolución. Bien es cierto que no todos los acreedores se verán afectados por dicha medida, algunos se verán excluidos por motivos de estabilidad financiera, por su carácter privilegiado o sencillamente por razones operativas ²⁹.

Las tres características, que diferencian a la recapitalización interna de otras herramientas de resolución y , que tienen como epicentro la protección de los depositantes bancarios , son ³⁰:

A. Los pasivos susceptibles de hacer frente a las pérdidas bancarias son los no garantizados, concretamente, accionistas, tenedores de deuda *junior* y *senior* y, los depositantes con importes superiores a 100.000 euros, que no estén cubiertos por el Fondo de Garantía de Depósitos (en adelante, FGD). De esto se traduce que tantos los pasivos como los depósitos garantizados quedan excluidos del *bail-in*.

B. Los depositantes minoristas no cubiertos por el FGD, se sitúan en un grado superior en el orden de prelación de absorción de las pérdidas. En este sentido, los depósitos particulares y de pymes superiores a 100.000 euros, tan solo absorberán pérdidas una vez que los accionistas, los tenedores de deuda *junior* y *senior* y, los depositantes , cuyos depósitos no estén cubiertos por el FGD, hayan asumido unas pérdidas del 100%.

²⁹ Lantero, F.C.,“ El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito”, *op. cit*, pp.159-174.

³⁰ Abascal, M., Fernández de Lis, S. y Pardo, J.C.,“ El Mecanismo Único de Resolución en el contexto de la Unión Bancaria.”, *op. cit*, pp.185-209.

C. Las entidades bancarias han de cumplir con un ratio mínimo de pasivos “bailinables”, es decir, una cifra de pasivos suficientes para realizar una recapitalización interna en caso de que fuese necesario. Este ratio, conocido por sus siglas en inglés MREL “*Minimum Required Eligible Liabilities*”, se expresa como un porcentaje del total de pasivos de la entidad.

4.1. Reglas de jerarquía del *bail-in*

Si bien las pautas jerárquicas que han de seguirse al tiempo de aplicar el *bail-in*, están inspiradas en los principios de prelación de créditos de Derecho concursal, los objetivos a los que aspira la liquidación concursal se oponen a los de la resolución bancaria. La liquidación concursal tiene con fin último la protección de los intereses de los acreedores, fundamentando dicha protección en el principio de universalidad y de la *par conditio creditorum*, maximizando en todo caso el valor de la masa activa ³¹.

A mi parecer, son los intereses privados los que guían la regulación concursal mientras que la resolución persigue la tutela de intereses públicos como es el reducir el coste total que una crisis bancaria tienen para el conjunto de la sociedad. De esta forma, al ser el procedimiento concursal lento y garantista, dificulta el logro de los fines pretendidos con la resolución ³². Por ello, se desarrolla un procedimiento propio para crisis bancarias, que busca actuar de manera rápida y eficiente, otorgando a la autoridad competente el control sobre la institución en quiebra evitando no solo un mayor deterioro de su situación financiera sino impidiendo el contagio a otras entidades o países, que puede tener un efecto multiplicador para la estabilidad financiera del país. Lo que escapa a mi entender es el porqué de la utilización de la prelación concursal de créditos en el sistema de resolución, si la liquidación concursal no solo utiliza un procedimiento dispar sino que además apunta a intereses contrapuestos a los de la resolución ³³:

³¹ Albiñana Arroyo, A., “Consecuencias derivadas de la Unión Bancaria Europea: aplicación del MUR”, *op. cit.*

³² Albiñana Arroyo, A., “Consecuencias derivadas de la Unión Bancaria Europea: aplicación del MUR”, *op. cit.*

³³ Lantero, F.C., “El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito”, *op. cit.*, pp.159-174.

A. Los accionistas y socios serán los primeros en soportar las pérdidas sufridas por la entidad en la que han invertido;

B. Los acreedores subordinados serán los siguientes en contribuir a la reducción del déficit de capital de la entidad en dificultades;

C. Los acreedores de un mismo rango serán tratados de forma semejante (*par conditio creditorum*), salvo que se disponga lo contrario;

D. Ningún accionista u acreedor afectado por la resolución, podrá sufrir pérdidas superiores a las que hubiera asumido de haber mediado un procedimiento concursal. Esta regla fundamental del *bail-in*, que se considera Principio General en el Derecho de la UE, se conoce por el nombre de “*No Creditor Worse Off*”. Este principio da derecho a una compensación si se consigue demostrar que en un procedimiento concursal se hubiera percibido una cantidad mayor por los instrumentos financieros en posesión. Es decir, se ha recibido un trato peor mediante la recapitalización interna, del que se hubiera obtenido en el marco de un procedimiento de insolvencia.

5. Principios de la resolución bancaria

La Directiva 2014/59/UE introduce dos salvaguardias jurídicas encaminadas a garantizar que las medidas de la resolución bancaria sean compatibles con el derecho de propiedad de accionistas y acreedores subordinados, siendo estas la prueba del interés público y la prueba del NCWO.

A. Prueba del interés público

Mediante la prueba del interés público, las autoridades de resolución examinan si la medida de resolución es necesaria para cumplir con objetivos de interés público, como es el garantizar la estabilidad del sistema financiero, evitando un gasto público excesivo y minimizando las distorsiones de competencia. El motivo del interés público puede justificar determinadas restricciones al derecho de propiedad de accionistas y acreedores.

Con vistas a asegurar que la medida de resolución adoptada por razones de interés público sea compatible con el derecho de propiedad de accionistas y acreedores, se exige que la privación de este derecho sea proporcionada, cumpliendo por tanto, con el principio NCWO, que será detallado seguidamente ³⁴.

B. Prueba “No Creditor Worse Off”

La prueba NCWO sirve de punto de referencia para las autoridades de resolución respecto a la proporcionalidad del reparto de las cargas derivado de la medida de resolución, evitando que la esencia del derecho de propiedad se vea afectada.

Esta cláusula conocida por su denominación anglosajona “*No Creditor Worse Off*” ha sido incorporada a la DRRB, en su artículo 34 ³⁵, como uno de los principios generales que rigen la resolución bancaria, y reza así : “ningún accionista u acreedor afectado por la resolución, podrá sufrir pérdidas superiores a las que hubiera asumido de haber mediado un procedimiento concursal. De esta manera, los acreedores tendrán derecho a una compensación cuando no reciban como mínimo lo que habrían recibido en una procedimiento de liquidación según el régimen de insolvencia aplicable” ³⁶. Esta cláusula está muy ligada al principio de proporcionalidad que requiere que las medidas de resolución aplicadas sean las apropiadas para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlos”, evitando así que los acreedores suporten cargas injustificadas y excesivas ³⁷.

³⁴ Grünewald, S., “Legal challenges of bail-in”, *European Central Bank Eurosystem*, 2017.

³⁵ Artículo 34 de la Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014, *op.cit.*

³⁶ Pernías Solera, S., “La quita y la conversión de los acreedores bancarios. El bail-in”. Resumen del contenido *Trabajo de investigación IEB*, 2013. pp.103-104. Repositorio IEB.

³⁷ Grünewald, S., “Legal challenges of bail-in”, *op.cit.*

CAPITULO III. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA DRRB

Para una mayor comprensión de las modificaciones, sobre los regímenes de resolución de crisis bancarias, introducidas por la Directiva 2014/59/UE, se van a estudiar detenidamente tres supuestos de bancos en quiebra que aparentemente poseían problemas de liquidez y solvencia similares pero, que a la luz de la nueva regulación comunitaria, fueron resueltos de manera distinta. El primer supuesto recoge la resolución del Banco Popular al que se le aplicó la herramienta de resolución venta del negocio. El segundo supuesto describe la liquidación concursal de dos bancos italianos Veneto Banca y Banca Popolare di Vicenza, ante la falta del requisito del interés público necesario para la aplicación del mecanismo de resolución bancaria. El tercer y último supuesto, narra la aplicación de una excepción a las medidas de resolución de la DRRB, cuando proceda una recapitalización pública de carácter preventivo a una entidad bancaria que aún siendo solvente no cumpla con los requisitos mínimos de capital reglamentario.

1.Caso Banco Popular

1.1. Historia del Banco Popular ³⁸

El Banco Popular fue constituido en 1926 bajo el nombre *Banco Popular de los Previsores del Porvenir*. En 2017, antes de cumplir 92 años desde su fundación, fue declarado inviable por el Banco Central Europeo y vendido al Banco Santander por la cuantía de un euro, convirtiéndose en la primera institución financiera de toda la UE en ser sometida a un procedimiento de resolución bancaria. Se caracterizó por apoyar a los Clientes Minoritarios, entre los que destacan las pequeñas y medianas empresas (en adelante, PYMES). Los grandes accionistas del Banco Popular antes su declive fueron Black Rock, Antonio del Valle, CréditMutuel y Grupo Allianz.

³⁸ Martínez Fuertes, C., “La historia del Banco Popular”, Resumen del contenido del *Trabajo de Fin de grado Universidad de León*, 2018. , pp. 7-35. Repositorio Universidad de León.

El gran error del Banco Popular, que comparte con otras entidades que se vieron en situaciones de insolvencia similares, fue entrar en el negocio del sector inmobiliario y no provisionar las posibles pérdidas derivadas de los clientes morosos, dado que la mayoría de los créditos concedidos eran de dudoso cobro. Consecuentemente, el Banco se vio en una situación de riesgo de crédito, de riesgo reputacional y de riesgo de liquidez. El primero procedente del impago de los clientes que resultaron ser cada vez más frecuentes. El segundo, provocado por los medios de comunicación que hicieron circular la situación en la que se encontraba el Banco. El tercero, fue debido a la fuga masiva de depósitos por parte de los clientes por miedo a perder todos sus ahorros.

1.2. Cronología del declive del Banco Popular

El inicio del declive del Banco Popular comienza el 26 de mayo de 2016, cuando Ángel Ron, Presidente del Banco en aquel momento, anuncia una ampliación de capital por un importe de 2.500 millones de euros, con el fin de deshacerse de los activos improductivos que arrastraba desde la crisis inmobiliaria. De los datos consignados en la Comunicación de Hechos Relevantes ³⁹ realizada por la entidad a la CNMV, el 26 de mayo de 2016, se infiere que el objetivo del aumento de capital era fortalecer el balance del banco y mejorar los ratios de rentabilidad y solvencia, ocultando, por tanto, información sobre la situación financiera real en la que se encontraba la entidad. Si bien la ampliación de capital concluyó con una sobredemanda del 36% con respecto a los 2,500 millones solicitados inicialmente, la cotización de las acciones de la entidad cayeron vertiginosamente, en un 66%. En mayo de 2017, el Banco Popular publica unas pérdidas de 137 millones de euros y, a principios del año 2018, las pérdidas ascendieron a 13.560 millones. De esta manera, en septiembre de ese mismo año se lleva a cabo un Expediente de Regulación de Empleo (en adelante, E.R.E) , en el que se despiden alrededor de 3.000 empleados y se cierran 302 oficinas ⁴⁰.

³⁹CNMV, “Comunicación de hecho relevante a la Comisión nacional del Mercado de valores”, en fecha de 26 de mayo de 2016 (disponible en <http://www.cnmv.es/portal/HR/verDoc.axd?t={dd55c396-8378-4b06-8834-a06567bc525d}> ; última consulta el 10/02/2021).

⁴⁰ Martínez Fuertes, C., “La historia del Banco Popular”, *op. cit.*

Debido al descontento generalizado en la Junta General de Accionistas por la pésima gestión del Presidente Ángel Ron, este fue destituido a favor Emilio Saracho que consiguió solucionar el malestar económico del Banco Popular, incrementando el valor de las acciones del Banco en un 13,6% el día de su proclamación ⁴¹.

Al mismo tiempo de escucharse rumores sobre una posible intervención del BCE en el rescate de la entidad o de una inyección excepcional de liquidez, aparece el MUR aprobado mediante la Directiva 2014/59/UE, de reestructuración y resolución bancaria, por la que se modificaba en régimen jurídico de supervisión y liquidación de entidades en quiebra. De este modo, se dejaba de recurrir a la financiación pública o *bail-out* para el rescate bancario, siendo los accionistas y acreedores los encargados de recapitalizar la entidad, soportando ellos mismos la totalidad de las pérdidas ⁴².

El 20 de febrero de 2017, el Consejo de Administración de Banco Popular formula las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, que arrojaban unas pérdidas de 3.845 millones de euros. Gran parte de estas pérdidas habían sido provocadas por la dotación tardía de las provisiones debidas, por la exposición del Banco Popular al mercado inmobiliario y a los nuevos criterios de valoración introducidos por la Circular del Banco de España 4/2016. La cotización de las acciones de la entidad se vio perjudicada debido a las bajas calificaciones otorgadas por las agencias de rating ⁴³.

⁴¹ Albiñana Arroyo, A., “Consecuencias derivadas de la Unión Bancaria Europea: aplicación del MUR”, *op. cit.*

⁴² Fernández Acín, I., “Caso Banco Popular”, Resumen del contenido del Trabajo de Fin de Grado *Universidad de Navarra*, 2017, pp. 1-29. Repositorio Universidad de Navarra.

⁴³ Fernández Acín, I., “Caso Banco Popular”, *op.cit.*

El 31 de mayo de 2017, la agencia Reuters publica que la JUR había puesto al Banco Popular en alerta temprana y había comenzado a buscar comprador. El Banco Popular, en los días posteriores a que se hubiera dado a conocer los movimientos de las JUR, sufre una fuga de depósitos de un importe de varios miles de millones de euros, causando una caída de la cotización bursátil a 0,4134 euros por acción, perdiendo la mitad de su valor. Esta fuga de capital provocó una grave falta de liquidez ⁴⁴.

1.3. La resolución del Banco Popular

El 6 de Junio de 2017, el BCE a través del MUS concluye que el Banco Popular no iba a poder hacer frente al pago de sus deudas cuando estas vencieran y por tanto, había alcanzado o iba a alcanzar con alta probabilidad, en un futuro cercano, el punto de no viabilidad recogido en el artículo 32.4 de la DRRB ⁴⁵.

El 7 de Junio de 2017, la JUR iniciaba respecto al Banco Popular una medida de resolución, al darse por cumplidas las tres condiciones exigidas para emprender dicho procedimiento: a) el banco era inviable o existía la probabilidad de que lo fuese a ser; b) no había una solución privada o acción supervisora que pudiese reestablecer su viabilidad en un plazo razonable; c) la resolución era necesaria por motivos de interés público, teniendo en cuenta que el Banco Popular era el sexto banco más importante de España y uno de los principales actores de la financiación hipotecaria y de los préstamos de las pymes, su liquidación hubiera sido un acontecimiento histórico en el país ⁴⁶.

⁴⁴ Guarascio, F., “La UE, advertida de riesgo de una resolución ordenada en Banco Popular”, *Reuters*, del 31 de mayo de 2017 (disponible en <https://es.reuters.com/article/topNews/idESKBN18R2CS-OESTP>; última consulta el 10/02/2021).

⁴⁵ European Central Bank, “ECB determined Banco Popular Español S.A. was failing or likely to fail”, *Press Release*, 7 June 2017 (disponible en https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/presbce2017_68en.pdf; última consulta el 20/03/2021).

⁴⁶ Decision of the Single Resolution Board in its executive session of 7 June 2017 concerning the adoption of a resolution scheme in respect of Banco Popular Español, S.A., SRB/EES/2017/08 (disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/srb_decision_srb_ees_2017_08_non-confidential_scanned.pdf; última consulta el 20/03/2021).

La JUR, teniendo en cuenta los objetivos de la resolución, decide que de las cuatro herramientas de resolución propuestas por la DRRB, la venta del negocio era la más adecuada. De los cinco posibles compradores, CaixaBank, Sabadell, Bankia, BBVA y Santander, el Santander fue el único que presentó una oferta vinculante, fundamentando los demás que no estaban interesados en la adquisición. Así pues, la JUR ordena vender, una vez amortizadas y convertidas las acciones y otros instrumentos de capital, el Banco Popular al Banco Santander por el importe de 1 euro.

Por ende, la Comisión Rectora del FROB ⁴⁷, con el objetivo de implementar la medida de resolución adoptada por la JUR, determina :

- A. La reducción del capital del Banco Popular (2.098.429.046 EUR) a cero, amortizando la totalidad de sus acciones con el fin de constituir una reserva voluntaria indisponible.
- B. La ejecución simultánea de un aumento de capital convirtiendo a acciones los instrumentos de capital adicional de nivel 1 (1.346.542.000 EUR).
- C. La disminución a cero del capital social por medio de la amortización de las acciones resultantes del canje de los instrumentos de capital adicional de nivel 1 con el objeto de establecer una reserva voluntaria no distribuible.
- D. El aumento sincrónico de su capital mediante la conversión de los instrumentos de capital adicional de nivel 2 en acciones (684.024.000 EUR).

⁴⁷ Resolución de la Comisión Rectora del FROB de fecha 7 de junio de 2017, por la que se acuerda adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta Única de Resolución, en su Sesión Ejecutiva Ampliada de fecha 7 de junio de 2017, por la que se ha adoptado el dispositivo de resolución sobre la entidad Banco Popular Español, S.A., en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 del 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 1093/20 (disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/InformacionInteres/Mur/ficheros/frob070617.pdf> ; última consulta el 17/04/2021).

E. La transferencia de las nuevas acciones del Banco Popular al Banco Santander por el precio de 1 euro.

1.4. Valoración de la diferencia de trato ⁴⁸

Se va a exponer la valoración de la diferencia de trato efectuada por Deloitte , en calidad de valorador independiente, encaminada a garantizar el cumplimiento del principio NCWO en la aplicación de la medida de resolución venta del negocio. Este principio significa que “ningún accionista u acreedor afectados por una medida de resolución podrá incurrir en pérdidas superiores a las que hubieran sufrido si la entidad, hubiera entrado en liquidación”. Por este motivo, se lleva a cabo una comparativa entre el trato recibido por accionistas y acreedores en un proceso de resolución y, en un procedimiento de insolvencia ordinario.

Se han considerado tres escenarios alternativos de insolvencia, siendo el más optimistas una liquidación y reestructuración a 7 años, donde las realizaciones totales de activos ascienden a un 82% del balance financiero con fecha 6 de junio de 2017. En este escenario, accionistas y acreedores no recibirían ninguna recuperación, cumpliéndose el principio NCWO. Además, si se hubiera iniciado un procedimiento de insolvencia, este habría dado lugar a una liquidación planificada. El proceso de liquidación, a diferencia de la resolución, destruye valor per se, por las razones posteriores: el cese abrupto de las actividad del negocio; la pérdida de la clientela; un procedimiento ineficiente de realización de activos; así como costes y reclamaciones adicionales. Teniendo en cuenta que el Banco Popular era el sexto banco más importante de España y uno de los principales actores de la financiación hipotecaria y de los préstamos de las PYMES, su liquidación hubiera sido un acontecimiento histórico en el país, con alto riesgo de provocar una crisis sistémica a nivel nacional.

⁴⁸ Deloitte, “Valoración de la diferencia de trato Banco Popular Español”, *Informe valoración 3 Single Resolution Board*, 2018, (disponible en Recuperado el 17 de abril de 2021: https://srb.europa.eu/sites/default/files/20180806_informe_valoracion_3_no_confidencial.pdf; última consulta el 20/04/2021).

Por tanto, en un procedimiento de insolvencia no se habrían podido esperar recuperaciones para los accionistas y acreedores subordinados afectados, no habiendo diferencia en el trato si se compara con la resolución emprendida para el Banco Popular.

Conviene hacer ciertas puntualizaciones sobre el escenario de liquidación propuesto: en primer lugar, en el escenario más optimista, de un período de reestructuración de 7 años, las pérdidas hubieran sido superiores que para el caso de la resolución, llegando a sufrir pérdidas aquellos acreedores sin garantías; en segundo lugar, accionistas y acreedores de otras entidades del Grupo hubieran sufrido pérdidas en los tres escenarios de insolvencia planteados, mientras que en la resolución, las pérdidas se limitarían a los accionistas y acreedores afectados del Banco; en tercer lugar, el FGD hubiera sufrido unas pérdidas de en torno a los 2.000 millones de euros en el Banco Pastor.

2. Caso Veneto Banca y Banca Popolare di Vicenza

Veneto Banca y Banca Popolare di Vicenza, dos entidades financieras de origen italiano, se encontraban desde hace tiempo en una situación económica y financiera desfavorable. Sin ninguna previsión de mejora y con grandes problemas de liquidez, estas entidades presentaban una situación similar a la del Banco Popular. No obstante, la actuación de la institución europea fue totalmente distinta, de ahí su motivo de estudio.

El 23 de junio de 2017, el BCE a través del MUS concluye que las entidades Veneto Banca y Banca Popolare di Vicenza tras haber infringido repetidamente los requisitos mínimos de capital regulatorio, habían alcanzado o iban a alcanzar con alta probabilidad, en un futuro cercano, el punto de no viabilidad recogido en el artículo 32.4 de la DRRB.

En virtud de la normativa prevista en artículo 32.1 de la Directiva de Reestructuración y Resolución Bancaria, para que la JUR inicie una medida de resolución se tienen que cumplir tres condiciones: a) el banco sea inviable o exista la probabilidad de que lo fuese a ser; b) no haya una solución privada o acción supervisora que pudiese reestablecer su viabilidad en un plazo razonable; c) la resolución fuera necesaria por motivos de interés público ⁴⁹.

En este caso, a diferencia de lo ocurrido con el Banco Popular Español donde sí se dieron por cumplidas las tres condiciones que conducían al procedimiento de resolución bancaria y a su posterior venta al Banco Santander, no se considera que se cumpla la condición del apartado c) relativa a que la medida de resolución sea necesaria para el interés público.

A tal efecto, a pesar de que el BCE calificase a Veneto Banca como una institución de dimensión significativa, dadas sus escasas interconexiones financieras y operativas con otras entidades financieras del país, la JUR concluye que la condición del interés público no se cumple puesto que “ninguno de los dos bancos, ni Veneto Banca ni Banca Popolare di Vicenza, proporcionaba funciones críticas, y no sería de esperar que su quiebra tuviera un impacto adverso significativo sobre la estabilidad financiera de Italia en su conjunto”. Es más, si ambas entidades se llegarán a fusionar se situarían en la octava posición dentro del sector bancario italiano, sin convertirse en una entidad sistémica relevante. Asimismo, el procedimiento de insolvencia ordinario italiano lograría los objetivos de la resolución en la misma medida ⁵⁰.

⁴⁹ Decision of the Single Resolution Board in its executive session of 23 June 2017 concerning the assessment of the conditions for resolution in respect of Veneto Banca S.p.A. (the “Institution”), with the Legal Entity addressed to Banca d’Italia in its capacity as National Resolution Authority, SRB/EES/2017/11 (disponible en https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/srb-ees-2017-12_non-confidential.pdf; última consulta el 11/04/2021).

⁵⁰ El Economista.es., “La UE ordena liquidar los italianos Banca Popolare di Vicenza y Veneto Banca”, *El Economista*, 2017 (disponible <https://www.eleconomista.es/banca-finanzas/noticias/8453189/06/17/La-UE-ordena-liquidar-los-italianos-Banca-Popolare-di-Vicenza-y-Veneto-Banca.html>, última consulta el 17/04/2021).

Por ende, la JUR ordena liquidar las entidades Veneto Banca y Banca Popolare di Vicenza, con arreglo al procedimiento de insolvencia ordinario, es decir, conforme a la ley bancaria italiana, dejando abierta la posibilidad de que el Estado italiano decidiese otorgar alguna ayuda pública de carácter financiera, siempre que se cumplieran las condiciones de ayudas de Estado recogidas en la Comunicación bancaria del 2013.

Si bien las inyecciones de dinero público exigen la aplicación del *burden-sharing*, “reparto de la carga” por la que accionistas y tenedores de deuda subordinada están obligados a absorber parte de las pérdidas, es mucho menos estricto que para el supuesto de la resolución. Precisamente, los tenedores de deuda senior y los depositantes están excluidos de este reparto de la carga ⁵¹.

En resumen, la decisión de la JUR demuestra que aparentemente se han alcanzado las mismas garantías, en relación a los accionistas y acreedores de dichas entidades, mediante el procedimiento de insolvencia italiano, que si se hubiera procedido a la resolución de ambas entidades.

3. Caso Kotnik

3.1. La Comunicación Bancaria 2013 ⁵²

El caso Kotnik tiene como trasfondo legal el marco jurídico sobre ayudas estatales creado para hacer frente a las crisis financieras, siendo el elemento central de dicho marco normativo la Comunicación bancaria de 2013. Por esta razón, antes de entrar a analizar el caso en cuestión, se procede a describir brevemente las ayudas estatales y la Comunicación bancaria de 2013.

⁵¹ El Economista.es., “La UE ordena liquidar los italianos Banca Popolare di Vicenza y Veneto Banca”, *op.cit.*

⁵² Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera («Comunicación bancaria»), 2013/C 216/01, Diario oficial de la Unión Europea.

En primer lugar, las inyecciones de dinero público, se consideran como una opción de último recurso, limitándose su utilización a situaciones muy extraordinarias, de crisis sistémicas, para preservar el interés público y la estabilidad financiera.

En segundo lugar, la Comunicación Bancaria de 2013 propone limitar la concesión de ayudas públicas de rescate bancario, siendo los accionistas y acreedores los que deben contribuir en la mayor medida posible a la reestructuración con sus propios recursos, con el objetivo de limitar las distorsiones de competencia entre bancos y entre los distintos Estados Miembros ⁵³.

A este respecto, la Comunicación Bancaria contempla dos escenarios para la concesión de ayudas estatales: (a) el banco no puede cumplir con los requisitos mínimos de capital regulatorio o, (b) cumpliéndose los requisitos de capital mínimo, una autoridad de supervisión competente identifica un déficit de capital, p. ej. como resultado de una prueba de esfuerzo (recapitalizaciones cautelares).

Para terminar, el principio rector de la Comisión es que cuanto mayor sea el reparto de la carga a accionistas y acreedores , menor será la necesidad de establecer medidas que limiten las distorsiones de la competencia.

⁵³ Lucchini, S., Moscianese, J., de Angelis, I., & Di Benedetto, F., “State Aid and the Banking System in the Financial Crisis: From Bail-out to Bail-in”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, pp. 88-98.

3.2. Análisis del caso Kotnik ⁵⁴

El 19 de julio de 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) da a conocer su decisión sobre el “caso Kotnik”, que versaba sobre las medidas de reestructuración adoptadas por el Banco Central de Eslovenia (Banka Slovenije) respecto a otros cinco bancos (Nova Ljubljanska banka, Nova Kreditna banka Maribor, Abanka Vipava, Probanka y Factor banka) que necesitaban apoyo público debido a la situación financiera en la que se encontraban.

El Gobierno esloveno con el fin de ajustarse a la normativa europea, en particular a la Comunicación Bancaria de 2013, reformó su ley bancaria concediendo al Banco Central de Eslovenia la facultad de cancelar los pasivos bancarios admisibles, es decir, el capital de la entidad bancaria, la deuda subordinada y otros pasivos correspondientes a instrumentos financieros híbridos. De este modo, el Banco Central de Eslovenia procedió a la cancelación de todos los pasivos admisibles en cada uno de los cinco bancos. Por ende, se interpusieron varios recursos ante el Tribunal Constitucional esloveno (en adelante, TC) cuestionando la constitucionalidad de las nuevas disposiciones legales del sector bancario que otorgaban al Banco Central Esloveno la capacidad de cancelar pasivos bancarios en situaciones puntuales. El TC se vio obligado a suspender su decisión y solicitar una cuestión prejudicial al TJUE al exceder la controversia al ámbito nacional.

Tanto el dictamen del Abogado General (en adelante, AG) como la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJUE) son de especial importancia, con vistas a entender el funcionamiento de las ayudas estatales para los casos en los que no aplica ni la DRRB ni el *bail-in* que contiene la misma. De hecho, el apartado 4 letra d) inciso iii) del artículo 32 de la DRRB recoge una excepción a las medidas de resolución, incluida el *bail-in*, para los supuestos en los que procede realizar una recapitalización pública de carácter preventivo a aquellos bancos que aún siendo solventes no cumplen con los requisitos mínimos de capital reglamentario.

⁵⁴ Lucchini, S., Mosciandese, J., de Angelis, I., & Di Benedetto, F., “State Aid and the Banking System in the Financial Crisis: From Bail-out to Bail-in”, *op.cit.*

Estas inyecciones de dinero público deben limitarse estrictamente a cubrir los déficit de capital hasta que se cumplan los niveles mínimos. Por otra parte, esta excepción no supone la no aplicación de la medida de reparto de cargas de la Comunicación Bancaria de 2013 por parte de los accionistas y acreedores subordinados del banco beneficiado por la ayuda pública.

En lo que respecta al análisis de las ayudas estatales, las cuestiones de mayor relevancia, plantadas por el TC esloveno son: en primer lugar, los efectos vinculantes de la Comunicación bancaria de 2013; en segundo lugar, la compatibilidad del reparto de cargas con el principio de confianza legítima y con el derecho de propiedad y; en tercer lugar, la aplicación del principio de proporcionalidad a las disposiciones sobre el reparto de cargas.

A. Sobre los efectos vinculantes de la Comunicación bancaria de 2013⁵⁵

Con respecto al carácter vinculante de la Comunicación Bancaria de 2013, el TJUE verifica lo expuesto previamente por el abogado general, de manera que “la Comisión podrá adoptar directrices con el objetivo de establecer los criterios conforme a los cuales va a evaluar la compatibilidad de las medidas de ayuda previstas por los Estados miembros con el mercado interior”. No obstante, “al adoptar tales directrices y anunciar mediante su publicación que se aplicarán a los casos a los que se refieren, la Comisión está imponiendo un límite al ejercicio de esta facultad de apreciación y no puede, por regla general, apartarse de dichas directrices, so pena de que se considere que vulnera Principios Generales del Derecho, como son la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima”. Por ende, la Comunicación bancaria sólo constituye una autolimitación del poder de la propia Comisión, conservando los Estados miembros el derecho a exigir la aplicación del artículo 107 del TFUE en vez de la Comunicación bancaria de 2013, debiendo la Comisión “examinar las circunstancias excepcionales específicas invocadas por un Estado miembro, en un caso concreto, para solicitar la aplicación directa del artículo 107, apartado 3, letra b), del TFUE, y motivar su negativa en caso de no conceder dicha solicitud”.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 19 de julio de 2016 Asunto C-526/14- Kotnik y otros, extraído de InfoCuria.

B. Sobre la compatibilidad del reparto de cargas con la confianza legítima y el derecho de propiedad ⁵⁶

En lo que respecta al derecho a invocar el principio de confianza legítima, la jurisprudencia del TJUE lo concibe como Principio General del Derecho de la UE, conforme el cual “cualquier expectativa de este tipo solo puede surgir cuando una persona ha recibido garantías precisas, incondicionales y coherentes procedentes de fuentes autorizadas y fiables”.

Podría pensarse que, accionistas y acreedores subordinados se encontraban en condiciones de invocar el principio de confianza legítima como motivo de objeción a la aplicación de las medidas de distribución de la carga, puesto que no recibieron “ninguna garantía de la Comisión de que ésta aprobaría las ayudas de Estado destinadas a superar el déficit de capital de estos bancos ni tampoco, de que algunas de estas medidas no podrían ser perjudiciales para sus inversiones”. Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto por el AG Wahl, la actuación de la Comisión antes de 2013 “no puede entenderse como garantía precisa incondicional y coherente” en el sentido al que se refiere la jurisprudencia del TJUE.

En relación a la compatibilidad del reparto de cargas con el derecho de la propiedad de accionistas y acreedores subordinados, el TJUE ha alcanzado las mismas conclusiones que el AG: “el derecho de propiedad no es absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en sociedad. Por consiguiente, el ejercicio del derecho de propiedad puede ser restringido, siempre y cuando estas restricciones se deban a objetivos de interés público perseguidos por la Unión y no constituyan, una injerencia desproporcionada e intolerable que afecte a la esencia misma del derecho garantizado”.

⁵⁶ Lucchini, S., Mosciandese, J., de Angelis, I., & Di Benedetto, F., “State Aid and the Banking System in the Financial Crisis: From Bail-out to Bail-in”, *op.cit.*

A tal efecto, “el fin de garantizar la estabilidad del sistema financiero, evitando así un gasto público excesivo y minimizando las distorsiones de la competencia, constituye un objetivo de interés público que puede justificar determinadas restricciones del derecho de propiedad”. Para evitar que la esencia del derecho de propiedad se vea afectada, toda privación de este derecho debe ser proporcionada, es decir, debe cumplir con el principio “*No Creditor Worse Off*” (NCWO). En este sentido, la distribución de la carga será considerada compatible con el derecho de propiedad si “desde un punto de vista económico, dichas medidas de reparto de cargas no causan un perjuicio al derecho de propiedad mayor, al que los inversores hubieran sufrido en el marco de un procedimiento de insolvencia que hubiera seguido a la no concesión de las ayudas estatales”.

C. Sobre la aplicación de la proporcionalidad a las disposiciones de reparto de cargas⁵⁷

De conformidad con lo establecido por el TJUE, tanto el reparto de cargas aplicado a los acreedores subordinados, como la conversión o amortización de sus instrumentos, debe respetar el principio de proporcionalidad. La proporcionalidad puede definirse como “un principio general del Derecho de la UE que requiere que las medidas aplicadas a través de sus provisiones sean apropiadas para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por la legislación de que se trate y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlos”. Precisamente, “el hecho de que una medida de ayuda estatal cumpla los criterios establecidos en la Comunicación bancaria (de 2013) supone una condición suficiente para que la Comisión declare esa medida es compatible con el mercado interior”. Si bien el TJUE limita su análisis sobre la relación entre el reparto de las cargas y el principio de proporcionalidad estrictamente a los acreedores subordinados, el abogado general Wahl también revisa la posición de los accionistas.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 19 de julio de 2016 Asunto C-526/14- Kotnik y otros, extraído de InfoCuria.

Concretamente, el AG Wahl resalta la importancia del respeto del principio de proporcionalidad también para los accionistas que, al igual que los acreedores subordinados, no deben soportar cargas injustificadas y excesivas. Esta comprobación corresponde al Tribunal Constitucional esloveno.

Por otra parte, el TJUE subraya que “un Estado miembro no está obligado, por tanto, a imponer a los bancos en dificultades, antes de la concesión de cualquier ayuda estatal, la obligación de convertir los derechos subordinados en fondos propios o de efectuar una amortización del principal de los mismos, ni la obligación de garantizar que dichos derechos contribuyan plenamente a la absorción de las pérdidas”. Sin embargo, corre el riesgo de que la Comisión declare la ayuda estatal incompatible con el mercado interior.

Ahora bien, el TJUE sostiene que, conforme a lo recogido en el punto 45 de la Comunicación bancaria de 2013, “no puede imponerse a un banco la obligación de efectuar la conversión o la amortización, de los derechos subordinados en su totalidad antes de la concesión de la ayuda estatal si, entre otras cosas, la conversión o la amortización, de una parte de los derechos subordinados habría sido suficiente para superar el déficit de capital de la entidad de referencia”.

De esta decisión se desprende que, cuando un Estado miembro quiera adoptar una recapitalización cautelar con fondos públicos, una vez ejecutada una evaluación ex ante, con motivo de certificar que la aplicación de las medidas de reparto de cargas a los derechos subordinados puede limitarse a una parte de estos derechos, su Gobierno debería poder actuar siguiendo el procedimiento siguiente: a) aplicar medidas de reparto de cargas ex ante a los accionistas antes de la recapitalización cautelar; b) notificar a la Comisión la concesión de una ayuda limitada (es decir, la recapitalización cautelar); c) aplicar, en último término, medidas de reparto de cargas ex post a los acreedores subordinados, en contra de lo previsto en la Comunicación Bancaria de 2013, que exige una aplicación completa y ex ante.

Para cumplir con el principio de proporcionalidad, las deudas subordinadas serán objeto de amortización o conversión en capital, pero sólo en la medida estrictamente necesaria para superar el déficit de capital, sugiriendo el TJUE “la posibilidad de aplicar medidas como la amortización o la conversión en capital a un porcentaje de todas las deudas subordinadas, y no a todas ellas como exigía inicialmente la Comunicación Bancaria de 2013”.

D. Conclusiones⁵⁸

Según las posturas adoptadas por AG Wahl, y el TJUE, los Estados Miembros salvo en los casos que proceda la aplicación de la DRRB y para los casos en los que solo se apliquen las normas de las ayudas estatales (recapitalizaciones cautelares), son libres para decidir sobre la aplicación de medidas de ayuda estatal a los bancos aún cuando no se cumplan los requisitos indicados en la Comunicación Bancaria de 2013, incluida la aplicación del reparto de cargas a los acreedores subordinados. Como ya se ha dicho, el gobierno nacional tendrá que justificar la inaplicabilidad de la Comunicación bancaria de 2013 al caso en cuestión y, en consecuencia, la Comisión tendrá la obligación de verificar, a la luz del artículo 107 TFUE, apartado 3, letra b) y del principio de proporcionalidad, la exactitud de las suposiciones del Estado miembro, teniendo que probar este último, que si el rescate se aplicara a las deudas subordinadas se producirían efectos adversos y desproporcionados a los acreedores.

⁵⁸ Lucchini, S., Moscianese, J., de Angelis, I., & Di Benedetto, F., “State Aid and the Banking System in the Financial Crisis: From Bail-out to Bail-in”, *op.cit.*

CONCLUSIONES

La reciente crisis financiera de 2008 ha puesto de manifiesto la insuficiencia a nivel de la UE de las herramientas legales adecuadas tanto a nivel de los Estados miembros como a nivel comunitario para la gestión eficaz de crisis bancarias. Por ende, el 15 de mayo de 2014 se promulga la ansiada Directiva sobre Reestructuración y Resolución de entidades de crédito (DRRB), encargada de regular la prevención de crisis bancarias y garantizar la resolución ordenada de los bancos en quiebra al tiempo de minimizar sus repercusiones sobre la economía real y los fondos públicos. De entre las herramientas introducidas por la nueva Directiva, destaca como aspecto más novedoso la recapitalización interna o *bail-in* por trasladar a accionistas y acreedores la carga del saneamiento de la entidad en dificultades, absorbiendo estos sus pérdidas en lugar de la utilización de fondos públicos para el rescate.

La apertura de un procedimiento de resolución exige que se den tres condiciones simultáneamente: que el banco sea inviable o tenga probabilidad de serlo en el corto plazo, que no exista una solución privada o acción supervisora que pueda reestablecer su viabilidad en un plazo razonable y, por último, que la medida de resolución sea necesaria por motivos de interés público como puede ser el asegurar la continuidad de sus funciones críticas o el preservar la estabilidad financiera del país o incluso de UE, evitando toda destrucción de riqueza innecesaria. Con el objetivo de que la medida de resolución no vulnere los derechos de propiedad de accionistas y acreedores bancarios, se establecen unos principios de proporcionalidad e interés público que han de guiar a la JUR en todo momento.

En relación al caso Banco Popular, que fue la primera institución financiera de toda la UE en ser sometida a un procedimiento de resolución bancaria, a la que se le aplicó la herramienta de resolución conocida como “venta del negocio”, cabría señalar que a pesar de los continuos debates sobre el enorme perjuicio sufrido por sus accionistas y acreedores debido al reparto de la carga, si se analiza detenidamente el informe de valoración elaborado por Deloitte, se llega a la conclusión de que no existe diferencia de trato respecto de la liquidación concursal.

Es más, gracias a adoptar la medida de resolución y no el procedimiento de insolvencia ordinario, el FGD del Banco Pastor no sufrió unas pérdidas de en torno a los 2.000 millones de euros y los accionistas y acreedores de otras entidades del Grupo popular tampoco se vieron afectados.

En cuanto al caso Veneto Banca y Banca Popolare di Vicenza, se hace necesario resaltar como la JUR optó por la liquidación concursal conforme a la ley bancaria italiana en lugar de una medida de resolución, al no cumplirse el motivo del interés público, siendo este el tercer requisito esencial para la apertura de un procedimiento de resolución. A pesar de que el BCE sí la calificó como institución de dimensión significativa, la JUR concluyó que ninguno de los dos bancos proporcionaba funciones críticas y su quiebra difícilmente tendría un impacto en la estabilidad financiera de Italia. Se dejó abierta la posibilidad de que el Estado italiano decidiera otorgar alguna ayuda pública de carácter financiera, siempre y cuando se cumplieran las condiciones de ayudas de Estado recogidas en la Comunicación bancaria del 2013.

De la sentencia del TJUE sobre el Caso Kotnik, que versa sobre un supuesto de recapitalización pública de carácter preventivo para aquellos bancos que aún siendo solventes no cumplen con los requisitos mínimos de capital reglamentario donde no se aplica la medida de reparto de cargas de la Comunicación Bancaria de 2013 a accionistas y acreedores del banco beneficiario por la ayuda pública, se pueden extraer varias conclusiones. En primer lugar, en relación a los efectos vinculantes de la Comunicación Bancaria de 2013, esta solo constituye una autolimitación del poder de la propia Comisión, pudiendo los Estados miembros solicitar la no aplicación de la Comunicación si se dan ciertas circunstancias excepcionales. En segundo lugar, sobre la compatibilidad del reparto de cargas con el derecho de propiedad de accionistas y acreedores subordinados, se podría afirmar que este derecho puede ser restringido siempre y cuando estas restricciones se deban a motivos de interés público y no constituyan una injerencia desproporcionada que afecte a la esencia misma del derecho garantizado. En tercer lugar, respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad a las disposiciones de reparto de cargas, se consagra el principio de proporcionalidad como principio general del Derecho exigiéndose que todas las medidas aplicadas sean las apropiadas para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlos, evitando así que los acreedores soporten cargas injustificadas y excesivas.

Para terminar, me gustaría dejar abierta la puerta a futuras líneas de investigación, sobre vías alternativas menos perniciosas que la resolución del Banco Popular, capaces de resolver el riesgo sistémico que podría desencadenar la quiebra de una entidad bancaria. En esta misma línea, cabría mencionar que el principio de prudencia y proporcionalidad han de guiar la aplicación de futuras medidas de resolución, protegiendo así los derechos de propiedad de accionistas y acreedores.

BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación

Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera («Comunicación bancaria»), 2013/C 216/01, Diario oficial de la Unión Europea.

Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito (BOE 15 de noviembre de 2012).

Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (BOE 19 de junio de 2015).

Decision of the Single Resolution Board in its executive session of 23 June 2017, concerning the assessment of the conditions for resolution in respect of Veneto Banca S.p.A. (the “Institution”), with the Legal Entity addressed to Banca d’Italia in its capacity as National Resolution Authority, SRB/EES/2017/12 (disponible en https://srb.europa.eu//sites/default/files/srb-ees-2017-12_non-confidential.pdf; última consulta el 17/04/2021).

Decision of the Single Resolution Board in its executive session of 7 June 2017 concerning the adoption of a resolution scheme in respect of Banco Popular Español, S.A., SRB/EES/2017/08 (disponible en https://srb.europa.eu//sites/default/files/srb_decision_srb_ees_2017_08_non-confidential_scanned.pdf; última consulta el 17/04/2021).

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) no 1093/2010 y (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 12 de junio de 2014).

Resolución de la Comisión Rectora del FROB de fecha 7 de junio de 2017, por la que se acuerda adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta Única de Resolución, en su Sesión Ejecutiva Ampliada de fecha 7 de junio de 2017, por la que se ha adoptado el dispositivo de resolución sobre la entidad Banco Popular Español, S.A., en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 del 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 1093/20 (disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/InformacionInteres/Mur/ficheros/frob070617.pdf> ; última consulta el 17/04/2021).

2. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 19 de julio de 2016 Asunto C-526/14- Kotnik y otros, extraído de InfoCuria.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1675 Asunto 34940/10- Dennis Grainger y otros contra Reino Unido, extraído del TEDH.

3. Obras doctrinales, artículos y otros

Abascal, M., Fernández de Lis, S. y Pardo, J.C., “El Mecanismo Único de Resolución en el contexto de la Unión Bancaria.”, *Anuario del Euro 2014*, 2014, pp.185-209.

Albiñana Arroyo, A., “Consecuencias derivadas de la Unión Bancaria Europea: aplicación del MUR”, Resumen del contenido del *Trabajo de Fin de grado Universidad Pontificia Comillas*, 2018, pp. 32-40. Repositorio Universidad Pontificia Comillas.

Albuérne, C., “La reestructuración de entidades de crédito”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez (1578-956x)*, 2012.

Cillán, J.U., “El régimen jurídico de la reestructuración y resolución de entidades de crédito. La compleja transposición al ordenamiento español de la normativa europea”, *Revista general de Derecho Europeo*, (42), 2017, pp.87-127.

CNMV, “Comunicación de hecho relevante a la Comisión nacional del Mercado de valores”, en fecha de 26 de mayo de 2016 (disponible en <http://www.cnmv.es/portal/HR/verDoc.axd?t={dd55c396-8378-4b06-8834-a06567bc525d}> ; última consulta el 10/02/2021).

Deloitte, “Valoración de la diferencia de trato Banco Popular Español”, *Informe valoración 3 Single Resolution Board*, 2018, (disponible en https://srb.europa.eu/sites/default/files/20180806_informe_valoracion_3_no_confidencial.pdf; última consulta el 20/04/2021).

El Economista.es., “La UE ordena liquidar los italianos Banca Popolare di Vicenza y Veneto Banca”, *El Economista*, 2017 (disponible en <https://www.eleconomista.es/banca-finanzas/noticias/8453189/06/17/La-UE-ordena-liquidar-los-italianos-Banca-Popolare-di-Vicenza-y-Veneto-Banca.html>, última consulta el 17/04/2021).

European Central Bank, “ECB determined Banco Popular Español S.A. was failing or likely to fail”, *Press Release*, 7 June 2017 (disponible en https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/presbce2017_68en.pdf; última consulta el 20/03/2021).

Fernández Acín, I., “Caso Banco Popular”, Resumen del contenido del Trabajo de Fin de Grado *Universidad de Navarra*, 2017, pp. 1-29. Repositorio Universidad de Navarra.

González García, J. V., “Mecanismo único de resolución bancaria. Aspectos institucionales”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 136, octubre-diciembre 2014, 2014, pp. 283-291.

Grünewald, S., “Legal challenges of bail-in”, *European Central Bank Eurosystem*, Frankfurt, 2017.

Guarascio, F., “La UE, advertida de riesgo de una resolución ordenada en Banco Popular”, *Reuters*, del 31 de mayo de 2017 (disponible en <https://es.reuters.com/article/topNews/idESKBN18R2CS-OESTP>; última consulta el 10/02/2021).

Lantero, F.C., “ El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, 2014, pp.159-174.

Lucchini, S., Moscianese, J., de Angelis, I., & Di Benedetto, F., “State Aid and the Banking System in the Financial Crisis: From Bail-out to Bail-in”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, pp. 88-98.

Martínez Fuertes, C., “La historia del Banco Popular”, Resumen del contenido del *Trabajo de Fin de grado Universidad de león* , 2018, pp. 7-35. Repositorio Universidad de León.

Pardo, J. C., Santillana, V., y Martín, G. “BRRD transposition in Spain: a milestone in implementing an effective resolution regime”. *BBVA Research*, 2015 (disponible en https://www.bbva.com/wp-content/uploads/2015/06/20150619_BRRD-transposition-in-Spain_vf2.pdf; última consulta el 12/04/2021).

Pernías Solera, S., “La quita y la conversión de los acreedores bancarios. El bail-in”. Resumen del contenido *Trabajo de investigación IEB*, 2013, pp.103-104. Repositorio IEB.

Torres. R, “Los mecanismos de resolución bancaria en la Unión Europea y los Estados Unidos”, *Derecho y Finanzas*, 2017 (disponible en <https://www.derechoyfinanzas.org/los-mecanismos-de-resolucion-bancaria-en-la-union-europea-y-los-estados-unidos/> , última consulta el 24/05/2021).