

D. Jaime Pérez Renovales

Director General de la Asesoría Jurídica y Vicesecretario General del Consejo de Banco de Santander

“Aplicación de la normativa sectorial a las reestructuraciones bancarias”

Buenos días a todos.

En primer lugar me gustaría agradecer a la Abogacía General del Estado y a su Gabinete de Estudios la invitación a participar como ponente en estas Jornadas, que siempre es un honor para los integrantes del Cuerpo. Además –como decía José María- ello nos brinda el placer de coincidir en esta mesa con gente a la que tengo muchísimo cariño y de la que he tenido oportunidad de aprender, como es el caso de José María Roldán, con el que coincidí en la Comisión del Mercado de Valores y del que heredé en gran parte su excelente trabajo en el Gabinete del Vicepresidente del Gobierno; y de José María Méndez, con el que tuve la suerte de trabajar en el Ministerio de Economía cuando él era Subdirector de Legislación y Política Financiera.

Después de las personas que me han precedido en el uso de la palabra y las intervenciones que han tenido, voy a intentar dar un enfoque más práctico a mi exposición. En consecuencia, voy a intentar seguir el hilo de la intervención que ha hecho José María Roldán, y al final me gustaría centrarme en las diferentes intervenciones administrativas que concurren en este marasmo de procedimientos de saneamiento que caracterizan en cierta medida al modelo español. Voy a hacer primero referencia a la coexistencia de los diferentes procedimientos que tradicionalmente existen en nuestro Derecho, en relación con las entidades de crédito que se encuentran en una situación de crisis. Y además voy a citar un ejemplo concreto, que explica lo bien que ha funcionado el sistema español y gran parte del éxito que tiene en la actualidad, lo que le hace ser objeto de estudio por parte de las autoridades extranjeras. Lo cual en buena medida, es atribuible a la cercana y bastante estricta supervisión del Banco de España, y la forma que tiene de relacionarse con las entidades.

Comenzando con el primer punto, ¿cuáles son los procedimientos tradicionales que, de acuerdo con el Derecho español, se aplican a una entidad de crédito que está en una situación de crisis?.

En primer lugar, la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, establece la posibilidad de intervenir a la entidad o sustituir sus órganos de administración, en el caso de que su situación hiciese que viese comprometida su liquidez, su solvencia o la efectividad de los recursos propios. Este régimen que sigue vigente, además tiene una peculiaridad, que tiene mucha relevancia para las personas que trabajan en el campo legal, y es que no tiene carácter sancionador. Eso ¿qué quiere decir?. Que son medidas que se pueden adoptar, motivadas por circunstancias extraordinarias urgentes, incluso sin audiencia previa.

De acuerdo con este régimen, en primer lugar se adopta la sustitución de administradores o se acuerda la intervención de la entidad, y a continuación se empieza a gestionar nuevamente la entidad de forma diferente para paliar la situación que la ha abocado a la crisis.

En segundo lugar, puede ocurrir que la situación de crisis de la entidad haya venido precedida del incumplimiento de normas de disciplina e intervención en entidades de crédito. En este caso, el Banco de España instruirá el correspondiente procedimiento sancionador.

Y en tercer lugar, se desarrollan las acciones integrantes del puro saneamiento, que se llevan a cabo por el Fondo de Garantía de Depósitos, cuyo régimen –lo ha explicado perfectamente José María Méndez- le permite poner en marcha unos mecanismos de ayuda a la entidad, que son independientes de los dos otros procedimientos

La coexistencia de los tres procedimientos se puso de manifiesto en toda su intensidad en la mal llamada “Intervención de Banesto”, en el año 93. Digo mal llamada porque fue realmente una sustitución de administradores. Primero, se acordó la sustitución de administradores; en segundo lugar se tramitó un expediente sancionador, porque se apreciaron indicios de incumplimiento de normas; y en tercer lugar, el Fondo de Garantía de Depósitos aplicó un plan de saneamiento.

Traigo a colación este caso porque se trató de una crisis que convulsionó el sistema, por el tamaño de la entidad afectada, pero que se resolvió en muy poco tiempo, pues se acordó la sustitución de administradores el 28 de diciembre del 93; en marzo se aprueba en Junta de Accionistas su plan de saneamiento; posteriormente se vende en pública subasta y cesa la intervención pública en la gestión. Es decir, algo que realmente sacudió el sistema financiero se solventó en seis meses.

Creo que este ejemplo contrasta con las situaciones que hemos encontrado recientemente en otros países, que son, obviamente, mucho más graves, pero en las que se ha estado meses decidiendo si había que adquirir activos, si ponerlos en un vehículo, si entrar en el capital, si atribuir a los que entraban en el capital, que eran los Estados, derechos de voto, si se emitían instrumentos subordinados... Creo que España tenía y tiene un sistema bastante bien diseñado de intervención de entidades en crisis y que además ha demostrado que ha funcionado bastante bien.

Los mecanismos aplicados en el caso de Banesto fueron, básicamente, y en primer lugar, exigir a la entidad que aplicase todo su capital y reservas a cubrir el déficit de provisiones que existía en el balance del Banco (créditos que tenían que haber estado provisionados y que no lo estaban), ampliándose a continuación el capital suscribiendo el Fondo las nuevas acciones; en segundo lugar, se concedió por el Fondo de Garantía de Depósitos un préstamo a tipo de interés reducido; en tercer lugar, se compraron por el fondo activos (créditos y participaciones en el capital) por su valor contable y se revendieron por el neto que debían tener una vez aplicada la provisión que debería existir sobre ellos. Esta forma de proceder permite que, una vez adoptadas estas medidas de saneamiento, el Fondo, como titular del capital, puede vender la entidad y, por tanto, recuperar gran parte del dinero invertido, que es –a mi juicio- un principio fundamental que tiene que presidir cualquier rescate de una entidad bancaria: si se aporta dinero que se establezcan vías para poder recuperar ese dinero.

Si analizamos el Real Decreto-Ley que crea el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROM) y vemos los mecanismos que se atribuyen a aquel, vemos que son similares a los que acabamos de describir (suscripción de participaciones en el capital social, adquisiciones de activos).

Lo curioso del modelo –como se ha dicho anteriormente- es que no deroga al anterior y, por tanto, en principio podrían seguir utilizándose tanto los mecanismos tradicionales como los nuevos que establece el Real Decreto-Ley, aunque dándose los supuestos previstos en él, no parece que se pueda rescatar una entidad en crisis por vías distintas de este nuevo modelo, toda vez que, en esos casos, la norma ordena tomar las medidas previstas en él de forma imperativa, y por el procedimiento diseñado en su texto.

¿Cuál es el modelo establecido por el FROB?. Ya se ha descrito aquí suficientemente, y se aplica en el caso de que una entidad presente, se dice, “debilidades que afecten a su situación económica financiera, que en función del desenvolvimiento de los mercados pudiera comprometer su viabilidad”. La redacción está muy pensada, porque no es la misma que la que desencadenan los otros mecanismos de intervención. Y no puede ser la misma porque si lo fuese automáticamente se tendría que intervenir la entidad o sustituir a los administradores. Digamos que aquí estamos en el paso previo y que este paso previo implica que cuando todavía no está comprometida la liquidez, solvencia o efectividad de los recursos propios de una entidad, pero en función de cómo evolucione la situación sí se podría llegar a ello, se pone en marcha otro mecanismo que permita evitar llegar a ese punto de crisis. Ese mecanismo –como se ha explicado aquí- es la presentación de un plan, que tiene que aprobar el Banco de España, y que tiene determinadas medidas.

Ahora se están sometiendo a consulta varios documentos en el ámbito de la Unión Europea, en los que se plantea modificar la arquitectura de la supervisión de las entidades, mediante la creación de un supervisor macro prudencial y supervisores micro prudenciales –por así decirlo- bancarios, que son una agrupación de los bancos centrales o de los supervisores correspondientes en cada Estado. También se está hablando de reformar el mecanismo de resolución de crisis de entidades de crédito, y curiosamente, una de las cosas que se está proponiendo es que todos los supervisores nacionales deberían tener potestades administrativas suficientes como para poder entrar en una entidad en crisis de manera preventiva, es decir, antes de que llegue una situación de insolvencia o de ver comprometida su liquidez o la efectividad de sus recursos propios, que no es sino lo que tenemos en España atribuido al Banco de España. Si en esta fase (que se denomina de “early intervention”) no se aprueba el plan de saneamiento correspondiente, entraríamos en la intervención propiamente dicha

Esta referencia a la no aprobación de la sociedad del Plan preventivo recuerda al caso que he comentado antes de Banesto, en el que el diseño del plan de saneamiento se realizó por el Banco de España y por el Fondo de Garantía de Depósitos, pero se sometió a la Junta de Accionistas como condición necesaria para su aplicación, y la Junta de Accionistas tuvo que acordar la reducción de capital y su ampliación, con exclusión del derecho de suscripción preferente para permitir la entrada del Fondo. En el régimen ahora aprobado en España (el del FROB) puede pasar lo mismo: se puede diseñar un plan que implique la necesidad de participación de los órganos societarios de la entidad de crédito que se trata de rescatar, y que, sin embargo, no cuente con el acuerdo de esta sociedad. Este caso es uno de los supuestos previstos en la norma para pasar a la segunda fase.

La segunda fase implica que se cesa a los administradores de la entidad en crisis, se elabora el Plan por el FROB, se somete a la aprobación del Banco de España, previo

informe del Ministerio de Economía y Hacienda, y las medidas de ejecución que pudiera entrañar, tales como fusiones o cesión de activos a otras entidades, no requerirán otras autorizaciones administrativas en el ámbito de la ordenación del crédito y la banca. Es decir, si el saneamiento de una entidad en crisis implica la cesión de sus activos a otra entidad, la fusión o la adquisición por otra, lo que se trata de evitar es que no se apliquen otras trabas administrativas que pudieran comprometer la viabilidad de la operación. Y esas trabas pueden provenir de administraciones públicas estatales o autonómicas.

Me voy a referir ahora brevemente a esta materia y luego a terceras autorizaciones que fueran necesarias. En primer lugar, al margen de las que pudieran corresponder a las comunidades autónomas, en caso de fusión de cajas de ahorro, hay dos autorizaciones administrativas muy propias de la ordenación del crédito y la banca y que puede sorprender que se puedan exceptuar a la hora de ejecutar el plan. Una es la no oposición a la toma de una participación significativa en el capital de una entidad de crédito; y la otra es la autorización de la modificación de Estatutos, que necesita una entidad cuando se fusiona o de la propia fusión.

En cuanto a la primera, las entidades de crédito –como es sabido- se constituyen conforme a unas normas, la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, y el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, que establecen unos requisitos de constitución idénticos a los que son necesarios para crear una entidad de crédito en cualquier Estado de la Unión Europea. En virtud de esta homogenización del régimen de constitución y de supervisión prudencial (que viene impuesto por Directivas comunitarias) las entidades de crédito españolas pueden operar en cualquier país de la Unión Europea sin necesidad de una nueva autorización.

Entre esas normas se encuentra la necesidad de obtener la no oposición del supervisor cuando alguien toma una participación significativa en el capital de la entidad. El principio aplicado es que si una persona con una participación significativa puede tener una influencia en el gobierno de esa sociedad, el supervisor ha de asegurarse de que disfruta de la honorabilidad económica y profesional necesaria como para no comprometer algo tan delicado como el negocio de tomar depósitos del público. De acuerdo con esta regla, antes de adquirir una participación igual o superior al 10% del capital (u otra que atribuya una influencia significativa en la gestión) se debe comunicar la intención al Banco de España, quien verifica si existe idoneidad en el nuevo accionista, disponiendo de un plazo de dos meses para decir si se opone o no. El silencio es positivo, en el sentido de que si el Banco de España no dice nada se entiende manifestada la no oposición.

Si estamos en la segunda fase de aplicación del régimen del FROB, al decirse en el Real Decreto-Ley que no es necesaria ninguna autorización adicional en materia de ordenación del crédito y la banca ¿quiere ello decir que no es necesario pasar el trámite de no oposición a la adquisición de participaciones significativas, en caso de que el plan implique la entrada de terceros en el capital de la entidad?. Para conciliar ambos regímenes, lo que se puede interpretar y lo que resultaría aconsejable es que el Banco de España, a la hora de aprobar el plan, siguiese, en cierta medida, el procedimiento que debería haber observado para no oponerse a la toma de una participación significativa. El Banco de España, para verificar la idoneidad del nuevo accionista significativo, tiene que pedir un informe al Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales, así como a

las otras autoridades, que, en su caso, supervisen al nuevo adquirente. Por ejemplo, si un banco extranjero quiere adquirir una participación en uno español, el Banco de España debe pedir un informe al supervisor del Estado de origen; o si fuese una entidad financiera sometida a otro organismo nacional, por ejemplo la Comisión Nacional del Mercado de Valores, tendría que pedir informe a ésta. En conclusión, lo que cabe interpretar es que si el Banco de España observase, en el trámite de aprobación del plan, el procedimiento de no oposición a la adquisición de una participación significativa, la aprobación de aquel implicaría el cumplimiento de éste requisito, observándose así un régimen que viene impuesto por la normativa de la Unión Europea.

La segunda autorización a la que me refería es la exigible en caso de fusiones o modificaciones de Estatutos, y la solución es similar. Como el Banco de España tiene que pedir un informe al Ministerio de Economía y Hacienda para aprobar el plan, y es este el competente para dar aquella autorización, dentro de esa petición podría solicitarse -por así decirlo- la aprobación de la modificación estatutaria o de la fusión de las entidades de crédito afectadas por el Plan, que se entendería otorgada con el informe favorable. Ésa sería una forma de conciliar ambos regímenes.

Para concluir el estudio de las autorizaciones administrativas que pueden exigir las medidas de reordenación bancaria, deben mencionarse otro tipo de autorizaciones, que ya no son propias de la ordenación del crédito y de la banca, y que derivan del propio cambio de control de la entidad de crédito -en caso de producirse esta-.

La primera y fundamental es qué pasa si la entidad de crédito en cuestión es una sociedad cotizada y el plan de saneamiento prevé la adquisición de su capital por otra entidad. En la medida en que la adquisición supere el 30% del capital o devenga en el nombramiento de la mayoría del Consejo de Administración, la entidad adquirente estaría sometida a la obligación de hacer una oferta pública de adquisición de acciones (OPA) sobre la totalidad del capital del banco que se va a adquirir.

El Real Decreto-Ley de creación del FROB, insisto, en esta segunda fase regulada en sus artículos 7 y 8, prevé expresamente que no se aplique la obligación de realizar una OPA en caso de toma de control de una sociedad cotizada. Debe aclararse que esta obligación tampoco será exigible en la primera fase del saneamiento, porque ya el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, regulador de las Ofertas Públicas de Adquisición de Valores prevé, como supuestos excluidos de ello (Art. 8, en su apartado A), las adquisiciones que se produzcan como consecuencia de las atribuciones que tiene el Fondo de Garantía de Depósitos o instituciones similares.

Además de la anterior, hay muchísimos casos en que bancos o cajas de ahorro, participan en sociedades de lo más variopinto, desde compañías eléctricas hasta aéreas, de televisión y otros medios de comunicación, y en todas las normas reguladoras de los correspondientes sectores se exige normalmente una autorización para el cambio de la propiedad. La razón de ello es muy parecida a la que he comentado antes, respecto de las entidades de crédito. Cuando alguien toma una participación, por ejemplo, en una sociedad concesionaria de televisión, de radio, de una compañía eléctrica, de telecomunicaciones, etc también existe un trámite para verificar que esta persona es idónea.

Entonces, ¿qué sucede en estos casos?, puesto que al no ser autorizaciones en materia de ordenación del crédito y la banca, seguirían siendo necesarias. Creo que se pueden distinguir dos tipos de autorizaciones: aquellas sin las cuales es muy difícil considerar que la adquisición es válida, y aquellas otras que tienen otras consecuencias. El segundo caso, es, por ejemplo, el de las sociedades concesionarias de radio, que si sufren un cambio de control sin la autorización de la administración competente, lo que normalmente puede ocurrir es que se revoque la concesión. Pero esa sería una consecuencia colateral, que no afectaría –por así decirlo- a la validez de la toma de participación en el capital y, por tanto, no obstaría al correcto funcionamiento del mecanismo de rescate y del plan de saneamiento que se aplicaría a la entidad de crédito.

Éste es más o menos el criterio que ha seguido la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el caso de las OPAs. En el Real Decreto de OPAs está previsto que antes de que la CNMV autorice la oferta tiene que tener todas las autorizaciones administrativas, que en su caso fueran necesarias, con ocasión de esa adquisición. En algunos casos la CNMV espera a que la autorización se emita, y hasta que no se produzca este hecho no emite su aprueba la oferta. En otros casos, la Comisión se limita a exigir al oferente que explique en el folleto de la OPA las consecuencias derivadas de la denegación de la autorización exigida en la correspondiente normativa sectorial.

Me gustaría concluir volviendo de nuevo sobre lo que decía al principio de mi intervención. El mecanismo español de rescate de entidades de crédito no es solo bueno, sino que ha demostrado que es eficaz. Las normas que se han publicado últimamente han conseguido un efecto adicional, que podríamos denominar “placebo”. Es como si le hubiesen dicho a un enfermo que tiene un hospital buenísimo, con lo cual no hace falta que exagere sus síntomas porque si empeora hay que tener la seguridad de que se le va a atender muy bien, con lo que además se consigue que los familiares, herederos, compañeros de trabajo, se tranquilicen. Las nuevas medidas contribuyeron a tranquilizar a los depositantes bancarios y a los agentes económicos, que ante las noticias de crisis en entidades bancarias vivieron momentos de lógica preocupación. Ahora lo que nos toca es lidiar con los problemas que cualquier entidad de crédito puede tener en un entorno de recesión económica, similares a los que han tenido en otras crisis, y para eso, en mi opinión, tanto el ordenamiento jurídico español y nuestros supervisores están perfectamente preparados.

Muchas gracias.