

JESÚS ANTONIO ROMERO FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

EL PROCESO DE SANEAMIENTO Y REESTRUCTURACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	7
CAPÍTULO PRIMERO. INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO SEGUNDO. LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS CAJAS DE AHORROS	17
1. IDEAS PREVIAS.....	17
2. LAS CAJAS DE AHORROS COMO FUNDACIONES.....	22
A. Preliminar.....	22
B. El carácter fundacional de las cajas de ahorros conforme a la Ley de Fundaciones.....	26
3. LAS CAJAS DE AHORROS COMO ENTIDADES DE CRÉDITO.....	31
4. LAS CAJAS DE AHORROS COMO FUNDACIÓN-EMPRESA.....	33
CAPÍTULO TERCERO. EL FRACASO DE LOS INICIALES SISTEMAS DE REESTRUCTURACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS	43
1. PRELIMINAR.....	43
2. EL DEROGADO REAL DECRETO-LEY 9/2009.....	47
3. EL FROB COMO AGENTE DE LA REESTRUCTURACIÓN.....	52
4. LA FUSIÓN COMO FORMA DE INTEGRACIÓN SOCIETARIA DE LAS CAJAS DE AHORROS.....	55
A. Ideas previas.....	55
B. Las razones y dificultades de las fusiones de las cajas de ahorros.....	58

	<u>Pág.</u>
a. Introducción.....	58
b. Las motivaciones de las fusiones de cajas de ahorros .	60
b.1. Razones de índole económicas	60
b.2. La liberalización del sector crediticio y la desregulación en los mercados.....	63
b.3. Las ventajas fiscales	65
c. Las dificultades inherentes a las fusiones de cajas de ahorros.....	66
C. Caracteres de la fusión de cajas de ahorros	71
D. Modalidades de fusión	81
a. Preliminar	81
b. Fusión por creación y fusión por absorción.....	82
c. Fusión homogénea y fusión heterogénea	85
E. Aspectos de derecho societario del proceso de fusión de cajas de ahorros	87
CAPÍTULO CUARTO. EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS	91
1. PRELIMINAR.....	91
2. EL SIP COMO FÓRMULA DE INTEGRACIÓN CONTRACTUAL DE LAS CAJAS DE AHORROS	95
A. Ideas previas	95
B. Características esenciales del SIP.....	101
C. El Real Decreto-Ley 6/2010.....	106
D. La integración de las cajas de ahorros por medio de los SIPs reforzados	109
E. Caracteres del grupo contractual como fórmula de integración.....	113
F. La estructura ejecutiva del SIP reforzado.....	117
CAPÍTULO QUINTO. LOS NUEVOS MODELOS ORGANIZATIVOS DE LAS CAJAS DE AHORROS	123
1. PRELIMINAR.....	123
2. EL EJERCICIO INDIRECTO DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA	126
3. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS EN FUNDACIONES DE CARÁCTER ESPECIAL	128
CAPÍTULO SEXTO. CAPITALIZACIÓN Y PROFESIONALIZACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS	131
1. PRELIMINAR.....	131
2. LAS CUOTAS PARTICIPATIVAS COMO INSTRUMENTO DE CAPITALIZACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS	135

	Pág.
A. Consideraciones preliminares	135
B. La reforma de la Ley 13/1985	141
a. Los derechos políticos de los titulares de cuotas participativas.....	141
a.1. Preliminar	141
a.2. El derecho de los cuotapartícipes a estar representados en los órganos de gobierno de la Caja de Ahorros emisora	142
a.3. El derecho de impugnación.....	146
a.4. El derecho de información	148
b. La cotización de las cuotas participativas en mercados secundarios organizados	149
c. La Asamblea General como órgano competente para acordar la emisión de cuotas participativas	151
d. Los límites de la autocartera de las cuotas participativas	152
e. El destino de las cuotas participativas en caso de fusión	154
3. LA PROFESIONALIZACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS	156
A. Preliminar	156
B. La Asamblea General	161
C. El Consejo de Administración.....	163
D. Las Comisiones del Consejo de administración	169
CAPÍTULO SÉPTIMO. EL PLAN DE REFORZAMIENTO DEL SECTOR FINANCIERO: EL REAL DECRETO-LEY 2/2011 ...	173
1. PRELIMINAR.....	173
2. BASILEA III	177
3. REFORZAMIENTO DE LA SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS	180
4. MODIFICACIÓN DEL MARCO LEGAL DEL FROB	184
5. LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS SIPs.....	186
CAPÍTULO OCTAVO. EL SANEAMIENTO DEL SECTOR FINANCIERO MEDIANTE EL RDL 2/2012. LOS EJES FUNDAMENTALES DE LA REFORMA	191
CAPÍTULO NOVENO. SANEAMIENTO Y VENTA DE LOS ACTIVOS INMOBILIARIOS DEL SECTOR FINANCIERO	199
CAPÍTULO DÉCIMO. DE NUEVO SOBRE LA REESTRUCTURACIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO. EL RDL 24/2012 ...	203

	<u>Pág.</u>
1. INTRODUCCIÓN	203
2. REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN	205
A. Concepto y tipos de actuación. Objetivos y principios	205
B. La actuación temprana	208
C. La reestructuración	209
D. La resolución	211
E. Medidas preliminares a la resolución	215
F. Los límites del Derecho Concursal	216
3. INSTRUMENTOS DE APOYO FINANCIERO	217
4. GESTIÓN DE INSTRUMENTOS HÍBRIDOS	218
A. Acciones sin la intervención del FROB	219
B. Acciones con la intervención del FROB	219
5. LA SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ACTIVOS (EL «BANCO MALO»)	221
A. Preliminar	221
B. Marco general	222
C. Especialidades del «banco malo»	226
D. Patrimonios separados	227
6. LA NUEVA REGULACIÓN DEL FROB	227
BIBLIOGRAFÍA	231

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

En el sector bancario se está produciendo desde hace unos años un inevitable proceso de concentración. Esa percepción sobre lo ineludible de la reducción del número de bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito viene explicada, en nuestro país, por la crisis económica y las serias dudas sobre la viabilidad de algunas entidades de crédito como empresas independientes. El modelo diseñado para las cajas de ahorros desde la promulgación de la Constitución de 1978 y la atribución de determinadas competencias a las CCAA, traducido en la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros (en adelante LORCA o Ley 31/1985) y en las correspondientes leyes autonómicas, ha terminado resultando un fracaso. La existencia de diversos intereses en sus órganos de gobierno terminó dando lugar a una sumisión explícita de la gestión de muchas de las cajas de ahorros a los intereses de la política autonómica respectiva, lo que ha ido parejo a un deterioro de sus procesos de gobierno. El marco normativo derogado por la ingente normativa promulgada desde 2009, abordaba la posibilidad de una regeneración de elementos esenciales en la estructura y en el funcionamiento de las cajas de ahorros. Los partidos políticos no querían renunciar al potente instrumento de poder que representaban estos entes convirtiéndolas en entidades sujetas a la lucha político-electoral, como cualquier otra institución representativa o administrativa. Sin embargo, el fuerte desgaste de la actividad de numerosas cajas de ahorros, que representaban hasta hace unos años la mitad de los recursos útiles del sistema crediticio español, como consecuencia de los efectos producidos por la crisis financiera internacional y, muy especialmente, por la crisis económica española, agudizada por el sector inmobiliario (no por pronosticada,

desde antiguo, menos intensa: carteras con subyacentes inmobiliarios de toda índole en volúmenes de inversión sin precedentes —activos materiales en balance, participaciones en el capital de sociedades de promoción y carteras de créditos hipotecarios—, devaluación sostenida y profunda de los precios de mercado correspondientes, políticas de adjudicación intensiva de algunos de dichos activos inmobiliarios y, en particular, de suelo urbanísticamente no maduro), su confinamiento territorial y su naturaleza fundacional, se ha traducido en un deterioro de sus balances y una muy limitada capacidad para reestructurar sus propios recursos. A todo lo anterior se ha unido un entorno de morosidad acrecentada, unos requisitos de supervisión prudencial agravados en materia de recursos propios, coeficientes de solvencia y dotación de provisiones, que, en general, han afectado de forma diversa a las distintas entidades de crédito, pero que han entrañado un riesgo generalizado de baja dotación patrimonial dentro de un panorama que, a consecuencia de la crisis financiera nacional, tiende a la revisión al alza de las exigencias regulatorias de la materia.

Ha sido esta extendida debilidad del sector la que ha situado a las cajas de ahorros en un escenario de necesaria y urgente adaptación a un entorno muy complejo, en el que las debilidades del modelo existente ahondaban los problemas relevantes en algunas de estas entidades de crédito y amenazaban con generar una injustificada desconfianza hacia el conjunto de ellas, y la que ha impulsado la gran reforma de su modelo legal, que se inicia con la aprobación del RDL 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito —hoy derogado— (en adelante RDL 9/2009), y ha continuado con el RDL 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (en adelante RDL 6/2010), el RDL 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorro (en adelante RDL 11/2010), el RDL 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sector financiero (en adelante RDL 2/2011), el RDL 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero (en adelante RDL 2/2012), el RDL 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero (en adelante RDL 18/2012) y el RDL 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (en adelante 24/2012). Toda esta serie de normas ha ocasionado la instauración de un diferente modelo de organización y gobierno de las cajas de ahorros, que a su vez ha estimulado una revisión de medidas que, en algunos casos, parecen destacarse antes de llegar a aplicarse o, cuando menos, antes de desplegar sus efectos¹. Desde mediados del año 2009 hasta la actualidad se ha producido una reorganiza-

¹ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «El Real Decreto-Ley 11/2010 y la "mercantilización" de las cajas», *RDBB*, núm. 121, enero-marzo de 2011, p. 174.

ción radial del modelo legal de las cajas de ahorros, fruto del evidente fracaso del precedente, que les están permitiendo salir de ese proceso de revisión normativa transformadas, en sus características esenciales y en sus principios configuradores, en auténticos bancos. Ese nuevo escenario de radical reformulación del régimen legal de las cajas de ahorros es consecuencia de la crisis sectorial genuinamente española, que se inserta en la crisis financiera internacional.

Esta necesaria reforma del modelo legal de las cajas de ahorros que se viene desarrollando en los últimos años y que trae origen del derogado RDL 9/2009, está ocasionando un cambio radical para el sector de las cajas de ahorros, mucho mayor que el sufrido desde la aprobación de la LORCA en el año 1985, que se había visto debilitado y descalificado. No se trata tanto de la evidente concentración que ha vivido el sector, en gran medida por empleo del recurso a la fusión, sino por la opción elegida que encuentra en la normativa reciente un estímulo para acogerse a una concreta solución que ponga fin a sus debilidades. Téngase en cuenta que la propuesta del RDL 11/2010 respetaba la libertad de las cajas de ahorros a la hora de concretar su futuro manteniendo su configuración o recurriendo, en lo que era una de las novedades principales, al ejercicio indirecto de la actividad bancaria. Este RDL 11/2010 va dirigido tanto a las cajas de ahorros que persistan en mantener su estatuto y estructura actual, como a las que no. Al margen de poder continuar operando bajo su coraza tradicional, se les autoriza para seguir actuando de manera indirecta en nuestro sistema financiero, por medio de genuinos grupos de entidades de naturaleza distinta, desplazando la actividad financiera a un banco que debe adoptar la forma de sociedad anónima, o convirtiendo a la caja de ahorros en una suerte de accionista de control de ese banco. Esta relación banco-caja no es nueva, pero se enmarca en un escenario distinto al facilitarse que la caja de ahorros desplace de forma total o relativa su negocio financiero a un banco y, de este modo, cuente con una mayor eficacia competitiva, pudiendo limitarse la caja de ahorros a atender y desarrollar su obra social. En esta línea, en materia de órganos se profundiza en la matizada adaptación de la estructura de gobierno de las cajas hacia la que rige para las sociedades cotizadas. Por su parte, la desconfianza con que fueron introducidas la cuotas participativas parece haber dado paso a un criterio prudente desde el punto de vista jurídico y económico, de tal modo que quienes invierten en el patrimonio de la entidad a través de la contribución a sus recursos propios tienen el derecho a que se les reconozca una serie de derechos de participación política (derecho de información, representación, impugnación de acuerdos) que se suman a los de naturaleza económica que ya tenían reconocidos en el ordenamiento.

Sin embargo, era necesario una reducción de la libertad de elegir de las cajas de ahorros que se tradujo en el RDL 2/2011, cuyo propósito esencial era ofrecer un paquete de medidas, orientadas a restaurar la confianza en el sector financiero español reforzando su solvencia, en el que la determinación del capital principal animó a las cajas de ahorros a la cesión de su negocio a bancos cuyas acciones se negociasen en Bolsa. Aquella reducción de la libertad de elección se ha conseguido estableciendo unos niveles mínimos de recursos propios (en particular, de capital principal), que las entidades deben presentar. Las que no alcancen ese mínimo podrán contar con apoyos temporales del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (en adelante FROB), por medio de la adquisición de participaciones en el capital. En cualquiera de las hipótesis, la conversión de las cajas de ahorros en bancos se convierte en la solución principal, sea para una mejor captación de capital en los mercados, o para hacer posible que el FROB se convierta en un accionista mayoritario significativo.

El RDL 2/2012, viene a complementar y modificar los principales instrumentos de reforma y reestructuración del sistema financiero que le han precedido desde el comienzo de la crisis estructural y de solvencia del sistema financiero español, tales como los RDL 9/2009, 6/2010, 11/2010, 2/2011 y 16/2011. Aquel texto normativo introduce toda una serie de nuevas reformas de enorme calado dentro del sistema financiero que, en esencia, permitirán un incremento considerable de las ventas en bloque de las carteras de préstamos o créditos relacionados con el sector inmobiliario y de los activos recibidos o adjudicados en pago de éstos que tienen las entidades de crédito en sus balances, y posibilitarán que estos entes puedan acudir al mercado con emisiones de obligaciones convertibles o, las que inicien un proceso de integración, al propio FROB, para intentar cubrir las nuevas exigencias impuestas.

Con fecha el 12 de mayo de 2012 el Gobierno publicó una nueva reforma financiera, mediante el RDL 18/2012, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero. Se trata de un segundo paso, tras la publicación en febrero del RDL 2/2012, para restaurar la confianza en la solidez del sistema financiero español, afectada por el deterioro de los activos vinculados al sector inmobiliario. En esencia, el RDL 18/2012 exige provisiones adicionales a las financiaciones inmobiliarias, en este caso sobre las clasificadas como riesgo normal, no problemático (suelo para promoción inmobiliaria, constructoras y promotores), que modifica ligeramente la normativa reguladora del FROB, para permitir el apoyo financiero de éste a las entidades de crédito que lo necesiten, ya sea por medio de instrumentos convertibles en acciones o en simples acciones, y les exige que aporten a una sociedad anónima separada todos los activos adjudicados o recibidos en pago de deudas relacionados con el suelo para promoción

inmobiliaria y con las construcciones o promociones inmobiliarias, correspondientes a su actividad en España.

Por último, el RDL 24/2012², se dicta con el propósito de contar con un marco robusto y eficaz de gestión de crisis bancaria, de manera que los poderes públicos dispongan de los instrumentos adecuados para realizar la reestructuración y la resolución ordenada, en su caso, de las entidades de crédito que atraviesan dificultades. En esta nueva norma se establece el régimen de reestructuración y resolución de entidades de crédito, reforzando los poderes de intervención del FROB, se incluyen ejercicios de subordinación de pasivos con carácter voluntario y obligatorio para aquellas entidades para las que se haya abierto un procedimiento de reestructuración o resolución, y se concede la posibilidad de constituir una sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria, que se encargue de la gestión de aquellos activos problemáticos que deban serle transferidos por las entidades de crédito. De manera adicional, se ha adelantando en el RDL24/2012 el cumplimiento de algunas medidas que el Memorando de Entendimiento (*Memorandum of Understanding on the Financial Sector Policy Conditionality o «MOU»* —en adelante MOU o Memorando de Entendimiento—, que determinó las condiciones de acceso a la Facilidad Europea de Estabilización Financiera para la recapitalización del sector financiero español, acordado por el Reino de España en el seno del Eurogrupo de la Unión Europea el 20 de julio de 2012³) prevé para fechas posteriores, lo cual obedece a diferentes razones. En primer lugar, la inclusión de estas medidas facilita la configuración de un sistema normativo homogéneo y coherente, considerándose inapropiado, por cuestiones sistemáticas, que su regulación se haga en instrumentos separados. En segundo lugar, su entrada en vigor, siguiendo los procedimientos legislativos ordinarios en los plazos previstos, es igualmente de difícil ejecución, por lo que parece recomendable incluirlas en un único RDL en vez de aprobar varios con carácter sucesivo. Finalmente, aunque las medidas no sean exigibles hasta fechas posteriores, su inclusión en esta norma permite a los destinatarios comenzar a preparar su aplicación. De acuerdo con estos criterios se han introducido, entre otras, las medidas que se citan a continuación⁴. Se modifica la estructura organizativa del FROB para evitar conflictos de interés generados por la participación del sector privado en la Comisión rectora, a través del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito; se incluyen medidas para mejorar la protección a los inversores minoristas que suscriben productos financieros no cubiertos por el Fondo de Garantía

² Vid., más ampliamente el análisis que hacemos de esta norma en *infra*, capítulo décimo.

³ Vid., *infra* capítulo décimo, apartado 1.

⁴ Vid., mas ampliamente, sobre estas medidas, *infra* capítulo décimo.

de Depósitos de Entidades de Crédito; y, por último, se modifican los requerimientos y la definición de capital principal con los que deben cumplir los grupos consolidables de entidades de crédito, así como las entidades no integradas en un grupo consolidable, estableciéndose un único requisito del nueve por cien de las exposiciones ponderadas por riesgo que deberán cumplir a partir del 1 de enero de 2013. El conjunto de medidas previsto en este RDL supone un reforzamiento extraordinario y sin precedentes de los mecanismos con que contarán las autoridades públicas españolas de cara al reforzamiento y saneamiento de nuestro sistema financiero, dotándolas de instrumentos eficientes para garantizar el correcto funcionamiento del sector crediticio.

El RDL 24/2012 acaba con las grandes reformas emprendidas en los años anteriores, volviendo el sentido común a nuestra regulación financiera. En una decisión de política legislativa se asigna al FROB la función de gestión de las crisis bancarias en sustitución del Fondo de Garantía de Depósitos, para evitar, de este modo, los solapamientos. El FROB pasa a ser una agencia independiente que rinde cuentas al Parlamento, que debe actuar de forma temprana para evitar que las dificultades de una entidad se contagien al resto, exigiendo, si resulta necesario, la recapitalización y sustitución de administradores. En los casos de dificultades más graves, presentará a la aprobación del Banco de España un plan de reestructuración con apoyo financiero y transmisión de activos y pasivos. Se crean, a estos efectos, sociedades de gestión de activos, mal llamadas «banco malo», pues ni son bancos, ni son malos, dado que los activos se traspasan a precio de mercado. A su vez, identificada la inviabilidad de una entidad, el FROB debe proponer al Banco de España la «resolución de la entidad», es decir, su «liquidación» de forma ordenada. El Banco de España sale reforzado tras la reforma financiera, al controlar el FROB a través del subgobernador, con nuevos poderes de autorización y sanción. Es el nuevo *pretor* del mercado financiero, pues acumula potestades legislativas, ejecutivas y judiciales. Regula, supervisa, inspecciona y sanciona, y además decide en los casos de crisis.

Por todo ello, tenemos que dar la bienvenida a la reforma financiera plasmada en el RDL 24/2012, que ha permitido el resurgir del FROB como una autoridad con poderes suficientes para gestionar las crisis bancarias con una hoja de ruta de lo que hay que hacer: sanear lo viable y liquidar lo inviable con cargo de la factura a los accionistas y a la industria bancaria, que va a disfrutar, una vez saneado el sector, de una actividad muy lucrativa.

El propósito de esta obra no es otro que analizar el régimen jurídico regulador de las cajas de ahorros en los últimos años y sus constantes modificaciones, porque únicamente de este modo se comprenderá el verdadero alcance y los objetivos pretendidos con la importante reforma emprendida por el RDL 24/2012.