



*Documentos de Trabajo del Departamento de  
Derecho Mercantil*

---

2010/31

Diciembre 2010

---

**FUSIONES Y OTROS MEDIOS DE REESTRUCTURACIÓN  
COMO MEDIO DE EVITAR EL CONCURSO DE UNA ENTIDAD DE CRÉDITO**

**Javier Martínez Rosado**

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.  
Universidad Complutense.  
Ciudad Universitaria s/n.  
28040 Madrid  
00 34 -913 94 54 93  
E-mail [javiermrosado@ccee.ucm.es](mailto:javiermrosado@ccee.ucm.es)  
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense*  
<http://eprints.ucm.es/>

*Copyright © 2010 Por el autor*

FUSIONES Y OTROS MEDIOS DE REESTRUCTURACIÓN COMO MEDIO DE EVITAR  
EL CONCURSO DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO<sup>1</sup>

(MERGERS AND OTHER RESTRUCTURING OPERATIONS AS A MEANS TO AVOID THE  
BANKRUPTCY OF A CREDIT INSTITUTION)

Javier Martínez Rosado  
Doctor en Derecho  
Profesor de Derecho Mercantil UCM

**RESUMEN:** El trabajo recopila las medidas adoptadas desde el comienzo de la crisis que afectan al sector bancario para, a raíz de las mismas y de la situación actual de las instituciones de crédito en España, realizar algunas consideraciones sobre la posibilidad de declarar en concurso de acreedores a una entidad de crédito y el famoso aforismo *too big to fail*.

**PALABRAS CLAVE:** crisis económica, concurso de acreedores, entidades de crédito, cajas de ahorro, “too big to fail”.

**ABSTRACT:** This paper summarizes the measures taken in Spain since the beginning of the crisis affecting the banking system. Taking into account these measures and the current situation of credit institutions in Spain, the author makes some considerations about the possibility of opening an insolvency procedure on one of these institutions and the famous aphorism *too big to fail*.

**KEY WORDS:** economic crisis, bankruptcy procedure, credit institutions, saving banks, too big to fail.

---

<sup>1</sup> Texto de la intervención presentada en el VIII Seminario Harvard-Complutense de Derecho mercantil, celebrado entre los días 27 y 30 de septiembre de 2010 en la Harvard Law School, con el patrocinio de Allen & Overy, Banco Santander, J & A Garrigues, Ilustre Colegio de Registradores de España e Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

**FUSIONES Y OTROS MEDIOS DE REESTRUCTURACIÓN COMO MEDIO DE EVITAR EL  
CONCURSO DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO**

Javier Martínez Rosado

**SUMARIO:**

1. NORMATIVA CONCURSAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO; SITUACIÓN ECONÓMICA DE LAS MISMAS.....	4
2. MEDIDAS ADOPTADAS PARA HACER FRENTE A LA CRISIS FINANCIERA QUE AFECTAN A LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.....	8
2.1. Medidas anteriores al Real Decreto-Ley 9/2009.....	9
2.2. Medidas previstas en el Real Decreto-Ley 9/2009.....	10
2.3. Medidas previstas en el Real Decreto-Ley 11/2010.....	13
3. ALGUNAS REFLEXIONES.....	17

## 1. NORMATIVA CONCURSAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO; SITUACIÓN ECONÓMICA DE LAS MISMAS.

Hasta hace poco –en concreto, hasta el estallido de la crisis- era común leer que resultaba ciertamente difícil que una entidad de crédito fuera declarada en concurso<sup>2</sup>. La afirmación tenía su razón de ser en que los requisitos de autorización, supervisión y control a que están sometidas dichas entidades<sup>3</sup> constituían y constituyen un medio de prevención muy eficaz frente a la insolvencia. Sin embargo, las consecuencias de la crisis económica han hecho tambalear los cimientos mismos del sistema financiero, y a pesar de que desde la entrada en vigor de la LC no ha trascendido a la opinión pública que ningún banco o caja de ahorros se encuentre en situación de insolvencia, hoy es frecuente que personas no familiarizadas con el Derecho se pregunten: ¿es posible que un banco ó, más en general, una entidad de crédito, sean declarados en concurso?<sup>4</sup>

La respuesta sabemos que es positiva, pero admite importantes matices, como se verá más adelante. En efecto, la LC no establece ninguna limitación a la posibilidad de que una entidad de crédito sea declarada en concurso (cfr. art. 1.1), si bien sí establece alguna peculiaridad. En concreto, la disposición adicional segunda LC dispone en su número 1 que resultarán aplicables las especialidades que la legislación específica contenga para el supuesto de concurso de una de estas entidades, a excepción de las relativas a la composición, nombramiento y funcionamiento de la administración

---

<sup>2</sup> Entre otros, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «El contrato de leasing financiero», en AA.VV., *La contratación bancaria*, dirs. SEQUEIRA, A., GADEA, E. y SACRISTÁN, F., Madrid, 2007, pág. 924.

<sup>3</sup> Recuérdese que tienen la consideración de entidades de crédito el Instituto de Crédito oficial, los Bancos, las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorro, las Cooperativas de Crédito, los Establecimientos Financieros de Crédito y las Entidades de Dinero Electrónico (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre Adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas, en la redacción dada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero). A los efectos del presente trabajo, reducimos el concepto a aquéllas que poseen depósitos a la vista con sus clientes.

<sup>4</sup> No faltan comentarios, editoriales, etc. en la prensa escrita o en internet que se formulan esta pregunta. V., por todos, “Quiebra de bancos y cajas en España: ¿Puede quebrar un Banco o una Caja en España?”, (en <http://www.rankia.com/blog/fernand2/364144-quiebra-bancos-cajas-espana-puede-quebrar-banco-caja-espana>).

concurzal. Sin embargo, a lo largo de la LC no encontramos especialidades para el caso que nos ocupa –sí al margen de ella, como se verá-, salvo lo dispuesto en el apartado segundo del art. 27.2, a tenor del cual -y en lo que aquí interesa- la composición de la administración concursal será distinta en caso de concurso de una entidad de crédito, ya que, junto al abogado y al auditor, economista o titulado mercantil colegiados, no va a formar parte de la misma un acreedor titular de un crédito ordinario o con privilegio general, sino el Fondo de Garantía de Depósitos, que, además, será quien proponga al Juez del concurso los otros dos miembros.

Pero -como decíamos-, aún no se conoce una entidad de crédito ni una caja de ahorros declarada en concurso<sup>5</sup>. ¿Por qué? Cabe pensar que ninguna de ellas se encuentra en estado de insolvencia y que, por tanto, no se cumple el presupuesto objetivo del concurso (cfr. art. 2 LC). Pero esto no parece del todo probable, máxime en tiempos de crisis y cuando ésta se viene prolongando más de dos años con las devastadoras consecuencias que todos conocemos. Cabe pensar, por ello, que entre todos los motivos posibles, hay uno que sobresalía y sobresale por encima de todos: se hace lo posible por evitar el concurso de una entidad que mantenga depósitos a la vista con los clientes por el temor a las consecuencias que el concurso pueda traer sobre la confianza en el sistema financiero, esto es, el miedo a lo que se ha llamado “riesgo sistémico”. Este riesgo tiene su causa en la naturaleza a la

---

<sup>5</sup> Hace ya algunos años el Banco de los Pirineos fue declarado en quiebra (primero solicitó la suspensión de pagos en 1982 y luego la quiebra voluntaria). El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Barcelona declaró la quiebra fraudulenta el 20 de septiembre de 1989 por entender que la contabilidad estaba falseada (el banco llevaba doble contabilidad, ocultó pasivos, etc.). Paralelamente se tramitaron demandas frente a los 20 ex consejeros por estafas y falsedad documental ([http://www.elpais.com/articulo/economia/CATALUNA/BANCO\\_DE\\_LOS\\_PIRINEOS/juez/de clara/fraudulenta/quiebra/Banco/Pirineos/insta/investigacion/penal/elpepieco/19890921/elpepieco\\_9/Tes](http://www.elpais.com/articulo/economia/CATALUNA/BANCO_DE_LOS_PIRINEOS/juez/de clara/fraudulenta/quiebra/Banco/Pirineos/insta/investigacion/penal/elpepieco/19890921/elpepieco_9/Tes)).

Al tiempo de revisarse estas líneas (22 de octubre de 2010), la página web del Fondo de Garantía de Depósitos ([http://www.fgd.es/es/info\\_otras1.html](http://www.fgd.es/es/info_otras1.html)) informaba que “se encuentran pendientes de desembolso determinados saldos correspondientes a depósitos garantizados en el Banco de Navarra, S.A., Banco de los Pirineos, S.A., Bank of Credit and Commerce, S.A.E. , Banco Credipás, S.A. y Eurobank del Mediterráneo, S.A. por falta de solicitud de los depositantes”. Por su parte, en *Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios. Informe anual correspondiente al ejercicio 2009*, apartado “Coste de las actuaciones de saneamiento en entidades”, págs. 44 y 45 (disponible en <http://www.fgd.es/files/pdf/Bancos09web.pdf>), se puede leer que la mayor parte del saneamiento que el FGD tuvo que cubrir obedeció a las “Pérdidas por pagos a depositantes”.

vista de la deuda (o una parte importante de ella) de los bancos frente a los depositantes y en el carácter limitado de la ayuda que pueden prestar los Fondos de Garantía de Depósitos o instituciones equivalentes en otros países (v. gr., la *Federal Deposit Insurance Corporation* en EE.UU.)<sup>6</sup>. Como en seguida veremos, buena parte de las entidades de crédito han recibido numerosas ayudas desde que comenzara la crisis, como también ha ocurrido en otros países desarrollados, con Estados Unidos a la cabeza (es de sobra conocido que la quiebra de Lehman Brothers vino precedida de varias ayudas públicas hasta que la *Federal Reserve* se negó a sostener un proyecto inviable<sup>7</sup>), pero a diferencia de lo que ocurre y ha venido ocurriendo en este último país, en el que numerosas entidades de crédito –si bien por lo general de pequeño tamaño– sí se han visto inmersas en procesos concursales<sup>8</sup>, en el nuestro –como decíamos– no ha sido así desde que se promulgó la LC, y como se verá en seguida, es muy difícil que lo sea incluso aunque exista una situación de insolvencia.

Lo anterior resulta más evidente si se examina el panorama de las Cajas de Ahorros. Hasta hace bien poco se venía señalando que éstas funcionaban porque ganaban dinero pagando poco por los depósitos de una clientela local fiel y prestándolo al Estado o a otros Bancos<sup>9</sup>, a lo que contribuía el hecho de que muchos de sus aspectos estaban y siguen estando bien valorados por la sociedad<sup>10</sup>; aunque otros necesitaban una profunda

---

<sup>6</sup> V. una descripción de las consecuencias que tendría la insolvencia de una de estas entidades en SCOTT CARNERLL, R., MACEY, J. R. y MILLER, G. P., *The Law of Banking and Financial Institutions*, 4ª ed., 2008, págs. 46 y 47.

<sup>7</sup> V. WESSEL, D., *In FED we trust*, ed. Crown Business, 2009.

<sup>8</sup> V. una lista en la página web de la *Federal Deposit Insurance Corporation*, equivalente a nuestro Fondo de Garantía de Depósitos (<http://www.fdic.gov/bank/individual/failed/banklist.html>). Desde el 13 de octubre de 2000 hasta el 22 de octubre de 2010 un total de 330 bancos *failed*, la inmensa mayoría en 2009 y 2010 (también debe decirse que el *failure* de un banco puede obedecer a múltiples causas y no solamente a la insolvencia, pero el hecho de que la mayoría de dichas entidades hayan *caído* en estos dos últimos años pone de manifiesto la preeminencia de las causas de carácter económico).

<sup>9</sup> ALFARO, J., en <http://www.abogares.com/?p=192>.

<sup>10</sup> Especialmente la obra social, pero como indica el Preámbulo del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorro, también el hecho de que hayan contribuido decisivamente a la inclusión financiera de muchas regiones en España.

reforma<sup>11</sup>, lo cierto es que la salud financiera de las Cajas no se ponía en duda.

Pero la situación ha cambiado drásticamente en un período muy breve de tiempo. No es necesario referirse aquí a las causas de la crisis y a cómo ésta –y en particular la llamada *crisis del ladrillo*– ha incidido de manera especial sobre las Cajas hasta el punto de colocarlas en una situación de insolvencia ó, cuando menos, cercana a su disolución<sup>12</sup>. Los beneficios, principal fuente de financiación de las Cajas, se han desplomado, y por ello la única solución a la misma existencia de aquéllas pasaba por una reestructuración profunda del sistema.

En este sentido, a nadie escapa que las Cajas están recibiendo una atención “especial”<sup>13</sup>, hasta tal punto de que cualquiera, experto o no en economía y/o en derecho, puede tener la sensación de que no pueden ser declaradas en concurso. Y algo de verdad, si no mucho, hay en dicha afirmación. No en vano, como en seguida veremos, el famoso aserto *too big to fail* se empieza a poner en entredicho por el enorme coste que implica llevar dicha aseveración a sus últimas consecuencias. De hecho, en EE.UU. se

---

<sup>11</sup> Así, el excesivo intervencionismo político, la falta de profesionalidad de los miembros de los órganos rectores o el régimen de las cuotas participativas (v. COLINO MEDIAVILLA, J. L., «Reflexiones para mejorar la regulación y facilitar la aceptación de las cuotas participativas», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 108 (2007), págs. 167 a 183).

<sup>12</sup> Los ratios de morosidad de las Cajas han venido siendo de hecho más elevados que los de los Bancos, si bien en junio de 2010 la morosidad de estos últimos (5,316%) superó por primera vez a la de aquéllas (5,310%) desde que se inició la crisis (<http://www.expansion.com/2010/08/18/empresas/banca/1282166432.html>).

Lo anterior tiene el agravante para Bancos y Cajas (tal vez en mayor medida para estas últimas) de que el Banco de España ha endurecido recientemente las normas sobre la obligación de provisionar (*Circular 3/2010, de 29 de junio*, que modifica la *Circular 4/2004, de 22 de diciembre*, en la que se contenía dicha obligación), con el impacto que ello supone en la información económico-financiera de estas entidades. En adelante, deberá provisionarse el 25% de la deuda en los 6 meses siguientes a su vencimiento y no pago; el 50% entre dichos 6 meses y hasta los 9; el 75% entre los 9 y los 12 meses, y el 100% cuanto transcurra más de un año desde que venció y no se haya satisfecho. Decía que el impacto de esta medida ha podido ser mayor para las Cajas de Ahorros porque la cobertura de la morosidad era bastante más elevada en los Bancos [v., resumidamente, CASTILLA CUBILLAS, M., «El coste social de las cajas de ahorros y la atribución de derechos políticos a las cuotas participativas», en *RdS* núm. 34(2010), pág. 232].

<sup>13</sup> Hay quien las califica por ello de instituciones “perturbadoras” (v. RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., «Las Cajas de Ahorro como elemento perturbador del sistema financiero español», en *Derecho de los Negocios*, junio 2010, págs. 19 a 23).

han tomado medidas legislativas para evitar tener que hacer frente a unos costes como los que se han realizado estos dos últimos años, y es significativo que la pieza capital de la reforma financiera en Estados Unidos, la famosa *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 21 de julio de 2010, comience señalando que, entre sus fines, se encuentra el de poner fin al *too big to fail*, acabando con los planes de rescates para no dañar el bolsillo de los contribuyentes. En nuestro país se ha señalado que, precisamente por estos costes, es probable que en el futuro las entidades financieras no saneadas no tendrán cabida en el sistema<sup>14</sup>.

El coste de las medidas a que nos venimos refiriendo y la dificultad de que un Banco o una Caja de Ahorros sean declaradas en concurso se ponen de manifiesto con la sola contemplación de las medidas adoptadas desde que comenzó la crisis que han tenido una incidencia más directa en el sector financiero. La enunciación de estas medidas precede a las consideraciones finales.

## **2. MEDIDAS ADOPTADAS PARA HACER FRENTE A LA CRISIS FINANCIERA QUE AFECTAN A LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.**

A continuación contemplamos de manera muy somera las medidas que se han ido adoptando y que han incidido de manera directa o indirecta en el panorama de las Entidades de Crédito, especialmente en las Cajas de Ahorros<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> CASTILLA CUBILLAS, M., «El coste social de las cajas de ahorros...» *cit.*, pág. 218: “dado que, por efecto del riesgo sistémico, los costes de la gestión subóptima de una entidad crediticia se trasladan al bienestar de casi todos –incluso más allá de fronteras nacionales–, en el nuevo orden financiero global es del todo improbable que haya cabida para aquellas con estructuras organizativas de resultados dudosos. Hoy, las externalidades negativas producidas por cualquier entidad financiera imponen un coste social global, cuya existencia obliga a un saneamiento preventivo de aquellas que manifiesten riesgos anormales de disfunción”.

<sup>15</sup> Detalles en mis trabajos sobre “Las medidas para hacer frente a la crisis financiera”, “El Real Decreto-Ley 9/2009, de reestructuración bancaria”, y “La reforma de las Cajas de Ahorros”, en <http://www.transcomlegal.com>.

También se han tomado medidas muy importantes y “dolorosas” desde el punto de vista de los *taxpayers* en EE.UU. En este país se acordó una ayuda de 700.000 millones de dólares para la Banca a cambio de ciertos compromisos (los bancos deberán obtener



## 2.1. MEDIDAS ANTERIORES AL REAL DECRETO-LEY 9/2009.

En primer lugar, el Gobierno, a instancias de la Comisión Europea, procedió a incrementar la cobertura de los Fondos de Garantía de Depósitos<sup>16</sup> con el fin de mantener la confianza en el sistema financiero, de manera que de los 20.000 € que garantizaban en un primer momento por titular y entidad<sup>17</sup> pasaron a garantizar 100.000 €<sup>18</sup>. Sorprende, no obstante, que dicho aumento de la cobertura no implicara un mayor sacrificio por parte de las entidades que obligatoriamente están adscritas a los Fondos en cuestión, ya que éstas continúan aportando las mismas cantidades que venían haciendo con anterioridad a la adopción de la medida<sup>19</sup>.

En segundo lugar, se creó el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros (adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda) con el fin de dotar de liquidez a las entidades financieras, de manera que éstas, a su vez, pudieran conceder crédito. Aunque el Fondo se creó sin coste neto para las arcas del Estado (se financió con deuda pública), la aportación inicial fue de 30.000 millones de euros ampliables a 50.000 con cargo a los Presupuestos Generales del Estado<sup>20</sup>. El Fondo, no obstante, no dio los frutos esperados a

---

autorización del tesoro para subir sus dividendos sobre el capital ordinario durante tres años, etc. -v. Revista *MERCADOS, EL MUNDO*, año XX, núm. 49, 19 de octubre de 2008, pág. 2).

<sup>16</sup> Recuérdese que en España existen tres: el Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios (creado por el RD 3048/1977, de 11 de noviembre), el Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorros (creado por el RD 2860/1980, de 4 de diciembre), y el Fondo de Garantía de Depósitos en Cooperativas de Créditos (creado por el art. Segundo Uno del RD 18/1982, de 24 de septiembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito). La adscripción a ellos es obligatoria (art. Segundo bis del RD 18/1982).

<sup>17</sup> Arts. 7.1 del RD 2606/1996 y 6.1 del RD 948/2001.

<sup>18</sup> Artículo único del RD 1642/2008, de 10 de octubre, por el que se fijan los importes garantizados a que se refiere el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, y el Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores.

<sup>19</sup> Conforme a los arts. 3.2 del RD 2606/1996 y Tercero del RD 18/1988 (en la redacción dada por la disp. adic. 13.ª de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores), las aportaciones anuales de las Entidades adscritas a los Fondos serán del dos por mil de los depósitos existentes al final del ejercicio a los que se extiende la garantía.

<sup>20</sup> Arts. 1 y 2 del Real Decreto-Ley 6/2008, desarrollado por la Orden EHA/3118/2008, de 31 de octubre.

corto plazo y el Gobierno aprobó otro Real Decreto-Ley<sup>21</sup> en el que autorizó la concesión de un crédito por la Administración General del Estado al Instituto de Crédito Oficial (ICO) por un importe máximo de 5.000 millones de euros con la finalidad de crear y poner en marcha una nueva línea de mediación del ICO para «atender las necesidades de financiación de capital circulante de las pequeñas y medianas empresas que, siendo solventes y viables, estén sometidas a una situación transitoria de restricción de crédito».

En tercer lugar, y en esta misma línea, el Gobierno aprobó otra disposición por la que se facilitaban avales, seguros e instrumentos de naturaleza similar para garantizar las operaciones de financiación bancarias. En concreto, permitió la concesión de avales hasta una cifra de cien mil millones de euros en 2008 para garantizar emisiones de pagarés, bonos y obligaciones admitidas a negociación en mercados secundarios oficiales españoles con un vencimiento máximo a cinco años, y autorizó asimismo la adquisición de títulos emitidos por las Entidades de Crédito residentes en España que necesitaran reforzar sus recursos propios y que así lo solicitaran, incluyendo participaciones preferentes y cuotas participativas, hasta el 31 de diciembre de 2009<sup>22</sup>.

## 2.2. MEDIDAS PREVISTAS EN EL REAL DECRETO-LEY 9/2009.

Las medidas anteriores ponen de manifiesto el esfuerzo que se ha tenido que hacer para afrontar la crisis y que afectan de una manera directa o indirecta a las entidades de crédito. Pero, sin duda, la norma que más nos interesa es el RD-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. Este RD-Ley destaca por dos motivos. En primer lugar, por la creación del conocido Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), y en segundo lugar,

---

<sup>21</sup> Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias.

<sup>22</sup> Arts. 1 y 2 del Real Decreto-Ley 7/2008, de 13 de octubre, de Medidas Urgentes en Materia Económico-Financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro.

porque prevé tres procedimientos de reestructuración con sus consiguientes medidas concursales.

Una y otra medida se sitúan en un contexto en el que, ya adentrados en plena crisis, la dificultad del acceso al crédito, la falta de liquidez y el deterioro de los activos han afectado a un gran número de bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito, que en algunos casos han visto seriamente comprometida su viabilidad. Por este motivo, el Real Decreto Ley 9/2009 hace especial hincapié en los procesos de reestructuración, que –señala– deberán evitar recapitalizaciones innecesarias tendentes a mantener entidades no viables y tener el menor coste posible para el contribuyente cuando sea necesario utilizar fondos públicos.

El FROB tiene dos fines principales: la gestión de los procesos de reestructuración de entidades de crédito y la contribución al refuerzo de los recursos propios de las mismas en determinados procesos de integración (art. 1.2). Su dotación inicial fue de 9.000 millones de euros (núm. 2), de los cuales 6.750 lo fueron con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (núm. 3), y 2.250 aportados por los Fondos de Garantía de Depósitos «en función del porcentaje que representen los depósitos existentes en las entidades adscritas a cada uno de ellos al final del ejercicio 2008» (núm. 4)<sup>23</sup>.

Por lo que se refiere a los procesos de reestructuración, se contemplan tres. El primero de ellos consiste en la búsqueda de una solución privada por la entidad de crédito, y se puede incoar «cuando una entidad de crédito o un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito presente *debilidades* en su situación económico-financiera que [...] pudieran poner en peligro su viabilidad y determinen la conveniencia de que acometan un proceso de reestructuración» (art. 6). Su tramitación es, por ello, muy sencilla: bastará con informar al Banco de España y presentar un plan de actuación en el mes siguiente a dicha notificación, plan que se dirigirá a

---

<sup>23</sup> Para minimizar el impacto del FROB sobre los Presupuestos, se dotó con el crédito que nutría el antiguo Fondo para la Adquisición de Activos Financieros. Además, el FROB puede captar financiación ajena en los mercados de valores y de crédito con garantía del Estado hasta el importe que se especifica en el RD-Ley (núm. 5).

asegurar la viabilidad de la empresa mediante el refuerzo de su patrimonio y de su solvencia, la facilitación de su fusión o absorción por otra entidad de reconocida solvencia, o mediante el traspaso total o parcial del negocio o de unidades del mismo a otras entidades de crédito.

En el segundo, se tratará de adoptar las medidas que se prevén para afrontar las debilidades que afecten o puedan afectar a la viabilidad de las entidades crédito con la participación de los Fondos de Garantía de Depósitos (art. 6). El presupuesto es, por ello, el mismo que el de la “fase” anterior, pero la reestructuración tendrá lugar de manera ordenada y reglada, siendo idénticas las soluciones a que se puede llegar, con la diferencia – como decíamos- de que el Fondo de Garantía de Depósitos correspondiente «apoyará el plan presentado por la entidad en cuestión adoptando las medidas preventivas y de saneamiento que considere adecuadas», que también deberá ser aprobado por el Banco de España<sup>24</sup>.

En el tercero de los procedimientos interviene de manera directa el FROB, y el presupuesto, precisamente por ello, es distinto: no basta con una simple situación de «debilidad» de la entidad de crédito, sino que es necesario que persista y, además, que se dé alguna de las circunstancias que enumera: que la entidad no haya presentado al Banco de España el plan al que se ha hecho alusión en el mes siguiente a la comunicación, que haya manifestado a este último la imposibilidad de encontrar una situación viable para su situación, que el plan presentado no sea viable a juicio del Banco de España, que la entidad haya incumplido de manera grave el plazo de ejecución de las medidas contempladas en dicho plan, etc. (art. 7)<sup>25</sup>. El plan de reestructuración tendrá por objeto la fusión de la entidad o el traspaso

---

<sup>24</sup> V. dichas medidas en el RD 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (entre otras, los Fondos de Garantía de Depósitos podrán suscribir las ampliaciones de capital, las emisiones de cuotas participativas, etc.).

<sup>25</sup> Excede del objeto de este trabajo exponer el procedimiento de reestructuración. Baste señalar que los órganos de administración o dirección de la entidad son sustituidos provisionalmente por el Banco de España, que designa administrador al FROB, que este último elaborará un informe sobre la situación patrimonial y la viabilidad de la entidad, que someterá a la aprobación del Banco de España un plan de reestructuración, y que mientras se elabora este plan el FROB podrá suministrar apoyos financieros.

total o parcial del negocio mediante la cesión global o parcial de activos y pasivos, y concretará, en su caso, la intervención del FROB (concesión de garantías, otorgamiento de préstamos en condiciones favorables, etc.).

Pero -como decíamos al comienzo- en la práctica resultará difícil que una entidad de crédito sea declarada en concurso por un doble motivo. De un lado, porque el RD-Ley faculta asimismo al Banco de España a comunicar a la propia entidad de crédito que se encuentra en una situación que puede poner en peligro su viabilidad y exigirle que presente el plan de reestructuración mencionado. De otro, porque conforme a la disposición adicional tercera del RD-Ley 9/2009, los Juzgados no proveerán las solicitudes de concurso referidas a una entidad de crédito desde que se haya presentado alguno de los planes de reestructuración mencionados. Es más, esta misma disposición añade que, desde la presentación de cualquiera de dichos planes, la entidad de crédito no tendrá el deber de solicitar el concurso.

Por último, el RD-Ley también prevé una serie de medidas encaminadas a reformar los fondos propios de las entidades de crédito mediante la adquisición por el FROB de los títulos emitidos por éstas, siempre que, sin estar incursas en ninguna de las causas previstas en el art. 6, «necesiten reforzar sus recursos propios con el fin exclusivo de llevar a cabo entre sí procesos de integración y así lo soliciten» (art. 9.1). Para ello, las entidades deberán elaborar un plan que será aprobado por el Banco de España, y los emisores de los títulos deberán comprometerse a recomprarlos tan pronto como puedan en los términos del plan de integración.

### 2.3. MEDIDAS PREVISTAS EN EL REAL DECRETO-LEY 11/2010.

Si bien el Real Decreto-Ley 9/2009 bien puede decirse que salvó a muchas Cajas de su hundimiento (y posiblemente con ello a muchos depositantes...), la reestructuración de este sector se ha llevado a cabo muy poco después con el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, en vigor desde el día siguiente al de su publicación en el BOE. Con todo, debe

matizarse que al tiempo en que se publicó el Decreto-Ley, el sector de las Cajas de Ahorros se encontraba en pleno proceso de reestructuración tanto en la realidad práctica como desde un punto de vista normativo. Lo primero lo corrobora el hecho de que, de las 45 Cajas de Ahorros que existían antes de que comenzara la crisis, la cifra había descendido a 18 a finales de 2009 como consecuencia de los procesos de fusión operados durante dicho período<sup>26</sup>, o el que alguna de las opciones recogidas en el Decreto-Ley ya se hubiera puesto en práctica con anterioridad, como la conversión de una Caja de Ahorros en una fundación de carácter especial que cede su negocio financiero a un banco<sup>27</sup>. Lo segundo, porque –como hemos ido viendo– desde que comenzó la crisis se han venido promulgando normas que afectaban de una manera directa al sistema bancario y, más en concreto, a las Cajas de Ahorros, como la ampliación de la cobertura de los Fondos de Garantía de Depósitos o el RD Ley 9/2009, de reestructuración bancaria.

Pero volviendo al RD-Ley 11/2010, las medidas que interesa destacar a efectos del presente trabajo son las siguientes.

En primer lugar, se suprime el límite que existía para la emisión de cuotas participativas con el fin de posibilitar la captación de capital privado. En adelante, podrán representar más del 5% de los recursos propios, podrán emitirse sin necesidad de autorización administrativa previa, y podrán cotizar en mercados secundarios de valores. Además, con el fin de hacer atractiva la inversión en las mismas -y de que se emitan-, se les dota de derechos políticos<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Así lo señaló la CECA (v. <http://noticias.terra.es/2010/local/0727/actualidad/la-ceca-expone-a-los-inversores-extranjeros-que-la-reforma-dara-lugar-a-cajas-mas-grandes-y-fuertes.aspx>).

<sup>27</sup> La Caja de Ahorros Castilla-La Mancha se convirtió en una fundación accionista de Banco Liberta -Grupo Cajastur- (v. *Mercados*, pág. 10, en *El Mundo*/año XXII, núm. 133, domingo 4 de julio de 2010).

<sup>28</sup> Posibilidad que antes no se admitía (art. 7.4 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros). Existía, con todo, una excepción: en caso de que el FROB suscribiera cuotas participativas, éstas otorgaban derechos políticos a favor de aquél.

En segundo lugar, se introducen numerosas medidas en relación con los órganos de las Cajas. Así, se añaden como tales el Director General y tres comisiones: la de Inversiones, la de Retribuciones y Nombramientos (antes Comisión de Retribuciones), y la de Obra Benéfico Social; se amplían las funciones de la Asamblea, que deberá aprobar, en su caso, las nuevas “modalidades de modificaciones estructurales” a que en seguida nos referiremos; se limita la representación de las Administraciones Públicas en la Asamblea a un máximo del 40% de los derechos de voto, disminuyendo así un 10% respecto al régimen anterior; se introducen numerosas medidas para garantizar la cualificación y autonomía de los miembros de los órganos de gobierno, etc. En lo que se refiere al Consejo de Administración, se suprime el representante elegido por las Comunidades Autónomas, y en adelante se va a exigir un nivel de conocimientos y experiencia adecuados a la mayoría de los vocales del Consejo y al Director General.

También se incluyen medidas de gobierno corporativo, consistentes en que las Cajas deberán publicar anualmente el informe de gobierno corporativo, y obligando a cualquier miembro de los órganos de gobierno a comunicar a la Comisión de Retribuciones y Nombramientos cualquier situación de conflicto de intereses directa o indirecta.

Pero aún hay más. El RD-Ley diseña un nuevo modelo organizativo de las Cajas basado en una doble alternativa que hoy día es ya una realidad por cuanto existen ejemplos de ambas. La primera es el ejercicio indirecto de la actividad financiera a través de una entidad bancaria, a la que la Caja de Ahorros aportará todo su negocio financiero: ésta mantiene su naturaleza jurídica, pero desarrolla su actividad financiera a través de una entidad bancaria, que deberá estar controlada al menos en un 50%. En los casos en que varias Cajas tengan concertado un Sistema Institucional de Protección (SIP), el ejercicio de la actividad de manera indirecta a través de un banco puede llevarse a cabo a través de la misma entidad central del SIP<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Los SIP fueron contemplados en el art. 8.3.d) de la Ley 13/1985, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, añadido por el RD-Ley 6/2010, de 9 de abril (art. 25), y han sido reformados por el RD-Ley 11/2010. Dicho precepto los contemplaba como una modalidad más de grupo consolidable de entidades de crédito, lo que tenía y tiene importancia para la

La segunda de las alternativas consiste en la transformación de la Caja de Ahorros en una fundación de carácter especial. Esto se lleva a cabo segregando la actividad financiera a otra entidad de crédito (a cambio de acciones), y manteniendo la actividad benéfico social como actividad central de la fundación (la segregación se regirá por la *Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*). Esta modalidad fue instaurada en Italia y los resultados han sido buenos, y tiene la ventaja que permite a la fundación continuar con las funciones de interés público y social<sup>30</sup>.

Para finalizar, debe decirse que el RD-Ley incluye otras medidas no menos importantes relativas a la liquidez de las Cajas de Ahorros (título VI), cuya exposición excede el objeto de esta ponencia<sup>31</sup>.

En definitiva, en 2009 se evitó que muchas Cajas se ahogaran, y este año se ha diseñado un nuevo modelo organizativo para las mismas.

---

consolidación de cuentas (cfr. art. 8.1 y 3). Dada la frecuencia con que se están creando, han adquirido gran actualidad.

Conforme al art. 8.4 mencionado, son contratos con una duración mínima de 10 años; implican, al menos, un compromiso de cesión mutua de liquidez, en caso de necesitarse, así como la cesión, al menos, del 40 % de los recursos propios de cada uno de los partícipes, y también deben poner en común al menos el 40 % de los beneficios, distribuyéndolos proporcionalmente a la participación de cada entidad en el grupo. Y ello sin perjuicio de cualesquiera otros acuerdos que puedan alcanzar. Una de las entidades es la que se denomina entidad central, que deberá ser un banco cuando el SIP esté formado por varias Cajas. Se dice, en este sentido, que ante los nuevos requerimientos de capital de calidad que procederán de Basilea III bastará con ampliar el capital de estos bancos "centrales".

<sup>30</sup> Sobre el modelo italiano, v. RODRÍGUEZ, L., «Privatización de cajas de ahorros: ¿una osadía o una solución?», en *El País*, domingo 30 de mayo de 2010, suplemento Negocios, pág. 16.

<sup>31</sup> Así, se prevé que reglamentariamente puedan establecerse «límites máximos a las inversiones en inmuebles u otros inmovilizados; a las acciones y participaciones, a los activos [...] y, en general, a aquellas operaciones o posiciones que impliquen riesgos elevados para la solvencia de las entidades», límites que podrán graduarse atendiendo a las características de los diferentes tipos de entidades de crédito. En segundo lugar, también se podrá establecer «la obligación de disponer de una cantidad mínima de activos líquidos que permita hacer frente a las potenciales salidas de fondos...» con el fin de hacer frente a potenciales «desequilibrios o tensiones de liquidez que puedan dañar o poner en riesgo la situación financiera de la entidad».



### 3. ALGUNAS REFLEXIONES.

Se ha afirmado que el sistema financiero español es sólido. Lo dice el redactor del RD-Ley 9/2009 ya mencionado y, yendo al terreno de los hechos, lo cierto es que las entidades bancarias más fuertes de nuestro país no han tenido que solicitar ningún tipo de ayudas y sus cuentas de resultados se han resentido poco si se tiene en cuenta la gravedad y duración de la crisis. También lo demuestra el hecho de que nuestro sistema crediticio haya superado con nota los llamados test de estrés<sup>32</sup>.

Pero, siendo cierto lo anterior, tampoco hay que caer en la ingenuidad de pensar que “todo sigue más o menos igual”. No es cierto. La crisis ha obligado a tomar medidas excepcionales de dos tipos. Unas que podríamos llamar de carácter inmediato y otras de carácter más profundo, reorganizativas del sistema.

En cuanto las primeras, la lectura del epígrafe anterior corrobora que “las entidades de crédito españolas han necesitado de un compromiso de inyección de fondos públicos, de un volumen sin precedentes en nuestra historia económica”<sup>33</sup>, y que el plan de rescate del sector bancario se ha basado en el incremento del aseguramiento público de los depósitos, la garantía estatal de las emisiones de deuda bancaria, la compra de activos “dañados” en el balance de los bancos y la adquisición de valores representativos de su capital<sup>34</sup>. Pero aquí no acaba todo, pues esta inyección de dinero tiene, obviamente, su contrapartida, el coste que ha tenido. Como acertadamente se ha dicho, el coste social del rescate va más allá del coste

---

<sup>32</sup> Los resultados pueden visualizarse en [http://www.bde.es/webbde/es/secciones/prensa/test\\_cebs/resultados\\_cebs.html](http://www.bde.es/webbde/es/secciones/prensa/test_cebs/resultados_cebs.html). Mientras la inmensa mayoría de las entidades pasaron el test (Banco Santander SA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, Jupiter, Caixa, CAM, Banco Popular Español SA, Banco de Sabadell SA, Breogan, Mare Nostrum, Bankinter SA, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Antequera y Jaen, Banco Pastor SA, Caja Sol, Bilbao Bizkaia Kutxa, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastian, CAI, Banca March, Banco Guipuzcoano, Caja de Ahorros de Vitoria y Álava, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Ontinyent, Colonya - Caixa D'Estalvis de Pollensa), únicamente no lo superaron Unnim, Diada, Espiga, Banca Cívica y Cajasur.

<sup>33</sup> CASTILLA CUBILLAS, M., «El coste social...» *cit.*, pág. 227.

<sup>34</sup> CASTILLA CUBILLAS, M., «El coste social...» *cit.*, pág. 228.

del rescate de la entidad<sup>35</sup>. En primer lugar, porque los costes del fallo de una entidad de crédito recaen, en gran parte, en el resto de las que contribuyan al Fondo de Garantía de Depósitos respectivo. En segundo lugar, porque cuando las pérdidas derivadas del exceso de riesgo son mayores que lo acumulado en los Fondos de Garantía es el Estado quien acude al rescate (como garante, prestamista o propietario “transitorio” de las entidades afectadas), de manera que el coste se traslada al conjunto de la sociedad. Y por último, porque la existencia de costes sistémicos es indudable: aunque el rescate de la entidad no tenga lugar, produce desconfianza en todos los depositantes que, como mínimo, implica el pago de primas adicionales de riesgo a los depositantes en el resto de entidades.

Por su parte, y tal y como hemos visto, las medidas de carácter reorganizativo han afectado principalmente a las Cajas de Ahorro, esto es, a la mitad del sector financiero español. Como se ha visto, los procesos de reorganización, tan variados en sí, se han encauzado principalmente a través de las fusiones en las que siempre ha intervenido una entidad con un situación patrimonial más desahogada, evitándose así liquidaciones y declaraciones de concurso. Resulta significativo, en este sentido, que en tan breve espacio de tiempo se hayan realizado tantas fusiones frías, se hayan reformado los SIP, se haya acudido al FROB, etc. Pero, debemos insistir, ninguna entidad de crédito ha sido declarada en concurso. ¿Por qué? Puede que porque la situación financiera de ninguna de las Cajas haya sido la de insolvencia en el sentido del art. 2.2 LC (imposibilidad de cumplir «regularmente las obligaciones exigibles»), pero también lo es que, si ha habido insolvencia en una o más de una de ellas, difícilmente se hubiera declarado en concurso porque los mecanismos que hemos descritos lo hubieran evitado: hubiera bastado con comunicar al Banco de España la existencia de una situación de debilidad para que ningún Juzgado proveyera ninguna solicitud de concurso.

Las consideraciones anteriores no implican que dichas medidas ó, si se prefiere, dicha normativa, no se haya debido promulgar y que, por tanto,

---

<sup>35</sup> CASTILLA CUBILLAS, M., «El coste social...» *cit.*, pág. 225.

se haya debido dejar “caer” a las instituciones que “se estaban cayendo”. Tal vez era y sigue siendo necesario el saneamiento de las mismas evitando el concurso de cualquier banco o caja de ahorros por el pánico y el efecto dominó que puede producir en el conjunto del sistema financiero. Pero una vez que se ha reformado el sistema y que se puede apreciar el coste total que ha tenido y siguen teniendo los planes y medidas de rescate, se impone el poner las bases para que dichas situaciones no se vuelvan a producir. El pánico no va a desaparecer por el hecho de que la normativa mejore; si se puede afirmar así, éste va a ser prácticamente consustancial siempre al concurso de una entidad de crédito de medio o gran tamaño<sup>36</sup>.

En la línea de lo que decimos, debe añadirse que, consciente de las consecuencias que los planes de rescate han tenido y están teniendo sobre el sistema financiero y los *taxpayers*, la reciente *Dodd-Frank Act* ha previsto un

---

<sup>36</sup> Se afirma en EE.UU. que dicho pánico es el factor que más influye a la hora de legislar los aspectos concursales de las entidades financieras, hasta el punto de que dicha preocupación ha sido una constante en la política bancaria (SCOTT CARNELL, R., MACEY, J. R. y MILLER, G. P., *The Law of Banking... cit.*, 2008, pág. 732).

El examen de los dos procedimientos concursales que existen para estas entidades corrobora dicha afirmación: el *receivership* –equivalente a nuestro concurso que finaliza en liquidación- y el *conservatorship* –equivalente al convenio concursal- [v. la sección 1821 (c) y (d) del US Code]. Entre 1934 y 2005 este último solamente se ha utilizado en dos ocasiones (en ambas, además, las entidades acabaron en el procedimiento liquidatorio), mientras que el *receivership* se declaró en 2094 ocasiones. Y lo que es más importante: la razón de ello es que el procedimiento liquidatorio es más barato para la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), ya que –se argumenta- en caso de optar por el de conservación los depositantes no asegurados sacarían su dinero inmediatamente ante la amenaza de la situación y lo que quedarían serían los depósitos asegurados, que la FDIC tendría que cubrir al 100%. En cambio, en caso de liquidación (*receivership*) se liquida el banco, se paga a prorrata a todos los depositantes y la FDIC solamente tiene que cubrir la parte de los depósitos asegurados no satisfechos. Se afirma, por ello, que el *receivership* es el *key mechanism* para tratar las quiebras de los bancos (la diferencia más significativa respecto al concurso de una entidad cualquiera bajo el *Bankruptcy Code* es que en el procedimiento de *receivership*, tras pagar a los acreedores asegurados hasta el valor de la garantía y los gastos del *receiver*, se pagan los depósitos, tanto si están asegurados como si no). V. SCOTT CARNELL, R., MACEY, J. R. y MILLER, G. P., *The Law of Banking... cit.*, págs. 705 a 707 y 719).

Téngase en cuenta que el seguro de depósito cubre actualmente cien mil dólares por depositante y por banco *in each category of legal ownership* [12 U.S.C., § 1821(a)], y que la normativa de la *Federal Deposit Insurance Corporation* reconoce hasta ocho categorías de propiedad (12 C.F.R. pt. 330).

Por otra parte, y como puede apreciarse, existen grandes similitudes entre los procedimientos concursales estadounidenses que se acaban de mencionar y el existente en nuestro país. Simplificando tal vez en exceso, mientras en aquéllos es la *Federal Deposit Insurance Corporation* actúa como síndico, en el nuestro el Fondo de Garantía de Depósitos formará parte de la administración concursal, además de proponer a los otros dos miembros. La diferencia real ha sido que aquéllos han recibido aplicación práctica.

procedimiento concursal específico para las entidades financieras que no están sujetas a los tradicionales procedimientos concursales para entidades de crédito y que puedan poner en peligro la estabilidad financiera de los Estados Unidos en el que la *Federal Deposit Insurance Corporation* también actuará como síndico<sup>37</sup>, muy similar por tanto al procedimiento de *receivership*. Con otras palabras, se ha eliminado el *too big to fail*, tal y como se señala expresamente en las líneas que preceden al articulado de la ley.

Este giro tomado por el legislador estadounidense a favor de la eliminación del *too big to fail* parece más que positivo por cuanto, acompañado de otras medidas (así, las que tratarán de hacer recaer las pérdidas en los verdaderos culpables de acuerdo con su grado de culpabilidad, las que intentan garantizar que los accionistas sean los últimos en recibir pagos, etc.<sup>38</sup>), es de suponer que se traducirá en una mejor gestión de las entidades y en una también mejor supervisión, tanto a nivel interno como externo. Por eso mismo, una vez que finalice la crisis y las entidades de crédito se encuentren saneadas, nuestro legislador no debería tener ninguna excusa para centrar la mirada en la eliminación de dicho principio. Sin duda alguna, para no tener que llegar a dichos resultados lo mejor será prevenir y, como decimos, una buena gestión y supervisión tiene mucho que decir, además, por supuesto, del papel que a nivel institucional se espera que desempeñe la proyectada Junta Europea de Riesgo Sistémico o el ya creado en EE.UU. *Financial Stability Oversight Council*<sup>39</sup>, pero -debe insistirse- una vez reestructurado el sistema financiero, y suponiendo que las futuras crisis de las entidades bancarias y cajas de ahorro no sean atajadas a tiempo, los planes de rescate, de haberlos, deberán tener necesariamente otra dimensión, evitando trasladar su coste a los ciudadanos.

---

<sup>37</sup> V. el título II de la *Dodd-Frank Act*.

<sup>38</sup> Secciones 204 (a) y 206 de la *Dodd-Frank Act*.

<sup>39</sup> V. la Sección 111 de la *Dodd-Frank Act*.