



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)

José Luis Colino Mediavilla

Profesor Titular de Derecho Mercantil UCM

Rita María Freire Costas

Profesora Titular Interina de Derecho Mercantil URJC

Publicado en:

Revista de Derecho Bancario y Bursátil

Nº 137, enero-marzo 2015

ISSN: 0211-6138

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.

Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid

00 34 -913 94 54 93

E-mail:

jlcolino@der.ucm.es

rita.freire@urjc.es

<http://www.ucm.es/dep-derecho-mercantil>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense

<http://www.ucm.es/eprints>

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)

José Luis Colino Mediavilla

Profesor Titular de Derecho Mercantil UCM

Rita María Freire Costas

Profesora Titular Interina de Derecho Mercantil URJC¹

Resumen:

La actuación temprana fue regulada, urgentemente, en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Posteriormente, se publicó 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,

¹ Dedicamos este trabajo, por varias razones, a nuestros amigos: Mayte Álvarez Moreno, Cristina de Amunátegui Rodríguez, Carmen Armendáriz León, Tomas Cano Campos, Raúl Canosa Usera, Charo Cristóbal Roncero, Ana Fernández-Coronado González, Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda, Alfredo Muñoz García, Carmen Otero García Castrillón, Pilar Peiteado Mariscal, María Roca Fernández y Eduardo Serrano Gómez.

El trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación, financiado por el MINECO, DER2011-27036 (UCM), titulado *La reforma del régimen jurídico de las cajas de ahorros y otros aspectos del mercado del crédito en el marco de la crisis económica y financiera*, cuyo investigador principal es el profesor José Luis Colino Mediavilla. Las primeras reflexiones fueron expuestas por el profesor Colino en una ponencia (*Acting early, discipline and intervention of credit institutions*) realizada el 7 de octubre de 2013 en el XI Congreso Harvard-Complutense, celebrado en Harvard (7-10 octubre) y titulado *Restructuring of the financial system and new negotiation strategies*. Un desarrollo más avanzado del trabajo fue expuesto en el Congreso titulado *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de las crisis de las entidades de crédito*, dirigido por los profesores J. L. Colino Mediavilla y J. C. González Vázquez, y realizado en la Facultad de Derecho de la UCM los días 6 y 7 de febrero de 2014, en el que la profesora R. M^a. Freire Costas presentó una comunicación titulada *El presupuesto objetivo de la actuación temprana* y el profesor Colino Mediavilla intervino en una mesa redonda con una ponencia titulada *La actuación temprana: relaciones sistemáticas y dificultades interpretativas*. La integración de estas dos intervenciones compuso el capítulo *La actuación temprana: relaciones sistemáticas y dificultades interpretativas*, en la obra colectiva *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de las crisis de las entidades de crédito*, que se halla en fase de publicación, por la editorial Comares, en el momento en que se cierra el presente trabajo, en el que partiendo de la estructura y contenido del trabajo en prensa, se incorporan las primeras reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito y Empresas de Servicios de Inversión, aprobado por el Consejo de Ministros el día 28 de noviembre de 2014, con posterioridad a la elaboración del capítulo del que se parte.

2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos UE nº 1093/2010 y UE nº 648/2012 del Parlamento y del Consejo. El artículo analiza las relaciones sistemáticas de la actuación temprana y algunos cambios necesarios para cumplir con esta Directiva.

Palabras clave:

Crisis financiera, actuación temprana, legislación, directiva.

Abstract:

Early intervention was regulated, urgently, in Act 9/2012, of 14 de November, for the recovery and resolution of credit institutions. Later, wash published DIRECTIVE 2014/59/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, of 15 May 2014, establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, of the European Parliament and of the Council. The paper analyzes systematic relationships of early intervention and some changes necessary to comply with this Directive.

Key words:

Financial crisis, early intervention, regulation, directive.

SUMARIO

I. FINES Y NORMAS

II. LA ACTUACIÓN TEMPRANA EN EL SISTEMA: PANORÁMICA FUNCIONAL BÁSICA

1. Actividad y dificultades: gradación en la prevención y tratamiento de la crisis
2. Ordenación y supervisión
 - 2.1. Prevención de la crisis

2.2. Incumplimiento de requisitos, sanciones y medidas para retornar al cumplimiento, en su caso, superando riesgos de inviabilidad

3. La resolución y su conexión con la supervisión

4. Ayudas financieras públicas extraordinarias

III. PRESUPUESTO OBJETIVO.

1. Directiva 2014/59/UE

2. Ley 9/2012

IV. MEDIDAS, PLAN Y PROCEDIMIENTO.

1. Directiva 2014/59/UE

2. Ley 9/2012 y Ley 10/2014

V. MEDIDAS SOBRE LOS COMPONENTES DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN, INTERVENCIÓN Y SUSTITUCIÓN EN LAS FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y RESPETO DE LOS DERECHOS DE LOS PROPIETARIOS.

1. Directiva 2014/59/UE

2. Ley 9/2012 y Ley 10/2014

VI. CONCLUSIONES

VII. BIBLIOGRAFÍA

I. FINES Y NORMAS.

La pluralidad e importancia de los intereses afectados en caso de fracaso en la actividad de las entidades de crédito requiere un tratamiento específico², mediante procedimientos y medidas de carácter administrativo ante las autoridades competentes, incluido el apoyo financiero público necesario, que desplazan la aplicación del Derecho Concursal (paraconcursalidad)³.

² Las entidades de crédito juegan un papel esencial en la sociedad y en la economía, en cuanto canalizadoras de la aplicación del ahorro a la financiación de los ciudadanos, las actividades productivas y las administraciones públicas. En consecuencia, el riesgo en el ejercicio de su actividad afecta tanto a intereses privados como públicos: derechos de los accionistas e inversores, derechos de los clientes y acreedores, crecimiento de la economía, creación de empleo, estabilidad del sistema financiero y, en general, funcionamiento del sistema económico.

³ Se necesitan procedimientos, medidas y ayudas financieras que permitan tratar la crisis con suficiente antelación, rapidez, flexibilidad y eficacia, para conseguir los fines perseguidos con el menor coste posible para los contribuyentes, tratándose de cargar el coste de la crisis en los socios y en los acreedores. *Vid.* ALONSO LEDESMA, C., "La resolución de entidades de crédito", en *La reforma bancaria en la Unión Europea y España. El modelo de regulación surgido de la*

No hay en esta materia, en general, novedad. Ni en los hechos ni en el Derecho. Sobre los primeros, no hace falta recordar las crisis de entidades de crédito producidas en el pasado. Respecto al Derecho, es suficiente recordar, como antecedentes generales más inmediatos, la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito⁴.

No obstante, la rigurosa crisis económica y financiera padecida desde 2007, y los gravísimos supuestos de crisis de entidades de crédito producidos, han dado lugar al desarrollo y refuerzo de la prevención y el tratamiento de las crisis de las entidades de crédito⁵.

A los efectos de este trabajo, basta citar, como normas principales a considerar y por orden cronológico, las siguientes:

a) Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito⁶.

b) Reglamento UE nº 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 servicios de inversión, y por el que se modifica el Reglamento UE nº 648/2012.

crisis, coordinado por Tejedor Bielsa, J. C., y Fernández Torres, I., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 348-351; GARCÍA VILLAVARDE, R., "Instituciones concursales y paraconcursoales: El ámbito de una reforma", en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, monográfico nº 8 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1985, págs. 189-209; RODRÍGUEZ PELLITERO, J., "Resolución de crisis bancarias", en *Sistema Bancario*, dirigido por S. Muñoz Machado y J. M. Vega Serrano, en *Derecho de la regulación*, X, Iustel, Madrid, 2013, págs. 831-835.

⁴ *Vid.* más información en CARRILLO DONAIRE, J. A., "Intervención de entidades de crédito en crisis: alcance y límites", en *Sistema Bancario*, dirigido por S. Muñoz Machado y J. M. Vega Serrano, en *Derecho de la regulación*, X, Iustel, Madrid, 2013, págs. 786 y ss.; RODRÍGUEZ PELLITERO, J., *ob. cit.*, págs. 880-890.

⁵ *Vid.*, por todos, ALONSO LEDESMA, C., *ob. cit.*, págs. 342-345.

⁶ *Vid.* MARTÍNEZ CANELLAS, A., "La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito", en *RdS*, 40, 2013, págs. 489-517; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., "La Ley 9/2012, de reestructuración y resolución de las entidades de crédito como Derecho de excepción", en *Anuario de Derecho Concursal*, 30, septiembre-diciembre 2013, págs. 181-194; VICENT CHULIÁ, F., "La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y la sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria", en *RDCP*, 18, 2013, págs. 23-49.

c) 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 y las empresas de servicios de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE.

d) Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos UE nº 1093/2010 y UE nº 648/2012 del Parlamento y del Consejo⁷.

e) Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Interesa subrayar que la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, trae causa del Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. También es relevante notar que este Real Decreto-ley se elaboró con extraordinaria urgencia, de acuerdo con el Memorando de Entendimiento entre la Comisión Europea y España, hecho el 23 de julio de 2012⁸, mediante el que se fijaron las condiciones de asistencia financiera a España en relación con el Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF), y, también, teniendo en cuenta la propuesta de Directiva, de 6 de junio de 2012, por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

⁷ Con fecha 6 de junio de 2012 se presentó la propuesta de Directiva por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, *vid.* una noticia en FREIRE COSTAS, R. M^a., “Propuesta de Directiva por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de las entidades de crédito y las empresas de inversión”, *RdS*, 40, 2013, págs. 637-640.

⁸ BOE de 10 de diciembre de 2012.

La posterior aprobación de 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, exige volver sobre la Ley 9/2012, para adaptarla a la Directiva en lo que sea necesario⁹.

En consecuencia, este trabajo se enfoca partiendo del contenido de la Directiva 2014/59/UE, a la vista del que, respecto a la materia objeto de estudio, se valora la Ley 9/2012 y se identifican las necesidades de adaptación¹⁰.

Como hemos indicado en la nota de pie de página número 1, después de estar escrito este trabajo, el Consejo de Ministros aprobó, el día 28 de noviembre de 2014, el Anteproyecto de Ley XX/2015, de X de X, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito y Empresas de Servicios de Inversión (en adelante Anteproyecto de Ley RR), para adaptar nuestro ordenamiento a la Directiva 2014/59/UE. El apartado II del preámbulo del Anteproyecto de Ley RR, expresa la continuidad de la futura Ley respecto a la Ley 9/2012:

“Se asienta sobre idénticos principios, replica buena parte de su estructura y articulado y no ha de entenderse, por tanto, sino como un instrumento que, al tiempo que refunde toda la regulación, completa el derecho previo en aquellas áreas del Derecho de la Unión Europea que aún no estaban incorporadas a nuestro ordenamiento.

...

Es por ello que el legislador opta con la presente ley por dar la mayor continuidad posible tanto al contenido como a la estructura de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, completando solo aquello que la correcta transposición de la Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo, hace imprescindible.

...

⁹ El art. 130 de la Directiva 2014/59/UE establece que los Estados miembros adoptarán y publicarán, antes del 31 de diciembre de 2014, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en ella, y que comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones.

¹⁰ Como veremos, no solo hay que adaptar la Ley 9/2012, sino también la Ley 10/2014.

El hecho de que esta ley opte por la derogación de la previa en vez de modificarla no obedece sino al esfuerzo que el legislador viene realizando en los últimos tiempos por mejorar la sistematicidad y claridad de las normas financieras”.

Y el apartado III del preámbulo dice:

“La estructuración por capítulos de esta norma replica en su mayor parte, por las razones mencionadas anteriormente, la de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre...”.

Este planteamiento, entendible en sus líneas generales, no debería limitar excesivamente el margen de actuación del legislador, porque una autolimitación excesiva podría conducir a resultados insatisfactorios, en particular en lo que concierne a la mejor sistemática y claridad de la normas.

La identificación de las relaciones sistemáticas de la actuación temprana y las dificultades interpretativas que plantea su régimen jurídico, ha de hacerse en el marco global del sistema de ordenación, supervisión y resolución de las entidades de crédito. Naturalmente, para no salirse del ámbito propio de este trabajo, tal enfoque solo puede llevarse a cabo con una perspectiva panorámica y funcional, que aporta la necesaria visión del conjunto. A partir de tal marco, se tratan con más detenimiento cuestiones específicas de la actuación temprana.

II. LA ACTUACIÓN TEMPRANA EN EL SISTEMA: PANORÁMICA FUNCIONAL BÁSICA.

1. Actividad y dificultades: gradación en la prevención y tratamiento de la crisis.

El elemento central del sistema de ordenación, supervisión y resolución de entidades de crédito es su gradación. Primero es el ejercicio de la actividad. Después, en su caso, el acaecimiento de dificultades, que se presentan progresivamente, en niveles de gravedad que van de menos a más, hasta la inviabilidad.

En consecuencia, gradualmente, se trata de evitar que se produzca la crisis, incluida la planificación de cómo afrontarla si acaece, y se establecen medidas para, una vez que ha tenido lugar, solucionarla en función de su gravedad.

2. Ordenación y supervisión.

2.1. Prevención de la crisis.

La prevención de la crisis comienza con la exigencia de requisitos (prudenciales)¹¹ para el acceso y ejercicio de la actividad. Se requiere que la actividad se ejercite por quienes puedan hacerlo correctamente, con los procedimientos y organización adecuados y con recursos suficientes.

En este ámbito se ubican elementos tradicionales del sistema, sobradamente conocidos: reserva de actividad, control de acceso y revocación de la autorización, régimen de participaciones significativas, control de idoneidad e incompatibilidades de los administradores, exigencias de estructura organizativa, gobierno corporativo y política de remuneraciones, gestión de riesgos, requerimientos de solvencia y liquidez.

También se ubica en este ámbito, como requisito de organización y gobierno corporativo, un elemento más reciente, mediante el que se prepara el tratamiento de la crisis, planificando cómo actuar si se produce: plan de reestructuración (preparatorio). La conexión sistemática del plan de reestructuración preparatorio con la regulación prudencial está en el art. 74.4 de la Directiva 2013/36/UE.

El plan de reestructuración preparatorio planifica, cuando todavía no se ha producido la crisis y para el caso en que tenga lugar, en función de distintos escenarios posibles, cómo tratar de superarla en el ámbito y con las medidas de supervisión, para evitar que, por aumento de la gravedad de la situación, sólo sea posible tratarla mediante el recurso a los rigurosos instrumentos de resolución.

¹¹ Viendo el Diccionario de la Real Academia Española, parece más correcto hablar de requisito que de requerimiento, aunque también se usa mucho esta última palabra.

Esta planificación debe incluir las medidas de actuación temprana, pero el plan de reestructuración preparatorio va más allá, planificando también acciones de reestructuración de la entidad, en sus aspectos patrimonial, financiero, organizativo y de actividad¹².

El plan de reestructuración preparatorio ha de ser aprobado por la autoridad de supervisión, que puede exigir su revisión, e incluso la introducción de modificaciones específicas, antes de aprobarlo (arts. 5-9 y Anexo, sección A, de la Directiva 2014/59/UE).

Si la entidad incumple la obligación de formular un plan de reestructuración preparatorio adecuado, incluida la atención a las indicaciones que le haga el supervisor, la autoridad supervisora puede dar instrucciones a la entidad para que tome cualquier medida que el propio supervisor considere necesaria y proporcionada (art. 6.6 de la Directiva 2014/59/UE).

En particular, la autoridad competente podrá exigir a la entidad que reduzca su riesgo, incluido el de liquidez, que permita la adopción puntual de medidas de recapitalización interna, que revise su estrategia y estructura, que modifique su estrategia de financiación y que realice cambios en la estructura de gobernanza de la entidad. Añade la norma comunitaria que tal lista de medidas no impide que los Estados miembros faculten al supervisor para que adopte medidas adicionales. Por lo tanto, la autoridad supervisora puede exigir la adopción de las medidas necesarias para reestructurar la entidad en sus aspectos patrimonial, financiero, organizativo y de actividad.

Otro elemento del sistema mediante el que se prepara, preventivamente, el tratamiento de la crisis, se ubica a caballo entre las funciones de supervisión

¹² Interesa destacar que la dificultad de distinguir entre los distintos grados de gravedad de la crisis y, en consecuencia, en el grado de rigor necesario en las medidas a aplicar, ya se pone de manifiesto en esta fase preparatoria de planificación. En este sentido, el art. 9 de la Directiva 2014/59/UE establece, en su número 1, que la autoridad de supervisión exigirá que el plan de reestructuración incluya un marco de indicadores, establecido por la entidad, que determine los puntos en los que se podrán emprender las acciones adecuadas previstas en el plan. Estos indicadores serán determinados por la autoridad de supervisión a la hora de proceder a la evaluación del plan. Los indicadores, que podrán ser de carácter cualitativo o cuantitativo, se referirán a la posición financiera de la entidad y deberán ser susceptibles de monitorización con facilidad. La autoridad de supervisión velará por que las entidades establezcan los mecanismos adecuados para la monitorización regular de los indicadores. No obstante, a continuación se establece la posibilidad de no cumplir con lo previsto por los indicadores si las circunstancias lo aconsejan. El número 2 del mismo art. 9 establece que la ABE deberá elaborar directrices que recojan una lista mínima de indicadores cualitativos y cuantitativos.

y resolución, porque planifica cómo actuar en caso de que la crisis sea tan grave que requiera la aplicación de los rigurosos instrumentos de la resolución, por lo que su elaboración corre a cargo de la autoridad de resolución: plan de resolución (preparatorio). La conexión sistemática con la regulación prudencial está en el art. 74.4 Directiva 2013/36/UE.

El plan de resolución preparatorio, que elabora la autoridad de resolución basándose, entre otras cosas, en la información que le proporciona la entidad, consiste en planificar las acciones de resolución que podría adoptar la autoridad de resolución cuando la inviabilidad no se pudiese superar con medidas de supervisión, bien para extinguir la entidad inviable, bien para superar tal inviabilidad mediante una reestructuración de sus aspectos patrimonial, financiero, organizativo y de actividad (arts. 10-14, y sección B del Anexo, de la Directiva 2014/59/UE).

Si al formular el plan de resolución preparatorio, la autoridad de resolución identifica la existencia de obstáculos sustanciales para llevar a cabo, si fuese necesario, la resolución de la entidad, la autoridad de resolución solicitará de la entidad que proponga medidas para superar tales obstáculos y, si no le parecen satisfactorias, puede, con función preventiva, exigir la adopción de medidas para superar los obstáculos para la aplicación de los instrumentos de resolución, garantizando que, si fuese necesario, podría llevarse a cabo la resolución de la entidad (arts. 10.2 y 15-18 de la Directiva 2014/59/UE).

Tales medidas pueden incidir, con considerable rigor, en los aspectos patrimonial y financiero, organizativo y de actividad de la entidad, lo que permite, si es necesario, una reestructuración de la misma: revisión o elaboración de los mecanismos de financiación dentro del grupo, elaboración de acuerdos de servicios para garantizar las funciones esenciales, limitación de riesgos, obligaciones adicionales de información, desinversión de activos específicos, limitación o cese en actividades, restricción de ramas de actividad, cambios en estructuras jurídicas u operativas... (art. 17.5 de la Directiva 2014/59/UE).

También en el ámbito de la preparación para tratar las crisis que pudieran presentarse, se regula la posibilidad de adoptar acuerdos de ayuda financiera dentro de un grupo, que han de ser aprobados por la autoridad de supervisión (arts. 19-26 de la Directiva 2014/59/UE).

Son acuerdos que planifican la prestación voluntaria de ayudas dentro de un grupo transfronterizo, cuando una entidad del grupo esté en una situación de crisis que amenace con hacerla inviable, para garantizar la estabilidad financiera del grupo en su conjunto.

La situación de crisis se regula por remisión al presupuesto objetivo de la actuación temprana, pero no basta con que se de tal situación sino que, además, han de cumplirse otras condiciones, que, en esencia, consisten en solucionar el problema de la entidad en crisis desde el respeto de los intereses del grupo y de la entidad que presta la ayuda, que ha de contribuir significativamente a resolver las dificultades sin poner en peligro su solvencia y liquidez, y que ha de recibir la correspondiente contrapartida (arts. 19.1 y 23 de la Directiva 2014/59/UE). En consecuencia, si es posible solucionar la crisis con un remedio voluntario y privado como la ayuda financiera dentro del grupo, no entrará en juego la actuación temprana.

Nuestro ordenamiento vigente es insuficiente en la regulación de estas instituciones preparatorias del tratamiento de la crisis, para el caso en que se produzca: plan preparatorio de reestructuración, plan preparatorio de resolución y acuerdos de ayuda financiera dentro de un grupo.

El apartado cuarto de la disposición final cuarta de la Ley 9/2012 modificó el apartado 1 bis del artículo 30 bis de la Ley 26/1988, de disciplina e intervención de entidades de crédito, estableciendo una regulación, que hoy día se halla en el art. 30 de la Ley 10/2014, que únicamente contempla un Plan General de Viabilidad, preparatorio, mezclando los planes preparatorios de reestructuración y resolución, y remitiendo, en cuanto a las medidas preventivas que se pueden adoptar en caso de que el plan sea insuficiente, a las medidas a adoptar para eliminar los obstáculos sustanciales para llevar a cabo la resolución (art. 24 de la Ley 9/2012).

Como hemos visto, los planes preparatorios de reestructuración y resolución son distintos, en los fines, en el contenido y en la competencia para su elaboración, y también son distintas las medidas que se pueden adoptar en relación con uno y otro. Por lo tanto, la regulación vigente es incorrecta y debe reformarse¹³.

En cuanto a los acuerdos de ayuda financiera dentro de un grupo, simplemente no han sido objeto de atención ni en la Ley 9/2012, ni en la Ley 10/2014¹⁴.

El Anteproyecto de Ley RR regula estas instituciones preparatorias del tratamiento de la crisis con una sistemática distinta de la utilizada por la Directiva 2014/59/UE, que separa en títulos diferentes la preparación para el tratamiento de la crisis (título II: planes de reestructuración y resolución, y acuerdos de ayuda financiera dentro de un grupo), la actuación temprana (título III) y la resolución (título IV).

El Anteproyecto de Ley RR ha prescindido de un capítulo general específico para la preparación del tratamiento de las crisis, optando por incluir la planificación de la actuación temprana¹⁵ (art. 6) y los acuerdos de ayuda financiera dentro de un grupo (art. 7), en el capítulo II, de la actuación temprana, y dedicando un capítulo específico, el III, a la fase preventiva de la resolución, en el que incluye la planificación de la resolución (arts. 13 y 14) y la evaluación de la resolubilidad y las medidas para eliminar los obstáculos para llevar a cabo la resolución (arts. 15-18), como capítulo distinto del capítulo IV, dedicado a la resolución.

Aunque el estudio detallado y la valoración de la regulación de estas instituciones preparatorias del tratamiento de la crisis excede el objeto de este

¹³ La confusión también aparece en el art. 69.2 b) de la Ley 10/2014 en el que se hace referencia, ahora como algo distinto, a los "*planes de viabilidad y resolución*".

Afortunadamente, estas normas, que remitían la especificación del contenido del plan a un posterior desarrollo reglamentario, todavía no han tenido aplicación, porque la exigibilidad de la formulación del plan, a las entidades, dependía, precisamente, de tal desarrollo reglamentario, que no se ha producido (disposición transitoria cuarta de la Ley 9/2012 y disposición transitoria decimocuarta de la Ley 10/2014).

Sobre estos planes preparatorios y las medidas que se pueden adoptar en relación con ellos, *vid.* RODRÍGUEZ PELLITERO, J., *ob. cit.*, págs. 838-843.

¹⁴ Se refiere a ellos RODRÍGUEZ PELLITERO, J., *ob. cit.*, págs. 839-841.

¹⁵ Esto es, el plan de reestructuración de la Directiva 2014/59/UE.

trabajo, interesa apuntar que es probable que la opción sistemática elegida en el Anteproyecto de Ley RR sea menos satisfactoria que la de la Directiva 2014/59/UE, porque oscurece la función preparatoria del tratamiento de la crisis, para el caso en que se produzca, propia de estas instituciones.

Un ejemplo, que surge a primera vista, es la errónea ubicación sistemática de los acuerdos de ayuda financiera dentro de un grupo, que se sitúan en el capítulo de la actuación temprana, cuando, en rigor, no son actuación temprana sino institución preventiva que opera antes que ella. Como hemos dicho al tratar el presupuesto objetivo de estos acuerdos conforme a la Directiva 2014/59/UE, si es posible solucionar la crisis con un remedio voluntario y privado como la ayuda financiera dentro del grupo, no entrará en juego la actuación temprana.

Como siempre, la sistemática insatisfactoria acarrea riesgo de incorrección u oscuridad en las normas, dificultando su elaboración, su interpretación y su aplicación. En este sentido, el art. 7.1 del Anteproyecto de Ley RR establece como supuesto de aplicación de la prestación de ayuda financiera el caso en que alguna entidad del grupo incurriera en los supuestos de actuación temprana, lo que no es conforme con la Directiva 2014/59/UE. La solución se halla en el número 4 del mismo art. 7, que, en el marco de la previsión de desarrollo reglamentario, hace referencia al cumplimiento de las demás condiciones que, conforme a la Directiva 2014/59/UE, se deben dar para la aplicación de la ayuda financiera dentro de un grupo.

Es probable que esta opción sistemática del Anteproyecto de Ley RR en la regulación de las instituciones preparatorias del tratamiento de la crisis sea consecuencia, negativa, del mencionado deseo de continuidad con la Ley 9/2012, manteniendo su estructura y sus capítulos.

Por cierto, hablando de relaciones sistemáticas, la regulación en el Anteproyecto de Ley RR de las instituciones preparatorias del tratamiento de la crisis, en particular los planes preparatorios de reestructuración/actuación temprana y de resolución, exige reformar los arts. 30 y 69.2 b) de la Ley 10/2014, lo que no se ha hecho en la disposición final sexta del Anteproyecto de Ley RR.

En fin, para terminar este apartado sobre prevención de la crisis, hay que recordar que de nada sirve exigir requisitos prudenciales si no se vigila su cumplimiento. En consecuencia, se establecen obligaciones de información para las entidades de crédito y se atribuye a la autoridad supervisora la facultad de inspeccionar y solicitar toda la información que necesite para ejercer su función¹⁶.

2.2. Incumplimiento de requisitos, sanciones y medidas para retornar al cumplimiento, en su caso, superando riesgos de inviabilidad.

El incumplimiento de los requisitos exigidos, cuando se ha tipificado como infracción, acarrea la correspondiente sanción. Además, el incumplimiento de los requisitos prudenciales comporta la exigencia por la autoridad supervisora de que se adopten medidas para retornar al cumplimiento. Cuando el incumplimiento de los requisitos prudenciales manifiesta una crisis de considerable gravedad, se exige la aplicación conjunta de medidas que, respetando la voluntad de sus propietarios y acreedores, tratan de mantener la viabilidad de la entidad, reestructurando sus aspectos patrimonial, financiero, organizativo y de actividad, e incluso, si es necesario, cambiando los componentes de su órgano de administración y limitando temporalmente sus facultades, con la finalidad de evitar que haya que recurrir a la aplicación de los rigurosos instrumentos de la resolución.

En efecto, el incumplimiento de los requisitos prudenciales, o la existencia de datos que indiquen la probabilidad de un incumplimiento en un plazo de 12 meses, obliga a la autoridad de supervisión a exigir a la entidad que adopte rápidamente las medidas necesarias para solventar los problemas. Para abarcar los distintos supuestos de incumplimiento, la autoridad de supervisión puede exigir variadas e importantes medidas en los ámbitos de la solvencia patrimonial y financiera, la organización y la actividad de la entidad, incluida la posibilidad de exigirle que formule un plan de actuación para retornar al cumplimiento de los requerimientos regulatorios, que, en función de la gravedad, puede constituir un plan de reestructuración de la entidad en

¹⁶ Sobre la importancia de este aspecto de la supervisión, *vid.* RODRÍGUEZ PELLITERO, J., *ob. cit.*, págs. 835-838.

sus aspectos patrimonial, financiero, organizativo y de actividad, para impedir que la crisis vaya a más (arts. 102 y 104 de la Directiva 2013/36/UE)¹⁷.

Cuando el incumplimiento de los requisitos prudenciales pone de manifiesto una situación de riesgo de inviabilidad, para evitar que las dificultades aumenten hasta el punto de hacer necesaria la aplicación de los rigurosos instrumentos de la resolución¹⁸, se faculta a la autoridad de supervisión para que, en el marco de las medidas para el caso de incumplimiento de los requisitos prudenciales, adopte rápidamente¹⁹ medidas adicionales más rigurosas, de actuación temprana, que permitan reestructurar la entidad en sus aspectos patrimonial, financiero, organizativo y de actividad, incluyendo, si la gravedad lo requiere, cambios en los componentes de su órgano de administración y medidas limitativas de sus facultades, respetando los derechos de los propietarios de la entidad (arts. 2.1, apartado 101, y 27-30 de la Directiva 2014/59/UE).

El considerando 40 de la Directiva 2014/59/UE explica muy bien tales función y alcance de la actuación temprana:

“Con el fin de preservar la estabilidad financiera, es importante que las autoridades competentes puedan corregir el deterioro de la situación financiera y económica de una entidad antes de que llegue a un punto en el que las autoridades no tengan más alternativa que la resolución. Para ello, las autoridades competentes deben contar con competencias de intervención desde el primer momento, incluida la competencia de nombrar a un administrador provisional, ya sea para sustituir o colaborar temporalmente con el órgano de dirección y la alta dirección de una entidad. El cometido del administrador provisional debe ser el de ejercer todas las competencias que se le confieran con miras a promover soluciones para restablecer la situación financiera de la

¹⁷ Las exigencias pueden operar, sin pretensión de ser exhaustivos, sobre los fondos propios, las provisiones, la distribución de resultados, la liquidez, el apalancamiento, el tratamiento de los riesgos, los sistemas y procedimientos, las estrategias, el gobierno corporativo, la información, la restricción o limitación de la actividad, operaciones o red y el abandono de actividades. *Vid.* también los arts. 141 y 142 de la Directiva 2013/36/UE.

¹⁸ Como señala RODRÍGUEZ PELLITERO, J., *ob. cit.*, pág. 844, la función preventiva de la actuación temprana no va referida a la aparición dificultades o problemas, que ya existen, sino a la resolución, que se pretende prevenir o evitar.

¹⁹ Sobre la importancia del problema del tiempo, *vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Aspectos jurídicos fundamentales de la reforma del sistema financiero”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LIII, págs. 482 y 483.

entidad. La designación del administrador provisional no debe, sin embargo, interferir indebidamente en los derechos de los accionistas o propietarios, ni tampoco en los requisitos de procedimiento establecidos por el Derecho de sociedades nacional o de la Unión, y debe respetar las obligaciones internacionales de la Unión o de los Estados miembros en materia de protección de las inversiones. Las facultades de actuación temprana deben incluir las ya especificadas en la Directiva 2013/36/UE para circunstancias distintas a las consideradas actuación temprana, así como otras situaciones consideradas necesarias para restaurar la solvencia financiera de una entidad”.

La concreción del agravamiento de la situación, en comparación con el incumplimiento de requisitos prudenciales, constituye el presupuesto objetivo de la actuación temprana, que requiere el tratamiento detallado que se aborda luego.

La posibilidad de adoptar medidas adicionales y más rigurosas que las establecidas para los supuestos de incumplimiento de los requisitos prudenciales, exige reflexionar sobre dos cuestiones, que se tratan específicamente en apartados posteriores. Por un lado, hay que determinar cómo se articula la aplicación de las medidas de actuación temprana, incluida la elaboración del correspondiente plan, con particular atención a la cuestión de a quién corresponde decidir su aplicación. Por otro, conviene aclarar cuáles, en el ámbito de la supervisión, la ubicación y el alcance de las medidas que operan sobre los componentes del órgano de administración y establecen limitaciones de sus facultades.

Si con las medidas hasta ahora vistas, es decir, el marco general de las medidas por incumplimiento de requisitos prudenciales, y, adicionalmente, las medidas de actuación temprana, no es suficiente para, mediante la correspondiente reestructuración, superar el riesgo de inviabilidad sin recurrir a los instrumentos de resolución, todavía es posible intentarlo en el ámbito de la supervisión, añadiendo otra medida: la amortización o conversión de

instrumentos de capital (arts. 2.1, apartado 101, y 32.1 b) de la Directiva 2014/59/UE)²⁰.

3. La resolución y su conexión con la supervisión.

En el supuesto en que la situación sea tan grave que con las medidas de supervisión no es posible mantener la viabilidad de la entidad, entra en juego la resolución (art. 32.1 y considerando 53 de la Directiva 2014/59/UE)²¹, en la que se aplican rigurosos instrumentos (art. 37 de la Directiva 2014/59/UE)²², que requieren dejar de lado, en la medida necesaria, la voluntad de propietarios, acreedores y administradores de la entidad (arts. 35.2 y 43-58 de la Directiva 2014/59/UE)²³, y que pueden tener como desenlace bien la liquidación y extinción de la entidad, bien su mantenimiento mediante un plan de reestructuración de sus aspectos patrimonial, financiero, organizativo y de actividad, que permita su viabilidad (arts. 51 y 52 de la Directiva 2014/59/UE)²⁴.

²⁰ La amortización o conversión de instrumentos de capital está regulada en el Título IV de la Directiva 2014/59/UE, sobre la resolución, pero no en su Capítulo IV, dedicado a los instrumentos de resolución, sino en el Capítulo V, que abarca los arts. 59-62. No es, pues, la amortización o conversión de instrumentos de capital un instrumento de resolución, sino una medida que puede aplicarse antes de la resolución o en ésta, junto a los instrumentos específicos de ella (art. 59.1 de la Directiva 2014/59/UE). En efecto, si la inviabilidad puede superarse sumando a todas las medidas de supervisión hasta ahora vistas la amortización o conversión de instrumentos de capital, no será necesario recurrir a los rigurosos instrumentos de la resolución (art. 59.4 de la Directiva 2014/59/UE). Como se trata de una medida a caballo entre la supervisión y resolución, que manifiesta la conexión de ambas funciones en la gradación, conforme a su gravedad, de supuestos de crisis y medidas-instrumentos para su tratamiento, la autoridad competente es la autoridad de resolución (art. 59.2 de la Directiva 2014/59/UE). Los instrumentos de capital se definen en el apartado 61 del art. 2.1. de la Directiva 2014/59/UE.

²¹ El Derecho concursal es desplazado por la resolución con fundamento en el interés público a proteger, que se concreta en los objetivos de la resolución: mantener la continuidad de las funciones esenciales, evitar los efectos negativos para la estabilidad financiera, proteger los fondos públicos minimizando la dependencia de ayudas financieras públicas extraordinarias, proteger a los depositantes y a los inversores, proteger los fondos y los activos de los clientes, *vid.* arts. 31.2 y 86, y considerandos 44 y 45, de la Directiva 2014/59/UE.

²² Venta de actividades o acciones de la entidad objeto de resolución, constitución de una entidad puente, segregación de los activos productivos y los activos cuyo valor se haya deteriorado o que sean improductivos y recapitalización interna por los accionistas y los acreedores de la entidad inviable, *vid.* considerandos 59 y 84 de la Directiva 2014/59/UE.

²³ El administrador especial, designado y controlado por la autoridad de resolución, no sólo asume todas las competencias de administración y dirección, sino también las competencias de los accionistas. A los propietarios y a los acreedores se les impone la asunción de pérdidas mediante el instrumento de la recapitalización interna (*bail-in*), *vid.* considerandos 67, 68 y 77 de la Directiva 2014/59/UE.

²⁴ *Vid.* también los considerandos 68 y 69, de la Directiva 2014/59/UE. Si la solución es la liquidación y extinción de la entidad, puede darse un retorno al Derecho concursal inicialmente desplazado por la resolución, *vid.* considerandos 44 y 50 de la Directiva 2014/59/UE.

Naturalmente, la gradación en la gravedad de los supuestos de crisis y en las medidas con las que se previenen o tratan, impide que supervisión y resolución sean funciones totalmente separadas. Al contrario, conectan en la determinación del presupuesto objetivo de una y otra (arts. 27.1 y 32.1 de la Directiva 2014/59/UE), en la autoridad competente para ejercer cada una de las funciones²⁵, en la preparación para el tratamiento de las crisis mediante su planificación²⁶, en la necesaria preparación de la resolución mientras se trata la crisis en el ámbito de la supervisión, por si la cosa empeora²⁷, y, en fin, en alguna de las medidas a aplicar para superar la situación de crisis²⁸ y en la posibilidad de que en ambas se produzca una reestructuración de la entidad que la permita ser viable.

En efecto, la reestructuración del patrimonio, situación financiera, procedimientos, organización y actividad, es posible tanto en el ámbito de la supervisión como en el ámbito de la resolución. La Ley 9/2012 distingue tres procedimientos (actuación temprana, reestructuración y resolución), lo que no coincide con la sistemática y contenido normativo de la Directiva 2014/59/UE, generando confusión, por un lado, sobre la posibilidad de que en el ámbito de supervisión, de la mano de la adopción de medidas de actuación temprana, se lleve a cabo una reestructuración, y, por otro, sobre el significado real del procedimiento que la Ley 9/2012 llama reestructuración. La reestructuración de la Ley 9/2012 es auténtica resolución, es decir, es una reestructuración

²⁵ No es necesario que las funciones de supervisión y de resolución sean atribuidas a autoridades diferentes, sino que, en todo caso, estén adecuadamente diferenciadas y, a la vez, coordinadas, *vid.* art. 3 y considerando 15 de la Directiva 2014/59/UE.

El Anteproyecto de Ley RR ha optado por una solución que podríamos llamar intermedia, diferenciando un aspecto preventivo de la función de resolución, que se atribuye a los órganos operativamente independientes del Banco de España, y un aspecto ejecutivo de la función de resolución, que se atribuye al FROB (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria), art. 2.1 g) y h) y concordantes. Esta opción intermedia, consistente en el reparto de la función de resolución entre poderes públicos, añade una complejidad al sistema que no es seguro que sea satisfactoria.

²⁶ *Vid.* lo dicho sobre el plan de resolución preparatorio, que es una medida preparatoria del tratamiento de la posible crisis que, pese a ubicarse en el ámbito de la supervisión, conecta con la función de resolución, lo que se refleja en que la autoridad competente para su elaboración es la autoridad de resolución.

²⁷ Antes de emprender medidas de resolución hay que realizar una valoración razonable y realista de los activos y pasivos de la entidad, pero no hay que esperar a que la situación sea tan grave que requiera la resolución para llevar a cabo tal valoración sino que, al contrario, es necesario comenzarla ya en la fase de actuación temprana, *vid.* art. 27.1 h) y considerando 51 de la Directiva 2014/59/UE. Una vez que se da la situación de actuación temprana, la autoridad de supervisión debe informar a la autoridad de resolución, a quien corresponde la facultad de exigir a la entidad que tome contacto con posibles compradores con el fin de preparar la resolución de la entidad (art. 27.2 de la Directiva 2014/59/UE).

²⁸ Como hemos visto, se admite la aplicación en el ámbito de la supervisión de una medida concebida principalmente como complementaria de los instrumentos de resolución: la amortización o conversión de instrumentos de capital.

como solución a una situación tan grave que se trata con la aplicación de algún instrumento de resolución (no todos)²⁹.

Dado que esta materia no es el objeto de nuestro trabajo, basta señalar la necesidad de realizar importantes ajustes en la necesaria adaptación de la Ley 9/2012 a la Directiva 2014/59/UE, prestando especial atención a integración de la actual reestructuración de la Ley 9/2012 en el ámbito del procedimiento de resolución, y a las relevantes consecuencias que ello tiene en distintos aspectos, como, por ejemplo, la posibilidad de aplicar todos los instrumentos de resolución, y la articulación, en relación con ellos, de la prestación de ayuda financiera pública extraordinaria. La complejidad de la materia, y la falta de sintonía entre las diversas normas, generada por su progresiva elaboración bajo la presión y urgencia propias de la crisis padecida, parecen razones suficientes para no ser excesivamente riguroso en la valoración de las imprecisiones, verbales o escritas, en el uso del término reestructuración y en el significado que se le atribuye.

En efecto, el Anteproyecto de Ley RR lleva a cabo la señalada integración de la reestructuración de la Ley 9/2012 en el procedimiento de resolución, suprimiendo la triple distinción existente en dicha Ley. En este sentido, el art. 1.1 del Anteproyecto de Ley RR establece que *“esta ley tiene por objeto regular los procesos de actuación temprana y resolución...”*. Y el art. 2.1 b) del Anteproyecto de Ley RR define la resolución como *“reestructuración o liquidación ordenadas de una entidad...”*.

En este marco, conviene tener claro que el hecho de que la actuación temprana-reestructuración (supervisión) no se haya aplicado en el tratamiento de la crisis de las entidades españolas, es consecuencia del grado de gravedad de sus dificultades cuando la actuación temprana se introdujo en nuestro ordenamiento, que ha requerido el recurso a los instrumentos de resolución en una u otra medida (reestructuración-mantenimiento o liquidación-extinción), lo

²⁹Vid. ALONSO LEDESMA, C., *ob. cit.*, págs. 345-348; FERNÁNDEZ TORRES, I., “La reestructuración de las entidades de crédito”, en *La reforma bancaria en la Unión Europea y España. El modelo de regulación surgido de la crisis*, coordinado por Tejedor Bielsa, J. C., y Fernández Torres, I., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 301-340.

que no afecta a la importancia de la actuación temprana en el sistema y de cara al futuro³⁰.

4. Ayudas financieras públicas extraordinarias.

En cuanto al papel que juega en el sistema la ayuda financiera pública extraordinaria³¹, el principio básico es que el sacrificio de los contribuyentes sea el menor posible, por lo que se trata de minimizar al máximo (arts. 31.2 c), 32.4 d) y 56.3 de la Directiva 2014/59/UE).

En el ámbito de las medidas de supervisión, los planes de reestructuración, en los que va incluida la planificación de las medidas de actuación temprana, no pueden presuponer el acceso a ayudas financieras públicas extraordinarias (art. 5.3 de la Directiva 2014/59/UE). Tales ayudas solo son posibles en supuestos excepcionales, con la finalidad de evitar o solventar perturbaciones graves de la economía de un Estado miembro y preservar la estabilidad financiera, con carácter cautelar y temporal, y solo adoptando determinadas formas. En concreto, conforme al art. 32.4 d) de la Directiva 2014/59/UE, son: 1) una garantía estatal para respaldar instrumentos de liquidez concedidos por los bancos centrales; 2) una garantía estatal de pasivos de nueva emisión, también para obtener liquidez; 3) una inyección de fondos propios o adquisición de instrumentos de capital, siempre que la entidad sea solvente y la inyección de capital se limite a lo necesario para hacer frente al déficit de capital establecido en las pruebas de resistencia (*stress test*), en las revisiones de calidad de los activos (*asset quality reviews*), o en ejercicios equivalentes³².

Los planes de resolución tampoco deben presuponer la obtención de ayudas financieras públicas extraordinarias que sean distintas de los mecanismos de financiación específicos de los procedimientos de resolución - fondos de resolución- (arts. 10.3 y 99-109 de la Directiva 2014/59/UE). Si la inviabilidad no se puede superar con medidas de supervisión, apoyadas en su caso con las ayudas financieras públicas extraordinarias que, excepcionalmente, caben en su ámbito, hay que pasar necesariamente al

³⁰ En esta línea, *vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *ob. cit.*, pág. 485.

³¹ *Vid.* su definición en el art. 2.1, apartado 28, de la Directiva 2014/59/UE.

³² *Vid.* también el considerando 41 de la Directiva 2014/59/UE.

ámbito de la resolución, en el que, si no hay más remedio, se podrán dar otras ayudas financieras públicas extraordinarias, pero siempre como último recurso, después de aplicar los instrumentos de resolución y, también, después de que los fondos de garantía de depósitos y los fondos de resolución hayan realizado el apoyo correspondiente (arts. 32.4 d) y 56-58 de la Directiva 2014/59/UE)³³.

En todo caso, la concesión de ayudas financieras públicas extraordinarias, en una u otra modalidad, ha de llevarse a cabo conforme a las exigencias de la regulación sobre ayudas de Estado.

III. PRESUPUESTO OBJETIVO.

1. Directiva 2014/59/UE.

El presupuesto objetivo de la actuación temprana está regulado en el art. 27.1 de la Directiva 2014/59/UE, que en la versión española dice así:

“Cuando una entidad infrinja, debido entre otras cosas a un deterioro rápido de la situación financiera, en especial un deterioro rápido de su situación de liquidez, un incremento rápido de su nivel de apalancamiento, mora o concentración de exposiciones, evaluado según una serie de umbrales, que pueden incluir los requisitos de fondos propios del ente más 1,5 puntos porcentuales, o resulta probable en un futuro próximo que infrinja los requisitos del Reglamento (UE) nº 575/2013, la Directiva 2013/36/UE o el título II de la Directiva 2014/65/UE, o cualquiera de los artículo³⁴ 3 a 7, 14 a 17 y 24, 25 y 26 del Reglamento (UE) nº 600/2014, los Estados miembros se asegurarán de que las autoridades competentes tengan a su disposición, sin perjuicio de las medidas a que se refiere el artículo 104 de la Directiva 2013/36/UE, cuando sean aplicables, al menos las siguientes:...”

La lectura de la norma pone de manifiesto dos ideas principales. Por un lado, que el presupuesto objetivo de la actuación temprana parte de la existencia de una infracción de los requisitos prudenciales, o una previsión razonable (probable) de infracción en un futuro próximo. Por otro, que, dado

³³ Vid. también los considerandos 46 y 55 de la Directiva 2014/59/UE.

³⁴ Sic.

que tales infracción o previsión razonable de infracción son el presupuesto objetivo de las medidas establecidas en el ámbito de la regulación prudencial (arts. 102 y 104 de la Directiva 2013/36/UE)³⁵, su utilización para configurar el presupuesto objetivo de la actuación temprana sólo es un punto de partida, debiéndose añadir algún elemento que refleje que la situación que llama la aplicación de las medidas adicionales de actuación temprana supone un grado superior de gravedad en las dificultades manifestadas por el incumplimiento, o la previsión razonable de incumplimiento, de los requisitos prudenciales³⁶.

Pero la norma no formula con claridad ese elemento añadido que configura el presupuesto objetivo de las medidas de actuación temprana, diferenciándolo del presupuesto objetivo de las medidas prudenciales del art. 104 de la Directiva 2013/36/UE.

El tenor literal de la norma solo completa con un elemento adicional el supuesto de infracción de los requisitos prudenciales, diciendo que es debida, entre otras cosas, a un deterioro rápido de la situación financiera, en especial un deterioro rápido de su situación de liquidez, un incremento rápido de su nivel de apalancamiento, mora o concentración de exposiciones, evaluado según una serie de umbrales, que pueden incluir los requisitos de fondos propios del ente más 1,5 puntos porcentuales. Por el contrario, literalmente, nada establece la norma respecto al supuesto de previsión razonable de infracción en un futuro próximo.

La imposibilidad de una interpretación literal es clara. Por un lado, no es posible dejar el supuesto de previsión razonable de infracción sin una cualificación adicional, de mayor gravedad, que lo diferencie del presupuesto objetivo de la aplicación de medidas prudenciales. Por otro, respecto al supuesto de infracción actual, producida, de los requisitos prudenciales, no es posible articular la cualificación de su gravedad mediante un umbral consistente en los requisitos de los fondos propios más 1,5 puntos porcentuales, que solo tiene sentido para una previsión de incumplimiento del requisito prudencial.

³⁵ Recuérdese que el art. 102 de la Directiva 2013/36/UE establece que el incumplimiento previsto ha de tener lugar en un plazo máximo de doce meses.

³⁶ El considerando 40 de la Directiva 2014/59/UE expresa con claridad que son circunstancias, presupuestos objetivos, distintos.

La defectuosa redacción de la norma obliga a utilizar otros elementos para la interpretación. El propio art. 27 de la Directiva 2014/59/UE, en sus números 4 y 5, ofrece alguna idea. El número 4 establece que la ABE elaborará directrices para promover una aplicación coherente de la activación de las medidas de actuación temprana, refiriéndose al número 1 de la norma sin diferenciar entre incumplimiento actual o previsión razonable de incumplimiento futuro. El número 5 establece que, teniendo en cuenta la experiencia adquirida en la aplicación de las directrices indicadas en el número 4, la ABE podrá elaborar proyectos de normas técnicas de regulación, con el fin de especificar una serie de umbrales mínimos para la aplicación de las medidas de actuación temprana, y se delega en la Comisión los poderes para adoptar tales normas técnicas, que van referidas al número 1 de la norma, sin diferenciar entre incumplimiento actual o previsión razonable de incumplimiento futuro.

Se confirma, pues, en estos números 4 y 5 del art. 27, aparte la necesidad de concretar el presupuesto objetivo de la actuación temprana mediante la elaboración de directrices y normas técnicas, que tanto el incumplimiento como la previsión razonable de incumplimiento de requisitos prudenciales han de ser cualificados. Pero esto no permite resolver el problema de interpretación que plantea el confuso tenor literal del art. 27.1 de la Directiva 2014/59/UE.

Dado que está en juego un problema de literalidad, y teniendo en cuenta el carácter comunitario de la norma, el recurso a otras versiones idiomáticas de la Directiva 2014/59/UE ayuda a resolver el problema.

Si se acude a las versiones inglesa³⁷ e italiana³⁸ del art. 27.1 de la Directiva 2014/59/UE, rápidamente se ve su semejanza con la versión

³⁷ “Where an institution infringes or, due, inter alia, to a rapidly deteriorating financial condition, including deteriorating liquidity situation, increasing level of leverage, non-performing loans or concentration of exposures, as assessed on the basis of a set of triggers, which may include the institution’s own funds requirement plus 1,5 percentage points, is likely in the near future to infringe the requirements of Regulation (EU) N° 575/2013, Directive 2013/36/EU, Title II of Directive 2014/65/EU or any of Articles 3 to 7, 14 to 17, and 24, 25 and 26 of Regulation (EU) N° 600/2014, Member States shall ensure that competent authorities have at their disposal, without prejudice to the measures referred to in Article 104 of Directive 2013/36/EU where applicable, at least the following measures:...”.

española y, a la vez, la diferencia consistente en la ubicación de la disyuntiva “o” detrás del “*infrinja*” y no delante del “*resulta*”. Ese cambio tampoco es satisfactorio. Es verdad que resuelve el problema de dejar el supuesto de previsión razonable de infracción sin una cualificación adicional, de mayor gravedad, que lo diferencie del presupuesto objetivo de la aplicación de medidas prudenciales, pues con tal cambio de sitio del “o” no habría duda de que el rápido deterioro al que se refiere la norma le sería aplicable. Pero, a cambio, se traslada el problema al supuesto de infracción actual de los requisitos, porque las versiones inglesa e italiana tienen el riesgo de que se pueda entender que el elemento adicional del rápido deterioro va referido, solo, al supuesto de previsión razonable de incumplimiento. No es posible aceptar esta interpretación.

La versión francesa del art. 27.1 de la Directiva 2014/59/UE ayuda a avanzar³⁹. La lectura de esta versión de la norma deja claro que el elemento adicional, consistente en que la causa es, entre otras cosas, un deterioro rápido de la situación financiera, va referido tanto a la infracción actual de los requisitos regulatorios como a la previsión razonable de que se incumplan en un futuro próximo.

Pero todavía hay una objeción. Cuando se desciende al detalle de tal elemento adicional, nos seguimos encontrando el problema consistente en que, respecto al supuesto de infracción actual, no es posible articular la cualificación de su gravedad mediante un umbral consistente en los fondos

³⁸ “Qualora un ente violi o, a causa tra l’altro di un rapido deterioramento della situazione finanziaria, del peggioramento della situazione di liquidità, del rapido aumento dei livelli di leva finanziaria, dei crediti in sofferenza o della concentrazione di esposizioni, così come valutato sulla base di una serie di indicatori, che possono includere il requisito di fondi propri dell’ente più 1,5 punti percentuali, rischi di violare nel prossimo futuro i requisiti del regolamento (UE) n. 575/2013, della direttiva 2013/36/UE, del titolo II della direttiva 2014/65/UE o di uno degli articoli da 3 a 7, da 14 a 17, e 24, 25 e 26 del regolamento (UE) n. 600/2014, gli Stati membri provvedono a che le autorità competenti dispongano, fatte salve le misure di cui all’articolo 104 della direttiva 2013/36/UE ove applicabili, almeno delle misure seguenti:...”

³⁹ “Si un établissement enfreint ou est susceptible, dans un proche avenir, d’enfreindre les exigences du règlement (UE) n° 575/2013, de la directive 2013/36/UE ou du titre II de la directive 2014/65/UE ou d’un des articles 3 à 7, 14 à 17 et 24, 25 et 26 du règlement (UE) n° 600/2014, en raison, entre autres, d’une dégradation rapide de sa situation financière, y compris une détérioration de ses liquidités, une augmentation du niveau de levier, des prêts non performants ou une concentration des expositions, conformément à une évaluation fondée sur un ensemble de facteurs de déclenchement, au rang desquels peuvent figurer les exigences de fonds propres d’un établissement plus 1,5 points de pourcentage, les États membres veillent à ce que les autorités compétentes puissent prendre, sans préjudice des mesures prévues par l’article 104 de la directive 2013/36/UE le cas échéant, au moins les mesures suivantes:...”

proprios más 1,5 puntos porcentuales. Este aspecto concreto sólo puede referirse, lógicamente, al supuesto de previsión razonable de incumplimiento.

No obstante, la versión francesa ya permite, con cierta facilidad, superar la objeción señalada mediante una interpretación consistente en afirmar que el elemento adicional del deterioro rápido es aplicable, para reflejar la mayor gravedad en comparación con el supuesto de adopción de medidas prudenciales, tanto al supuesto de infracción actual como al de previsión razonable de infracción inminente, pero, al concretar los detalles, es decir, los criterios o umbrales para cada supuesto, habrá diferencias y, en este sentido, la referencia de la norma a la posibilidad de que tales criterios incluyan los fondos propios más 1,5 porcentuales sólo se aplica al supuesto de previsión razonable de incumplimiento.

La versión alemana del art. 27.1 de la Directiva 2014/59/UE confirma esta interpretación, permitiendo extraerla con mayor facilidad de la sola lectura de la norma⁴⁰. La previsión razonable de incumplimiento inminente ha de concretarse a través de la valoración de diferentes factores (umbrales), entre los que pueden incluirse los requisitos de fondos propios más 1,5 puntos porcentuales⁴¹. El incumplimiento actual es lo que es, incumplimiento de los requisitos prudenciales. Ambos supuestos, previsión de incumplimiento inminente e incumplimiento actual, han de ser debidos, entre otras razones, a un deterioro rápido y dramático de la situación financiera (en especial, de la situación de liquidez y del nivel apalancamiento, mora y concentración de exposiciones).

Conviene notar que, como establece expresamente la norma, tales elementos de cualificación del incumplimiento o la previsión de

⁴⁰ "Verstößt ein Institut gegen eine der Anforderungen der Verordnung (EU) Nr. 575/2013, der Richtlinie 2013/36/EU oder des Titels II der Richtlinie 2014/65/EU oder einen der Artikel 3 bis 7, 14 bis 17 und 24, 25 und 26 der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 oder droht es einer Bewertung mehrerer maßgeblicher Faktoren zufolge, zu denen die Eigenmittelanforderungen des Instituts zuzüglich 1,5 Prozentpunkten zählen können, in naher Zukunft dagegen zu verstoßen, weil sich beispielsweise seine Finanzlage, einschließlich Liquiditätssituation, Fremdkapitalquote, Kreditausfällen oder Klumpenrisiken, dramatisch verschlechtert, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die zuständigen Behörden unbeschadet der in Artikel 104 der Richtlinie 2013/36/EU vorgesehenen Maßnahmen im Bedarfsfall zumindest..."

⁴¹ En esto, nótese, ya se va más lejos que la simple exigencia de que el previsible incumplimiento tenga lugar en un plazo máximo de doce meses, establecida por el art. 102 de la Directiva 2013/36/UE. No sólo porque el art. 27.1 de la Directiva 2014/59/UE habla de futuro próximo, que sería menos de doce meses, sino también por la referencia a factores (umbrales) que permiten concretar con mayor objetividad la previsión.

incumplimiento como manifestación de una crisis que requiere la actuación temprana, no son los únicos que se pueden usar en el análisis de la situación, pudiendo recurrirse a otros.

Además, es importante advertir que hemos hablado de deterioro rápido y dramático no sólo por recoger los términos de las distintas versiones idiomáticas⁴², sino porque ambos términos son importantes para expresar cómo hay que valorar si la previsión de incumplimiento inminente o el incumplimiento actual de los requisitos prudenciales, reflejan una situación de crisis lo suficientemente grave como para justificar la aplicación de las medidas de actuación temprana.

Es decir, el paso de la aplicación de las medidas prudenciales para el caso de incumplimiento o previsión de incumplimiento de los requisitos exigidos (art. 104 de la Directiva 2013/36/UE) a la aplicación, adicional, de las medidas de actuación temprana, tiene que estar justificado no sólo porque se haya producido un deterioro rápido de la situación financiera y patrimonial de la entidad sino también porque tal deterioro sea dramático, es decir, grave. La cuestión es importante, porque está en juego, si se aplican demasiado pronto las medidas de actuación temprana, la confianza en la entidad, elemento esencial en este sector.

Inmediatamente se percibe que, pese al esfuerzo realizado, el nivel de concreción del presupuesto objetivo de la actuación temprana que se consigue no es satisfactorio. Por esto, como hemos expuesto antes, el propio art. 27 de la Directiva 2014/59/UE, en sus números 4 y 5, establece la necesidad de concretarlo mediante la elaboración de directrices y normas técnicas, que permitan una activación coherente de su aplicación. Tal concreción debe operar no solo sobre los factores o umbrales para determinar si hay previsión de incumplimiento inminente, sino también sobre los criterios que permitan identificar que hay rapidez en el deterioro y, sobre todo, sobre los criterios que determinen cuándo ha de entenderse que el deterioro es grave-dramático. Difícil labor técnica que, sin duda, aumentará la complejidad del sistema⁴³.

⁴² Rápido en las versiones española, inglesa, italiana y francesa. Dramático en la versión alemana.

⁴³ Recuérdese, que, como es lógico, ya en la fase preparatoria, al elaborar el plan de reestructuración preparatorio, surgen las dificultades para concretar el grado de gravedad de

Para completar el análisis del presupuesto objetivo de la actuación temprana, hay que poner de manifiesto su relación sistemática con supuestos de crisis y medidas para tratarlos más graves, que se salen de la función de supervisión y entran en la de resolución⁴⁴. Esta relación permite avanzar algo en la concreción de lo dramático o grave que ha de ser el deterioro existente para que deba entrar en juego la actuación temprana.

El presupuesto objetivo de la resolución, en lo que nos interesa, establece que la situación de crisis que se trata en la resolución es una inviabilidad no superable mediante medidas de supervisión, incluida la actuación temprana (art. 32.1 b) de la Directiva 2014/59/UE).

He aquí una mayor concreción de la gravedad o dramatismo del deterioro que han de reflejar la previsión de incumplimiento, o incumplimiento, de requisitos prudenciales: la situación debe ser de riesgo de inviabilidad, no superable solo con las medidas prudenciales, pero superable con la aplicación, rápida, de las adicionales medidas de actuación temprana, sin necesidad de recurrir, todavía, a los rigurosos instrumentos de la resolución. Si la situación no es suficientemente grave la actuación temprana no entrará en juego y si, por el contrario, es excesivamente grave, tampoco lo hará o, de haberlo hecho, dará paso a la resolución.

Naturalmente, como hemos dicho, sólo se avanza algo, pues la referencia a la inviabilidad y a la posibilidad de superarla, en función de su gravedad, con unas u otras medidas o instrumentos, no evita un considerable margen de apreciación. Por esto, también en el ámbito del presupuesto objetivo de la resolución, poniéndolo en relación con la supervisión (actuación temprana), se establece que para promover la convergencia de las prácticas de supervisión y resolución, la ABE elaborará directrices respecto a la interpretación de las circunstancias en las que se considera que una entidad es inviable o exista la probabilidad de que lo vaya a ser (art. 32.6 de la Directiva 2014/59/UE). Otra vez: difícil labor técnica y exceso de complejidad, porque

cada situación y, en consecuencia, las medidas necesarias para tratarla (art. 9 de la Directiva 2014/59/UE).

⁴⁴ *Vid.* considerando 40 de la Directiva 2014/59/UE.

está en juego una cuestión de grado que, además, tiene componentes de previsión futura sobre la superación de la situación.

El sistema se cierra estableciendo expresamente que la adopción anterior de medidas de actuación temprana no constituye una condición para adoptar una medida de resolución, por la diversidad de circunstancias en las que puede tener lugar una inviabilidad y, en particular, la posible urgencia que presente la situación (art. 32.3 y considerando 53 de la Directiva 2014/59/UE).

En efecto, hay que contar con la posibilidad de que los hechos puedan acaecer en forma tal que no se detecten las dificultades lo suficientemente pronto como para adoptar medidas de actuación temprana, siendo la inviabilidad muy grave cuando se conoce, hasta el punto de exigir la aplicación de los instrumentos de resolución. Pero también hay que decir que tal posibilidad no evita que las cosas puedan ser de otra forma, y que si la necesidad de recurrir a la resolución deriva de que, indebidamente, no se exigió a tiempo la adopción de las medidas prudenciales o, más tarde, las medidas de actuación temprana, la autoridad de supervisión que no lo ha hecho, estando obligada a hacerlo, puede incurrir en responsabilidad por los daños que se causen.

2. Ley 9/2012.

La regulación del presupuesto objetivo de la actuación temprana en la Ley 9/2012 (art. 6) presenta, en relación con la Directiva 2014/59/UE, considerables deficiencias, que deben corregirse.

En primer lugar, el art. 6 de la Ley 9/2012 se refiere al incumplimiento, o previsión razonable de incumplimiento, de los requisitos prudenciales sin añadir elemento alguno que los cualifique respecto al presupuesto objetivo de aplicación de las medidas prudenciales (art. 68.1 de la Ley 10/2014). La remisión a la posible precisión reglamentaria de indicadores objetivos no es suficiente (art 6.1 II de la Ley 9/2012). Sin perjuicio de la posibilidad de que en el futuro haya directrices y normas técnicas que alcancen un mayor grado de concreción, hay que adaptar el art. 6 de la Ley 9/2012 añadiendo las precisiones correspondientes, conforme a la Directiva, respecto a la previsión

razonable de infracción futura y respecto a la mayor gravedad de la situación manifestada por el incumplimiento, o previsión razonable de incumplimiento, de los requisitos prudenciales.

En segundo lugar, el art. 6 de la Ley 9/2012, al establecer el presupuesto objetivo de la actuación temprana, ha prestado atención a la posibilidad de superar las dificultades manifestadas y a los medios con que se superan.

En este sentido, limita el ámbito de la actuación temprana a los supuestos en que la superación de las dificultades de la entidad pueda realizarse: a) por sus propios medios, es decir, con medios privados; b) con el apoyo financiero público excepcional previsto en el art. 9 f) de la misma Ley 9/2012, consistente en la recapitalización mediante instrumentos convertibles en acciones ordinarias o aportaciones al capital social (art. 32 de la Ley 9/2012) cuando el plazo de recompra o amortización de tales instrumentos no exceda de dos años, en cuyo caso se requiere que el FROB informe favorablemente el plan de actuación, que se somete a lo previsto en los capítulos I, V y sección 2ª del capítulo VIII de la Ley 9/2012.

Tampoco este aspecto parece satisfactorio en comparación con la Directiva 2014/59/UE. El art. 6 de la Ley 9/2012 se está refiriendo a lo que, en realidad, es parte del presupuesto objetivo de la resolución (arts. 13, 19 y 20 de la Ley 9/2012)⁴⁵. Nos referimos al hecho de que las medidas de actuación temprana, en cuanto instrumento de supervisión, no sean suficientes para superar la situación, siendo necesario recurrir a los instrumentos de resolución, más rigurosos. Tal aspecto, aun relacionado sistemáticamente con el presupuesto objetivo de la actuación temprana, y útil para comprender la situación de crisis por ella abarcada, es, en rigor, componente del presupuesto objetivo de la resolución, tal y como establece el art. 32.1 b) de la Directiva 2014/59/UE). En efecto, ese aspecto no determina la aplicación de las medidas de actuación temprana, no es presupuesto objetivo para su aplicación, sino, más bien, para su no aplicación o, en su caso, para dejar de aplicarlas y pasar

⁴⁵ Recuérdese que tanto la reestructuración como la resolución de la Ley 9/2012 son resolución en el sentido de la Directiva 2014/59/UE.

a la resolución, razón por la que, como hemos visto, nada dice de este aspecto el art. 27.1 de la Directiva 2014/59/UE.

En cuanto al reflejo en el presupuesto objetivo de la actuación de temprana de la indicada ayuda financiera pública excepcional, hay que hacer tres observaciones. En primer lugar, no parece que la ayuda financiera pública excepcional admitida en los arts. 6 y 9 f) de la Ley 9/2012 se ajuste a las excepcionales ayudas financieras públicas extraordinarias que el art. 32.4 d) de la Directiva 2014/59/UE admite para la actuación temprana⁴⁶.

En segundo lugar, incluso en el supuesto de que fuera admisible, tal ayuda sería una medida a aplicar, y no un componente del presupuesto objetivo, por lo que nada habría que decir de ella en la norma que lo regula.

En tercer lugar, la admisión de estas ayudas en la Ley 9/2012 plantea inseguridad en cuanto al régimen aplicable, pues la técnica de remisión general a la aplicación de lo previsto en los capítulos I, V y sección 2ª del capítulo VIII de la Ley 9/2012, no puede evitar el hecho de que las normas a las que se remite están establecidas pensando en lo que la Ley 9/2012 llama reestructuración y resolución, por lo que la aplicación a la actuación temprana sólo sería posible, con cuidado, en la medida en que la regulación se ajustase a su naturaleza y función, lo que plantea inseguridades de aplicación normativa poco convenientes, a resolver en concreto para cada norma.

Parece, pues, que también esta referencia a la ayuda financiera pública extraordinaria ha de eliminarse de la norma que regule el presupuesto objetivo de la actuación temprana.

El art. 8 del Anteproyecto de Ley RR, al regular el presupuesto objetivo de la actuación temprana, ha resuelto algunos de los problemas señalados, pero sigue siendo insatisfactorio.

Sobre todo, porque la infracción, o la previsión razonable de infracción, de los requisitos prudenciales, a los que se refiere con la expresión "*normativa de solvencia*", no se cualifica correctamente en comparación con el

⁴⁶ Vid. los detalles en el apartado II.4.

presupuesto objetivo de la aplicación de las medidas prudenciales (art. 68.1 de la Ley 10/2014).

El art. 8.2 del Anteproyecto de Ley RR, en su párrafo primero, sólo se refiere a la posibilidad de incumplimiento, es decir a la previsión razonable de infracción futura, estableciendo que para valorarla se podrá atender, entre otros elementos, a la existencia de un rápido deterioro de la situación financiera o de liquidez, o un incremento rápido de su nivel de apalancamiento, mora o concentración de exposiciones. Como hemos visto, este elemento de cualificación va referido en la Directiva 2014/59/UE tanto a la previsión razonable de incumplimiento futuro como al incumplimiento ya producido, diferenciándolos del presupuesto objetivo de las medidas prudenciales. La remisión, en el párrafo segundo de la misma norma, a la posibilidad de precisar otros indicadores objetivos para determinar el presupuesto objetivo del apartado 1 no parece suficiente para superar la limitación del párrafo primero del art. 8.2 al supuesto de previsión razonable de incumplimiento.

En cuanto a la inclusión en el presupuesto objetivo de la actuación temprana del elemento relativo a la posibilidad de superar las dificultades y los medios con que se superan, el art. 8 del Anteproyecto de Ley RR ha suprimido, correctamente, la referencia al apoyo financiero público excepcional establecida en el art. 6 de la Ley 9/2012. Por el contrario, el art. 8.1 del Anteproyecto de Ley RR mantiene, innecesariamente, la referencia a que la entidad que ha incumplido o va a incumplir “*se encuentre en disposición de retornar al cumplimiento por sus propios medios*”. Como hemos dicho, producida la situación de crisis cualificada que constituye el presupuesto objetivo de la actuación temprana, la imposibilidad de solucionarla con medios privados y medidas de intervención-actuación temprana es, en realidad, un componente del presupuesto objetivo de la resolución (véanse los art. 19 y 20 del Anteproyecto de Ley RR). La referencia en el art. 8.1 a que la entidad pueda superar la crisis sin necesidad de recurrir a ayuda financiera pública extraordinaria, solo marca la conexión sistemática con el presupuesto objetivo de la resolución.

IV. MEDIDAS, PLAN Y PROCEDIMIENTO.

1. Directiva 2014/59/UE.

De acuerdo con la diferenciación entre el incumplimiento, o la previsión razonable de incumplimiento, de los requisitos prudenciales, sin más, y el presupuesto objetivo de la actuación temprana, que supone una cualificación de tales incumplimiento o previsión razonable de incumplimiento, que manifiestan una situación de riesgo de inviabilidad, no hay duda sobre la relación entre las medidas prudenciales y las medidas de actuación temprana. Entran en juego, respectivamente, en relación con la existencia de sus presupuestos objetivos. Naturalmente, esto significa que, cuando se de el presupuesto objetivo de la actuación temprana, será posible aplicar las medidas prudenciales en la medida en que se de el incumplimiento, o previsión razonable de incumplimiento, que constituye el supuesto de cada una de ellas y, adicionalmente, se aplicarán las medidas específicas de actuación temprana, necesarias para la más grave situación que constituye su presupuesto objetivo (art. 27.1 a) de la Directiva 2014/59/UE).

En este marco de relaciones, la decisión de aplicar las medidas de actuación temprana corresponde a la autoridad de supervisión (art. 27.1 de la Directiva 2014/59/UE).

Cuando sea posible, atendiendo a las circunstancias concretas, la autoridad de supervisión exigirá al órgano de dirección de la entidad la aplicación de las medidas de actuación temprana en el marco de los procedimientos y medidas establecidos en el plan de reestructuración preparatorio⁴⁷, que, como vimos, ha de incluir la previsión de las medidas de actuación temprana (art. 27.1 a) de la Directiva 2014/59/UE).

Cuando lo anterior no sea posible, la autoridad de supervisión exigirá al órgano de dirección de la entidad que examine la situación, determine las medidas necesarias para superar los problemas y elabore un programa de actuación para resolverlos y un calendario de ejecución (art. 27.1 b) de la Directiva 2014/59/UE).

⁴⁷ Arts. 5-9 y Anexo, sección A, de la Directiva 2014/59/UE.

En ambos casos, los procedimientos y medidas que se apliquen, sea programados preparatoriamente, sea programados con la crisis ya producida, pueden llegar a la reestructuración de la entidad, en sus aspectos patrimonial, financiero, organizativo y de actividad, con la finalidad de evitar que las dificultades se agraven hasta el punto de que la inviabilidad de la entidad no sea superable con medidas de supervisión, debiéndose recurrir a los rigurosos instrumentos de la resolución. En este sentido, lo establecido para los supuestos de incumplimiento, o previsión razonable de incumplimiento, de los requisitos prudenciales (art. 104 de la Directiva 2013/36/UE), se completa con medidas específicas que la autoridad de supervisión puede exigir, como medidas de actuación temprana, para llevar a cabo tal reestructuración (art. 27.1 e)⁴⁸, f)⁴⁹ y g)⁵⁰ de la Directiva 2014/59/UE).

La Directiva 2014/59/UE no establece para la entidad la obligación de comunicar a la autoridad de supervisión la existencia del presupuesto objetivo de la actuación temprana. Por lo tanto, la autoridad de supervisión ha de ejercer su competencia-obligación para decidir la aplicación de las medidas de actuación temprana en el marco general de las obligaciones y facultades de información y supervisión establecidas por la regulación prudencial. Con tales datos, es la autoridad de supervisión quien ha de decidir si se da el presupuesto objetivo que requiere la aplicación de medidas de actuación temprana.

En el ámbito de la resolución (Título IV de la Directiva 2014/59/UE), y en concreto en el capítulo VIII, dedicado a los requisitos de procedimiento, el art. 81.1 exige que la dirección de la entidad notifique a la autoridad de supervisión la existencia de una situación de inviabilidad de las determinadas en el presupuesto objetivo de la resolución.

Y en el número 2 del mismo art. 81 de la Directiva 2014/59/UE aparece la relación con las medidas de supervisión (prevención de crisis resolutoria), entre las cuales las medidas de actuación temprana, pues se establece la

⁴⁸ “Exigir al órgano de dirección de la entidad que elabore un plan para la negociación de la reestructuración de la deuda con una parte o con la totalidad de sus acreedores, de acuerdo, cuando proceda, con el plan de reestructuración”.

⁴⁹ “Exigir cambios en la estrategia empresarial de las entidades”.

⁵⁰ “Exigir cambios en las estructuras jurídicas u operativas de la entidad”.

obligación de la autoridad de supervisión de comunicar a la autoridad de resolución tanto la notificación regulada en el número 1, como cualquier orden que la autoridad de supervisión de a una entidad para que aplique medidas prudenciales o medidas de actuación temprana.

No hay, pues, en el ámbito de la supervisión, y en concreto en la adopción de la decisión de aplicar las medidas de actuación temprana, obligación alguna de la entidad. Es la autoridad de supervisión, a la vista de los datos de que disponga o que, conforme a sus facultades, solicite, quien ha de decidir si se da o no el presupuesto objetivo de las medidas de actuación temprana y, en su caso, quien ha de ordenar a la entidad que las aplique.

La conexión con las infracciones y sanciones se halla en los arts. 111.1 d) y 111.2 de la Directiva 2014/59/UE, pero solo, claro, para la obligación establecida en relación con el presupuesto objetivo de la resolución en el art. 81.1. Nada, en cambio, respecto a la actuación temprana, porque no hay obligación alguna de la entidad en relación con la identificación y comunicación de su presupuesto objetivo.

2. Ley 9/2012 y Ley 10/2014.

Tampoco en esta materia es satisfactoria la Ley 9/2012, por lo que debe adaptarse a la Directiva 2014/59/UE.

En primer lugar, conviene hacer una precisión respecto al art. 6.2 de la Ley 9/2012, que establece que las medidas de actuación temprana son compatibles con las previstas en la normativa vigente en materia de ordenación y disciplina. Como expresión de tal compatibilidad, el artículo 9 de la Ley 9/2012, al regular las medidas de actuación temprana, establece en su apartado d) que el Banco de España podrá *“sin perjuicio de lo previsto en la letra siguiente, adoptar cualquiera de las medidas establecidas en la normativa vigente en materia de ordenación y disciplina”*⁵¹.

⁵¹ El art. 68.3 de la Ley 10/2014 establece que las medidas prudenciales que ha establecido en el número anterior se entienden *“sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador previsto en el título IV y las medidas de actuación temprana que puedan adoptarse de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2012...”*.

Como hemos visto, en rigor, no se trata de compatibilidad o incompatibilidad, ni de que en la actuación temprana se pueda adoptar cualquiera de las medidas prudenciales, sino de distintos supuestos y distintas medidas, en función de la gradual gravedad de situaciones que se pueden presentar y, en consecuencia, del progresivo rigor de las medidas necesarias para tratarlas. Nos remitimos a lo explicado en relación con el art. 27.1 a) de la Directiva 2014/59/UE, que ha de seguirse por ser más correcto.

El Anteproyecto de Ley RR, al regular en su art. 9 las medidas de actuación temprana, ha suprimido la referencia a la posibilidad de adoptar cualquiera de las medidas establecidas en la normativa de ordenación y disciplina. Sin embargo, el art. 8.3 sigue estableciendo que las medidas de actuación temprana son compatibles con las previstas en la normativa vigente en materia de ordenación y disciplina. Insistimos en que no se trata de que unas y otras medidas sean compatibles o no, sino de distintos supuestos y distintas medidas, que pueden concurrir en su aplicación en función de cuáles sean los requisitos prudenciales infringidos, o que se vayan a infringir, que manifiesten, junto a otros elementos, la existencia del presupuesto objetivo de la actuación temprana.

Además, también conviene reflexionar sobre quién tiene la obligación de activar, cuando se de su presupuesto objetivo, la aplicación de las medidas de actuación temprana. En el apartado IV del Preámbulo de la Ley 9/2012 se dice que corresponde al Banco de España decidir sobre qué entidades han de adoptar las medidas de actuación temprana, a cuyos efectos deberá elaborarse un plan de actuación. El art. 6.1 de la Ley 9/2012 establece que, cuando se de su presupuesto objetivo, el Banco de España podrá adoptar todas o algunas de las medidas de actuación temprana⁵². Sin embargo, otras normas contradicen tanto la atribución de la competencia-obligación al Banco de España para decidir la aplicación de medidas de actuación temprana, como la relación entre medidas y plan.

El art. 7 de la Ley 9/2012 establece, en su número 1, que cuando una entidad de crédito se encuentre en alguna de las circunstancias del

⁵² Entiéndase bien, podrá adoptar todas o algunas medidas, pero, dándose el presupuesto objetivo, deberá adoptar medidas de actuación temprana.

presupuesto objetivo de la actuación temprana, la entidad informará de ello con carácter inmediato al Banco de España y, en el plazo de quince días desde tal notificación, presentará, también al Banco de España, un plan de actuación. El número 2 del mismo art. 7 de la Ley 9/2012 establece que, sin perjuicio de lo establecido en el número 1, cuando el Banco de España tenga conocimiento de que una entidad de crédito se encuentra en alguna de las circunstancias del presupuesto objetivo de la actuación temprana, requerirá al órgano de administración de la entidad para que examine la situación y le presente, en el plazo de quince días, el plan de actuación.

La disposición final cuarta de la Ley 9/2012, en su apartado uno, modificó la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, tipificando como infracción muy grave, en la letra p) de su art. 4, la falta de remisión al Banco de España por parte de los administradores de una entidad de crédito del plan de actuación temprana a que se refiere la Ley 9/2012, cuando ello resulte procedente, añadiendo que se entenderá que existe falta de remisión cuando hubiera transcurrido el plazo establecido para efectuar la misma, a contar desde el momento en que los administradores conocieron o debieron conocer que la entidad se encontraba en alguna de las situaciones que determinan la existencia de dicha obligación.

La tipificación de tal infracción se halla hoy día en el art. 92 r) de la Ley 10/2014. Por lo tanto, en su caso, se aplicarán las sanciones establecidas para las infracciones muy graves (arts. 97 y 100 de la Ley 10/2014).

La exigencia a la entidad de la obligación de determinar la existencia del presupuesto objetivo de la actuación temprana, comunicarla y presentar un plan, tipificando una infracción muy grave por el incumplimiento de tal obligación, no parece ajustarse a la Directiva 2014/59/UE, ni siquiera con fundamento en su art. 1.2, que permite a los Estados miembros adoptar o mantener normas más estrictas o adicionales a las establecidas en la propia Directiva, siempre que sean de aplicación general y no entren en conflicto con ella.

La razón es que se puede entender que hay tal conflicto porque dichas obligación e infracción no se corresponden con la función, en el sistema, de la

actuación temprana en cuanto medida de supervisión. En el ámbito de la función de supervisión, es la autoridad competente quien ha de adoptar la decisión de aplicar unas u otras medidas a la vista de la gravedad de la situación. La dificultad de apreciar la existencia del presupuesto objetivo de unas u otras medidas, exige que sea la autoridad de supervisión quien lo decida, porque está en juego la confianza en la entidad, esencial en estas actividades⁵³.

Imponer a los administradores de la entidad el peso de decidir la existencia del presupuesto objetivo de la actuación temprana y presentar un plan de actuación, con el riesgo de una sanción por infracción muy grave, supone un incentivo para la aplicación de tales medidas antes de tiempo, lo que es tan inconveniente (pérdida de confianza) como su aplicación tardía (inviabilidad no superable con medidas de supervisión). Desde la perspectiva de los administradores, tal exigencia les obliga a alcanzar un delicado equilibrio entre arriesgarse a una fuerte sanción o, en el otro extremo, correr con el riesgo de una petición de responsabilidad por los daños causados por anticiparse excesivamente en la comunicación y presentación de un plan de actuación.

El art. 9.1 del Anteproyecto de Ley RR solo establece que cuando una entidad se encuentre en alguna de las circunstancias que constituyen el presupuesto objetivo de la actuación temprana informará de ello con carácter inmediato al supervisor competente, suprimiendo la necesidad de presentar un plan de actuación. Conforme al número 2 del mismo art. 9, es el supervisor competente quien ha de decidir la adopción de las medidas de actuación temprana, entre las cuales, en su caso, la elaboración de un plan de actuación. Los arts. 79 i) y 80 h) tipifican, respectivamente, como infracción muy grave e infracción grave la falta de comunicación, o su demora, sobre la existencia del presupuesto objetivo de la actuación temprana, cuando fuera conocido o, dadas las circunstancias, debiera ser conocido por el órgano de administración, dependiendo la calificación de la infracción como grave o muy

⁵³ Y debe decidir, sin una seguridad total sobre el supuesto, sino operando con los datos e indicios que tenga, conforme a los principios de proporcionalidad y de prudencia bancaria, *vid.* CARRILLO DONAIRE, J. A., *ob. cit.*, pág. 809; GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “La intervención temprana de las entidades de crédito”, en *La reforma bancaria en la Unión Europea y España. El modelo de regulación surgido de la crisis*, coordinado por Tejedor Bielsa, J. C., y Fernández Torres, I., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 158 y 159.

grave del grado de retraso en la comunicación y de la gravedad de circunstancias en que se encuentre la entidad.

La reforma que introduce el Anteproyecto de Ley RR ha de valorarse positivamente, porque no se carga a los administradores de la entidad con el peso de decidir la existencia del presupuesto objetivo de la actuación temprana y presentar un plan, sino solo con la obligación de informar sobre la situación crítica existente, correspondiendo al supervisor la decisión de si, efectivamente, se da el presupuesto objetivo de la actuación temprana y, en consecuencia, procede adoptar las medidas correspondientes, incluida, en su caso, la elaboración de un plan de actuación.

En consecuencia, cuando el incumplimiento, o previsión de incumplimiento, de requisitos prudenciales concorra con otras circunstancias que permitan situar las dificultades de la entidad en el ámbito del presupuesto objetivo de la actuación temprana, los administradores deben informar al supervisor, evitando así infracción alguna, pero no activan la aplicación de las medidas-plan de actuación temprana, por lo que, habiéndose limitado a informar al supervisor, difícilmente se les podrá exigir responsabilidad por las decisiones que éste adopte sobre la efectiva existencia del presupuesto objetivo de la actuación temprana y las medidas a adoptar.

No obstante, conviene señalar que parece haberse olvidado la relación sistemática con la Ley 10/2014. Nos referimos a que, dada la regulación establecida en el Anteproyecto de Ley RR, debería modificarse el art. 92 r) de la Ley 10/2014, lo que no se ha hecho en la disposición final sexta del Anteproyecto de Ley RR. Aunque su disposición derogatoria única permite entender derogado tácitamente el art. 92 r) de la Ley 10/2014 en lo que se oponga a la futura Ley RR, sería conveniente, para la claridad del sistema, la modificación indicada.

Tampoco es correcta la regulación separada que establece la Ley 9/2012 del plan y las medidas de actuación temprana, en los arts. 8 y 9 respectivamente. Lo primero ha de ser que la autoridad de supervisión decida

la aplicación de las medidas de actuación temprana y, entre ellas, si ha lugar⁵⁴, la elaboración de un plan de actuación, que incluirá, entre otras cosas, las medidas de actuación que exija la autoridad de supervisión. De hecho, alguna de las medidas de actuación temprana establecidas en el art. 9 han de formar parte necesariamente del plan de reestructuración de los aspectos patrimonial, financiero, organizativo y de actividad mediante el que se intentará superar la situación de crisis. El apartado c) del art. 9 no admite dudas.

Como hemos visto, el Anteproyecto de Ley RR ha corregido el desorden de los arts. 8 y 9 de la Ley 9/2012, regulando la posibilidad de exigir un plan de actuación en el marco de las medidas de actuación temprana y para el caso en que sea necesario por no poder aplicarse lo previsto en el plan preparatorio de reestructuración/actuación temprana (art. 9).

V. MEDIDAS SOBRE LOS COMPONENTES DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN, INTERVENCIÓN Y SUSTITUCIÓN EN LAS FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y RESPETO DE LOS DERECHOS DE LOS PROPIETARIOS.

1. Directiva 2014/59/UE.

De acuerdo con la concepción gradual del sistema, en el que las distintas situaciones de dificultades se van tratando, en función de su gravedad, con las medidas adecuadas, menos o más rigurosas, la Directiva 2013/36/UE, al regular, en su art. 104, las medidas a adoptar en caso de incumplimiento, o previsión razonable de incumplimiento, de los requisitos prudenciales, no establece medidas que afecten al órgano de administración ni, menos aún, a los derechos de los propietarios de la entidad.

En la actuación temprana, la cuestión se trata en los arts. 27.1 c) y d), 28 y 29 de la Directiva 2014/59/UE. Su contenido básico se expresa en los considerandos 39 y 40 de la Directiva 2014/59/UE. El considerando 39 dice:

“Durante las fases de reestructuración y actuación temprana previstas en la presente Directiva los accionistas deben mantener en su totalidad la responsabilidad y el control de la entidad, salvo cuando la autoridad

⁵⁴ Es decir, cuando no se aplique un plan-procedimiento planificado antes de la producción de la crisis en el plan de reestructuración preparatorio.

competente haya nombrado a un administrador provisional. Dejarán de asumir esta responsabilidad cuando la entidad se someta a resolución”⁵⁵.

El considerando 40 dice:

“Con el fin de preservar la estabilidad financiera, es importante que las autoridades competentes puedan corregir el deterioro de la situación financiera y económica de una entidad antes de que llegue a un punto en el que las autoridades no tengan más alternativa que la resolución. Para ello, las autoridades competentes deben contar con competencias de intervención desde el primer momento, incluida la competencia de nombrar a un administrador provisional, ya sea para sustituir o colaborar temporalmente con el órgano de dirección y la alta dirección de una entidad. El cometido del administrador provisional debe ser el de ejercer todas las competencias que se le confieran con miras a promover soluciones para restablecer la situación financiera de la entidad. La designación del administrador provisional no debe, sin embargo, interferir indebidamente en los derechos de los accionistas o propietarios, ni tampoco en los requisitos de procedimiento establecidos por el Derecho de sociedades nacional o de la Unión, y debe respetar las obligaciones internacionales de la Unión o de los Estados miembros en materia de protección de las inversiones”.

Las medidas de actuación temprana no permiten a la autoridad de supervisión dejar de lado la voluntad de los propietarios de la entidad. El art. 27.1 c) de la Directiva 2014/59/UE establece, como medida de actuación temprana, que la autoridad de supervisión puede llegar a *“exigir al órgano de dirección de la entidad que convoque o, si el órgano de dirección no cumpliera con este requisito, convocar directamente una junta de accionistas de la entidad, y en ambos casos fijar el orden del día y exigir que los accionistas consideren la posibilidad de adoptar determinadas decisiones”*. Con fundamento en esta norma, la autoridad de supervisión solo puede exigir a los propietarios que consideren la posibilidad de adoptar determinadas decisiones, pero no puede imponérselas.

⁵⁵ Nótese que en este considerando el término reestructuración se usa como procedimiento de supervisión, en el ámbito de las medidas de actuación temprana y, por lo tanto, como distinto de la reestructuración que, en su caso, tenga lugar en el ámbito de la resolución.

Una de las posibles decisiones que la autoridad de supervisión puede exigir a los propietarios que consideren, a través de su convocatoria y de la fijación del orden del día, es el cambio o sustitución, por acuerdo voluntario de los propietarios, de alguna o todas las personas que componen el órgano de administración.

Adicionalmente, el art. 27.1 d) de la Directiva 2014/59/UE establece que la autoridad de supervisión puede exigir a la entidad que, forzosamente, destituya o sustituya a uno o varios miembros del órgano de administración, si se determina que dichas personas no son aptas para cumplir sus obligaciones de conformidad con las normas que establecen los requisitos necesarios para ocupar dichos cargos (reputación, conocimientos, competencias, experiencia).

Si el nivel de gravedad de la situación aumenta, también lo hace el rigor en las medidas que pueden adoptarse. El art. 28 de la Directiva 2014/59/UE establece que *“en los casos en los que exista un deterioro significativo de la situación financiera de una entidad o cuando se hayan infringido gravemente disposiciones legales, reglamentarias o de los estatutos de la entidad o existan graves irregularidades administrativas, y las medidas tomadas de conformidad con el artículo 27 no sean suficientes para poner fin a este deterioro”*, la autoridad de supervisión ha de poder *“exigir el cese de la alta dirección y del órgano de dirección de la entidad en su totalidad o individualmente”*, añadiendo que *“la designación de la nueva alta dirección u órgano de dirección se llevará a cabo de conformidad con la legislación nacional y de la Unión, y estará sujeta a la aprobación o consentimiento”* de la autoridad de supervisión.

En este supuesto de mayor gravedad, por lo tanto, la autoridad supervisora puede exigir el cese de todos o algunos de los componentes del órgano de administración y, además, la designación, por los propietarios, de las personas que han de ocupar tales cargos ha de ser consentida por ella. Es decir, propietarios y autoridad de supervisión han de estar de acuerdo en las personas adecuadas para ocupar los cargos de administración, sustituyendo en el puesto a todos o algunos de los anteriores.

Siguiendo la necesidad de aumentar el rigor de las medidas aplicables en función del progresivo incremento en la gravedad de la crisis, el art. 29 de la Directiva 2014/59/UE, con el título “*administrador provisional*”, establece, en su número 1, que cuando la autoridad de supervisión considere que la sustitución de la dirección conforme al art. 28 es insuficiente para poner remedio a la situación, podrá designar a uno o más administradores provisionales de la entidad.

A continuación, el art. 29 establece, en su número 1, que basándose en lo que resulte proporcionado a las circunstancias, la autoridad de supervisión podrá designar a los administradores provisionales, bien para sustituir temporalmente a la dirección de la entidad, bien para colaborar temporalmente con ella, lo que debe especificarse en el momento de la designación.

Tras diferenciar estas dos posibilidades, la norma, en su número 1, establece que si la autoridad de supervisión designa a un administrador provisional para colaborar con el órgano de administración de la entidad, especificará más detalladamente, en el momento de la designación, la función, las obligaciones y las competencias del administrador provisional, así como la posible necesidad de que el órgano de administración de la entidad le consulte u obtenga su consentimiento antes de adoptar decisiones o acciones específicas.

En cambio, nada establece el número 1 sobre la otra modalidad que ha establecido, en la que el administrador provisional sustituye temporalmente al órgano de administración de la entidad. Por esto, los números 2 y 3, aunque no lo dicen, parecen ir referidos a la sustitución, porque respecto a la colaboración la cuestión ya ha sido tratada en el número 1 y porque el contenido de los números 2 y 3 no cuadra con la esencia de la colaboración, en la que el órgano de administración de la entidad mantiene sus facultades, aunque sometidas a la colaboración (vigilancia, consulta, consentimiento) con el administrador provisional.

El número 2 del art. 29 establece que la autoridad supervisora especificará las competencias del administrador provisional en el momento de su designación, basándose en lo que resulte proporcionado a las

circunstancias, y que tales competencias podrán incluir “*algunos o todos los poderes del órgano de dirección de la entidad, de acuerdo con los estatutos de ésta y con la legislación nacional, incluida la facultad de desempeñar algunas de las funciones administrativas del órgano de dirección de la entidad o todas ellas. Las competencias del administrador provisional en relación con la entidad serán conformes con el derecho de sociedades aplicable*”.

El número 3 del art. 29 establece que la autoridad de supervisión especificará en la designación “*el papel y las funciones*” del administrador provisional, que pueden incluir la determinación de la situación financiera, “*la gestión de la actividad o de parte de la actividad de la entidad*”, y la adopción de “*medidas orientadas a restaurar la gestión sana y prudente de la actividad*”.

De estos números 2 y 3 del art. 29 de la Directiva 2014/59/UE resulta el significado y alcance de la sustitución como medida de actuación temprana. No significa que el administrador provisional sustituya a los componentes del órgano de administración, ocupando su lugar. Por el contrario, el órgano de administración de la entidad se mantiene⁵⁶, pero se limita el ejercicio de sus facultades en la medida en que se atribuyen competencias y funciones al administrador provisional. La sustitución en el ámbito de la actuación temprana es, por lo tanto, sustitución (por el administrador provisional) en el ejercicio de las facultades del órgano de administración, algunas o todas.

Esta regulación de los números 2 y 3 del art. 29 de la Directiva 2014/59/UE es coherente con el alcance de las medidas de actuación temprana en relación con los derechos de los propietarios de la entidad. Como ya hemos dicho, con fundamento en el art. 27.1 c) y los considerandos 39 y 40 de la Directiva 2014/59/UE, las medidas de actuación temprana no permiten a la autoridad de supervisión dejar de lado la voluntad de los propietarios de la entidad. Esta idea se repite ahora, específicamente, en este ámbito, pues el número 8 del art. 29 establece que “*la designación del administrador provisional no menoscabará los derechos que se reconocen a los accionistas de conformidad con el Derecho de sociedades nacional o de la Unión*”.

⁵⁶ Recuérdese que, como hemos visto, la autoridad de supervisión puede influir en la determinación de las personas que ocupan sus puestos, conforme a lo establecido en el art. 28 de la Directiva 2014/59/UE.

En consecuencia, la defensa de los derechos de los propietarios exige que la entidad mantenga su órgano de administración diferenciado del administrador provisional, para que, con independencia de los fines que éste persiga conforme a las competencias que se le atribuyan, la entidad puedan continuar ejerciendo sus facultades de administración en lo que no se haya atribuido al administrador provisional, y pueda seguir determinando su propio interés, manifestando su voluntad y actuando en los ámbitos sustantivo y procesal (representación).

Añade el número 5 del art. 29 que la autoridad de supervisión puede requerir, especificándolo en la designación o en el cambio de las condiciones de la misma, que algunas de las acciones de un administrador provisional deban someterse a su acuerdo previo. En todo caso, el administrador provisional solo podrá ejercer sus competencias para convocar la junta general y fijar los puntos de orden del día previo acuerdo de la autoridad de supervisión. De esta forma, el supervisor tiene la posibilidad de participar en el ejercicio de determinadas facultades de administración de la entidad y, en concreto, asume necesariamente el control sobre los actos de administración necesarios para que sus propietarios adopten decisiones en junta general.

La duración del cargo de administrador provisional se limita, como máximo, a un año, que se puede renovar, de forma excepcional, si se cumplen las condiciones de gravedad de la situación necesarias para su designación.

Sintetizando la esencia, en el ámbito de supervisión (actuación temprana), se han de respetar los derechos de los propietarios de la entidad, sin perjuicio de la posibilidad de adoptar medidas sobre los componentes del órgano de administración, o, si la mayor gravedad de la situación lo requiere, limitar el ejercicio de las facultades del órgano de administración, bien mediante la colaboración bien mediante la sustitución.

En la resolución, en el marco de la extrema gravedad de la situación y los rigurosos instrumentos que son necesarios para tratarla, se dejan de lado todos los derechos de los propietarios y se sustituye totalmente al órgano de administración.

En este sentido, el art. 63 de la Directiva 2014/59/UE, al regular las competencias generales de resolución, establece, en su número 1, apartado b), que la autoridad de resolución ha de tener, entre otras, la competencia para *“adquirir el control de la entidad objeto de resolución y ejercer todos los derechos y competencias reconocidos a los accionistas, los otros propietarios y el órgano de dirección de la misma”*.

Y el art. 35 de la Directiva 2014/59/UE, titulado *“administrador especial”* establece, en su número 1, que la autoridad de resolución ha de poder nombrar a un administrador especial que sustituya al órgano de administración y, en su número 2, que *“el administrador especial asumirá todas las competencias de los accionistas, la alta dirección y el órgano de dirección de la entidad. No obstante, el administrador especial solo podrá ejercer dichas competencias bajo el control de la autoridad de resolución”*.

Dado que el administrador especial asume, bajo el control de la autoridad de resolución, todas las competencias de los propietarios y del órgano de administración, a diferencia de lo que hemos visto en el ámbito de la actuación temprana, no es necesario mantener el órgano de administración de la entidad diferenciado del administrador especial. Porque éste podría designar quién ha de ocupar los cargos de aquél, con lo que la diferenciación será ficticia en lo que se refiere a persecución de fines e intereses. Y porque el nombramiento del administrador provisional vacía totalmente al órgano de administración de la entidad de cualquier facultad de administración o representación. En consecuencia, en la resolución, la sustitución consiste en la ocupación por el administrador especial del cargo de administrador de la entidad.

2. Ley 9/2012 y Ley 10/2014.

En el ordenamiento español, la posibilidad de adoptar medidas que afectasen a la composición del órgano de administración, limitasen sus facultades de administración y, también, limitasen la voluntad de los propietarios de la entidad, estaba regulada en los arts. 31-38 de la Ley

26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito.

Dada la regulación existente en la Ley 26/1988, la Ley 9/2012 optó por mantenerla, con los retoques que se estimaron necesarios (apartado cinco de la disposición final cuarta), y establecer disposiciones especiales para la actuación temprana (art. 9 a), b), d) y e) y art. 10), la reestructuración⁵⁷ (art. 16, párrafo III) y la resolución (art. 22).

Posteriormente, la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que, entre otras, ha derogado a la Ley 26/1988, ha mantenido el estado de la cuestión, regulando las medidas de intervención y sustitución en los arts. 70-79.

La regulación española no es satisfactoria. No se ajusta al esquema sistemático del Derecho Comunitario, que es mejor, y además, en parte como consecuencia de la incorrecta sistemática y en parte por razones históricas, lo vulnera en aspectos particulares de considerable importancia.

En cuanto al esquema sistemático, no tiene sentido la doble regulación existente en el ordenamiento español, en la Ley 10/2014, por un lado, y, por otro, en la Ley 9/2012.

Como hemos dicho, el elemento central de la configuración del sistema de supervisión y resolución de entidades de crédito es su gradación, en la prevención de las crisis y en su gestión, tratándose las dificultades, que se presentan en niveles progresivos de gravedad, con medidas adecuadas a cada supuesto que, lógicamente, también van incrementando progresivamente su grado de rigor. En consecuencia, la necesidad de adoptar medidas sobre la composición del órgano de administración, o que limiten sus facultades y, en otro nivel, la necesidad de combinarlas con medidas excluyentes de los derechos de los propietarios, han de ir referidas a determinados estados de crisis, en función de su gravedad.

⁵⁷ Recuérdese que la reestructuración de la Ley 9/2012 es, en la Directiva 2014/59/UE, resolución que, en lugar de terminar en liquidación y extinción de la entidad, la reorganiza para permitir su viabilidad.

En este planteamiento, inicialmente, no hay discrepancia de fondo entre el Derecho Comunitario y las normas españolas. La infracción, o previsión razonable de infracción, de requisitos prudenciales, por si sola, no justifica medidas sobre el órgano de administración y, ni por asomo, permite limitar los derechos de los propietarios, por lo que nada se dice sobre la materia en las normas que regulan tales medidas (art. 104 de la Directiva y arts. 68 y 69 de la Ley 10/2014).

Solo cuando la infracción de requisitos prudenciales, o previsión razonable de infracción, manifiesta que las dificultades se sitúan en un grado de gravedad superior, es necesario adoptar tales medidas, que se escalonan en función de su rigor (arts. 27.1 c) y d), 28, 29 y 35 de la Directiva 2014/59/UE, arts. 70-79 de la Ley 10/2014 y arts. 9, apartados a), b) d) y e), 10 y 22 de la Ley 9/2012).

Pero llegados al punto en que proceden las medidas limitativas, hay diferencias en la ordenación sistemática de la regulación que terminan por acarrear importantes diferencias de fondo, que suponen la vulneración por nuestro ordenamiento del Derecho comunitario.

En el Derecho Comunitario, como hemos visto detenidamente, se tiene claro que tal incumplimiento cualificado, o previsión razonable de incumplimiento cualificado, de los requisitos prudenciales es el presupuesto objetivo de la actuación temprana y, en consecuencia, es a partir de ella cuando se establecen, gradualmente, las medidas sobre la composición del órgano de administración y las medidas limitativas de las facultades de administración, pero todavía sin entrar a limitar los derechos de los propietarios, porque la gravedad de la situación no lo requiere. Cuando la gravedad de la situación se incrementa hasta el punto de requerir la aplicación de los rigurosos instrumentos de la resolución, se dejan de lado totalmente los derechos de los propietarios y las facultades de administración. Sólo se regula la materia en un sitio, en la Directiva 2014/59/UE, y se hace coherentemente, conforme a los criterios y principios expuestos.

En el ordenamiento español, parece que por arrastre de lo que hubo en otros momentos históricos (Ley 26/1988), la materia se regula por duplicado.

Por un lado, se mantiene un tratamiento general de la intervención y la sustitución, que ahora se ubica en la Ley 10/2014. Por otro, se regula la materia, con carácter especial respecto a lo establecido en la Ley 10/2014, en el ámbito del tratamiento de los supuestos de incumplimiento cualificado, o previsión razonable de incumplimiento cualificado, de los requisitos prudenciales, es decir, en el ámbito de la actuación temprana y, también, en los sucesivos estados de gravedad posibles en las crisis de las entidades de crédito (Ley 9/2012).

Inmediatamente se percibe que se está regulando en dos normas distintas la misma realidad, lo que significa que la relación de generalidad y especialidad es falsa y, por lo tanto, tal opción técnica no sólo es innecesaria, pues no aporta nada, sino que, además, es incorrecta. Además, puestos a ejecutar tal planteamiento, se asume un alto riesgo de cometer errores, salvo que se alcance un grado de perfección máximo en la coordinación de la, inútil, doble regulación. Ambos problemas tienen manifestación, concreta, en el Derecho vigente. El primero porque la realidad es la que es, y las normas no la cambian. El segundo, porque, dado que alcanzar la perfección en tal labor de coordinación es muy difícil, no se ha podido evitar que existan errores, alguno importante.

Sin ánimo de ser exhaustivos, porque no lo requiere el objeto de este trabajo, indicamos supuestos concretos de las ideas expuestas, por si pueden ayudar a la mejora del ordenamiento.

El art. 70 de la Ley 10/2014, titulado "*causas de intervención y sustitución del órgano de administración*" establece:

"1. Procederá la intervención de una entidad de crédito o la sustitución provisional de su órgano de administración en los siguientes supuestos:

a) De acuerdo con lo previsto en Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de las Entidades de Crédito, en relación con la sustitución del órgano de administración".

Lo que la norma significa es la relación de general a especial existente entre lo establecido en la Ley 10/2014 y lo establecido en la Ley 9/2012. Por esta razón, el apartado a) se refiere, exclusivamente, a la sustitución, respecto a la que hay tal regulación especial en el art. 10 de la Ley 9/2012. Nada se dice, en cambio, respecto a la intervención que, sin embargo, forma parte del encabezado del número 1 de este art. 70 de la Ley 10/2014, y también es procedente en el ámbito de lo dispuesto por la Ley 9/2012, como resulta de su art. 9 d), eso sí, sin especialidad respecto a lo establecido en la Ley 10/2014.

Es claro que la literalidad del apartado a) del art. 70 de la Ley 10/2014 no puede entenderse en el sentido de que en el ámbito de la Ley 9/2012 sólo procede la sustitución, y no la intervención, pero que no haya duda en la interpretación no evita la falta de coordinación. Es decir, utilizando el esquema de redacción de la norma, cabe decir, para ser precisos, que también procede la intervención de una entidad de crédito de acuerdo con lo que ha establecido la Ley 9/2012, bien que sin establecer especialidad alguna en relación con la intervención⁵⁸.

Otro supuesto concreto, de mayor importancia. El art. 70 de la Ley 10/2014, titulado “*causas de intervención y sustitución del órgano de administración*” establece:

“1. Procederá la intervención de una entidad de crédito o la sustitución provisional de su órgano de administración en los siguientes supuestos:

...

b) Cuando existan indicios fundados de que la entidad de crédito se encuentre en una situación distinta de las previstas en el ámbito de aplicación de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de las

⁵⁸ Peor aún era el texto del que trae causa el art. 70.1 a) de la Ley 10/2014, que es la modificación que el apartado cinco de la disposición final cuarta de la Ley 9/2012 realizó en el art. 31 de la Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que, con el título de supuestos en que proceden las medidas de intervención o sustitución provisional de los órganos de administración o dirección, estableció, en su número 1, que “*cuando una entidad de crédito se encuentre en alguna de las situaciones descritas en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, podrá acordarse la sustitución provisional de su órgano de administración en los términos previstos en esta Ley y con las particularidades recogidas en la citada Ley*”. El tenor literal de esta norma no impedía, conforme a lo dispuesto en la Ley 9/2012, que cuando una entidad de crédito se encontrase en la situación que constituye el presupuesto objetivo de la actuación temprana se pudiese acordar la intervención. La cuestión, simplemente, se silenciaba por no haber regulación especial en la Ley 9/2012 respecto a la intervención.

*Entidades de Crédito, pero de excepcional gravedad y que pueda poner en peligro su estabilidad, liquidez o solvencia*⁵⁹.

La norma parte de lo que hemos dicho antes: que la intervención y la sustitución tienen lugar en el ámbito de la Ley 9/2012. A partir de ahí, el mantenimiento de la regulación general de la intervención y sustitución en la Ley 10/2014 requiere configurar un supuesto general de aplicación distinto de los supuestos de aplicación de la Ley 9/2012, y se hace diciendo que la situación ha de ser distinta de las reguladas en la Ley 9/2012, pero de excepcional gravedad y que pueda poner en peligro la estabilidad, liquidez o solvencia de la entidad.

¿Es esto posible, realmente? Si, como hemos visto, el incumplimiento, o la previsión razonable de incumplimiento, de los requisitos prudenciales no justifica todavía aplicar, entre las medidas para retornar al cumplimiento, la intervención ni la sustitución, y la existencia de una situación de mayor gravedad, que amenace la viabilidad de la entidad (su estabilidad, liquidez y solvencia) hace entrar en juego las medidas de actuación temprana, en las que caben la intervención y la sustitución, ¿hay margen, en la realidad, para supuestos intermedios en la situación patrimonial y financiera de la entidad?

Es decir, ¿cuál es la situación fáctica que se corresponde con el supuesto normativo consistente en que la situación es tan grave que puede poner en peligro la estabilidad, liquidez o solvencia de la entidad, pero, sin embargo, no cae en el ámbito de los supuestos normativos establecidos en la Ley 9/2012? Se nos antoja un supuesto normativo ficticio.

O hay incumplimiento, o previsión razonable de incumplimiento, de los requisitos prudenciales que todavía no manifiesta un estado de crisis peligroso, y entonces basta con las medidas prudenciales, entre las que no

⁵⁹ El antecedente inmediato es la modificación que el apartado cinco de la disposición final cuarta de la Ley 9/2012 realizó en el art. 31 de la Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que, con el título de supuestos en que proceden las medidas de intervención o sustitución provisional de los órganos de administración o dirección, estableció, en su número 2, que *"también podrá acordarse la intervención de una entidad de crédito o la sustitución provisional de su órgano de administración en los términos previstos en esta Ley cuando existan indicios fundados de que aquella se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro su estabilidad, liquidez o solvencia"*. En esto, no se modificó significativamente lo establecido en la Ley 26/1988.

están la intervención ni la sustitución. O el incumplimiento de los requisitos prudenciales es cualificado, manifestando una situación de peligro para la viabilidad (estabilidad, liquidez y solvencia) y entonces entra en juego la actuación temprana, entre cuyas medidas caben la intervención y la sustitución. No vemos la situación intermedia.

Entonces, la conclusión es clara: suprimamos la regulación de la intervención y la sustitución en la Ley 10/2014 y llevémosla a su ámbito de aplicación, que no es otro que el de la actual Ley 9/2012, o la Ley que la sustituya. Una única regulación, pues, y donde corresponde, en el ámbito de los supuestos de crisis que, por su gravedad, justifican aplicar la intervención o la sustitución. Como el Derecho Comunitario.

No se puede argumentar, contra lo hasta ahora dicho, que la regulación general de la Ley 10/2014 contempla supuestos distintos de los regulados por la Ley 9/2012 a los que también es aplicable la intervención o la sustitución, como el establecido en el art. 70.1 c) en relación con las participaciones significativas, o la posibilidad de que se acuerde la intervención de las operaciones de liquidación voluntaria de una entidad de crédito, establecida en el art. 78.1. Tal argumento plantearía, si se sostuviese, un falso problema.

El régimen de participaciones significativas forma parte de la regulación prudencial. Si se incumple, caben las medidas oportunas, que pueden ser específicas para tal supuesto. Si, adicionalmente, se plantean problemas de riesgo para la viabilidad (estabilidad, liquidez y solvencia) cabe la actuación temprana y, en ella, la intervención y la sustitución.

Técnicamente, también es un falso problema, pues, de hecho, ya en el Derecho vigente se utiliza la técnica de la remisión, que podría mantenerse, pero referida a las normas que regulasen la intervención y la sustitución fuera de la Ley 10/2014, en la Ley 9/2012 o en la que la sustituya. Es decir, la supresión del art. 70.1 c) de la Ley 10/2014 no plantea ningún problema porque las normas que regulan las participaciones significativas establecen, específicamente, que si fuera preciso, podrían entrar en juego la intervención o la sustitución (arts. 20 b) y 23), realizando la remisión a lo regulado en la

misma Ley 10/2014, que bien puede cambiarse a lo regulado en otra Ley, en la que tenga más sentido el tratamiento de la intervención y la sustitución.

En cuanto a la posibilidad de que se acuerde la intervención de las operaciones de liquidación voluntaria de una entidad de crédito, establecida en el art. 78.1 de la Ley 10/2014, es claro que tampoco justifica el mantenimiento de la regulación de la intervención y sustitución en tal Ley. Acordada la disolución y correspondiente liquidación voluntaria de una entidad de crédito, la posibilidad de que el Ministro de Economía y Competitividad acuerde la intervención de las operaciones de liquidación se establece, en el art. 78.1, para el caso en que tal medida resulte aconsejable por el número de afectados o por la situación patrimonial de la entidad. Es decir, la intervención procederá cuando la entidad se halle en situación de crisis, y no en otro caso, lo que o permite reconducir el supuesto al ámbito de la actuación temprana o, al menos, permite asimilarlo mediante la oportuna remisión al regular la disolución y liquidación voluntaria de la entidad. De hecho, también aquí, la cuestión técnica está resuelta (art. 78.2) vía remisión, que cabría mantener en relación con las normas que regulasen la intervención y la sustitución fuera de la Ley 10/2014, en la Ley 9/2012 o en la que la sustituya.

Otro problema concreto, también de considerable importancia.

El art 74 de la Ley 10/2014, con el título “*requisitos de validez de los actos y acuerdos posteriores a la fecha de intervención*” establece:

“1. En el supuesto de intervención, los actos y acuerdos de cualquier órgano de la entidad de crédito que se adopten a partir de la fecha de publicación del acuerdo en el «Boletín Oficial del Estado» requerirán, para su validez y efectos, la aprobación expresa de los interventores designados. Se exceptúa de esta aprobación el ejercicio de acciones o recursos por la entidad de crédito en relación con la medida de intervención o con la actuación de los interventores”.

El art 75 de la Ley 10/2014, con el título “*administrador provisional*” establece:

“1. En el caso de sustitución del órgano de administración, los administradores provisionales designados tendrán el carácter de interventores respecto de los actos o acuerdos de la Junta General o Asamblea de la entidad de crédito, siendo de aplicación a los mismos cuanto dispone el apartado 1 del artículo anterior”.

Ambas normas son aplicables en la actuación temprana, en virtud de lo dispuesto en el art. 9 d) y e) de la Ley 9/2012, y sin que su art. 10 establezca en esta especialidad alguna para la sustitución.

Exigir en fase de actuación temprana, tanto en la intervención como en la sustitución, que los actos y acuerdos de *“cualquier órgano”*, y por lo tanto, *“de la Junta General o Asamblea”*, sean aprobados expresamente por los interventores o los administradores provisionales, vulnera el Derecho Comunitario, pues, como vimos, éste establece que en el ámbito de la supervisión, en el que se halla la actuación temprana, se han de respetar los derechos de los propietarios de la entidad, tanto si se aplica la intervención como si se llega a la sustitución, dejando para la fase de resolución, más grave, la posibilidad de dejar de lado la voluntad de los propietarios (art. 29.8⁶⁰, para la intervención, y, para la sustitución, art. 35.2⁶¹ de la Directiva 2014/59/UE)⁶².

También tiene una importancia considerable el incorrecto significado unívoco que se da al término sustitución en la Ley 10/2014 y en la Ley 9/2012, que comporta una vulneración del contenido que la Directiva 2014/59/UE establece para la sustitución en la actuación temprana.

En la Ley 26/1988, y por arrastre histórico en la Ley 10/2014, la sustitución del órgano de administración de la entidad significa que sus componentes son sustituidos por los administradores provisionales, que

⁶⁰ *“Con sujeción a las disposiciones del presente artículo, la designación del administrador provisional no menoscabará los derechos que se reconocen a los accionistas de conformidad con el Derecho de sociedades nacional o de la Unión”.*

⁶¹ *“El administrador especial asumirá todas las competencias de los accionistas, la alta dirección y el órgano de dirección de la entidad”.*

⁶² También queremos señalar, aunque ya no sea materia de actuación temprana sino de resolución, que el art. 22 de la Ley 9/2012 no refleja satisfactoriamente la limitación de los derechos de los propietarios de la entidad por el administrador especial en fase de resolución, aunque tal limitación se halla en los arts. 68 y 69 de la misma Ley.

ocupan los cargos. Por esto, el art. 76 de la Ley 10/2014, titulado “cese de las medidas de intervención o sustitución” establece:

“Acordado por el Banco de España el cese de las medidas de intervención o sustitución, los administradores provisionales procederán a convocar inmediatamente la Junta General o Asamblea de la entidad de crédito, en la que se nombrará el nuevo órgano de administración. Hasta la toma de posesión de éste, los administradores provisionales seguirán ejerciendo sus funciones”.

Nótese que carece de sentido la referencia a la finalización de la intervención, porque en ésta los interventores no ocupan los cargos de los administradores, sino que actúan junto al órgano de administración de la entidad, por lo que no hay vacío alguno en los cargos cuando cesan las medidas de intervención.

Pero volviendo a lo que nos ocupa, tal concepción de la sustitución también se ha acogido en la Ley 9/2012. Su art. 10 remite a la Ley 26/1988 (hoy día a la Ley 10/2014, que ha ocupado su lugar), sin establecer nada especial en esta materia. Su art. 22 (resolución) realiza la misma remisión y establece expresamente que el Banco de España “designará como administrador de la entidad al FROB, que, a su vez, nombrará a la persona o personas físicas o jurídicas que, en su nombre, ejercerán las funciones y facultades propias de esa condición”, añadiendo que, en determinados supuestos, podrá no realizarse la sustitución si el FROB está en disposición de controlar el órgano de administración en virtud de los derechos políticos de que disponga y estableciéndose, por último, el objetivo del FROB “en su condición de administrador de la entidad”. Y su art. 63 a) establece que el FROB ejercerá las facultades que la legislación mercantil confiere con carácter general “al órgano de administración de la entidad, cuando asuma tal condición”.

Esta concepción de la sustitución, que se aplica en nuestro ordenamiento a la actuación temprana (arts. 9 e) y 10 de la Ley 9/2012 y 70-76 de la Ley 10/2014), no es compatible con lo establecido en el art. 29 de la Directiva 2014/59/UE, que se refiere a la sustitución en el ejercicio de las

facultades (todas o algunas) del órgano de administración de la entidad, que se mantiene, diferenciado del administrador provisional. Hay que corregir, pues, nuestro ordenamiento.

La aplicación de tal concepción de la sustitución en el ámbito de la resolución es correcta, como hemos visto en relación con la Directiva 2014/59/UE. No obstante, aunque excede el objeto de nuestro trabajo, no puede dejarse de indicar la necesidad de reflexionar sobre lo establecido en el art. 22 de la Ley 9/2012, a la vista de las relaciones entre autoridad de resolución y administrador especial, conforme a la Directiva 2014/59/UE.

Pasando ya a otro supuesto concreto, el art. 9 b) de la Ley 9/2012 no parece recoger suficientemente bien la gradación de supuestos establecida en los arts. 27.1 d) y 28 de la Directiva 2014/59/UE en relación con las medidas de actuación temprana que afectan a la composición del órgano de administración de la entidad, sin necesidad de llegar a la intervención o a la sustitución, por lo que debería mejorarse.

En fin, mientras que la Ley 10/2014, al establecer la regulación general de la intervención y la sustitución, calla sobre su duración, el art. 10 de la Ley 9/2012, bajo el título "*sustitución provisional del órgano de administración como medida de actuación temprana*", establece:

"1. El Banco de España podrá acordar la sustitución provisional del órgano de administración, de conformidad con el procedimiento establecido en el título III de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y con las especialidades previstas en este capítulo.

2. La sustitución provisional acordada al amparo de este artículo se mantendrá en vigor durante el plazo de un año. No obstante, este plazo podrá renovarse por periodos iguales hasta tanto se lleven a cabo las operaciones en que se concrete el plan de actuación".

Al margen el hecho de que la norma se puede redactar mejor para que quede claro que el plazo de un año es un máximo, se produce otra vulneración del Derecho Comunitario, pues la limitación de la duración a un año

(renovable) no sólo se establece, en el ámbito de la función de supervisión (actuación temprana), para la sustitución, sino también para la intervención (art. 29.7 de la Directiva 2014/59/UE)⁶³.

Sistema y detalles conducen, pues, conviene repetirlo, a la conclusión de que, en la adaptación de nuestro ordenamiento a la Directiva 2014/59/UE, la regulación de la intervención y la sustitución se debe abordar en una única norma, que, conforme al sistema, conviene que sea la Ley 9/2012 o la que la sustituya, suprimiéndose la regulación de esta materia en la Ley 10/2014, lo que facilitará la corrección en los aspectos concretos y, sobre todo, evitará esfuerzos innecesarios de coordinación.

Puede afirmarse que, en esta materia, el Anteproyecto de Ley RR es muy insatisfactorio. Sobre todo, porque mantiene la doble regulación existente. En la Ley 10/2014, que el Anteproyecto retoca en su disposición final sexta, y en la futura Ley RR (art. 10 del Anteproyecto de Ley RR).

Pese a tal planteamiento defectuoso, sobre cuyos problemas nos remitimos a lo dicho en relación con la Ley 9/2012, es cierto que el Anteproyecto de Ley RR resuelve correctamente algún problema concreto de los que hemos señalado.

Así, se corrige el art. 70.1 a) de la Ley 10/2014 (disposición final sexta, uno, del Anteproyecto de Ley RR). También se corrige el art. 9 b) de la Ley 9/2012 (art. 9.2 d) del Anteproyecto de Ley RR). Se ha mejorado el art. 10 del Anteproyecto de Ley RR incluyendo la intervención, junto a la sustitución, y limitando su duración a un año, renovable, aunque se mantiene algún defecto que luego se dirá. Se ha mejorado el art. 22 de la Ley 9/2012, reflejando la repercusión que la sustitución como medida de resolución tiene sobre los

⁶³ Tal limitación temporal de un año (renovable) también se exige en la sustitución propia de la función de resolución (art. 35.6 de la Directiva 2014/59/UE). En consecuencia, el art. 22 de la Ley 9/2012, al regular la sustitución del órgano de administración como medida de resolución, tampoco se ajusta con precisión al Derecho Comunitario, porque, aunque en su número 1 remite a la regulación general con las especialidades previstas en la propia Ley 9/2012, lo que supone remitir al límite de un año establecido en el art. 10, en su número 2 establece que la medida se mantendrá en vigor hasta que se complete el proceso de resolución, lo que podría abrir la puerta a una duración superior a un año sin necesidad de renovación.

La necesidad de limitar la duración de las medidas de intervención ya se reclamó en relación con la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, *vid.* CARRILLO DONAIRE, J. A., *ob. cit.*, pg. 792.

derechos de los propietarios (art. 22.1 del Anteproyecto de Ley RR). Se ha mejorado el art. 22 de la Ley 9/2012 dejando claro que la sustitución como medida de resolución no puede durar más de un año, sin perjuicio de la posibilidad de prórroga (art. 22.4 del Anteproyecto de Ley RR).

Pero, como consecuencia de la persistencia en el error básico de mantener la doble regulación existente, se han dejado sin resolver los principales problemas que hemos indicado en relación con la Ley 9/2012. Siendo innecesario repetirlos, los enumeramos a efectos de conexión con lo dicho.

El art. 70.1 b) de la Ley 10/2014, manifestación principal de la errónea doble regulación, sigue sin tener sentido.

Pese a lo establecido en los arts. 9.2 j) y 10 del Anteproyecto de Ley RR, que, en comparación con lo que establecen sus correspondientes en la Ley 9/2012, ya no se refieren solo a la sustitución, sino también a la intervención, no se acoge suficientemente bien la gradación de supuestos establecida en la Directiva 2014/59/UE, y, además, se sigue manteniendo un significado unívoco para el término sustitución, que es incompatible con el sentido que le atribuye la Directiva 2014/59/UE para la actuación temprana.

También se sigue vulnerando la Directiva 2014/59/UE por el mantenimiento para la actuación temprana de la exigencia, tanto en caso de intervención como en caso de sustitución, de que los actos y acuerdos de la junta o asamblea general sean aprobados expresamente por los interventores o los administradores provisionales.

En fin, el art. 10.2 del Anteproyecto de Ley RR sigue siendo incorrecto al establecer el plazo de intervención o sustitución como medida de actuación temprana, porque dispone que se mantendrán en vigor durante el plazo de un año, sin dejar claro que se trata de un máximo, sin perjuicio de la posibilidad de renovarlo.

VI. CONCLUSIONES.

Primera.- El sistema de prevención y tratamiento de las crisis de las entidades de crédito es excesivamente complejo, lo que, al margen los esfuerzos que exige su comprensión y aplicación, produce inseguridad jurídica y siembra la duda razonable sobre su utilidad para satisfacer la función que persigue.

Segunda.- El exceso de complejidad se refleja, entre otras manifestaciones, en la incorporación al ordenamiento nacional del Derecho comunitario, que no siempre se hace con corrección.

Tercera.- En el ámbito de la preparación para el tratamiento de las crisis, nuestro ordenamiento vigente es insuficiente, y vulnera el Derecho Comunitario, en la regulación de los planes preparatorios de reestructuración y de resolución. El Anteproyecto de Ley RR mejora la situación, pero, por estar demasiado condicionado por el deseo de mantener la estructura de la Ley 9/2012, adopta una sistemática que pudiera no resultar satisfactoria.

Cuarta.- También en el ámbito de la preparación para el tratamiento de las crisis, nuestro ordenamiento vigente no ha incorporado la regulación de la posibilidad de realizar acuerdos de ayuda financiera dentro de un grupo. El Anteproyecto de Ley RR regula estos acuerdos, pero, por estar demasiado condicionado por el deseo de mantener la estructura de la Ley 9/2012, adopta una sistemática no satisfactoria.

Quinta.- Es necesario poner cuidado en el significado que se atribuye al término reestructuración. En general, hace referencia a la reorganización de la entidad en crisis, en sus aspectos patrimonial, financiero, organizativo y de actividad, para mantener su viabilidad. En particular, con diferencias en los detalles, puede darse una reestructuración tanto en el ámbito de la supervisión (actuación temprana) como en el ámbito de la resolución.

Sexta.- Es necesario realizar importantes ajustes en la Ley 9/2012, al adaptarla a la Directiva 2014/59/UE, para clarificar la ubicación sistemática y régimen aplicable al procedimiento que en ella se llama reestructuración. El Anteproyecto de Ley RR mejora nuestro ordenamiento, en comparación con la Ley 9/2012, suprimiendo la triple distinción entre actuación temprana,

reestructuración y resolución, mediante la integración, correcta, de la reestructuración de la Ley 9/2012 en la resolución.

Séptima.- El art. 6 de la Ley 9/2012 no se ajusta a la Directiva 2014/59/UE en la regulación del presupuesto objetivo de la actuación temprana, por lo que se debe corregir. El art. 8 del Anteproyecto de Ley RR aporta mejoras en esta materia, pero sigue incurriendo en defectos que deben corregirse.

Octava.- Ni el art. 7.1 de la Ley 9/2012, que exige a la entidad que comunique al supervisor la existencia del presupuesto objetivo de la actuación temprana y presente un plan de actuación, ni el art. 92 r) de la Ley 10/2014, que tipifica una infracción muy grave por el incumplimiento de tal obligación, son conformes con la Directiva 2014/59/UE. El art. 9 del Anteproyecto de Ley RR aporta una considerable mejora en esta materia, estableciendo una regulación compatible con la Directiva 2014/59/UE y equilibrada en la protección de los intereses en juego.

Novena.- La doble regulación de la intervención y la sustitución, en la Ley 10/2014, con carácter general, y en la Ley 9/2012, con carácter especial, es incorrecta, pues regula por duplicado la misma realidad. Debe eliminarse la regulación de esta materia de la Ley 10/2014, para realizar su tratamiento completo, conforme a la Directiva 2014/59/UE, en el ámbito de las dificultades que requieren tales medidas, es decir, en la Ley 9/2012 o en la que la sustituya. Desgraciadamente, en esta materia, el Anteproyecto de Ley RR es muy insatisfactorio, pues ha mantenido la doble regulación indicada, por lo que, pese a resolver algunos problemas concretos existentes, mantiene la incorrección de nuestro ordenamiento en aspectos claves de esta materia. Es necesario corregir tanto el planteamiento general como los defectos todavía existentes.

Décima.- Exigir en la actuación temprana, tanto en caso de intervención como en caso de sustitución, que los acuerdos de la junta general sean aprobados por los interventores o los administradores provisionales, vulnera el Derecho Comunitario, que establece que en la actuación temprana se han de respetar los derechos de los propietarios de la entidad, dejando para la fase de

resolución, más grave, la posibilidad de dejar de lado la voluntad de los propietarios. El Anteproyecto de Ley RR mantiene esta vulneración del Derecho Comunitario, que debe corregirse.

Undécima.- El término sustitución, referido al órgano de administración de la entidad, es polisémico, por lo que hay que tener cuidado con el contenido que se le atribuye en cada caso. El significado consistente en que los componentes del órgano de administración son sustituidos por los administradores provisionales, que se aplica en nuestro ordenamiento a la actuación temprana (arts. 9 e) y 10 de la Ley 9/2012 y 70-76 de la Ley 10/2014), no es compatible, en tal ámbito de la actuación temprana, con lo establecido en el art. 29 de la Directiva 2014/59/UE, que se refiere a la sustitución en el ejercicio de las facultades (todas o algunas) del órgano de administración de la entidad, que se mantiene diferenciado del administrador provisional. El Anteproyecto de Ley RR mantiene esta vulneración del Derecho Comunitario, que debe corregirse.

Duodécima.- El art. 9 b) de la Ley 9/2012 no parece recoger suficientemente bien la gradación de supuestos establecida en los arts. 27.1 d) y 28 de la Directiva 2014/59/UE en relación con las medidas de actuación temprana que afectan a la composición del órgano de administración de la entidad, sin necesidad de llegar a la intervención o a la sustitución. El apartado d) del art. 9.2 del Anteproyecto de Ley RR corrige correctamente lo dispuesto en el art. 9 b) de la Ley 9/2012, pero no consigue, ni siquiera si lo combinamos con el apartado j) del mismo art. 9.2 y con el art. 10, recoger suficientemente bien la gradación de supuestos establecida en la Directiva 2014/59/UE.

Decimotercera.- En la actuación temprana, la limitación de la duración máxima del cargo de administrador provisional a un año (renovable) no sólo se establece para la sustitución, sino también para la intervención (art. 29.7 de la Directiva 2014/59/UE), por lo que el art. 10 de la Ley 9/2012, en relación con los arts. 70-76 de la Ley 10/2014, debe corregirse. También hay que corregir el art. 22 de la Ley 9/2012, confuso en cuanto a la duración máxima posible de la sustitución en el ámbito de la resolución. En la actuación temprana, el art. 10 del Anteproyecto de Ley RR ha extendido a la intervención el plazo de

un año de duración que antes sólo se establecía para la sustitución, pero su número 2 incurre en la imprecisión de no dejar claro que, sin perjuicio de su carácter renovable, se trata de un plazo de duración máximo. El Anteproyecto de Ley RR ha corregido, en su art. 22.4, lo relativo a la duración máxima posible de la sustitución en el ámbito de la resolución.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ALONSO LEDESMA, C., “La resolución de entidades de crédito”, en *La reforma bancaria en la Unión Europea y España. El modelo de regulación surgido de la crisis*, coordinado por Tejedor Bielsa, J. C., y Fernández Torres, I., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 341-375.

CARRILLO DONAIRE, J. A., “Intervención de entidades de crédito en crisis: alcance y límites”, en *Sistema Bancario*, dirigido por S. Muñoz Machado y J. M. Vega Serrano, en *Derecho de la regulación*, X, Iustel, Madrid, 2013, págs. 781-825.

GARCÍA VILLAVERDE, R., “Instituciones concursales y paraconcursoales: El ámbito de una reforma”, en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, monográfico nº 8 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1985, págs. 189-209.

FERNÁNDEZ TORRES, I., “La reestructuración de las entidades de crédito”, en *La reforma bancaria en la Unión Europea y España. El modelo de regulación surgido de la crisis*, coordinado por Tejedor Bielsa, J. C., y Fernández Torres, I., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 301-340.

FREIRE COSTAS, R. M^a., “Propuesta de Directiva por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de las entidades de crédito y las empresas de inversión”, *RdS*, 40, 2013, págs. 637-640.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “La intervención temprana de las entidades de crédito”, en *La reforma bancaria en la Unión Europea y España. El modelo de regulación surgido de la crisis*, coordinado por Tejedor Bielsa, J. C., y

Fernández Torres, I., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 147-176.

MARTÍNEZ CANELLAS, A., “La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, en *RdS*, 40, 2013, págs. 489-517.

RODRÍGUEZ PELLITERO, J., “Resolución de crisis bancarias”, en *Sistema Bancario*, dirigido por S. Muñoz Machado y J. M. Vega Serrano, en *Derecho de la regulación*, X, Iustel, Madrid, 2013, págs. 827-897.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Aspectos jurídicos fundamentales de la reforma del sistema financiero”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LIII, págs. 461-492.

VÁZQUEZ LEPINETTE, T., “La Ley 9/2012, de reestructuración y resolución de las entidades de crédito como Derecho de excepción”, en *Anuario de Derecho Concursal*, 30, septiembre-diciembre 2013, págs. 181-194.

VICENT CHULIÁ, F., “La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y la sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria”, en *RDCP*, 18, 2013, págs. 23-49.