

07 de Agosto de 2017 | 10:27



LEGALTODAY

POR Y PARA ABOGADOS

La banca está en Guantánamo

28 de Julio de 2017

Tengo la impresión de que nadie da por buena la situación provocada por la resolución del Banco Popular. Una pérdida súbita y absoluta, de la noche a la mañana, como la impuesta a accionistas y bonistas es inaceptable, también jurídicamente. Empezaré por tratar sobre esto porque considero que es el núcleo de la cuestión.



Alberto Ruiz Ojeda,
Catedrático (Acr.) de Derecho Administrativo
Socio de Cremades&Calvo-Sotelo, Abogados

Si, como frecuentemente ha sucedido, un pedregal inaccesible se convierte para su propietario, de un día para otro, en una mina de oro por virtud de un papel emitido por el Ayuntamiento en forma de recalificación urbanística u operación asimilada, nos preguntaremos enseguida de qué modo la comunidad en su conjunto va a ser partícipe de semejante incremento de valor vía tributos. Por el mismo razonamiento, pero *a contrario*, **llegamos a la conclusión de que la pérdida repentina y completa de sus derechos de propiedad por los accionistas y bonistas de un banco**, provocada sin participación alguna de los afectados, por la exclusiva decisión de instancias administrativas reguladoras, debe ser compensada con cargo al sistema de ingresos públicos. Estar disconforme con que el Ayuntamiento y los reguladores bancarios puedan hacer lo uno y lo otro es tan legítimo como su contrario pero, si esas son las reglas del juego, deben valer para todos. El argumento de que en el mercado se gana y se pierde y de que, por tanto, **accionistas y bonistas, en esos casos, han de ser tratados en régimen de ajo y agua**, nos llevaría a eximir a los

propietarios de toda contribución al bienestar general en operaciones urbanísticas como la descrita y, en definitiva, a bendecir todo tipo de pelotazos, inmobiliarios y bancarios.

Al espanto de cualquier persona normal frente a la confiscación, o sea, una privación patrimonial sin compensación y sin procedimiento debido, se unirían los graves defectos jurídicos de la resolución misma, pendientes de ser confirmados mediante el estudio detenido de la documentación de soporte, todavía no disponible. También en relación con los motivos de impugnabilidad legal puede hablarse de una percepción generalizada, **como lo demuestra el propio folleto (pleno de advertencias a este respecto)** de la ampliación de capital del Banco de Santander -dirigida a procurar recursos propios adicionales con los que hacer frente a la adquisición de Popular-, y las **recientes declaraciones** de los supervisores bancarios europeos sobre los riesgos de litigiosidad, que obligarán a estrechar la vigilancia sobre la diligencia del adquirente.

Comienzo con la primera objeción jurídica a la resolución del Banco Popular por los reguladores europeos. Por decirlo corto y directo, las instancias de la Unión Europea carecen de competencias, según el Tratado de Funcionamiento (TFUE), para la supervisión, intervención y resolución de bancos. **Martínez López-Muñiz, entre otros, lo puso de manifiesto, hace ya algunos años, en un estudio particularmente riguroso.** En efecto, el Reglamento (UE) 1024/2013, de 15 de octubre, que modificó la estructura organizativa del BCE y del Eurosistema (cuya prolongación es el Reglamento (UE) 806/2014, de 15 de julio, sobre normas y procedimientos uniformes de resolución), es contrario al art. 127.6 TFUE, que no confiere expresamente a la UE (a través del BCE-Eurosistema) facultades distintas de la definición y ejecución de la política monetaria por lo que, en virtud de la llamada regla residual de atribución de competencias a los Estados-miembros, la supervisión, intervención y resolución de bancos solo puede ser decidida por dichos Estados, no por el Mecanismo Único de Supervisión (MUS) y el Mecanismo Único de Resolución (MUR), como se ha hecho en el caso del Banco Popular. A mi entender, no es jurídicamente sostenible que unas competencias tan vigorosas como las que ahora nos ocupan puedan sustentarse **en una supuesta cláusula implícita de apoderamiento a la UE** por una norma de Derecho primario (el TFUE).

Otra de las posibles fallas legales de la resolución de Popular sería el incumplimiento de las normas sobre concentraciones y tomas de control, específicamente para entidades bancarias, establecidas por el Derecho de la UE. Importa destacar que no se trataría solo de la obligación que **incumbe al Banco de Santander de comunicar la adquisición a la DG de Competencia para su aprobación** -con o sin condiciones-, obligación pendiente de cumplimiento en el momento en que se escriben estas líneas, sino del sometimiento de la propia adquisición del Popular a las reglas especiales sobre participaciones significativas (o "cualificadas" en la terminología de la normativa europea) y tomas control de bancos, particularmente cuando la posición activa corresponde, como es el caso, a otro banco. En relación con esto último, me refiero a las previsiones del Reglamento (UE) 575/2013, a la Directiva 2013/36/UE y a la Ley 10/2014 (que incorpora esta última al ordenamiento jurídico español), que imponen la previa y expresa autorización por el BCE -si la entidad controlada tiene la condición de *eurosistémica*, sino no lo es, por el Banco de España- de la toma de posición. A reservas de un conocimiento pormenorizado de las actuaciones llevadas a cabo en el seno del procedimiento de resolución y obrantes en el expediente, **la adjudicación de Popular a Santander podría haber conculcado el citado requisito**, lo cual acarrearía, incluso, la nulidad de las actuaciones de reestructuración, reorganización u operatoria ordinaria del primero, algo que podría tener que ver con las ya mencionadas advertencias de los reguladores europeos.

El informe encargado a expertos independientes por la Junta Única de Resolución (JUR), decisivo soporte de la decisión de resolución adoptada y al que, por el momento, no hemos tenido acceso, podría carecer de la consistencia y del rigor necesarios para justificar la medida. De hecho, tal valoración es provisional, ya que el procedimiento seguido fue el *extraordinario*, es decir, basado en la urgencia provocada por la retirada masiva de depósitos del Popular y la casi simultánea cancelación por el BCE/MUS de la línea especial de liquidez de la que disfrutaba el Banco, justificada por la falta de garantías suficientes para la recuperación por el BCE de la liquidez suministrada. **El dato proporcionado por el FROB (Acuerdo de su**

Comisión Rectora del 7 de junio) de que el valor de Popular, según el informe, se situaría en una horquilla de entre -2.000 y -8.200 millones de euros permite por sí solo poner en entredicho, como sugería la **Asociación de Inspectores del Banco de España**, la consistencia del informe. Se me ocurre pensar -siempre a la luz de la limitada información con que contamos- que el informe probablemente pasara por encima de un principio contable fundamental para la valoración de las unidades económicas como el de *empresa en funcionamiento*, que prescribe que ha de considerarse, salvo certeza en contrario, que la empresa continuará con el desarrollo de su actividad ordinaria y que, por tanto, sus activos no van a ser realizados en un contexto de liquidación o cesación de operaciones. Llamaría escandalosamente la atención que, al haber consistido la medida de resolución acordada para Banco Popular en la continuación de su giro ordinario -previa amortización y conversión de instrumentos de pasivo- mediante su venta a Santander, **se haya empleado una metodología de valoración basada en un escenario de liquidación.**

Para terminar el repaso de las posibles objeciones jurídicas de la operación de resolución del Banco Popular, no quería dejar de indicar que hay algunos principios y normas constitucionales, tanto nacionales como europeas, que se han visto forzadas, por no decir que frontalmente quebrantadas. Ya he mencionado el derecho de propiedad y su protección mediante las reglas de compensación justa y procedimiento debido, concomitante con la equidad en el reparto de las cargas públicas a través de un sistema tributario justo y no confiscatorio. **Pero, además, es más que plausible que la decisión de resolución -y la misma normativa europea y española-** sea gravemente antijurídica por violación de la prohibición de la retroactividad de disposiciones desfavorables, lo cual afectaría especialmente a los titulares de bonos, casi todos ellos emitidos en 2011, es decir, antes de la Ley 10/2012 (de la que trae causa la vigente Ley 11/2015), donde por primera vez se impuso la conversión de este tipo de instrumentos de pasivo, ya que ni la documentación de emisión de los bonos ni los contratos de suscripción de los títulos les conferían la condición de convertibles en acciones.

Todo el itinerario que precedió a tan traumática decisión ha estado plagado de señales, declaraciones y comportamientos contradictorios por parte de los gestores del Popular, de los políticos y de los reguladores que, de hecho, lanzaron un mensaje equívoco **y, a la postre, gravemente lesivo para la propia entidad y para todos y cada uno de los stakeholders**, fueran accionistas, acreedores o depositantes. A mi parecer, esto ha sido reflejo del marasmo normativo e institucional en el que la legislación y la práctica regulatoria nos ha situado para el manejo de la crisis bancaria, en el que es casi imposible saber, también para los reguladores y para los supuestamente especialistas en la materia, qué, quién o cuándo puede o debe hacer una u otra cosa, o todo al mismo tiempo. Tal vez comencemos a percibir con nitidez que no fue una buena idea separar la supervisión-intervención y la resolución, brillante según los manuales de regulación pero letal para la definición de cursos prudenciales de acción preventiva con los que evitar medidas drásticas y ultimatorias. Tal vez sea cierto que el modelo de intervención bancaria que anteriormente tuvimos era más ponderado porque dejaba a los accionistas y a los acreedores no preferentes en una situación de perjuicio provisional, que les permitía una recuperación en función del recorrido de revalorización derivado de las medidas de reestructuración y saneamiento.

Según he apuntado en otro lugar, los arrebatos de hiper-protección de los inversores llevarían a la idolatría regulatoria: que se lo pregunten a los accionistas y bonistas de Popular, a quienes ha costado unos cuantos miles de millones de euros darse cuenta de que invertir en Europa y en España no es tan seguro como oficialmente se proclama.

La justicia en absoluto es una virtud exclusivamente exigible a quienes deben decidir sobre lo ajeno, sino también a quienes piden aquello que consideran suyo, petición que ha de ser respetuosa, pacífica y bien fundada. Ha llegado un momento decisivo para esta difícil vertiente de la justicia, la hora de quienes propenden el correcto funcionamiento de los mercados y de las instituciones jurídicas propias de seres libres y responsables. **Estoy empeñado en demostrar que la respuesta a situaciones límite no puede ser la creación de un Guantánamo en el Estado de Derecho**, ese reducto en el que la regulación encierra a la banca y, con ella, a todos nosotros.



RECOMENDACIONES

COLABORADORES

BUSCADOR

BOLETINES

PUBLICA

CONTACTA

ACTUALIDAD

FIRMAS

PRÁCTICA JURÍDICA

GESTIÓN DEL DESPACHO

INFORMACIÓN JURÍDICA

OPINIÓN

BLOGS

 FACEBOOK

 TWITTER

 LINKEDIN

 RSS