C/M/S/ Albiñana & Suárez de Lezo

Your World First

ALERTA BANCARIO Y FINANCIERO

Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión

Junio 2015

Hoy se publica en el BOE la Ley 11/2015, de 18 de junio, de Recuperación y Resolución de Entidades de Crédito y Empresas de Servicios de Inversión, con la que España se adapta a la normativa europea en lo relativo a la Unión Bancaria. Incorpora las observaciones del Consejo de Estado y para su tramitación parlamentaria se ha solicitado el procedimiento de urgencia.

Ver texto Ley 11/2015

Entra en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE

La Unión Bancaria presenta dos pilares fundamentales: por un lado, el Mecanismo Único de Supervisión (MUS) y por otro lado, el Mecanismo Único de Resolución (MUR), instituido por la Junta Única de Resolución (JUR) y el Fondo Único de Resolución (JUR).

---

1. Marco normativo

La Ley tiene como objeto trasponer 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* por la que se establece un marco para la reestructuración y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (la "Directiva de Recuperación y Resolución") y derogar la Ley 9/2012, de 14 de Noviembre, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito (la "*Ley 9/2012*"), así como recoger las menciones necesarias para acomodar el *Reglamento (UE) No 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014 por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010 (El "Reglamento MUR").*

La Directiva de Recuperación y Resolución establece las reglas del nuevo sistema de recuperación y de resolución para los 28 Estados Miembros de la Unión Europea y es de necesaria trasposición a cada una de las jurisdicciones nacionales.

El Reglamento MUR, de directa aplicación, se destina únicamente a las entidades de crédito cuyo supervisor de origen es el Banco Central Europeo (BCE) en aquellos estados miembros cuya moneda sea el euro o en aquellos cuya moneda no sea el euro pero han establecido una cooperación estrecha de conformidad con el artículo 7 del Reglamento. El ámbito de aplicación Reglamento está vinculado al ámbito de aplicación del Reglamento (UE) nº

1024/2013 que previene el régimen jurídico del MUS.

Así se logra que, por una parte, las entidades de crédito de los Estados miembros que no pertenecen al MUS estén sujetos a reglas de supervisión, resolución y respaldo financiero armonizados a escala nacional y, por otra parte, las entidades de crédito de los Estados miembros participantes en el MUS estén sujetos a los mecanismos de supervisión de la Unión y a los elementos nacionales de resolución y respaldo financiero.

---

2. Autoridades intervinientes en el nuevo marco de resolución europeo

Las competencias de supervisión en el marco del Mecanismo Único de Supervisión corresponden al Banco Central Europeo y las de resolución, en el Mecanismo Único de Resolución, corresponden a la Junta Única de Resolución. Dichas competencias se ejercerán de forma distinta según las entidades de que se trate.

La responsabilidad de supervisión del Banco Central Europeo alcanza no sólo a las entidades o grupos significativos sino también a las entidades o grupos no significativos. En lo que respecta a los primeros, dicha supervisión se realizará de forma directa mientras que respecto a la de no significativos se llevará a cabo de forma indirecta a través de la autoridad nacional competente.

La Junta Única de Resolución, será directamente responsable de los planes de resolución así como de la propia resolución de las entidades supervisadas directamente por el Banco Central Europeo (entidades o grupos significativos) y grupos transfronterizos, mientras que las autoridades de resolución nacionales serán directamente responsables del resto de las entidades salvo que la resolución de una entidad haga necesaria la utilización del Fondo Único de Resolución, en cuyo caso será la Junta la que adopte dicho instrumento de resolución.

En nuestra jurisdicción, la Ley hace uso del artículo 3.1 de la Directiva de Recuperación y Resolución que previene la posibilidad de designar varias autoridades de resolución de la siguiente forma: el FROB será la autoridad de resolución ejecutiva que adoptará el conjunto de procedimientos y medidas para gestionar la resolución de una entidad, mientras el Banco de España, como autoridad de resolución preventiva que la planificación de la reestructuración y de la resolución corresponderá previo informe del FROB. El Banco de España será asimismo la autoridad competente respecto de la fase de recuperación y actuación temprana.

En este sentido, el Banco de España deberá adoptar las medidas necesarias para que su estructura organizativa garantice la independencia operativa y se eviten conflictos de intereses entre las funciones de supervisión, por un lado, y de recuperación y resolución preventiva, por otro.

La Ley atribuye al FROB la competencia de administrar el Fondo de Resolución Nacional y será el encargado de recaudar las contribuciones de las entidades.

Por último, se regulan los Colegios de Autoridades de Resolución, en el seno de los cuales deberán adoptarse las decisiones las distintas autoridades de resolución que correspondan a los grupos transfronterizos.

---

3. Fases: Planificación, recuperación, resolución

La interacción entre las distintas autoridades intervinientes en la resolución de las entidades de crédito se puede resumir sucintamente de la siguiente forma:

(i) Resolución de una entidad o grupo (no significativa) cuya supervisión directa corresponda al Banco de España:

La autoridad de resolución será el Banco de España (en la fase de planificación) el FROB (en la fase de ejecución).

(ii) Resolución de una entidad o grupo su supervisión directa corresponda al Banco Central Europeo:

La autoridad de resolución será la Junta Única de Resolución.

(iii) Resolución de un grupo transfronterizo:

La Junta Única de Resolución en el seno del Colegio de Autoridades de Resolución adoptará las decisiones correspondientes si alguna de las entidades del grupo no pertenecen al MUR.

En adelante, la referencia a la "autoridad de resolución" se ha de leer conforme al esquema anterior.

No obstante, durante el presente año 2015, La Junta única de Resolución sólo tendrá competencias de planificación de la "*resolubilidad*" y no será hasta el 1 de enero de 2016 que esté legitimada para desplegar todos sus poderes.

---

4. La recapitalización interna ("*Bail in*")

La determinación del momento de inviabilidad o de no viabilidad inminente ha de servir en sí misma como garante de la protección debida al procedimiento, al interés general y al particular de los accionistas y acreedores que van a asumir las pérdidas y la recapitalización de la entidad.

La Ley 9/2012 ya adelantaba el fundamento esencial y el razonamiento de la Directiva de Recuperación y Resolución así que no merece la pena extenderse más respecto de los supuestos de hecho de la actuación temprana o el momento de la inviabilidad o no viabilidad inminente.

El nuevo paradigma de la resolución se llama recapitalización interna o bail-in. Este instrumento no resulta del todo desconocido para nuestro ordenamiento. Al amparo del Memorando de Entendimiento sobre Condiciones de Política Sectorial Financiera firmado el 20 de julio de 2012 firmado entre el Reino de España y las autoridades europeas y de la Ley 9/2012 se han llevado a cabo mecanismos voluntarios y obligatorios de gestión de instrumentos híbridos de capital.

Ahora bien, lo que sí que resulta novedoso de la Ley respecto de la Ley 9/2012 es la obligación de aplicar este instrumento a todos los pasivos y no únicamente a los subordinados, estableciendo un exhaustivo orden de absorción de pérdidas y la preferencia concursal y paraconcursal de los depósitos cubiertos.

La recapitalización interna constituye una forma de reorganización en la que se desmenuza el pasivo y el capital de una entidad para llegar a la forma patrimonial más básica en un tiempo record. Este instrumento debería permitir que al día siguiente se disponga de una entidad capitalizada antes de que los pasivos financieros hayan desaparecido. Es decir, con el *bail-in* se ha de recapitalizar una entidad en un grado tal que le permita de nuevo responder a las condiciones a que está supeditada su autorización y lograrse al mismo tiempo la suficiente confianza del mercado en dicha entidad.

Ahora bien, el *bail-in* ha de abordarse mucho antes de que vaya a realizarse. La Ley recoge estos elementos de anticipación sine que non para una recuperación o resolución eficaz:

4.1. Planificación ex ante de la reestructuración y la resolución para todas las entidades, sanas o no sanas y durante toda su existencia.

Se dota para ello a las autoridades de solvencia y a las autoridades de resolución, respectivamente, de competencias para eliminar los obstáculos para que la entidad se pueda reestructurar o resolver, tanto a nivel de grupo como a nivel individual. Las entidades deberán ir actualizando su testamento vital mientras que están viviendo. El reto radica, pues, en lograr un equilibrio entre las necesidades de las autoridades que tienen que resolver y el de las entidades que tienen que poder vivir.

En consecuencia, a los requisitos de solvencia, liquidez, gobierno corporativo y marco de actuación relativo al riesgo se les añade una nueva exigencia para las entidades: la "*resolubilidad*".

La planificación de la "resolubilidad" adquiere una relevancia inusitada. Las entidades deberán prepararse para morir bien, mientras que estén vivas y sanas, sin que por ello dejen de estarlo. Todo un reto.

4.2. Exigencia de unos requisitos mínimos de absorción de pérdidas.

Las entidades deberán mantener en todo momento un importe agregado suficiente de fondos propios y de pasivos con determinadas características, expresado porcentualmente con respecto al pasivo total de la entidad que no se consideren fondos propios. Se trata de garantizar que en caso de dificultades haya un "colchón" suficiente entre el capital y los depósitos garantizados que pueda servir para recapitalizar la entidad desde dentro sin que los contribuyentes se vean afectados ni los depositantes comprometidos.

En este sentido existen dos modelos fundamentales para las entidades europeas: uno acuñado por el *Financial Stability Boar*d, (FSB) conocido por sus siglas GLAC *(Gone-corcern loss-absorbing capacity)* concebida como exigencia para las entidades consideradas de "importancia sistémica mundial" y el otro acuñado por la Directiva de Recuperación y Resolución y que reproduce la Ley, exigible a todas las entidades y denominado por sus siglas en inglés, MREL (*Minimum Requirements for Eligible Liabilities/ Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities*), esto es, el Requisito Mínimo de Fondos Propios y Pasivos Exigibles.

Para determinar el MREL se han de tener en cuenta, al menos, las siguientes consideraciones: (i) que el importe sea adecuado para encontrar el equilibrio entre eficiencia y estabilidad financiera, siendo el requisito establecido caso por caso en función del tamaño, modelo de negocio, modelo de financiación y el perfil de riesgo de cada entidad; (ii) que el denominador para calcular el requisito mínimo esté constituido por el montante total de pasivos y no por el total de activos ponderados por riesgo; (iii) que la naturaleza de los pasivos que absorban las pérdidas sea lo más amplia posible capturando en todo caso los instrumentos de capital y subordinados pero también pasivos no garantizados a largo plazo para evitar que el capital cubra los requerimiento mínimos de solvencia pero en el punto de inviabilidad no queden suficientes.

Emitir el MREL tendrá un precio, pero no tenerlo también implicará un coste aún más elevado. Estos parámetros constituyen ya un requisito adicional y complementario a los requisitos de capital, liquidez y apalancamiento que deberán ser tenidos en cuenta de forma relevante y constante.

4.3. Existencia de reglas de valoración de la entidad y de sus activos y pasivos que soporte las decisiones de conversión y quita que adopte la autoridad de resolución.

Se ha de llevar a cabo el cálculo del valor económico de la entidad por expertos independientes conforme a unos procedimientos y reglas aprobados ex ante. La valoración económica de la entidad se sustenta en las proyecciones contenidas en un plan de resolución y no en sus valores contables históricos. Ésta sirve de base para la distribución del capital de los nuevos accionistas que habrán perdido la mayoría de ellos su condición de bonistas y habrán asumido mediante la quita previa a la conversión parte de las pérdidas habidas conforme a un orden de prelación establecido con antelación en la normativa aplicable siguiendo los principios de la legislación de insolvencia ordinaria.

Una de las novedades consiste en que deberá existir una valoración *ex ante*, pero otra *ex post* para calibrar el efecto que los resultados de la aplicación del instrumento de resolución correspondiente ha tenido sobre los afectados.

Otra de las novedades consiste en que con la regulación sobre solvencia y requerimientos de capital regulatorio y las nuevas reglas de resolución, los pasivos subordinados deben proteger a los pasivos preferentes, privilegiando en todo caso a los depósitos garantizados.

4.4. Orden de absorción de pérdidas

La Ley viene a establecer la obligación de llevar a cabo en todo caso la recapitalización interna sobre todos los pasivos de la entidad, salvo los pasivos excluidos de conformidad con la propia Directiva y los que la autoridad de resolución decida excluir en virtud de la discrecionalidad otorgada por dicha normativa en las condiciones por ésta previstas. La autoridad de resolución aplicará esta herramienta incluso antes de adoptar cualquiera otra medida de resolución o de ejercitar cualesquiera otros instrumentos.

Una de las decisiones de política legislativa que más tiempo ha consumido se refiere al orden de prelación en la asunción de pérdidas. Mientras que en ningún momento se dudaba de que los accionistas debían ser los primeros en sufrirlas, y que los siguientes debían ser los acreedores subordinados como ya adelantaba la Ley 9/2012, las dificultades de decisión se manifestaron al valorarse la posición de los pasivos ordinarios y no garantizados (en inglés, *senior unsecured*), entre los que se encontraban los depósitos.

Finalmente la solución está clara:

- en primer lugar los depósitos cubiertos se calificarán como créditos privilegiados;
- en segundo lugar, se cubrirá el importe de la recapitalización necesitado, amortizando o reduciendo el nominal de las acciones, instrumentos de capital, o pasivos admisibles según la siguiente secuencia: 1º) Los elementos del capital ordinario de nivel 1; 2º) El importe principal de los instrumentos de capital adicional de nivel 1; 3º) El importe principal de los instrumentos de capital de nivel 2; 4º) El importe principal de la deuda subordinada que no es capital adicional de nivel 1 o 2; 5º) El importe principal o el importe pendiente de los pasivos incluyendo los depósitos garantizados que tendrán protección máxima para el depositante (hasta cien mil euros) puesto que aun pudiendo sufragar el coste éste será asumido por el correspondiente sistema de garantía de depósitos.
- Por último, la autoridad de resolución podría excluir total o parcialmente ciertos pasivos de las competencias de amortización o conversión. No obstante, el uso de dicha facultad ha de ser excepcional. La excepcionalidad ha de poderse justificar en la concurrencia de determinadas circunstancias, entre ellas, que no sea posible recapitalizar dicho pasivo dentro de un plazo razonable y que dicha exclusión sea estrictamente necesaria y proporcionada respecto de la consecución de la continuidad de las funciones esenciales además que se evite un contagio extendido, en particular respecto de los depósitos admisibles en poder de personas físicas, microempresas y pequeñas y medianas empresas, que perturbe gravemente el funcionamiento de los mercados financieros, incluidas sus infraestructuras, de modo tal que pudiera causarse un trastorno grave a la economía de un Estado miembro o a la de la Unión.

- Ahora bien, en el caso de que se haga uso de la facultad de exclusión, si las pérdidas que podrían haber sufrido tales pasivos no se repercutieran plenamente en otros acreedores ("*Burden shift*"), la autoridad de resolución podrá recurrir al Fondo único de Resolución para que éste realice una contribución a la entidad objeto de resolución.

A pesar de que dicho fondo se financiará con las aportaciones de las propias entidades, el consenso europeo ha determinado que su uso sea considerado ayuda de estado y que en consecuencia deba estar sujeto a las reglas europeas de competencia.

Es importante advertir que su utilización está condicionada a que, en todo caso, se haya producido una contribución a la absorción de pérdidas y recapitalización interna por un importe equivalente a no menos del 8 % del total del pasivo, incluyendo los fondos propios de la entidad determinados en el momento de la resolución según la valoración económica obtenida y a que la contribución del mecanismo de financiación de la resolución no exceda del 5 % de dichos pasivos totales, incluidos los fondos propios, de la entidad.

4.5. Reconocimiento Mutuo

Queda por mencionar un último apunte respecto del instrumento de recapitalización interna que puede ser clave para su efectividad en la práctica, y es el relativo al reconocimiento de esta herramienta y de las competencias de la autoridad de resolución necesarias para llevarla a cabo por terceros países. Las medidas de resolución son Leyes de Policía en relación con el Reglamento (CE) N.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (ROMA I). No obstante, se han puesto de manifiesto las dificultades de tal reconocimiento.

Dentro de la Unión Europea se prevé el reconocimiento automático entre los Estados Miembros de la Unión. Cuando un pasivo esté regulado por la normativa de un tercer país, la autoridad de resolución podrá exigir a la entidad que demuestre que toda decisión de amortizar o convertir dicho activo sería efectiva con arreglo a la normativa de dicho tercer país. Si la autoridad de resolución albergara dudas sobre su admisibilidad, dicho pasivo no será computado para el MREL.

4.6. Otros instrumentos

La distribución de capital constituye el final del proceso legal de recapitalización interna, se habrá conseguido una entidad con un balance saneado, pero puede que aún no pueda estabilizar el negocio bancario o ni siquiera hacerlo viable. La entidad ha de recuperar su negocio, su actividad, su margen de intermediación financiera. Así pues el "*bail in*" no es final de la resolución. Para ello, la Ley pone a disposición de la autoridad de resolución otras herramientas e instrumentos, como la segregación de activos y pasivos, la venta de negocio incluida la transmisión de las acciones sin consentimiento de terceros o de los propios titulares, la creación de una entidad o sociedad puente o la constitución de sociedades de gestión de activos. La Ley 9/2012 ya conoce de ellos, se han utilizado ya y no difieren las previsiones de ésta respecto de las respectivas la Ley.

Por último, en cuanto a la capacidad de la autoridad de resolución de declarar la suspensión de las cláusulas de resolución anticipada y de resolución por incumplimiento cruzado de cualquier contrato del que la entidad en resolución sea parte y en especial de ejecución de las denominadas garantías financieras la Ley viene a despejar algunas dudas de interpretación de la literalidad del texto de la Ley 9/2012 y que son bienvenidas respecto de las facultades de suspensión temporal de las cláusulas de vencimiento anticipado y de ejecución de garantías, en especial en lo que se refiere a los contratos y operaciones de derivados en aras a la seguridad jurídica.

Con esta Ley, se termina de incorporar en España el nuevo marco regulatorio de las entidades de crédito y empresas de servicio de inversión, tanto en su aspectos prudenciales de solvencia y requisitos de liquidez, como de planificación de la recuperación y resolución. Anglicismos como "resolubilidad", MREL, pasivos "*bailinables*" formarán ya parte de nuestra jerga regulatorio y lo que es más, de las estrategias estructurales y de negocio de las propias entidades.

Si está interesado en obtener información adicional sobre el contenido de esta Alerta puede ponerse en contacto con:

Bancario y Financiero

María Guinot - maria.guinot@cms-asl.com
Curra Munuera - curra.munuera@cms-asl.com

Los comentarios expuestos contienen información de carácter general sin que constituya opinión profesional o asesoramiento jurídico.

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, Paseo de Recoletos, 7-9, 28004 - Madrid, España
T +34 91 451 93 00, www.cms-asl.com