

TEMAS

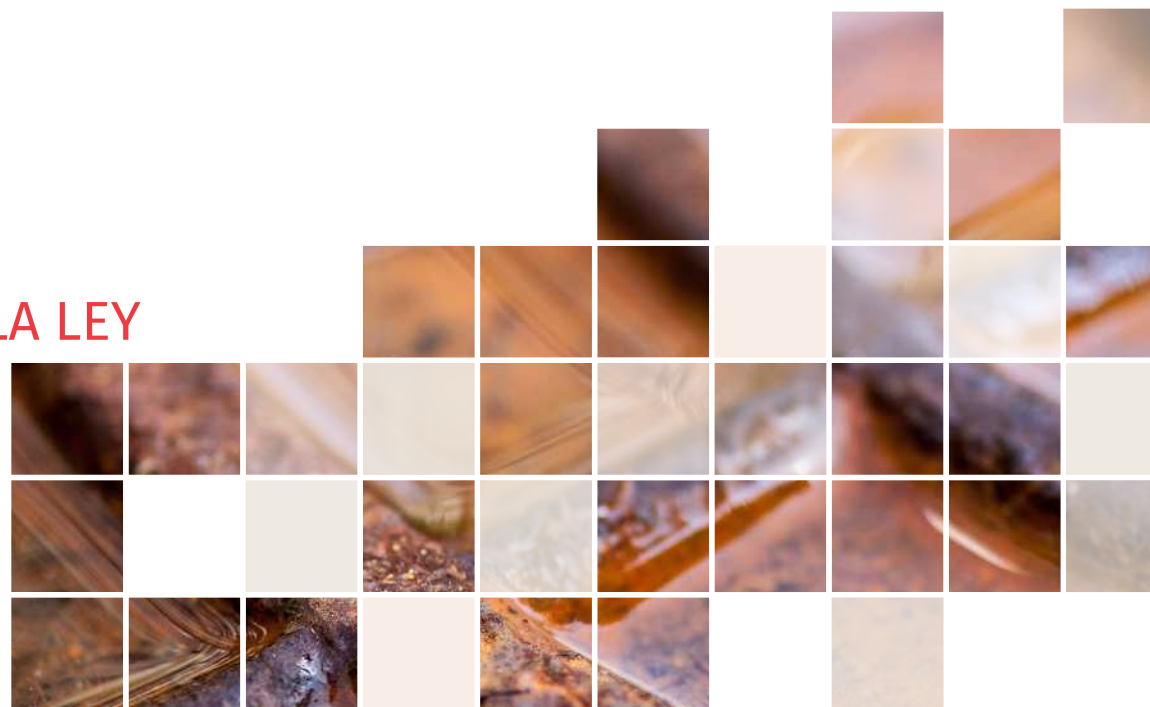
Regulación bancaria y actividad financiera

Directores

José Carlos González Vázquez

José Luis Colino Mediavilla

■ LA LEY



TEMAS

■ LA LEY

Regulación bancaria y actividad financiera

Directores

José Carlos González Vázquez

José Luis Colino Mediavilla



© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.com>

Segunda edición: junio 2020

Depósito Legal: M-15780-2020

ISBN versión impresa: 978-84-9020-866-3

ISBN versión electrónica: 978-84-9020-975-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

II. EL SISTEMA PARACONCURSAL DE PREVENCIÓN Y TRATAMIENTO DE LA CRISIS DE ENTIDADES DE CRÉDITO

1. Las fases

El sistema paraconcursal de prevención y tratamiento de la crisis de entidades de crédito está regulado en la 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) núm. 1093/2010 y (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante, BRRD).

La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento español se halla en la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (en adelante, LRREC) y en el RD 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito.

El sistema tiene tres fases⁽³⁾.

— En primer lugar, hay una fase preventiva, cuando la entidad está en situación de normalidad, en la que se planifica la gestión eficaz de eventuales crisis futuras (planes de recuperación y de resolución; evaluación de la resolubilidad; requisito mínimo de fondos propios y pasivos elegibles; capacidad total de absorción de pérdidas).

— La segunda fase se ocupa de la gestión temprana de la crisis y se regula en los artículos 27-30 de la BRRD, en los artículos 8-12 de la LRREC y en los artículos 20-24 del RD 1012/2015. Con esta fase de intervención o actuación temprana se pretende tratar la crisis financiera y económica de las entidades de crédito lo antes posible y con contundencia, adoptándose por la autoridad competente medidas para superarla y evitar su agravamiento hasta una situación de inviabilidad que condu-

(3) Puede verse una panorámica en DEPRÉS, M.; VILLEGAS, R.; AYORA, J., *Manual de regulación bancaria en España*, Funcas, Madrid, 2017, págs. 430-432.

ciría a la resolución o al procedimiento concursal (considerandos 1 y 40 de la BRRD y apartado I del preámbulo de la LRREC)⁽⁴⁾.

— En tercer lugar, cuando la situación de crisis financiera y económica es grave, de inviabilidad, se trata mediante la resolución (salvo que por no haber interés público se opte por la liquidación en el procedimiento concursal) y se encarga la función de llevarla a cabo a una autoridad diferente al supervisor o, al menos, a una estructura organizativa del supervisor que esté adecuadamente separada de la que lleva a cabo la función de supervisión (art. 4.7 de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito, por la que se modifica la directiva 2002/87/CE y se derogan las directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, en adelante CRD; art. 3 y considerando 15 de la BRRD; art. 2.1 b), c) y d) y preámbulo I y III de la LRREC)⁽⁵⁾.

La existencia de esta regulación especial explica que el artículo 1.2 b) de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 excluya de su ámbito de aplicación a las entidades de crédito.

2. La función de la gestión temprana de la crisis

La finalidad de tratar la crisis financiera y económica de las entidades de crédito lo antes posible para evitar que se agrave pone de manifiesto la cer-

(4) La necesidad de actuar pronto no se discute, *vid.* BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, «Frameworks for early supervisory intervention», Bank for International Settlements, March 2018, págs. 4-14 y 17-27; CAMPBELL, A.; MOFFATT, P., «Early intervention», en HAENTJENS, M.; WESSELS, B. (Ed.), *Research Handbook on Cross-Border Bank Resolution*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, págs. 79-82; RESTOY, F., «Early intervention regimes: the balance between rules vs discretion», speech by Mr. Fernando Restoy, Chairman, Financial Stability Institute, Bank for International Settlements, at the FSI-IADI Meeting on early supervisory intervention, resolution and deposit insurance, Basel, Switzerland, 12 September 2017, consultado en: <https://www.bis.org/speeches/sp170912.htm>, págs. 2 y 3; SVORONOS, J.-P., «Early intervention regimes for weak banks», *FSI Insights on policy implementation*, n.º 6, abril 2018, *passim*, especialmente págs. 2 y 17-20.

(5) Véase PONCE HUERTA, J., «El FROB en la reestructuración del sistema bancario español. Evaluación tras una década de actividad (2009-2019) y consideraciones para la Unión Bancaria», *Revista de Estabilidad Financiera* (Banco de España), núm. 36, 2019, págs. 38-41, 45 y 46.

canía de la fase de intervención temprana con la fase de supervisión prudencial, por lo que el cumplimiento de tal función de gestión temprana de la crisis se encarga al supervisor (arts. 2.1.21) y 27-30 de la BRRD; art. 4.1.40) del Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012; arts. 2.2), 4, 6 y 9 del Reglamento (UE) núm. 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito, en adelante Reglamento MUS; arts. 2.1 b), 8-12 y Preámbulo III de la LRREC; arts. 20-22 del RD 1012/2015).

La finalidad de evitar la resolución y la cercanía con la supervisión prudencial también se reflejan en las condiciones para aplicar medidas de intervención temprana. En la fase de supervisión, cuando sea probable en un futuro próximo el incumplimiento de requisitos regulatorios o se produzca un incumplimiento actual de los mismos, el supervisor exigirá a la entidad que adopte rápidamente las medidas necesarias para solventar la situación (arts. 102, 104 y 105 de la CRD; art. 16 del Reglamento MUS; art. 68 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; art. 57 del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito)⁽⁶⁾.

En la configuración de las condiciones para la intervención temprana (art. 27.1 de la BRRD; art. 8 de la LRREC), también se toma como base el incumplimiento o la probabilidad de incumplimiento en un futuro próximo de requisitos regulatorios, añadiéndose que han de deberse a un rápido deterioro de la situación financiera que por su gravedad amenace la viabilidad de la entidad y que se ha de evaluar según una serie de desencadenantes, que pueden incluir los requisitos de fondos propios del ente más 1,5 puntos porcentuales ⁽⁷⁾.

También las medidas que pueden adoptarse en la fase de intervención temprana toman como referencia básica las propias de la supervisión, que

(6) Puede verse DEPRÉS, M.; VILLEGAS, R.; AYORA, J., *Manual de regulación bancaria en España*, cit., págs. 394-396.

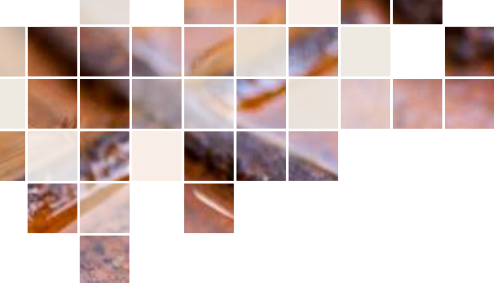
(7) vid. COLINO MEDIAVILLA, J.L.; FREIRE COSTAS, R.M.³, «La actuación temprana (Primeras reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley, de 28 de noviembre de 2014, de reestructuración y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión)», cit., págs. 190-197.

se refuerzan añadiendo otras más invasivas par a favorecer que la intervención del supervisor permita el saneamiento y evite la resolución (arts. 27-30 y considerando 40 de la BRRD; arts. 8-12 de la LRREC)⁽⁸⁾. No obstante, las facultades del supervisor en la intervención temprana son muy inferiores a las que se atribuyen a la autoridad de resolución (arts. 63 y ss. y considerando 84 de la BRRD; arts. 62 y ss. de la LRREC).

Cumpliendo el mandato del artículo 27.4 de la BRRD, la Autoridad Bancaria Europea publicó, el 29 de julio de 2015, la Guía con directrices sobre los desencadenantes para la aplicación de medidas de intervención temprana conforme al artículo 27, apartado 4, de la BRRD (EBA/GL/2015/03). Cuando se den los desencadenantes, el supervisor no tiene que aplicar de manera automática las medidas de intervención temprana, sino que debe decidir formalmente (o seguir investigando para en su caso decidir formalmente) si aplica o no las medidas de intervención temprana en función de si se cumplen las condiciones para ello. Sobre esta materia, puede verse CAMPBELL, A.; MOFFATT, P., «Early intervention», *cit.*, págs. 84-90; SVORONOS, J.-P., «Early intervention regimes for weak banks», *cit.*, págs. 10-14, 31 y 32.

- (8) *vid.* BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISIÓN, «Frameworks for early supervisory intervention», *cit.*, págs. 20 y 27; COLINO MEDIAVILLA, J.L.; FREIRE COSTAS, R.M.^a, «La actuación temprana (Primeras reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley, de 28 de noviembre de 2014, de reestructuración y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión)», *cit.*, págs. 197-215.

El hecho de que el artículo 10 de la LRREC regule la intervención y la sustitución provisional del órgano de administración como medidas de intervención temprana mediante una remisión al Capítulo V del Título III de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (con las especialidades previstas en la LRREC) se debe a que nuestra Ley 10/2014 establece, en el ámbito de la función supervisora pero como medidas diferentes a las medidas de supervisión prudencial, una regulación de medidas de intervención y sustitución del órgano de administración que, además de aplicarse a la intervención temprana conforme a la LRREC, también puede aplicarse en otros supuestos que se diferencian expresamente de los regulados por la LRREC. Dado que el artículo 70 de la Ley 10/2014 deja a salvo expresamente lo establecido en la LRREC para la aplicación de la intervención y sustitución del órgano de administración como medidas de intervención temprana, no hay diferencia entre las normas comunitarias y las españolas en lo relativo a la relación entre medidas de supervisión y medidas de intervención temprana. Es decir, si la previsión de próximo incumplimiento o el incumplimiento actual de requisitos regulatorios requiere, por la gravedad de la situación, la aplicación de medidas de intervención o sustitución del órgano de administración será porque se dan las condiciones o presupuesto objetivo para aplicar medidas de intervención temprana, esto es, una situación de crisis financiera que amenaza la viabilidad de la entidad. En consecuencia, la regulación de la intervención y sustitución del órgano de administración en la Ley 10/2014 para supuestos distintos de la intervención temprana de la LRREC no afecta al objeto de este trabajo, lo que no impide poner de manifiesto que tal regulación plantea problemas técnicos y genera confusión, en particular en lo que se refiere al supuesto de hecho del art. 70.1 b) de la Ley 10/2014, de lo que me he ocupado en COLINO MEDIAVILLA, J. L.; FREIRE COSTAS, R. M.^a, «La actuación temprana (Primeras reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley, de 28 de noviembre de 2014, de reestructuración y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión)», *cit.*, págs. 203-215; COLINO MEDIAVILLA, J. L., «La confusa regulación de la incidencia de la actuación temprana en los órganos sociales de un banco», *RDBB*, núm. 147, julio-septiembre 2017, págs. 177-196.



Los 16 trabajos que componen la obra son fruto de la investigación y el análisis de grandes especialistas sobre la materia provenientes tanto del mundo universitario, como del propio sector bancario (entidades de crédito, AEB, Banco de España) y tanto nacionales como extranjeros, para ofrecer al lector una visión lo más completa posible sobre algunos de los retos o desafíos que está afrontando la regulación bancaria en Europa en general y en España en particular, y se agrupan en 4 grandes bloques: supervisión bancaria, gobierno corporativo y *compliance*, tratamiento de las crisis bancarias y los desafíos de las nuevas tecnologías en el sector financiero.

En el primero se aborda las peculiaridades de la supervisión macroprudencial de los riesgos sistémicos de determinadas entidades significativas, la fortalezas y debilidades del modelo europeo de supervisión, también a la luz de la jurisprudencia emanada del TJUE.

En el segundo, se analizan algunas cuestiones del modelo de *corporate governance* impuesto imperativa por la normativa europea o como el papel de *Compliance Officer* en las entidades de crédito, entre otras.

En el tercero se analizan desde la actuación temprana hasta la aplicación del instrumento de resolución de cesión de activos tóxicos pasando por los problemas detectados en las primeras aplicaciones prácticas del MUR, especialmente en relación al denominado «*bail-in*».

El último bloque analiza los desafíos de las nuevas tecnologías, como el impacto que está teniendo la tecnología blockchain en el sector financiero, como la prevención del blanqueo de capitales o los nuevos servicios de pago.

