

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (32) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL FROB: ¿QUÉ IMPORTANCIA TIENE QUE SEA UN ENTE DE DERECHO PÚBLICO Y CÓMO SE DISTRIBUYE SU SUMISIÓN AL DERECHO PÚBLICO Y AL PRIVADO?

Carlos Vázquez Cobos

Abogado, socio coordinador del área de público de Gómez-Acebo & Pombo

Blanca Lozano Cutanda

*Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

El Real Decreto Ley 24/2012, de 31 de agosto (BOE de 31 de agosto) ha instaurado un nuevo régimen de gestión de las crisis bancarias en tres fases: actuación temprana, reestructuración, y resolución de la entidad. Esta última fase constituye una novedad que anticipa las previsiones de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea en junio para armonizar los procedimientos de gestión de las crisis de entidades de crédito¹, y está destinada a aplicarse en aquellos casos en los que la entidad sea inviable y se considere necesario evitar su liquidación concursal por razones de interés público (v.gr., porque su quiebra podría trastornar la estabilidad financiera, la continuidad de sus funciones esenciales o la seguridad de sus depósitos). Se trata, por tanto, de establecer una alternativa a los procedimientos regulares de insolvencia que permita reorganizar o liquidar la entidad

bancaria de forma ordenada, manteniendo al mismo tiempo sus funciones esenciales y limitando al máximo la exposición de los contribuyentes a pérdidas por insolvencia.

La crisis financiera que comenzó en 2008, y que por lo que a nuestro país respecta se ha recrudecido en este año, ha puesto de manifiesto la inadecuación e insuficiencia de los instrumentos jurídicos ordinarios para hacer frente de manera eficaz a los problemas de solidez o peligro de quiebra de las entidades bancarias y ha obligado a rescatar entidades de crédito con fondos públicos para evitar un daño sistémico.

Por ello, en este nuevo marco jurídico para la gestión de las crisis bancarias se invierte a las autoridades públicas con todas las competencias y los poderes que se consideran

1 Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión, y por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE y 82/891/CE del Consejo, las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE y 2011/35/CE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010. COM/2012/0280 final. Puede consultarse en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0280:FIN:ES:PDF>

necesarios para responder con celeridad y eficacia a las situaciones de riesgo o de crisis de las entidades bancarias, como son, entre otros: la posibilidad de remoción de los administradores; la venta de todas o parte de sus actividades; la transmisión de activos o pasivos a un banco puente; o la segregación de los activos sanos y tóxicos y la transmisión de estos últimos a una sociedad de gestión de activos (el "banco malo"). Se trata de poderes excepcionales, que permiten hacerse con el control de la entidad de crédito en crisis y adoptar de forma inmediata todas las medidas necesarias. No en vano la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley advierte de que se trata de crear "un marco robusto y eficaz de gestión de crisis bancarias".

Para la aplicación de este nuevo régimen de gestión de las crisis bancarias, el Real Decreto Ley rediseña el esquema competencial preexistente, pues aunque el Banco de España sigue actuando como autoridad supervisora y ostentando las competencias decisorias, correspondiéndole las actuaciones de la actuación temprana y la aprobación de los planes de reestructuración y de la apertura del proceso de resolución, el Fondo de Reestructuración Bancaria Ordenada (FROB), se convierte en la autoridad de resolución a la que alude la propuesta de Directiva.

El FROB, que fue creado por el Real Decreto-Ley 9/2009, comparte con el Banco de España las decisiones atinentes al plan de reestructuración y asume un poder absoluto de intervención de las entidades cuando se trata de acometer su resolución. Una vez que se acuerda la resolución de una entidad, el FROB pasa directamente a convertirse en su administrador, designando a las personas, físicas o jurídicas, que actuarán en su nombre. El

FROB diseña el plan de resolución de la entidad y lo somete a la aprobación del Banco de España pero, una vez aprobado, le compete adoptar todas las decisiones para su ejecución, pudiendo acordar y ejecutar cualquiera de los múltiples instrumentos previstos por el Real Decreto Ley.

* * *

El nuevo FROB se configura, para el ejercicio de los formidables poderes de intervención que estos instrumentos llevan aparejados, como una "entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada para el desarrollo de sus fines, que se regirá con arreglo a lo establecido en este real decreto-ley". Así, a diferencia de la regulación anterior, que no definía este punto, el Real Decreto Ley califica expresamente al FROB de "entidad de Derecho público", con lo que se reconoce implícitamente su consideración como Administración Pública institucional ².

La naturaleza pública de la autoridad de resolución está expresamente contemplada en la Propuesta de Directiva, cuyo artículo 3.2 dispone que "las autoridades de resolución serán autoridades administrativas públicas", pudiendo reconocerse como tales a las autoridades de supervisión, siempre que se separen adecuadamente las funciones de resolución y las de supervisión, a fin de evitar conflictos de intereses, o bien a otra autoridad distinta.

Según la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva, la atribución a autoridades administrativas públicas de las funciones y tareas relacionadas con la resolución se justifica por la necesidad de garantizar "la celeridad necesaria en la intervención, asegurar

² Conviene recordar que conforme al artículo 2.2 de la Ley 30/1992, "las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación".

la independencia de los agentes económicos y evitar conflictos de intereses". Dicho de otra manera, es importante y necesario que se trate de autoridades administrativas para que puedan actuar con toda la contundencia y rapidez (léase ejecutoriedad) que les confieren, en todos los Estados Miembros, sus prerrogativas de poder público.

En nuestro país, heredero de la doctrina francesa de la *puissance publique*, el ejercicio de potestades o prerrogativas públicas exorbitantes del Derecho común define el ámbito de actuación que necesariamente ha de someterse a normas de derecho público y que queda reservado, por ello, a las personificaciones jurídico-públicas³. Este es también, dicho sea incidentalmente, uno de los criterios fundamentales que permite al TJUE delimitar aquellas actividades de los entes públicos que no constituyen funciones económicas o mercantiles a efectos de la aplicación de las reglas de la libre competencia (*vid.*, como *leading case*, la *Sentencia Reyners*, de 21 de junio de 1974).

Las decisiones del FROB dotadas de una veste pública son todas aquellas, pero sólo aquellas, necesarias para imponer medidas ejecutivas de resolución a las entidades bancarias en crisis y a sus accionistas y acreedores, cuyos derechos también pueden verse afectados por los instrumentos de resolución (v.gr., el derecho de propiedad de los accionistas puede verse afectado cuando se venden acciones o activos de una entidad en crisis sin su consentimiento, y las decisiones sobre qué pasivos se transfieren para garantizar la continuidad de los servicios podría implicar un trato desigual de los acreedores).

En cambio, el FROB ejercerá facultades mercantiles y actuará sometido al derecho privado cuando se convierta en administrador de una entidad bancaria en crisis y ejerza, en cuanto tal, las facultades que la legislación mercantil le confiere, o cuando suscriba valores o instrumentos financieros para apoyar financieramente a las entidades. También podrá asumir las facultades que el derecho mercantil confiere a la junta o asamblea general y que resulten necesarias para la reestructuración o resolución de la entidad en aquellos casos en que la junta o asamblea obstaculice o rechace la adopción de estas medidas.

Por otro lado, y junto a la regulación de estas facultades específicas y de carácter extraordinario, el Real Decreto Ley, con el objetivo de otorgar al FROB mayor agilidad a su gestión, dispone que "estará sometido al ordenamiento jurídico-privado, salvo que actúe en el ejercicio de las potestades administrativas conferidas por este real decreto-ley u otras normas con rango de ley". Se le aplica así la fórmula propia de las entidades públicas empresariales del Capítulo III del Título III de la LOFAGE, en cuanto se trata de un ente de derecho público que se rige con carácter general por el derecho privado, pero el Real Decreto Ley establece expresamente que no se le aplicarán al FROB las disposiciones de la LOFAGE (art.50.4).

La excepcionalidad del régimen jurídico del FROB no se queda aquí, pues tampoco resultan de aplicación a dicha entidad las normas generales que regulan el régimen presupuestario, económico-financiero, contable y de control de los organismos públicos (las cuentas del FROB no se integran en los

³ Así resulta de lo dispuesto en nuestras leyes (artículos 2.2 y 15 de la Ley 30/1992, artículo 53.2 de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, artículo 46.1 de la Ley de Fundaciones, y diversas leyes rectoras de Administraciones institucionales o independientes), y así lo ha corroborado la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, que ha utilizado el criterio de "las funciones típicas de la soberanía del Estado, revestidas por ello de *imperium*" a la hora de dilucidar la jurisdicción competente para conocer de determinadas materias fronterizas (como era el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración antes de la unificación de las reglas de la competencia).

Presupuestos Generales del Estado), salvo que, por el hecho de recibir "dotaciones con cargo a fondos públicos", queda sometido al control permanente de la Intervención General de la Administración General del Estado y a la fiscalización externa de toda su gestión por el Tribunal de Cuentas.

Al tratarse de una entidad pública, el Real Decreto Ley exige al FROB respetar los principios de mérito, capacidad y publicidad para contratar a su personal, y de publicidad y concurrencia en la contratación con terceros de "cualesquiera actividades de carácter material, técnico o instrumental que resulten necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones". En este último caso se permite, no obstante, que se prescinda de la aplicación de estos principios "en casos excepcionales y urgentes".

Si ponemos en relación esta ambigua regulación del régimen de contratación del FROB con la previsión contenida en la Disposición adicional decimosegunda -que le permite "aplicar la tramitación de emergencia, regulada en el artículo 114 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, para la contratación de los servicios que resulten necesarios para garantizar la eficacia de las medidas adoptadas en los procesos de reestructuración y resolución de las entidades de crédito"-, surge la duda de si el Real Decreto Ley está o no excluyendo a dicha entidad del ámbito de aplicación de la citada Ley. Se trata de una ambigüedad posiblemente intencionada y explicable por el hecho de que la libertad del legislador para introducir un régimen excepcional en esta materia no sea plena, pues, en aquellos aspectos regidos por el derecho de la Unión Europea, las únicas excepciones permitidas a los principios que rigen la contratación pública son las expresamente previstas en la legislación comunitaria.

* * *

De esta forma, el FROB se constituye como una nueva entidad "atípica o apátrida", en expresión

de Ramón Parada, que se sustrae a las reglas generales aplicables a la Administración institucional para regirse por su normativa específica (el Real Decreto Ley y las normas a las que se remite o que se dicten en su desarrollo). Pero, en una nueva vuelta de tuerca a la singularidad de su régimen jurídico, la huida del régimen general de cualquier entidad pública no se justifica, como ha pretendido establecer con vocación general la disposición adicional primera de esta Ley, por el reconocimiento de "la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado".

El FROB no es, en efecto, en contra de alguna afirmación leída en la prensa, una "nueva Administración independiente". Se trata, por el contrario, de un auténtico brazo ejecutor del Gobierno, pues en su Comisión Rectora ostentan la mayoría miembros natos que son altos cargos de órganos con competencias económicas y financieras de la Administración Central, y el Director General -figura de nueva creación a quien compete el ejercicio de las competencias ejecutivas, de dirección y de gestión ordinaria- es nombrado por el Consejo de Ministros (a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad y previa consulta al Gobernador del Banco de España), sin limitaciones para su cese.

Este carácter "gubernamental" de la autoridad de resolución viene exigido por la trascendencia de las medidas adoptadas en la economía del país y por la necesidad, en muchos casos, de proveer fondos públicos. La Propuesta de Directiva postula también esta configuración, disponiendo que cuando la autoridad de resolución "no sea el ministerio competente de un Estado miembro, toda decisión de la autoridad designada conforme a la presente Directiva se adoptará en consulta con el ministerio competente". Como explica en sus considerandos, "a la luz de las consecuencias que la quiebra de una entidad de crédito o una empresa de inversión puede tener en el sistema financiero y en la economía de un Estado miembro, así como de la posible

necesidad de usar fondos públicos para resolver una crisis, los ministros de finanzas o cualquier otro ministro relevante en los Estados miembros deben participar activamente, desde un primer momento, en el proceso de gestión y de resolución de la crisis”.

Por dicha razón cobra especial importancia, sin perjuicio del respeto del deber de secreto sancionado en el artículo 57, la transparencia que debe presidir la actuación del FROB. Como medida para garantizar esta transparencia, el Real Decreto Ley contempla una comparecencia trimestral, al margen de las que puntualmente pudieran establecerse, del Presidente de la Comisión Rectora ante la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados, para informar sobre la evolución de las actividades desarrolladas y sobre los elementos fundamentales de su actuación económico-financiera.

Esta necesaria transparencia en la actuación del FROB, justificada por la enorme amplitud de los poderes otorgados a dicha entidad y su excepcional régimen jurídico, exigiría que el informe que trimestralmente debe elevar la Comisión Rectora del FROB a la Administración General del Estado y que debe ser trasladado al Congreso de los Diputados, fuera de general y público conocimiento, hecho que lamentablemente, hasta la fecha actual, no ha sucedido.

El carácter público del FROB se refuerza igualmente con la desvinculación del FROB respecto al Fondo de Garantía de Depósitos e, indirectamente, de las Entidades de crédito. Por dicha razón, el Real Decreto Ley establece que el FROB se financiará con las dotaciones que se realicen con cargo de los Presupuestos Generales del Estado, desapareciendo la referencia anterior a la dotación del Fondo de Garantía de Depósitos, sin perjuicio de que, adicionalmente, pueda captar financiación ajena para el cumplimiento de

sus fines, ya sea en términos de emisiones de valores de renta fija o de cualquier otra operación de endeudamiento, si bien con el límite máximo que anualmente se establezca en los Presupuestos Generales del Estado.

Esta regulación de la financiación del FROB se completa con las previsiones de la disposición adicional sexta sobre el régimen jurídico del otorgamiento por la Administración General del Estado de avales en garantía de las obligaciones exigibles a dicha entidad como consecuencia de sus operaciones de endeudamiento. De este régimen jurídico cabe destacar que, en caso de que se ejecute el aval, se reconoce a favor de los titulares legítimos de valores garantizados la posibilidad de obtener una compensación adicional a la cantidad que deba abonarse en virtud del aval, que será el resultante de aplicar a este pago el interés que se devengue desde el día del vencimiento de la obligación garantizada hasta el pago efectivo por el avalista, con la intención evidente de eliminar toda incertidumbre sobre el cobro de la obligación garantizada y de los intereses por cualquier retraso en el pago de la misma.

En cuanto a la delimitación de los actos del FROB sometidos a derecho público o a derecho privado, si bien en principio pudiera parecer una operación sencilla, dado que el artículo 50.2 del Real Decreto Ley únicamente se somete a derecho público “el ejercicio de las potestades administrativas conferidas por este real decreto-ley u otras normas con rango de ley”, con lo que quedaría sometido al derecho privado todo acto o decisión que la ley no configurase expresamente como facultad administrativa, la complejidad de las actuaciones encomendadas dará lugar ineludiblemente a una zona fronteriza no siempre de fácil delimitación.

La propia regulación del Real Decreto Ley no ayuda a eliminar incertidumbres, pues si bien

la redacción del artículo 62 parecería dar entender que se sigue la técnica del *numerus clausus*, el propio precepto niega que se aplique tal estructura, al considerar facultades administrativas, al margen de las incluidas en dicho artículo, "las restantes previstas en este real decreto-ley". El Real Decreto Ley indica en algún caso cuándo nos encontramos ante un acto administrativo, pero puede haber supuestos en los que tal consideración no se establezca expresamente sino que se derive de la propia naturaleza del acuerdo que adopte el FROB, y ello sin entrar a valorar la singularidad que supone que acuerdos expresamente calificados como "facultades mercantiles", como los previstos en el artículo 61.1.c)⁴, resulten equiparables, en la práctica, a actos dictados al amparo de una potestad pública, al gozar, en los términos establecidos en el artículo 63, del carácter ejecutivo propio de un acto administrativo.

En todo caso, de momento, y hasta que otras normas con rango de ley incidan en la materia, el Real Decreto Ley confiere expresamente al FROB el ejercicio de las potestades administrativas adoptadas para la reestructuración o la resolución de las entidades que aparecen enunciadas en el artículo 62 así como de las decisiones sobre las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada en el caso de las entidades de crédito sometidas a planes de reestructuración o resolución, a las que el su artículo 41 expresamente reconoce el carácter de "acto administrativo".

Todos estos actos administrativos adoptados por el FROB serán "inmediatamente eficaces desde su adopción", sin que esta ejecutoriedad quede, en ningún caso, supeditada a "la aprobación, ratificación, consentimiento, no oposición o cualquier otro trámite o requisitos,

incluyendo la notificación" que vinieren exigiendo las leyes (y a las cuales se condicionaba, por tanto, la eficacia de las decisiones, de acuerdo con la regla general del artículo 57.2 de la Ley 30/1992). Únicamente pueden demorar esta ejecutoriedad sin cortapisas las "obligaciones formales de constancia en escritura pública, inscripción o publicidad que, en su caso, puedan ser exigidas por la normativa vigente".

Interesa señalar que la Propuesta de Directiva va más allá, pues dispone que "la decisión de la autoridad administrativa será ejecutable de forma inmediata y no estará sujeta a ninguna orden de suspensión adoptada por un tribunal". De adoptarse la Directiva en estos términos, su transposición plantearía un serio conflicto constitucional en nuestro país, pues, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, la tutela cautelar forma parte del derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución y es, además, la condición que legitima la ejecutividad administrativa (*vid.*, por todas, la STC 243/2006).

Además de la ejecutoriedad reforzada de sus decisiones, el Real Decreto Ley reconoce al FROB otros privilegios que únicamente se explican por la situación de "emergencia financiera" en que nos encontramos. Pueden destacarse, en este sentido: las facultades del FROB de suspensión de contratos y garantías de la entidad intervenida, reconocidas por el artículo 68, y los privilegios procesales que ostentan las acciones de resolución, que impiden la apertura de cualquier procedimiento concursal de la entidad intervenida y se conceptúan como medidas de saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, excluyéndose de los sistemas de pagos y de liquidación de valores aplicables a los procedimientos de insolvencia.

⁴ El artículo 69.1.c) faculta al FROB ejercer las facultades que corresponden a la junta o asamblea general en los supuestos en que ésta obstaculice la adopción de los acuerdos de reestructuración o resolución, o cuando así resulte preciso por razones de extraordinaria urgencia.

Como contrapeso a estos poderes, el Real Decreto Ley incorpora diversas garantías para proteger los derechos de las entidades y de sus accionistas y acreedores. Entre ellos, pueden destacarse los principios generales de la reestructuración o resolución del artículo 4, que incluyen el derecho los acreedores del mismo rango a ser tratados de manera equivalente (salvo las excepciones previstas en el propio Real Decreto Ley), la asignación de las pérdidas, en caso de resolución, respetando el rango concursal de los créditos, y la garantía de que "ningún acreedor soportará pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad fuera liquidada en el marco de un procedimiento concursal". Por lo que respecta a las entidades en crisis, constituye una garantía de la aplicación proporcionada de las medidas extraordinarias la previsión, contenida en el artículo 5, de que, con carácter previo a la adopción de cualquier medida de reestructuración o de resolución, "el FROB determinará el valor económico de la entidad o de los correspondientes activos y pasivos sobre la base de los informes de valoración encargados a uno o varios expertos independientes".

En cuanto al régimen de impugnación procesal de las decisiones del FROB, el Capítulo IX distingue entre las decisiones y acuerdos adoptados en el ejercicio de facultades mercantiles, que se recurrirán de acuerdo con las normas de impugnación de acuerdos sociales con las especialidades previstas en el

Real Decreto Ley, y las decisiones y los actos adoptados en el ejercicio de facultades administrativas.

Las decisiones y los actos administrativos del FROB, tanto los dictados en el marco de procesos de actuación temprana, reestructuración y resolución como los de gestión de instrumentos híbridos y de deuda subordinada de entidades intervenidas (respecto de los cuales el Real Decreto Ley introduce algunas especialidades en materia de legitimación y de ejecución de Sentencias), son directamente recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (con la posibilidad, que el Real Decreto Ley no excluye, de interponer previamente recurso de reposición ante el propio ente).

Mediante este control de los tribunales podrá enjuiciarse la adecuación de las medidas adoptadas por el FROB, tanto desde la perspectiva de las disposiciones legales que las regulan como de los principios generales del Derecho y, muy especialmente, de los principios de proporcionalidad y no discriminación. Las medidas de reestructuración y de resolución, en cuanto suponen el ejercicio de potestades exorbitantes, deben aparecer siempre justificadas, como se subraya en los considerandos de la Propuesta de Directiva, "por la razón imperiosa de responder a motivos de estabilidad financiera en bien del interés público".