

D. Francisco Serrano Gill de Albornoz

Subdirector de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja y Jefe de su Asesoría Jurídica. Abogado del Estado exc.

“Incidencia del Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio en los instrumentos de capitalización y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito”

I.- INTRODUCCIÓN.

En primer lugar quiero agradecer muy sinceramente a los organizadores y, en particular, al Abogado General del Estado, su amabilidad al haberme invitado a participar en estas Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado, que alcanzan ya su Trigésimo Primera edición y que, por segundo año consecutivo, versan sobre la regulación de los mercados, centrándose ahora en un tema de sumo interés: la ordenación del sistema financiero español.

Para mí constituye un gran honor, a la par que una gran responsabilidad, hablar ante un auditorio tan cualificado, máxime después de haber oído las brillantísimas exposiciones que me han precedido.

Mi intervención, que les prometo no será tan extensa como induce a pensar su título, va a versar sobre la forma en que el RD Ley 9/2009 incide sobre los instrumentos de reforzamiento de recursos propios de las entidades de crédito.

No obstante, antes de adentrarme en el estudio de esta cuestión quiero hacer dos consideraciones previas: la primera de tipo, por así llamarlo, “aclaratorio” o justificativo del contenido de mi exposición, y es que de los múltiples aspectos que pueden ser examinados en el ámbito de esta ponencia, quiero centrarme fundamentalmente en el análisis de los requisitos que deben concurrir en las entidades de crédito para que éstas puedan acceder a la capitalización transitoria con fondos del FROB que regula el título segundo del Real Decreto Ley 9/2009, que tan brillantemente ha sintetizado José María Méndez. Y ello porque creo que el centro de atención jurídico, y no solo jurídico, tras la promulgación del Real Decreto-Ley se ha desplazado desde la consideración de las competencias estatales y autonómicas en materia de fusiones de cajas de ahorros, al análisis de un aspecto que ha sido poco estudiado en la doctrina española, como es el régimen jurídico de los Sistemas Institucionales de Protección –SIP- (y que no debemos confundir con los “perniciosos SIV” a los que ha aludido en su intervención el Director de Regulación del Banco de España).

La segunda consideración, de mayor calado jurídico, que quería trasladarles en esta introducción es que ya han surgido voces cualificadas en la doctrina (significadamente, el Pr. Dr. Antonio Embid Irujo¹) que opinan que las normas que a lo largo de este año se han ido promulgando en nuestro país, en un contexto de fuerte crisis económica y financiera mundial, pueden ser englobadas en un nuevo sector o parte del Derecho que han venido a denominar el “Derecho de la crisis económica”, pues entiende este sector doctrinal que ofrece unas características singulares que, en palabras del Pr. Embid “parecen anunciar la permanencia, más allá de la finalización oficial de la crisis, cuando

¹ “El Derecho de la Crisis Económica”, Antonio Embid Irujo, Editorial Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009

ello tenga lugar, de un cambio de orientación en la configuración del funcionamiento de la economía y del papel de los poderes públicos respecto a ella en España”.

En este sentido, se afirma² que si bien la fuerte intervención del Estado, con aportación de recursos al sistema económico, la recuperación del papel del mismo como director de la actividad económica y garante de los derechos ciudadanos o la consideración del “mercado” como base del funcionamiento del sistema económico –características todas ellas predicables de las distintas medidas normativas adoptadas en nuestro país- no suponen una transformación sustancial, en el sentido de radical, de las características del derecho público económico tal y como lo conocemos hasta la fecha, sin embargo sí que se han promulgado ciertas normas, y se han anunciado otras, que sí que pueden ser el origen de esa nueva configuración o germen de un nuevo sector del derecho, siendo la pieza capital sobre la que se estructuraría este nuevo sector, a juicio de esta parte de la doctrina, el RDL 9/2009 que estamos estudiando, y que, como anuncia su exposición de motivos, “pretende implantar una estrategia que favorezca la solución de los problemas (*del sistema financiero*) mediante una reestructuración ordenada del sistema bancario español, con el objetivo de mantener la confianza en el sistema financiero nacional y de incrementar su fortaleza y solvencia, de manera que las entidades que subsistan sean sólidas y puedan proveer crédito con normalidad”.

En mi modesta opinión, es cierto que, a través del estudio de las muy diversas normas que se han promulgado en estos meses (en el ámbito sobre todo del derecho mercantil, fiscal y administrativo, no así en materia laboral que constituye otro sector fundamental del derecho empresarial) y, sobre todo, a través de anunciadas leyes (sobre todo la que pretende configurar una “nueva economía sostenible”) que todavía no han visto la luz, podemos vislumbrar el origen de una nueva configuración del derecho público económico, pero no lo es menos que, siguiendo la terminología utilizada por Stamler al analizar la relación entre Derecho y Economía, los efectos reestructuradores o modeladores de una nueva forma de realidad económica (el tan manido concepto de “cambio de modelo productivo español”) no ha llegado a materializarse hasta el momento, por lo que quizá deberemos esperar algo de tiempo para poder llegar a apreciar si, como bien señala la autorizada doctrina de constante referencia, estamos en presencia de un nuevo sector del Derecho que merezca atención científica diferenciada.

II.- EL REFORZAMIENTO DE LOS RECURSOS PROPIOS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO: REQUISITOS SUBJETIVOS.

De la lectura de la Exposición de Motivos del RDL 9/2009 (ejemplo paradigmático de cómo una Exposición de Motivos puede servir al cumplimiento de los fines que el ordenamiento jurídico le atribuye, facilitando la comprensión de la norma a todo aquél que se acerca a ella) se deduce que el legislador pretende conseguir la implantación de una estrategia que solucione los problemas que afectan al sector financiero español mediante la reestructuración ordenada del mismo, estableciendo una serie de medidas que tienen por objeto incrementar la fortaleza y la solvencia de las entidades de crédito.

En este sentido, el Título I del RD Ley, en su capítulo II, aborda los procesos de reestructuración de entidades de crédito, conteniendo medidas que afectan, de una u otra forma, a las tradicionales formas de incrementar los recursos propios de aquéllas (así,

² Ibidem, misma obra

por ejemplo, el artículo 6.3.a) prevé que el FROB podrá conceder medidas de apoyo financiero que podrán consistir, entre otras, en concesión de financiación).

Además de la función relativa a los procesos de reestructuración de entidades de crédito, el RD Ley también prevé también la posibilidad de que el FROB apoye procesos de integración entre entidades de crédito dirigidos a mejorar su eficiencia a medio plazo, mediante la capitalización transitoria de aquellas que, sin encontrarse en una situación que exija llevar a cabo un proceso de reestructuración, inicien un proceso de integración, que la norma considera necesario en un contexto como el actual, caracterizado por la dificultad de obtener recursos en el mercado mayorista.

Pues bien, el Título II del RDL, que está integrado por un único precepto, el artículo 9, regula una nueva vía para incrementar los recursos propios de las entidades de crédito, estableciendo la posibilidad de que el FROB adquiriera determinados títulos (participaciones preferentes convertibles); ahora bien, para ello es necesario que en aquéllas concurren una serie de requisitos subjetivos, cumplan unos condicionantes objetivos y, finalmente, tramiten el oportuno procedimiento administrativo ante el Banco de España solicitando del FROB la adquisición de los títulos indicados.

(Como podrán comprobar a uno le quedan numerosos “tics” de opositor, y este es uno de ellos, utilizar la tradicional clasificación que distingue elementos subjetivos, objetivos, formales....).

No nos podemos detener, para evitar cansar su atención habida cuenta de las ponencias que se desarrollan en esta mesa, en el examen de todos estos requisitos, por lo que simplemente enunciaré los que, desde un punto de vista subjetivo, han de concurrir en las entidades de crédito con el fin de que puedan solicitar al FROB la adquisición de las participaciones preferentes convertibles que vayan a emitir, para, a continuación, detenerme en el análisis de uno de aquéllos.

El art. 9 del Real Decreto Ley viene a establecer que podrán solicitar la adquisición de participaciones preferentes, las entidades en las que concurren los siguientes requisitos: i) que la solicitante sea una entidad de crédito residente en España; ii) que no se encuentre en el ámbito de aplicación del Art. 6 del Real Decreto-Ley, es decir, que no se encuentre en una situación de deterioro que pueda poner en peligro su solvencia; iii) que necesite reforzar sus recursos propios en la medida en que ello facilite un proceso de integración con otras entidades de crédito, y finalmente iv) que inste el oportuno procedimiento administrativo solicitando la adquisición de tales títulos por parte del FROB.

De todos estos condicionantes, centraré mi análisis, como les he avanzado, en el relativo a los procesos de integración. A este respecto, nos podemos plantear dos cuestiones fundamentales: qué tipos de procesos pueden ser y qué efectos deben perseguir para que la entidad que se encuentre inmersa en alguno de ellos pueda solicitar, y le sea concedida, la capitalización transitoria a cargo del FROB.

Así, en primer lugar, en cuanto a los efectos que deben perseguir, como ya ha avanzado en su brillante ponencia el Director General Adjunto de CECA, son: i) la mejora de la

eficiencia que, como señala la doctrina económica³, en el ámbito de los servicios financieros se puede definir como el grado de bondad alcanzado en el uso de los recursos para la producción de los servicios bancarios, lo que, en definitiva, pone en estrecha relación coste y beneficio; ii) una racionalización de la administración y gerencia, expresión que parece aludir a los servicios centrales de las entidades, esto es, a los que sirven de soporte y apoyo al negocio (a la red de oficinas); y iii) un redimensionamiento de la red de oficinas, es decir –utilizando el eufemismo que se ha instalado entre todos nosotros- una reducción de la capacidad productiva instalada.

Estos son los efectos que, ex lege y para que se produzcan los efectos establecidos en el art. 9 del RDL, deben perseguir los procesos de integración. Pero, y ¿cuáles son estos?. La lectura de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley nos permite deducir que pueden ser: las fusiones – a las que no aludiré por la premura de tiempo, aunque evidentemente plantean problemas de enjundia, sobre todo en el ámbito de las Cajas de Ahorro, derivadas de la compatibilidad o de la aplicación simultánea de la ley estatal y de la Ley de Cajas de Ahorro de cada una de las Comunidades Autónomas – o los Sistemas Institucionales de Protección –SIP-. Basta leer la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley para llegar a esta conclusión, pues en ella se afirma que los “procesos de integración pueden incluir entre otros los denominados sistemas institucionales de protección, cuyos objetivos resulten asimilables a los generados en un proceso de fusión”.

Es la primera vez que en una norma con rango legal en nuestro ordenamiento jurídico se alude a los SIP, de los que, en los últimos meses, hemos oído hablar con frecuencia en los medios de comunicación social, utilizándose expresiones para tratar de acercar su concepto a la sociedad en general como “fusión virtual”, “fusión en frío” o –incluso- se les ha llegado a denominar como “híbridos mutantes”, expresiones más o menos gráficas pero que, a mi juicio, no son capaces de revelar, en todo su alcance, la verdadera naturaleza jurídica de esta Institución.

Por tanto, no me parece ocioso dedicar algo de atención a esta figura, analizando su origen normativo y su regulación en nuestro ordenamiento jurídico positivo.

El origen normativo del SIP lo encontramos en la Directiva 2006/48, de 14 de junio⁴, que regula el acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio. En el Capítulo Segundo de la misma, bajo la rúbrica de “Instrumentos Técnicos de Supervisión Prudencial” se encuentra el art. 75 que establece que los Estados Miembros exigirán a las entidades de crédito que dispongan en todo momento de fondos superiores o iguales a la suma de una serie de exigencias de capital, que allí se detallan, entre las que figuran, por lo que ahora nos interesa y respecto del riesgo de crédito, el 8% de las exposiciones ponderadas por riesgo de crédito calculadas conforme a lo dispuesto en la Sección 3 de la Directiva.

Y en esa Sección 3, que determina los sistemas de ponderación del riesgo de crédito, al regular el denominado “Método Estándar”, el Art. 80 viene a indicar lo siguiente: las autoridades competentes podrán eximir de ponderación (*por lo tanto podrá ponderarse*

³ “Evaluación de la eficiencia de las entidades financieras en las secciones de crédito de las cooperativas”, R. Server Izquierdo y A. Melián Navarro, Universidad Politécnica de Valencia.

⁴ Recientemente modificada por la Directiva 2009/11, de 16 de septiembre, publicada en el DOCE de 17 de noviembre

al 0%) las exposiciones de riesgo de crédito que existan entre las contrapartes que sean miembros de un mismo “sistema institucional de protección”⁵, siempre que se cumplan una serie de requisitos, que se detallan a continuación y que reseñaremos más adelante.

El surgimiento de los SIP se encuentra, por tanto, en una norma Comunitaria -art. 80 de la Directiva 2006/48- de marcado carácter contable, pues tiene por objeto establecer cómo deben ponderarse el riesgo de crédito a efectos de determinar el coeficiente de recursos propios de las Entidades de Crédito; ahora bien, si observamos el íter legislativo de este precepto, observamos que el mismo no se encontraba recogido, con la literalidad expuesta, en la propuesta de Directiva que la Comisión Europea remitió al Parlamento y al Consejo. Y es que en la versión inicial del proyecto de Directiva, el art. 80 se limitaba a señalar que podría ponderar al cero por ciento tan sólo el riesgo de crédito que existiera entre contrapartes que lo fueran del mismo grupo, esto es, que tuvieran relación de “matriz/filial”.

Por tanto, ¿dónde se encuentra el origen del precepto que les acabo de mencionar?, ¿a qué se debe que este precepto apareciera ya en trámite parlamentario y no en la propuesta de Directiva?

Pues bien, como ha señalado ya algún trabajo que se ha realizado fuera de nuestras fronteras⁶, el origen del precepto que estamos examinando lo encontramos en la presión, en el “lobby” que ejerció un grupo de entidades bancarias europeas, a las que el trabajo que les indico denomina “grupos bancarios descentralizados” o “grupos cooperativos bancarios”, cuya particular configuración no encajaba en el ámbito del art. 80 de la Propuesta de Directiva, y, por lo tanto, los riesgos de crédito existentes entre las mismas, las operaciones de financiación concedidas entre las partes, no ponderaban, mejor, corrían el riesgo de no ponderar al 0%, y, por tanto, se veían perjudicadas al tener, de esta forma, mayores exigencias de dotación de recursos propios.

Nos podemos preguntar, seguro que lo estarán haciendo Uds. ya, qué configuración jurídica tienen estos grupos bancarios cooperativos que hacía, y hace, que no puedan asimilarse a un “grupo” en el sentido de relación matriz/filial; pues bien, como señala el estudio de constante referencia del que les hablo, a este respecto se pueden distinguir dos clases de “grupos bancarios descentralizados europeos”:

i) Por un parte, tenemos aquellos en los que existe un banco o “autoridad central” en el que se residencia la dirección de la Tesorería, esto es, la coordinación y dirección del acceso a la financiación en los mercados institucionales de financiación; igualmente en dicho banco central reside el desarrollo de los productos bancarios, es decir, es la gran fábrica de productos que se distribuyen a través de la red de oficinas de los bancos asociados; y además es el competente para dirigir y determinar la política estratégica del grupo, y el establecimiento de normas y criterios de control de riesgos. Característica esencial, por tanto, de este subgrupo es la existencia de una alta cohesión interna en la toma de decisiones y de unos fuertes acuerdos multilaterales de garantía solidaria y recíproca entre las entidades asociadas, por lo que son considerados como verdaderos grupos consolidables, desde el punto de vista financiero y regulatorio. El supervisor, por tanto, supervisa al grupo, en su conjunto, y no aisladamente a cada uno de los bancos.

⁵ “Institutional Protection Scheme”, según la versión inglesa de la Directiva.

⁶ “Analytical Background and Methodology for European Co-Operative Banks, Second Edition”, informe publicado por la agencia de rating DBRS, al que puede accederse en su página web www.dbrs.com.

Ejemplos de este tipo de grupos bancarios lo encontramos en Holanda (Rabobank Group), en Finlandia (OP Group), en Francia (Crédit Agricole Group, Banque Populaire Group, Caisse d'Épargne) o en Suiza (Swiss Raiffeisen Group).

ii) De otro lado, podemos encuadrar a todos aquellos grupos bancarios europeos en los que el grado de cohesión interna no es tan acusado como en el supuesto anterior, de tal forma que, junto con un banco que podríamos denominar cabecera o central, hay otro conjunto de poderosas asociaciones de bancos que reclaman para sí tener también competencia en la distribución de los fondos que aportan al grupo o en la determinación de la política estratégica del mismo. En esta modalidad, por tanto, el supervisor lo es de cada uno de los bancos nacionales –y no del grupo-, y, además, el sistema de ayudas mutuas no es tan fuerte, ya que, por lo general, no hay acuerdos contractuales multilaterales de garantía solidaria, sino, a lo sumo, acuerdos bilaterales de garantía.

Ejemplo de este tipo de entidades, según el estudio que estoy comentando, las encontramos en Alemania (algunos bancos cooperativos como el BVR), en Francia (Crédit Mutuel Group), en Austria (Volksbanken), el Grupo Cooperativo Italiano, o también se llegan a encuadrar en este subgrupo a las cooperativas rurales de crédito españolas.

Por tanto, las características de cohesión, solidaridad y ayuda mutua en los dos grupos son muy diferenciadas. De tal forma, que alguna agencia de rating⁷ otorga a los grupos descentralizados incluidos en el primero un rating único, mientras que a los del segundo no les otorga un único rating, sino un “floor rating”, un “suelo de rating”, de tal forma que éste sería aplicable a todo el colectivo, pero después cada una de las entidades asociadas podría llegar a tener uno distinto.

Pues bien, con la finalidad de que todas las entidades de crédito integrantes de cualesquiera de estos grupos pudieran beneficiarse de la ponderación al cero por ciento del riesgo de crédito, el art. 80 de la Directiva trató de incluir a todas ellas bajo la denominación de “sistema institucional de protección”, declarando que éste existiría cuando concurrieran los requisitos que a continuación veremos; de esta forma, se daba carta de naturaleza en la normativa comunitaria a esas particulares configuraciones que, de hecho, existían en diversos grupos bancarios europeos.

Este es el origen y razón de ser no sólo del nombre sino también de la regulación que de los SIP contiene la normativa comunitaria; régimen jurídico y denominación que, sin mayor adaptación a nuestro Derecho, sin tener en cuenta ni las peculiares características o configuración de las entidades financieras españolas, ni la tradición jurídica de nuestro país, ni el contexto en el que se podría aplicar, se han incorporado, sin matiz alguno, al ordenamiento jurídico interno.

III.- SISTEMAS INSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN: BREVE RESEÑA DE SU RÉGIMEN JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

La transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2006/48 se ha efectuado a través de la Ley 36/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de

⁷ DBRS, según el informe citado en la nota 6.

información de los intermediarios financieros, que, a su vez y por lo que ahora nos interesa, se desarrolló a través del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero de Recursos Propios de las Entidades Financieras, cuyo art. 26.7 transpone a nuestro ordenamiento el art. 80 de la Directiva 2006/48, precepto reglamentario que ha de complementarse con lo dispuesto en la Norma 15ª.5 de la Circular del Banco de España 3/2008, de 10 de junio.

De acuerdo con estos dos últimos preceptos, los requisitos que deben concurrir para estar en presencia de un Sistema Institucional de Protección, a los efectos, insistimos, previstos en esas normas (que es otro que la ya tantas veces repetida ponderación al cero por ciento de los riesgos de crédito para el cómputo del coeficiente de solvencia) son los siguientes:

- a) Que el sistema institucional de protección, sea a través de un acuerdo contractual o a través de un régimen legal de asignación de responsabilidades, las incluya (*a las entidades que formen parte del mismo*) y proteja y, en particular, garantice su liquidez y su solvencia cuando resulte necesario, a fin de evitar una situación concursal.
- b) Que la contraparte sea una institución o una sociedad financiera de cartera, una entidad financiera, una empresa de gestión de activos o una empresa instrumental (tal y como se define en el apartado 1 de la Norma Segunda de la Circular 3/2008) sujeta a los requisitos prudenciales apropiados, esté establecida en España y siempre que pueda acreditarse que no existe impedimento material o jurídico alguno al reembolso de fondos a las entidades de crédito integradas en el citado sistema.
- c) Que el sistema pueda otorgar el apoyo necesario con arreglo a su cometido, con cargo a fondos disponibles para ello de forma inmediata.
- d) Que el sistema cuente con mecanismos adecuados, establecidos de manera uniforme para el seguimiento y la clasificación de los riesgos, que ofrezcan una visión exhaustiva de la situación de riesgo de todos los miembros individuales y del sistema en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades de vinculación entre las diferentes exposiciones. Además, el sistema debe controlar de manera específica y adecuadamente las exposiciones en situación de incumplimiento.
- e) Que el sistema efectúe su propia evaluación de riesgos y la comunique a sus miembros.
- f) Que el sistema elabore y publique una vez al año, ya sea un informe consolidado que comprenda el balance, la cuenta de resultados, el informe de situación y el informe de riesgos del sistema en su conjunto, ya un informe que comprenda el balance agregado, la cuenta agregada de resultados, el informe de situación y el informe de riesgos del sistema en su conjunto.
- g) Que los miembros del sistema que deseen abandonarlo estén obligados a notificarlo con una antelación de al menos 24 meses⁸.
- h) Que se elimine la utilización múltiple de los elementos admisibles para el cálculo de los recursos propios, así como cualquier constitución inapropiada de recursos propios entre los miembros del sistema. A estos efectos, el sistema deberá contar con mecanismos de medición consolidada de sus recursos propios

⁸ Ante tal plazo de preaviso no cabe sino concluir que la reversibilidad del SIP es, cuando menos, bastante relativa, ya que es imaginable la situación (incómoda siendo benévolos) en la que se situará el miembro que desee salir frente a los demás integrantes del sistema durante un prolongadísimo tiempo.

que permitan una evaluación de la adecuación de la solvencia que ofrece el sistema.

- i) Que el sistema se base en una amplia participación de entidades de crédito con un perfil de negocio predominantemente homogéneo.

Además, y como requisito adicional, el Banco de España podrá condicionar la autorización de la aplicación de la ponderación del 0% indicada, a que las entidades acogidas al sistema queden vinculadas entre sí por las instrucciones vinculantes de los organismos de gestión del propio sistema a efectos de asegurar la liquidez y solvencia del mismo.

Sentado lo anterior, esto es, analizado el origen normativo y los requisitos exigidos en nuestro ordenamiento para estar en presencia de un Sistema Institucional de Protección a los efectos indicados, analizaré a continuación, siquiera sea brevemente, los principales aspectos que plantean dudas o que conviene tener en cuenta a la hora de afrontar, al menos en teoría, la constitución de un SIP en nuestro Derecho.

i) Acuerdo contractual “versus” personificación.

Teniendo en cuenta la denominación de esta “institución”, podemos plantearnos si en nuestro Derecho, para estar en presencia de un SIP es necesario crear una nueva persona jurídica en la que aquél se materialice.

La respuesta a este interrogante es sencilla, al menos en la teoría, ya que tanto el art. 26.7 del RD 216/2008 como la Norma 15ª.5 de la Circular del Banco de España 3/2008, establecen claramente que el SIP se puede constituir ya sea a través de un acuerdo contractual o a través de un régimen legal de asignación de responsabilidades, por lo que en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que establece la Directiva 2006/48, tan admisible es constituir un SIP mediante un mero acuerdo de voluntades de garantía recíproca –por así definirlo-, como crear una nueva persona jurídica que materialice el sistema.

Es más, la propia terminología utilizada en nuestro Derecho (que habla de “sistema” y no de “esquema” institucional de protección como hace la versión inglesa de la Directiva, y por sistema cabe entender un “conjunto organizado de entes”) parece insinuar que el legislador ha querido acentuar la posibilidad de que el acuerdo de voluntades que toda asociación supone conlleve la constitución de una persona jurídica nueva, hasta el punto de que, hoy en día, los comentarios más frecuentes que se pueden escuchar en el sector financiero se inclinan por considerar que es conveniente personificar el SIP pues, se dice, con ello se facilitarían diversas cuestiones prácticas, tanto de supervisión como de acceso a mercados mayoristas o de consolidación contable.

No obstante, en mi modesta opinión, ninguno de esos argumentos es clave a la hora de decidir si personificar o no un SIP, pues, por un lado, la experiencia europea nos demuestra que los SIP generalmente se articulan en torno a acuerdos multilaterales de garantía recíproca que no han llevado aparejados, necesariamente, la creación de nuevas entidades (aunque sí la “cesión de soberanía”, si se me permite la expresión, a favor de una ya existente); por otro, a la hora de determinar qué entidad debe formular un balance consolidado, nuestro Derecho -la Ley 13/85- no atiende al hecho de que exista

una persona jurídica tenedora del capital de otras, sino al dato fundamental de la unidad de decisión y, en función de los pactos habidos entre las partes, bien pudiera ser que tal unidad no descansara en la personificación del SIP, sino en una concreta entidad miembro de la misma; finalmente, este mismo argumento serviría para vencer las posibles resistencias del supervisor, pues éste siempre tendría como interlocutor a la entidad en la que recayera esa “unidad de decisión”.

En definitiva, y a mi modo de ver, no deben rechazarse, al menos en pura teoría, ninguna de las posibilidades existentes a la hora de configurar un SIP; será el caso concreto, y la particular configuración que quiera darse a las relaciones entre sus miembros integrantes, las que determinen qué fórmula es la más aconsejable, aunque ciertamente tratándose de Cajas de Ahorros debería tratar de evitarse que esta vía supusiera, de alguna forma, una manera de “desnaturalizar” o desvirtuar la naturaleza jurídica de estas centenarias instituciones que suponen más de la mitad del volumen de nuestro sistema financiero y que, además, han acreditado sobradamente su buen hacer.

2.- Número de integrantes del SIP.

Como hemos visto, la normativa que es de aplicación exige que el SIP esté configurado en torno a una “amplia participación de entidades de crédito”.

La literalidad del precepto, que claramente remite a la configuración que estos “institutional protection scheme” tienen en Europa, es clara y sin duda puede ser un potencial foco de incertidumbre – y conflictos-, pues si definimos participar como “formar parte de un todo”, sólo de manera realmente forzada podríamos defender que hay “participación” cuando una entidad es titular del todo y, por tanto, dos serían suficientes para estar en presencia de una participación amplia (quizá sería “ampliada” más que amplia). Por tanto, parece claro que el número de participantes no puede ser “escaso” (antónimo de amplio), resultando, cuando menos, incierto cuál debería ser el número mínimo de entidades que deberían concurrir para que este requisito se entendiera cumplido.

Sólo por los problemas prácticos que puede producir la aplicación al caso concreto de la concurrencia de este requisito, merece la pena promover una reforma normativa que dé mayor seguridad jurídica a la configuración de los SIP en nuestro Derecho.

3.- Fórmulas de aportación de liquidez y solvencia.

Uno de los puntos clave en la configuración de un SIP debe ser la obligación que han de asumir sus miembros integrantes de “proteger y, en particular, garantizar la liquidez y solvencia cuando resulte necesario, a fin de evitar una situación concursal” de cualesquiera otro de los miembros integrantes (Norma 15ª.5 Circular BE 3/2008). Por tanto, nos podemos plantear qué mecanismos serían apropiados a tal fin, y en este sentido podemos distinguir:

- Mecanismos internos: es claro que se pueden adoptar mecanismos internos que garanticen la liquidez de los miembros del sistema, mediante, por ejemplo, la

concesión de préstamos subordinados, adquisición de cuotas participativas o adquisición de activos que liberen riesgos y generen resultados.

Sin embargo, a mi juicio, los mecanismos internos que pudieran pensarse pueden reforzar la solvencia⁹ (adquisición por parte de uno de los integrantes de financiación subordinada o cuotas participativas emitidas por otro de los miembros del sistema, por ejemplo) tropiezan con la dicción literal de la normativa, comunitaria y nacional, que es de aplicación y que obliga a que en el SIP se elimine la utilización múltiple de los elementos admisibles para el cálculo de los recursos propios, así como cualquier constitución inapropiada de recursos propios entre los miembros del sistema, por lo que si un miembro del SIP adquiere cualquier instrumento financiero considerado como recurso propio emitido por otro, tal adquisición, según la dicción literal de la norma, no se debería tener en cuenta a la hora de computar los recursos propios.

Por otro lado, tratándose de un SIP “personificado” otra forma de incrementar la solvencia de la nueva entidad constituida podría ser lo que en el sector financiero se está viniendo a denominar “mutualización de resultados”, esto es, la atribución a dicha nueva entidad de un porcentaje de los beneficios que cada uno de sus miembros obtenga.

A este respecto podemos efectuar una doble puntualización, por una parte, no hay norma en nuestro ordenamiento jurídico que imponga el deber de los miembros del SIP de aportar una parte de sus beneficios a la nueva entidad que puedan crear, por lo que quedará al arbitrio de las partes integrantes del sistema, con el visto bueno del supervisor, la determinación tanto de si establecen un sistema de mutualización de resultados, como, en su caso, del porcentaje de los mismos que atribuyen a la entidad “aglutinadora”, atendiendo al factor que se considere conveniente –volumen de negocio, por ejemplo-. Por otro lado, si este sistema de mutualización de resultados se combina con un reparto de beneficios desde la entidad que personificara el SIP a cada uno de los miembros integrantes del mismo (lo que no es impensable a medio o largo plazo), deberá analizarse con detenimiento la forma en que se articula tanto una como otra atribución de beneficios, por el evidente impacto fiscal que ello puede tener.

- Mecanismos externos: a su vez podemos distinguir entre mecanismos directos e indirectos; dentro de los primeros podemos situar a la emisión, y consiguiente adquisición por el FROB de participaciones preferentes convertibles, o la adquisición por terceros de cualquier instrumento financiero considerado como recurso propio.

En cuanto a los mecanismos externos indirectos de obtención de solvencia, la celebración de acuerdos contractuales de garantía recíproca, que es la esencia de un SIP, sobre todo si conducen a una fuerte cohesión interna en la toma de decisiones estratégicas, al establecimiento de controles internos y a la asunción de responsabilidades mutuas, debería permitir que las agencias de rating consideraran la posibilidad de otorgar un rating único al SIP, y, cuando menos, debería ser mejor que el peor del de las entidades asociadas, por lo que, de esta

⁹ Aparte, claro está, de la vía indirecta que para una entidad puede suponer el incremento de recursos propios derivado de su integración en un SIP con otras entidades con un mayor coeficiente de solvencia.

forma, podría facilitarse el acceso a una mayor y más barata financiación en los mercados mayoristas.

4.- Integración operativa.

Un cuarto aspecto a considerar a la hora de constituir un SIP debiera ser el relativo a la forma de efectuar una integración funcional y operativa entre los miembros del sistema, que permita mejorar la eficiencia, con reducción de costes y aprovechamiento de sinergias.

No hay que olvidar, a este respecto, que el RDL 9/2009 señala que para que los integrantes de un SIP puedan acudir al sistema de capitalización transitoria previsto en su Título II, es necesario que dicho el SIP persiga objetivos asimilables a los generados en un proceso de fusión en lo relativo a la forma de operar, determinación y ejecución de políticas y estrategias de las entidades participantes y el establecimiento y ejercicio de sus controles internos y de gestión de riesgos.

Así, de los dos modelos de SIP que existen en Europa, según lo comentado anteriormente, parece que el legislador ha optado porque sólo puedan beneficiarse de la capitalización transitoria que prevé el RDL los SIP del modelo “fuerte”, esto es, aquéllos en los que se haya pactado un sistemas de ayudas y garantías recíproca y se hayan establecido procedimientos de integración operativa y control de riesgos asimilables a los generados en un proceso de fusión.

En este sentido, bien puede pensarse en determinados departamentos o áreas que pudieran ser los llamados, en primer lugar, a integrarse como pueden ser los departamentos de tesorería o mercado de capitales, control de riesgos crediticios o legales, intervención, etc.

No canso más su atención. Simplemente, para concluir mi exposición, quiero insistir en que si bien “prima facie” pudiera entenderse que los SIP exigen una personificación, sin embargo creo que no debemos descartar que, al igual que en nuestro entorno más cercano, la constitución de uno de estos sistemas se pueda producir por acuerdos multilaterales de garantía recíproca fuertes, creando, en definitiva, un grupo consolidable contractual sin la creación de un nuevo ente con personalidad jurídica diferenciada.

Hasta aquí las reflexiones que les quería hacer llegar a ustedes, que, sin duda, aportan más incertidumbres que soluciones en estos inicios de aplicación del Real Decreto-Ley 9/2009, dudas que espero puedan quedar resueltas en los próximos meses y que, por tanto, este modesto trabajo quede superado, porque –me van a permitir una cita- como decía Max Weber, “el ser superados científicamente no es sólo el destino sino la meta de todos nosotros”.

Nada más, muchas gracias.