COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Bruselas, 20.10.2009
COM(2009) 561 final

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, EL CONSEJO, EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, ELTRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y EL BANCO CENTRAL EUROPEO

Un régimen comunitario para la gestión transfronteriza de las crisis en el sector bancario

{SEC(2009) 1389}
{SEC(2009) 1390}
{SEC(2009) 1407}

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, EL CONSEJO, EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, ELTRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y EL BANCO CENTRAL EUROPEO

Un régimen comunitario para la gestión transfronteriza de las crisis en el sector bancario

(Texto pertinente a efectos del EEE)

1. INTRODUCCIÓN

La reciente crisis ha puesto de manifiesto que la UE carece de previsiones para una gestión efectiva de las crisis de entidades financieras de carácter transfronterizo. En el otoño de 2008, los Estados miembros acordaron adoptar las medidas necesarias para recapitalizar y avalar a los bancos, y esta actuación sin precedentes se coordinó a escala europea de forma *ad hoc*. Estas medidas eran necesarias en las excepcionales circunstancias por las que atravesaba el sistema financiero.

Los planteamientos variaron según el país, pero, en términos generales, las autoridades recurrieron a fondos públicos para rescatar a los bancos, o segregaron los activos bancarios existentes en sus respectivos territorios y aplicaron medidas nacionales de resolución a cada entidad específica, y no al conjunto del grupo de carácter transfronterizo. Esto incrementó los riesgos de disminución de la confianza, falseamiento de la competencia, elevados costes de rescate a cargo del contribuyente[1] e inseguridad jurídica. Las circunstancias en torno a las graves dificultades de Fortis, Lehman y entidades bancarias islandesas en la reciente crisis financiera ilustran lo perjudicial que la falta de un régimen de resolución adecuado puede ser para la estabilidad financiera del conjunto del sistema bancario de la UE.

Existe un amplio consenso en cuanto a que la UE necesita un régimen de resolución que garantice que todas las autoridades competentes coordinen eficazmente sus actuaciones y dispongan de los instrumentos adecuados para intervenir rápidamente a fin de gestionar las dificultades graves de los bancos, con el objetivo de reducir al mínimo la necesidad de los Estados de recurrir al tipo de medidas excepcionales que han sido necesarias en esta crisis.

La Comisión Europea propone una reforma fundamental de la regulación y supervisión de los mercados financieros para solucionar los fallos que la crisis bancaria ha puesto de relieve[2]. Ya se han adoptado medidas dirigidas a mejorar la garantía de depósitos, reforzar las exigencias de capital y reformar la infraestructura de supervisión de la UE: son medidas esenciales para disponer de un marco más sólido para la supervisión prudencial y la estabilidad financiera.

---

[1] Estas medidas de reestructuración bancaria se examinan a la luz de las normas de la UE sobre ayudas estatales. Quedan fuera de lo tratado en la presente Comunicación y han sido ya objeto de directrices de la Comisión sobre recapitalización, tratamiento de los activos tóxicos y ayudas de rescate y de reestructuración otorgadas a bancos.

[2] Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de primavera, marzo de 2009. http://ec.europa.eu/commission_barroso/president/pdf/press_20090304_en.pdf.

Ahora bien, las reformas introducidas hasta el momento deben completarse con disposiciones claras que permitan a las autoridades estabilizar y controlar los efectos sistémicos de las entidades financieras transfronterizas en graves dificultades. Europa necesita dotarse de un marco legal potente de cara a la prevención, una pronta intervención, la resolución de las crisis de los bancos y su liquidación (véase el cuadro que figura más abajo).

- El informe de Larosière afirmaba que «*La ausencia de herramientas coherentes para la gestión y la resolución de las crisis en el mercado único coloca a Europa en una posición de desventaja frente a los Estados Unidos. Estos problemas deberían abordarse mediante la adopción de medidas adecuadas en toda la U*E»[3]. Es esta una importante laguna que debe colmarse ya.

- El Consejo Europeo de junio de 2009 llegó a la conclusión de que es preciso avanzar en los trabajos destinados a instaurar un régimen transfronterizo general para la prevención y la gestión de las crisis financieras.

- En la cumbre de Pittsburgh, el 25 de septiembre, los dirigentes del G-20 se comprometieron a actuar juntos de cara a «…*dotarse de instrumentos más potentes destinados a lograr que las grandes empresas de ámbito mundial respondan de los riesgos que asuman*» y, más específicamente, «*dotarse de instrumentos y disposiciones que permitan resolver eficazmente las crisis de los grupos financieros con el fin de reducir el efecto perturbador de las entidades financieras en graves dificultades y reducir el riesgo moral en el futuro*.»

Un régimen de resolución de crisis comunitario para los bancos transfronterizos es también un complemento esencial de la nueva arquitectura supervisora de la Comisión[4]. La nueva Junta Europea de Riesgo Sistémico dispondrá de un sistema de alerta rápida para los riesgos que afecten al conjunto del sistema, al tiempo que la nueva Autoridad Bancaria Europea desempeñará una función importante de coordinación de las soluciones, canalización de la información y garantía de que las alertas de riesgo irán seguidas de las medidas apropiadas. Estos nuevos mecanismos sólo pueden lograr sus objetivos si las autoridades nacionales pueden adoptar medidas eficaces con respecto a cada banco para hacer frente a las dificultades graves y evitar el contagio sistémico.

2. FINALIDAD Y ESTRUCTURA DE LA PRESENTE COMUNICACIÓN

2.1. Finalidad

La Comisión considera que es preciso introducir cambios que permitan gestionar o resolver eficazmente las crisis o liquidar ordenadamente los bancos transfronterizos en graves dificultades[5]. El principal foco de atención son los bancos que aceptan depósitos, ya que desempeñan una función esencial como proveedores de crédito, receptores de crédito e intermediarios de pagos. En la presente Comunicación se analizan distintas medidas dirigidas a lograr dos objetivos diferentes pero conexos.

---

3 Véase el informe de Larosière, p.34: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf.

4 Véanse las nuevas propuestas legislativas de la Comisión sobre supervisión financiera, 23 de septiembre de 2009: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/committees/index_en.htm#package.

5 La presente Comunicación va acompañada de un documento de trabajo de los servicios de la Comisión que explica más en detalle ciertos aspectos específicos del posible régimen.

El primero de estos objetivos es garantizar que todos los supervisores nacionales dispongan de instrumentos adecuados para poder detectar las dificultades de los bancos en una fase suficientemente temprana e intervenir con el fin de restablecer la salud de la entidad o del grupo, o bien evitar un mayor deterioro. Ello exigirá modificar el régimen de supervisión del capital de los bancos. Estas modificaciones podrían también ir acompañadas de disposiciones destinadas a permitir las cesiones de activos entre entidades de un grupo, como forma de aportar respaldo financiero o liquidez antes de que los problemas de entidades concretas del grupo alcancen un punto crítico.

El segundo objetivo es que las dificultades graves por las que atraviesen los bancos transfronterizos no alteren de manera importante la prestación de servicios bancarios esenciales o se contagien al conjunto del sistema financiero. Esto implicará establecer un régimen comunitario de resolución de crisis y medidas orientadas a eliminar los obstáculos que impiden una resolución transfronteriza eficaz -ocasionados por el tratamiento de la insolvencia desde una óptica territorial y por entidades-, así como mecanismos para financiar dicha resolución, entre ellos el reparto de los costes presupuestarios directos entre Estados miembros.

2.2. Estructura

La Comunicación aborda tres aspectos.

1**.** **Intervención temprana** (apartado 3), esto es, medidas adoptadas por los supervisores con vistas a restablecer la estabilidad y la solidez financiera de una entidad durante la fase de desarrollo de los problemas, así como la cesión intragrupo de activos entre entidades solventes a efectos de proporcionar respaldo financiero. Estas medidas se adoptarían antes de que se den las condiciones límite que hacen necesarias medidas de resolución y antes de que la entidad llegue o previsiblemente pueda llegar a ser insolvente. La nueva Autoridad Bancaria Europea podría desempeñar una función de coordinación de las intervenciones tempranas de los supervisores con respecto a un grupo transfronterizo.

2. **Resolución de la crisis** (apartado 4), esto es, medidas adoptadas por las autoridades nacionales competentes a fin de gestionar una crisis de una entidad bancaria, limitar sus efectos sobre la estabilidad financiera y, en su caso, facilitar la liquidación ordenada de la totalidad o una parte de la entidad. Estas medidas no entran en el ámbito de las disposiciones de supervisión bancaria y pueden ser adoptadas por autoridades distintas de las de supervisión, aunque no se excluye, en modo alguno, la intervención de los supervisores.

3. **Insolvencia** (apartado 5), esto es, las medidas de saneamiento y liquidación que se adoptan conforme al régimen de insolvencia aplicable.

Aunque a efectos de análisis estas medidas se presentan como conceptualmente distintas, no constituyen necesariamente fases separadas y consecutivas de una crisis. En la práctica, puede que las medidas de resolución y de insolvencia se solapen en gran parte, por ejemplo, y que la intervención temprana de carácter supervisor desemboque rápidamente en medidas de resolución.

2.3 Interacción con otras medidas de la UE

Estas medidas son una parte importante del sistema normativo general de la UE y de las iniciativas dirigidas a dotarlo de mayor solidez, según se explica en el siguiente cuadro.

	Supervisión de empresas en situación normal /Prevención de crisis	⇦ Âlcance de la Comunicación sobre la gestión de crisis ⇨		
		Intervención temprana	Resolución bancaria	Régimen de insolvencia
Situación actual	Directiva sobre los requisitos de capital, enfoque de tres pilares (DRC) Colegios Autoridades nacionales Comité de Supervisores Bancarios Europeos (CSBE) Pruebas de tensión	DRC (arts. 130 y 136) Colegios Ayuda de liquidez en caso de emergencia, proveniente de los bancos centrales nacionales Memmorando de Acuerdo de 2008	Memorando de Acuerdo de 2008 – determina quién (p.ej.: Ministerios de Finanzas, bancos centrales nacionales) coordina las actuaciones con otras autoridades competentes (coordinacion a través de gupos transfronterizos para la estabilidad)	Directiva sobre liquidación: La liquidación de las sucursales transfronterizas se efectúa con arreglo a los procedimientos de insolvencia del país de origen del banco principal La liquidación de las filiales transfronterizas se efectúa con arreglo a los procedimientos del país que haya autorizado la filial.
Posibles cambios a estudiar	Creación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS) y la Autoridad Bancaria Europea (ABE) Coeficiente [Ratio] de apalancamiento Gestión de riesgos (estructura remunerativa) Cantidad y calidad del capital Exigencias adicionales de capital Supervisión de la liquidez Elaboración de planes de liquidación	Autoridad Bancaria Europea Nuevas competencias de gestión de bancos Disposiciones para un análisis conjunto Planes de recuperación Disposiciones sobre la cesión de activos Instrumentos comunes ampliados para las autoridades de supervisión (CSBE) Clarificación de la supervisión de sucursales por el país de origen/de acogida (artículo 33 DRC)	Nuevos instrumentos de resolución bancaria Nuevas disposiciones sobre cooperación Modificaciones más generales del régimen jurídico en aras de nuevos instrumentos de resolución bancaria Mecanismos de financiación de la resolución transfronteriza (entre otras cosas, posible intervención de los SGD) Aplicación de planes de liquidación	Facilitar la liquidación integrada de un grupo Disposiciones para la coordinación de los procedimientos de insolvencia Administrador principal de la insolvencia Resolución integrada a cargo de una única autoridad Cesiones de activos una vez iniciado el procedimiento de insolvencia

3. INTERVENCIÓN TEMPRANA DE LOS SUPERVISORES

3.1. Instrumentos de intervención temprana

El actual régimen prudencial aplicable a los bancos ya contiene algunos elementos de un mecanismo de intervención temprana de los supervisores, puesto que recoge un conjunto mínimo de medidas que deben poder aplicar aquellos cuando las entidades de crédito no satisfagan las exigencias de la Directiva de aplicación[6]. Entre esas medidas, cabe citar la posibilidad de exigir a la entidad que aumente sus fondos propios por encima del nivel mínimo especificado en la Directiva; refuerce su organización interna y sus estructuras de gobierno; adopte medidas específicas para la constitución de provisiones; restrinja sus actividades o transacciones; o reduzca el riesgo inherente a sus actividades, productos o sistemas. Estas medidas dejan el control de la entidad en manos de su dirección y no representan necesariamente una interferencia significativa en los derechos de los accionistas o los acreedores. Conforme a las modificaciones recientemente introducidas en la Directiva sobre requisitos de capital (DRC)[7], los supervisores consolidados tendrán que planificar y coordinar análisis conjuntos, medidas excepcionales y planes de emergencia, así como la comunicación al público en situaciones de emergencia.

Quedan aún, no obstante, importantes lagunas, que podrían colmarse con las siguientes medidas adicionales:

- Competencias armonizadas para que los supervisores puedan exigir, cuando proceda (por ejemplo, en el caso de entidades financieras de importancia sistémica), la elaboración de «planes de emergencia y resolución específicos a la entidad» (lo que, a veces, se conoce como «testamento vital»), en los que se detalle la forma en que una entidad y su actividad

6 Artículo 136 de la Directiva 2006/48/CE relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición), DO L 177 de 30.6.2006, p. 1.

7 Directiva 2006/48/CE relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición). Recientemente modificada en el marco de la propuesta de DRC 2: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0602:EN:NOT.

podrían desmantelarse y liquidarse rápida y ordenadamente; el G-20 discute actualmente sobre la necesidad de tales planes.

- Fomento de la buena gobernanza de las entidades financieras, de modo que si, en el futuro, surgiera una crisis, esta sea menos compleja y más fácil de gestionar.

- Competencias -de las que actualmente carecen los supervisores nacionales- para exigir la presentación de un plan de recuperación del grupo, el cambio de la dirección de un banco o la designación de un representante con el objetivo específico de restablecer la situación financiera de una entidad.

- Indicadores o umbrales comunes, y una terminología común a todos los supervisores de la UE, que definan claramente cuándo y cómo debe producirse la intervención en un banco transfronterizo.

- Revisión de la supervisión de las sucursales transfronterizas para solventar los fallos en los mecanismos de cooperación entre las autoridades de origen y de acogida, y de cara a abordar la incertidumbre sobre las facultades del Estado de acogida para intervenir eficazmente en situaciones de emergencia.

Los acontecimientos recientes indican claramente que el régimen de supervisión no es suficientemente sólido y faltan incentivos que respalden una eficaz coordinación de las medidas de supervisión destinadas a la recuperación de un grupo transfronterizo.

<u>Preguntas[8]:</u>

¿Con qué instrumentos adicionales deberían contar los supervisores a fin de intervenir cuando los problemas están en fase de desarrollo?

¿En qué condiciones habría que recurrir a dichos instrumentos?

¿Qué importancia tienen los planes de liquidación («testamento vital») como instrumento de gestión de crisis?

3.2. Cesión de activos dentro de un grupo

La cesión de activos como forma de respaldo financiero dentro de un grupo podría ayudar a éstos a gestionar sus posiciones de liquidez y, en algunos casos, podría ayudar a estabilizar las entidades que se encuentran en la fase de desarrollo de una crisis.

- La UE no dispone actualmente de ningún régimen de autorización de cesiones de activos, y la legislación comunitaria no recoge disposiciones generales que regulen los términos y condiciones de esas cesiones[9]. En principio, en todos los Estados miembros las cesiones de activos deben hacerse a cambio de una contraprestación justa, ya se efectúen entre entidades vinculadas o entre entidades no relacionadas entre sí. Sin embargo, la forma en que este principio se expresa y aplica varía entre Estados miembros.

---

8 En el documento adjunto a la presente Comunicación, elaborado por los servicios de la Comisión, figuran preguntas más detalladas a este respecto y en relación con los demás apartados.

9 El considerando 52 de la Directiva 2006/48/CE se limita a especificar que «la gestión de las exposiciones contraídas (…) debe realizarse con absoluta autonomía, dentro del respeto de los principios de una sana gestión bancaria, fuera de cualquier otra consideración».

- Las cesiones de activos que no se efectúan en condiciones estrictamente comerciales pueden ir en detrimento de los acreedores y los accionistas minoritarios de la entidad cedente. Tales cesiones pueden ser impugnadas por dichos accionistas minoritarios o acreedores, y los directivos pueden incurrir en responsabilidad civil o penal[10].

Estos factores pueden impedir que se adopten medidas que podrían ser beneficiosas para los grupos y, más en concreto, para los grupos transfronterizos. La introducción del concepto de «interés de grupo» en relación con los grupos bancarios podría dar un fundamento a las cesiones y eliminar el riesgo de responsabilidad de los directivos. Cabría plantearse un concepto restringido de la interdependencia y el interés mutuo de las entidades de un grupo, con arreglo al cual las cesiones estarían permitidas en determinadas condiciones. No obstante, es preciso sopesar cuidadosamente las consecuencias de una propuesta de este tipo sobre el principio de responsabilidad limitada y la personalidad jurídica independiente de las entidades del grupo. Sería también importante establecer salvaguardias adecuadas que impidieran el uso indebido de la cesión de activos con fines delictivos.

Igualmente, podría ser oportuno reforzar este régimen con modificaciones de las disposiciones sobre insolvencia, con el propósito de establecer salvaguardias adecuadas, por ejemplo, otorgar rango prioritario al cedente en caso de insolvencia del cesionario.

¿Es factible establecer un régimen legal para la cesión de activos? En caso afirmativo, ¿qué problemas habría que solventar?

¿Qué salvaguardias son necesarias para los accionistas y los acreedores?

4. RESOLUCIÓN BANCARIA

4.1. ¿Por qué es necesaria la actuación de la UE en la resolución bancaria?

Diferencias en los regímenes nacionales

Las actuales disposiciones de la UE con respecto a la resolución bancaria son de escaso alcance y contenido. Se refieren únicamente a la intervención de los supervisores y al reconocimiento mutuo de los procedimientos de insolvencia en lo que atañe a las *sucursales* de bancos transfronterizos. La Directiva 2001/24/CE relativa al saneamiento y la liquidación de las entidades de crédito («Directiva de liquidación») establece que el saneamiento o liquidación de una entidad de crédito que posea sucursales en otro Estado miembro correrá a cargo de las autoridades competentes del Estado miembro de origen de la entidad, que emprenderán y desarrollarán ese proceso conforme a un único procedimiento y de acuerdo con la legislación nacional en materia de insolvencia. La citada Directiva no incluye en su ámbito de aplicación a los grupos bancarios transfronterizos, integrados por una entidad matriz y *filiales* en otros Estados miembros.

En Europa, la actividad bancaria transfronteriza se desarrolla primordialmente a través de filiales, que suponen en conjunto activos por importe de casi cuatro billones de euros[11]. Esto

[10] Informe de los servicios de la Comisión, de 14 de noviembre de 2008, sobre la transferibilidad de activos, véase ttp://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/rep141108_en.pdf.

[11] Activos en poder de filiales transfronterizas (2006), fuente BCE.

quiere decir que, al no existir disposiciones comunitarias, la gestión de las crisis se hace casi íntegramente a través de los regímenes nacionales, que pueden variar considerablemente entre sí[12]. Por ejemplo, en algunos Estados miembros, las pertinentes competencias vienen dadas por un régimen de resolución o de insolvencia específico para los bancos, al tiempo que en otros se aplica el régimen general de insolvencia de las sociedades. Las competencias para la gestión de las crisis de los bancos transfronterizos recaen sobre una variada gama de autoridades nacionales, tales como supervisores del sector bancario, bancos centrales, ministerios, tribunales o agentes concursales, y, en algunos casos, sistemas de garantía de depósitos. El alcance de las competencias y las condiciones para su ejercicio difieren en los distintos sistemas nacionales.

La resolución transfronteriza se complica si las medidas aplicables en virtud de las legislaciones nacionales o las normas de procedimiento de ciertas actuaciones de las sociedades difieren. Un ejemplo básico: si una autoridad nacional tiene competencias para ceder por decreto activos a un tercer adquirente, y otra sólo puede hacerlo mediante procedimiento judicial, probablemente será muy difícil que estas dos autoridades intervengan de forma rápida y coordinada con respecto a entidades bancarias vinculadas o los activos que se hallen en sus respectivos territorios.

La fase en que puedan adoptarse medidas de resolución puede ser también esencial. No todas las autoridades nacionales están facultadas para estabilizar y sanear un banco en dificultades antes del momento oficial de insolvencia (definido en la legislación nacional), y la inexistencia de condiciones umbral armonizadas que activen esas facultades pueden impedir una actuación coordinada en relación con un grupo transfronterizo. Este punto se examina con más detalle en el apartado 4.4.

Esta diversidad no supone necesariamente un problema si la actividad del banco en crisis es sólo de ámbito nacional y las medidas cumplen con las directrices sobre ayudas estatales, pero, ciertamente, será un obstáculo para una actuación coordinada en el caso de grupos bancarios que desarrollen actividad en varios países.

Incentivos para la segregación de los activos nacionales

En su respuesta a la actual crisis, las autoridades de los Estados miembros han tendido a segregar los activos nacionales de un grupo transfronterizo y emplear los instrumentos nacionales de resolución con respecto a cada entidad, en lugar de buscar una solución para el conjunto del grupo. Sin embargo, a menudo, la segregación de los activos nacionales puede ser más un obstáculo que una ayuda para resolver el problema de un grupo transfronterizo. En algunos casos, estas medidas redundarán en mayores pérdidas para el grupo en su conjunto.

Los incentivos de los Estados miembros de cara a la coordinación y la no segregación de los activos nacionales durante una crisis transfronteriza vienen limitados por su necesidad de proteger los intereses de los afectados en el ámbito nacional (acreedores, contribuyentes y sistemas de garantía de depósitos). Este obstáculo esencial que impide la resolución cooperativa de las crisis de grupos transfronterizos tiene su origen, entre otros factores, en la naturaleza territorial de la legislación de insolvencia. Si dicha legislación es de ámbito nacional, las autoridades nacionales tienen un interés legítimo –y gran interés político- en

[12] «Study on the feasibility of reducing obstacles to the transfer of assets within a cross border banking group during a financial crisis and of establishing a legal framework for the reorganisation and winding-up of cross border banking groups», DBG Law, 2008.

segregar los activos nacionales de un banco en dificultades, a fin de proteger los depósitos nacionales y aprovechar al máximo los activos disponibles para los acreedores de la entidad nacional.

Es preciso señalar que cualquier acuerdo para limitar el derecho de los Estados miembros a segregar los activos nacionales de un grupo bancario transfronterizo estará, en gran medida, supeditado a la existencia de mecanismos adecuados, justos y jurídicamente vinculantes[13] acordados por los Estados miembros con vistas a compartir los costes de las posibles pérdidas en que incurra un grupo bancario en su conjunto, incluidas sus filiales en el exterior. Estos mecanismos serían beneficiosos no sólo para la gestión de crisis, sino también para su prevención, pues potencian los incentivos de cooperación entre autoridades públicas. La confianza en los mecanismos de cooperación debe sustentarse en la garantía de que los costes de resolución transfronteriza puedan repartirse equitativamente entre los diversos interesados. Este punto se examina en el apartado 4.8.

4.2. Objetivos de un régimen de resolución bancaria

Los diferentes enfoques nacionales de resolución bancaria responden actualmente a diversos objetivos. Las legislaciones sobre insolvencia de las sociedades persiguen habitualmente dos objetivos principales: dar un trato justo y previsible a los acreedores, y aprovechar al máximo los activos disponibles para satisfacer las reclamaciones de dichos acreedores. En cambio, en los regímenes específicamente destinados a la insolvencia bancaria, pueden primar objetivos de interés público como la estabilidad financiera, la continuidad de los servicios y la integridad de los sistemas de pago. La forma y naturaleza de un nuevo régimen comunitario vendrán dadas por un acuerdo común sobre una serie de objetivos.

Así pues, un régimen europeo de resolución bancaria estará basado en una serie de objetivos comunes acordados que garanticen que las pérdidas recaigan fundamentalmente en los accionistas y en los acreedores no preferentes o que carezcan de garantía, y no en los gobiernos y los contribuyentes. Esto es esencial para evitar el riesgo moral que se deriva de la percepción de que los bancos demasiado grandes o demasiado interconectados no pueden ir a la quiebra y probablemente serán rescatados con fondos públicos. El objetivo general debe ser garantizar que, tanto política como económicamente, sea siempre posible dejar que los bancos quiebren, con independencia de su tamaño[14]. Tal objetivo general difícilmente podrá alcanzarse sin un régimen de resolución que garantice la protección de los depositantes (asegurados) y la continuidad de los servicios bancarios y de pagos, y, globalmente, la gestión de los efectos sistémicos de la quiebra de un banco, reduciendo al mínimo el contagio y ofreciendo las condiciones jurídicas necesarias para un liquidación ordenada[15].

¿Qué objetivos y prioridades fundamentales ha de tener un régimen de resolución bancaria?

---

13 Los fondos destinados a las medidas de resolución estarían casi con certeza afectados por las normas comunitarias de ayudas estatales, y todo mecanismo de este tipo tendría que atenerse a las mismas.

14 Véase la declaración de los dirigentes del G-20, en Pittsburgh, los días 24 y 25 de septiembre de 2009, http://www.pittsburghsummit.gov/mediacenter/129639.htm

15 El 15 de septiembre de 2009, el Consejo de Estabilidad Financiera emitió un comunicado de prensa en el que anunciaba que estaba poniendo en marcha un programa para hacer frente a los riesgos morales y otros problemas que plantean las entidades sistémicamente importantes. http://www.financialstabilityboard.org/press/pr_090915.pdf

4.3. ¿Qué instrumentos se precisan para la resolución de crisis?

Los Estados miembros abordan la resolución bancaria, *grosso modo*, de dos maneras diferentes. De un lado, los hay que aplican la legislación general sobre insolvencia de las sociedades, incluido en lo que respecta a la administración, y, de otro, los que aplican un régimen específicamente destinado a los bancos. En ambos casos, las normas se circunscriben a las actividades bancarias nacionales. No se aplican extraterritorialmente[16]. Los regímenes especiales pueden consistir en un régimen general de insolvencia adaptado a los bancos o en una serie de instrumentos de resolución adaptados específicamente a los bancos en graves dificultades. Entre dichos instrumentos puede figurar la facultad de ceder la totalidad o parte de los activos y pasivos de un banco en graves dificultades a otra entidad del sector privado (una fusión con o sin ayuda pública promovida por las autoridades nacionales) o a un «banco puente»; asimismo, la facultad de sanear el balance de la entidad en dificultades cediendo los préstamos morosos y los activos tóxicos o de difícil valoración a una entidad de gestión de activos independiente («banco tóxico»); y la nacionalización.

Dentro de esta distinción general existen otras diferencias. Algunos sistemas nacionales favorecen un planteamiento gradual, otros, en cambio, están pensados para una intervención rápida de emergencia. Los primeros señalados tienden a centrarse en una fase más temprana, siendo su finalidad alentar a los accionistas a autorizar medidas de reestructuración (a menudo, la primera medida consiste en sustituir a la dirección por un «administrador» o «gestor especial»), y someter un plan de reestructuración a la aprobación de los accionistas, y sólo como segunda opción se imponen medidas que anulan los derechos de estos últimos. En los segundos, en cambio, se imponen medidas sin la autorización previa de los accionistas.

Los instrumentos disponibles serán adecuados si ofrecen a las autoridades otras posibilidades distintas de la ayuda financiera pública o la liquidación para solucionar los problemas de un banco en dificultades. La presente Comunicación no se pronuncia sobre qué instrumentos serían los más apropiados en un régimen comunitario, y pide opiniones al respecto, pero se considera esencial que las autoridades responsables de la resolución dispongan de una gama suficientemente amplia de instrumentos comunes que puedan aplicar con flexibilidad y discrecionalidad, y que puedan actuar con la suficiente rapidez y un adecuado control de la ejecución de las medidas de resolución. En un reciente documento de trabajo del FMI[17], se propone tomar en consideración, con vistas a la revisión del régimen existente en la UE, los siguientes instrumentos, actualmente previstos en una serie de regímenes nacionales[18]:

– competencias para facilitar o promover la adquisición del banco en dificultades o de su actividad por entidades del sector privado;

– competencias para transferir la actividad de un banco en dificultades a un «banco puente» de carácter temporal, a fin de que siga operativo, con el propósito de venderlo a un comprador del sector privado;

---

16 No obstante, las medidas de saneamiento o liquidación que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/24/CE se aplican a las *sucursales* (pero no a las filiales) de entidades de crédito en otros Estados miembros.

17 Documento de trabajo del FMI, WP/09/200, «The Need for Special Resolution Regimes for Financial Institutions – The Case of the European Union», de Martin Cihák y Erlend Nier.

18 En otros países, estas competencias existen, pero implícitamente. Las autoridades judiciales pueden hacer uso de ellas en los procedimientos de insolvencia.

– competencias para separar los activos «sanos» de los activos «tóxicos», distribuyéndolos entre bancos «sanos» y bancos «tóxicos» mediante una cesión parcial de activos y pasivos.

Tales instrumentos pueden comportar ayudas estatales, por lo que deben concebirse y aplicarse de modo que resulten coherentes con el régimen de ayudas estatales de la UE[19].

Otros países gestionan el saneamiento de los bancos con arreglo a un régimen de administración especial, en el que un administrador designado por la autoridad nacional competente asume el control de la gestión del banco en graves dificultades, y estudia la forma de reestructurarlo. Esta medida podría ser también adecuada en el contexto de un régimen comunitario, si bien las condiciones umbral y el momento de actuación adecuados pueden ser diferentes (véase el apartado 4.4).

¿Cuáles han de ser los instrumentos esenciales de un régimen de resolución de la UE?

4.4. Condiciones umbral y momento oportuno para el uso de los instrumentos

En un régimen de resolución de la UE, es esencial que, antes de que se activen las competencias de intervención, se den una serie de «condiciones límite». Ello facilitará la actuación coordinada de las autoridades nacionales, reducirá el riesgo de impugnación y aportará seguridad jurídica a los accionistas y acreedores por lo que atañe a las circunstancias en que pueden adoptarse medidas. Toda intervención que afecte a los intereses y derechos de los accionistas y los acreedores ha de ser conmensurada con la gravedad de los problemas de la entidad y estar presidida por motivaciones legítimas de interés público.

En aras del interés público, la intervención debe poder tener lugar antes de que la situación de insolvencia del banco se refleje en su balance, es decir, antes de que el banco haya alcanzado el umbral pertinente a efectos de los procedimientos ordinarios de insolvencia. Si las autoridades no pueden intervenir de forma determinante para proteger el interés público antes de que el banco sea técnicamente insolvente, las posibilidades efectivas de estabilización y resolución se verán mermadas, o aumentarán los fondos públicos necesarios para ayudar a que ello suceda. En un régimen comunitario, las condiciones umbral deben ser tales que permitan intervenir en un momento adecuado, siendo a la vez lo suficientemente rigurosas como para garantizar que una intervención que se interfiera con los derechos de los interesados esté justificada. Esto puede probablemente lograrse con la conjunción de umbrales legales basados en un análisis de supervisión que constate que una entidad no satisface las condiciones legales básicas, y consideraciones de interés público más generales basadas, por ejemplo, en la estabilidad financiera y la continuidad de los servicios bancarios.

¿Qué condiciones umbral se consideran adecuadas para el uso de instrumentos de resolución?

4.5. Alcance del régimen de resolución bancaria

Si se establece un nuevo régimen, éste habrá de aplicarse a todas las entidades de crédito que formen parte de un grupo transfronterizo. Las sucursales transfronterizas deben estar incluidas, pues la experiencia ha demostrado que los bancos que operan a través de sucursales transfronterizas pueden también plantear riesgos reales para la estabilidad financiera de los

[19] En relación con la actual crisis financiera, la Comisión ha adoptado una serie de directrices aplicables en esta situación excepcional de emergencia.

Estados miembros en los que el volumen de depósitos de las sucursales sea significativo[20]. Por otra parte, como los grupos bancarios a menudo incluyen entidades que realizan actividades de inversión y otros servicios financieros, cuyas crisis pueden también conllevar riesgos sistémicos para el sistema financiero, parece lógico que un posible régimen de resolución comunitario armonizado se aplique también a las empresas de inversión y, tal vez, a las empresas de seguros[21]. La liquidación de Lehman Brothers y la perturbación que ello ocasionó en el mercado[22], entre otras cosas por la incertidumbre en cuanto a la radicación y consideración de los activos de los clientes, y en cuanto a las posiciones contractuales de las contrapartes de Lehman y la consideración de sus transacciones pendientes, ha demostrado claramente que se necesitan también medidas para gestionar las dificultades graves de empresas de inversión.

Ahora bien, las medidas de resolución adecuadas para los bancos que aceptan depósitos no necesariamente serán adecuadas para otro tipo de entidades financieras. Por ejemplo, la competencia para ceder activos y pasivos a un «banco puente» puede ser adecuada para dichos bancos por la índole de sus actividades y los objetivos de las medidas de resolución, pero sería menos idónea para los bancos de inversión, ya que, en este caso, las medidas de resolución perseguirían fundamentalmente solucionar los problemas y la inseguridad con respecto a la negociación, la compensación y liquidación, las garantías y la custodia de los activos de los clientes.

¿Qué alcance debería tener un régimen de resolución comunitario? ¿Debería aplicarse sólo a los bancos que aceptan depósitos (y no a cualquier otra entidad financiera regulada)?

En caso afirmativo, ¿debería aplicarse sólo a los grupos bancarios transfronterizos o también a las entidades individuales que operen transfronterizamente a través de sucursales?

4.6. Derechos de los accionistas en los procedimientos de resolución bancaria

Accionistas

Disponer de un marco sólido que regule los derechos de los accionistas es esencial para la buena gobernanza empresarial y para la libre circulación de capitales. Este es el caso, en especial, de los bancos que son sociedades anónimas que cotizan en bolsa ya que sus acciones cotizarán y se negociarán en los mercados de capitales. Es preciso llegar a un equilibrio entre la protección legítima de los intereses de los accionistas y la capacidad de las autoridades de resolución para intervenir de forma rápida y determinante con vistas a reestructurar una

[20] Este fue el caso de la crisis bancaria islandesa.

[21] Las empresas de inversión no están sujetas a la Directiva de saneamiento y liquidación, ni al Reglamento de la CE sobre insolvencia. En cambio, las aseguradoras están sujetas a la Directiva 2001/17/CE relativa al saneamiento y liquidación de las compañías de seguros, que establece el reconocimiento mutuo y la coordinación del procedimiento de insolvencia del Estado miembro de origen en relación con sucursales de una aseguradora en otros Estados miembros.

[22] Por ejemplo, la incertidumbre en cuanto a la importancia de las exposiciones de otras entidades financieras frente a Lehman provocó la caída de la cotización de las acciones del sector bancario a escala mundial, al tiempo que el rescate de participaciones en fondos del mercado monetario de EE.UU. que se creía habían invertido papel comercial de Lehman llevó a dichos fondos a liquidar rápidamente su inversiones en papel comercial estadounidense en un contexto de mercado a la baja.

entidad o un grupo en dificultades graves, al objeto de reducir al mínimo el contagio y garantizar la estabilidad del sistema bancario en los Estados miembros afectados.

La legislación europea establece una serie de disposiciones de obligado cumplimiento que confieren derechos a los accionistas. Entre otros, derechos preferentes, y la exigencia de que todo incremento o reducción del capital en acciones emitido sea autorizado por los accionistas en la Junta General. Los accionistas gozan de derechos mínimos equivalentes en la UE, mientras la sociedad funcione normalmente. Los derechos otorgados a los accionistas en virtud de la legislación comunitaria no representarían habitualmente un obstáculo para la adopción de medidas de saneamiento en el contexto de un procedimiento ordinario de insolvencia. Tales derechos no plantearían tampoco necesariamente problemas en el marco de un proceso de resolución bancaria que favorezca un planteamiento gradual destinado a alentar a los accionistas a autorizar medidas de reestructuración, y que prevea el plazo necesario para cumplir este requisito. La dificultad surge cuando el saneamiento se realiza a través de un proceso de resolución bancaria en el que las medidas vienen impuestas, sin autorización previa de los accionistas. En este caso, la naturaleza vinculante de los derechos otorgados en virtud de las Directivas sobre Derecho de sociedades de la UE pueden minar los esfuerzos de las autoridades por gestionar prontamente una crisis bancaria. En consecuencia, puede ser necesario adaptar esas Directivas. Los ajustes deben ser de carácter tal que garanticen que las autoridades nacionales puedan intervenir rápidamente en determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando se den ciertas condiciones o factores determinantes, sin que sea preciso pedir autorización al accionista, a fin de mantener la continuidad de los servicios esenciales prestados por el banco y reducir al mínimo el efecto sistémico de sus graves dificultades, por ejemplo, promoviendo su adquisición por entidades del sector privado.

Del mismo modo, toda posible cesión de propiedad o de activos de un banco en dificultades sin la autorización previa de los accionistas deberá respetar el derecho de propiedad de éstos en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Si entre los derechos afectados figuran derechos otorgados por la legislación comunitaria, habrá que prever mecanismos de reclamación y de indemnización.

Los accionistas tienen derecho a no ser despojados de sus acciones o a que el valor de estas no disminuya, salvo si la intervención responde a motivos de interés público y tiene lugar conforme a las condiciones previstas en la normativa y el Derecho internacional. La inseguridad sobre si las condiciones en que se hace la intervención logran un equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la colectividad y la obligación de proteger los derechos fundamentales de los accionistas individuales puede conllevar el riesgo de que las medidas de resolución sean impugnadas, en cualesquiera casos individuales, ante los tribunales nacionales y europeos.

Acreedores y contrapartes

Los instrumentos de resolución bancaria que impliquen la cesión de activos pueden también interferirse con los derechos de los acreedores y de las contrapartes del mercado, por lo que un posible régimen de resolución de la UE debería prever las oportunas salvaguardias para proteger esos intereses. Entre las salvaguardias de los acreedores podrían figurar, por ejemplo, mecanismos de indemnización que garanticen que ningún acreedor quede en peor situación que si el banco hubiera sido objeto de liquidación al amparo de la legislación sobre insolvencia aplicable. En cuanto a las contrapartes del mercado, las salvaguardias podrían incluir restricciones dirigidas a evitar distorsiones en los mecanismos de compensación (*set*

off) y liquidación por compensación (*netting*), derechos sobre activos (*security interests*) y acuerdos de financiación estructurada.

¿Es necesario prever excepciones a ciertas obligaciones impuestas por las Directivas sobre Derecho de sociedades de la UE? En caso afirmativo ¿qué condiciones o factores determinantes harían aplicables las excepciones? ¿Qué mecanismos de salvaguardia, recurso o indemnización serían apropiados en relación con los accionistas, los acreedores y las contrapartes?

4.7. Aplicación de medidas de resolución a un grupo bancario

La presente Comunicación se centra principalmente en los bancos transfronterizos. Si una entidad jurídica independiente desarrolla su actividad transfronteriza por medio de sucursales, deberían aplicarse los principios de la Directiva sobre liquidación, haciendo extensivas las medidas adoptadas en el Estado miembro de origen del banco a las sucursales en otros Estados miembros. Esto puede comportar cambios legislativos, pues no está claro que las medidas de resolución bancaria de la UE encajen en el ámbito de la Directiva sobre liquidación.

Sin embargo, aún más compleja resulta la aplicación de medidas de resolución de crisis a entidades vinculadas de un grupo bancario. En términos generales, puede decirse que, si la UE desea superar el marco nacional de gestión de las crisis y la comprensible propensión a segregar los activos, existen dos planteamientos posibles. En primer lugar, establecer disposiciones para la coordinación de las medidas, que seguirían siendo aplicadas por los Estados miembros. El segundo planteamiento permitiría desarrollar el mercado interior y consistiría en prever la resolución integrada de las crisis de entidades del grupo situadas en distintos territorios a través de una autoridad única encargada de dicha resolución.

La Comisión considera que vale la pena plantearse la viabilidad de una autoridad única de resolución, responsable de la resolución de la crisis de un grupo transfronterizo, designada conforme a ciertas normas, que lleve el liderazgo en la búsqueda de soluciones.

Si la opción de designar a una autoridad europea de resolución no se considerara viable, sería necesario, como mínimo, que las medidas nacionales de resolución que afecten a un grupo bancario transfronterizo se coordinen.

La resolución transfronteriza a partir de la coordinación de las medidas nacionales vendría a reforzar los mecanismos vigentes, sin alejarse radicalmente de ellos. El Memorando de Acuerdo sobre Estabilidad Financiera[23], aprobado en junio de 2008, estaba en vigor durante la crisis, pero no aportó una base suficiente o útil para la cooperación entre Estados miembros. La resolución ordenada de la crisis de un banco transfronterizo será más factible si existe un régimen comunitario estructurado y jurídicamente vinculante en el que se cimenten los mecanismos de cooperación durante la crisis. Asimismo, la instauración de mecanismos de financiación de la resolución transfronteriza del tipo descrito en el apartado 4.8 incrementaría probablemente la eficacia de la coordinación por el incentivo que ello supone.

[23] Memorando de Acuerdo sobre cooperación entre las autoridades de supervisión financiera, los Bancos Centrales y los Ministerios de Hacienda de la Unión Europea en materia de estabilidad financiera transfronteriza (1 de junio de 2008).

Ahora bien, en un sistema de cooperación y coordinación, la resolución de crisis de un grupo bancario se llevaría a cabo necesariamente a escala de cada entidad jurídica y de conformidad con el régimen nacional aplicable. Esta resolución por entidad, aun cuando se haga coordinadamente, no necesariamente permitirá que el saneamiento sea el más eficaz posible. Por otra parte, un planteamiento de este tipo no responde a la realidad comercial del sector bancario de la UE, esto es, un sector integrado en el contexto del mercado único. Los grupos bancarios son cada vez más intradependientes, tanto funcional como comercialmente, a menudo centralizan la gestión de la liquidez de modo tal que los activos se entremezclan, y su organización y funcionamiento refleja los ramos de actividad, y no su estructura jurídica.

Estos extremos sólo pueden abordarse plenamente mediante un régimen de resolución estructuralmente más integrado, quizás a través de una autoridad principal (designada con arreglo a disposiciones claras prefijadas) encargada de dirigir la resolución de la crisis de cada grupo en particular. Esta autoridad, en colaboración con las autoridades nacionales pertinentes, aplicaría las medidas de resolución comunitarias en cada territorio afectado. Este enfoque, sin duda ambicioso, difícilmente podrá ser eficaz o viable sin un régimen de insolvencia de los grupos bancarios más integrado. Este punto se analiza en el apartado 5.

¿De qué modo podría mejorarse la cooperación y la comunicación entre las autoridades y los administradores responsables de resolver las crisis o gestionar la insolvencia de un grupo bancario transfronterizo?

¿Es conveniente y viable la resolución integrada a través de una autoridad europea de resolución para los grupos bancarios?

Si la opción de designar a una autoridad europea de resolución no se considerara viable, sería necesario, como mínimo, que las medidas nacionales de resolución de crisis que afecten a un grupo bancario transfronterizo se coordinen.

4.8. Financiación de una resolución transfronteriza

Financiación del sector privado

En todo régimen de resolución transfronteriza de crisis es esencial prever mecanismos de financiación. Como principio básico, es necesario prever mecanismos de financiación privada o soluciones que pasen por el sector privado, a fin de que los costes de las dificultades graves de un banco no deban recaer sobre los contribuyentes (véase el apartado 4.2). Por otra parte, cabe señalar que, en el marco del mercado interior, la inexistencia de tales mecanismos limita la gama de instrumentos de resolución que las autoridades pueden utilizar en un contexto transfronterizo. Esto puede hacer que las autoridades no apliquen la solución más eficaz, y generar costes agregados más elevados para cada Estado miembro afectado. Involucrar al sector privado en la resolución bancaria es normalmente conveniente, pero esa posibilidad disminuye rápidamente a medida que se ahonda la crisis.

Sería conveniente estudiar la posibilidad de crear mecanismos *ex-ante* que puedan garantizar la disponibilidad de fondos del sector privado en periodos de crisis. Entre las funciones de los sistemas de garantía de depósitos podría figurar la posibilidad de financiar medidas de resolución. La ventaja de ello sería que el sector bancario contribuiría directamente a garantizar su propia estabilidad. Sin embargo, esto no debe impedir que se indemnice a los depositantes minoristas en los casos de quiebra de bancos. En su análisis del funcionamiento

de los sistemas de garantía de depósitos, que presentará a principios de 2010, la Comisión examinará el uso de dichos sistemas en el contexto de la crisis. Por otra parte, tal como lo están haciendo algunos Estados miembro, la Comisión podría explorar la idea de crear un fondo para la resolución de crisis, que podría nutrirse de tasas aplicadas al sector, las cuales podrían ponderarse en función del tamaño de la entidad o de su actividad de mercado.

Asimismo, cabría plantearse disposiciones que faciliten la financiación intragrupo una vez iniciado el procedimiento de insolvencia. En el contexto de sus trabajos sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en situación de insolvencia, la CNUDMI/UNCITRAL[24] está estudiando cómo facilitar que la empresa en proceso de saneamiento o liquidación prosiga su actividad, garantizando, para ello, el acceso a financiación.

Por último, el riesgo de que las medidas de resolución adoptadas puedan, posteriormente, ser anuladas como consecuencia de recursos legales, puede hacer que disminuya considerablemente el deseo de entidades del sector privado de invertir en la adquisición de activos o de adquirir la totalidad o una parte del banco en dificultades. Por tanto, un régimen que confiera seguridad jurídica a las medidas adoptadas facilitará probablemente las soluciones enfocadas al sector privado.

Reparto de la carga

Como han puesto de relieve claramente los recientes acontecimientos, las soluciones enfocadas al sector privado no siempre serán posibles. Es preciso, pues, esforzarse por establecer principios sobre cómo han de repartirse las cargas financieras entre Estados miembros en los casos de aplicación de medidas de resolución a grupos bancarios transfronterizos. Es necesario avanzar rápida y urgentemente hacia el establecimiento de obligaciones nítidas entre Estados miembros de cara a un reparto equitativo de los costes presupuestarios de las medidas de resolución[25]. No cabe subestimar la importancia de lograr avances concretos a este respecto. Por el momento, no sería conveniente intentar elaborar fórmulas *ex ante* detalladas para la distribución de los costes de las operaciones públicas transfronterizas de rescate. Sin embargo, los Estados miembros deberían saber si, en principio, tendrán que contribuir, de qué modo se hará el reparto de costes, quién sería responsable de iniciar el debate sobre el reparto de costes y quién coordinaría este debate[26]. Además, habría que estudiar posibles derechos recíprocos –acceso a la información, etc.- para los Estados miembros que acepten la obligación de compartir los costes. Sería necesario establecer, a modo de garantía, un acuerdo previo que recogiera los principios aplicables para un reparto equitativo de los costes; este acuerdo garantizaría los incentivos necesarios para que las autoridades afectadas cooperen en el contexto del régimen de prevención y resolución de crisis. De no realizarse progresos a este respecto, correrían grave peligro los principios

---

[24] Grupo de Trabajo V de la CNUDMI/UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)

[25] En un reciente informe dirigido al Comité Económico y Financiero, se recomendaba que las disposiciones de la UE sobre estabilidad financiera previeran acuerdos previos voluntarios para el reparto de costes en el caso de los grupos financieros transfronterizos; estos acuerdos se basarían en cláusulas generales para toda la UE, y los grupos sobre estabilidad transfronteriza, de reciente creación, desempeñarían un papel esencial en la supervisión de su aplicación (*Lessons from the financial crisis for European financial stability arrangements*, Grupo de Alto Nivel del CEF sobre Acuerdos/Mecanismos para la Estabilidad Financiera Transfronteriza, julio de 2008).

[26] Lógicamente, tales medidas deben respetar las normas sobre ayudas estatales.

fundamentales del Tratado sobre libre establecimiento, libre prestación de servicios y libre circulación de capitales.

¿Cuál sería la mejor manera de garantizar financiación transfronteriza para las medidas de resolución bancaria? ¿Qué espacio correspondería a la financiación específica del sector privado?

¿Sería práctico crear mecanismos de financiación antes de las crisis? En caso negativo, ¿cuáles serían las mejores soluciones enfocadas al sector privado? ¿Se puede aportar más claridad en lo que atañe al reparto de costes? En caso afirmativo, ¿definir los principios del reparto de costes sería la prioridad fundamental?

5. INSOLVENCIA

Actualmente, toda liquidación en el contexto de la resolución se lleva a cabo necesariamente de conformidad con los procedimientos nacionales de insolvencia, y toda posible cooperación entre diferentes autoridades y agentes nacionales responsables en materia de insolvencia es de carácter voluntario[27]. La cooperación entre autoridades nacionales de insolvencia es, a menudo, difícil e imperfecta, y no resulta eficaz en el caso de los conglomerados financieros, los *holdings* y los grupos financieros organizados con arreglo a ramos de actividad[28].

Así pues, un régimen comunitario de resolución bancaria debe fundamentarse, como mínimo, en disposiciones vinculantes sobre cooperación e intercambio de información entre los tribunales y agentes responsables de aplicar los procedimientos de insolvencia en relación con entidades vinculadas de un grupo bancario. Entre las demás opciones que cabría estudiar figura la de prever que los procedimientos nacionales estén coordinados por un «administrador principal».

Tratamiento integrado de los grupos de sociedades

Sin embargo, sería conveniente impulsar un tratamiento más integrado de los grupos de sociedades en situación de insolvencia. Esto puede comportar que, en circunstancias claramente delimitadas, el grupo se considere una sola empresa, a fin de superar la falta de equidad y la ineficacia del tradicional enfoque por entidad. La legislación de algunos Estados miembros ya prevé técnicas en este sentido, pero su aplicación se restringe necesariamente a entidades situadas en el mismo país y sujetas a un mismo régimen de insolvencia. Si se dispusieran medidas similares en el contexto de procedimientos de insolvencia aplicados a grupos bancarios transfronterizos, sería necesario considerar la existencia de diversos

---

[27] La Directiva 2001/24/CE relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito prohíbe aplicar a las sucursales medidas de insolvencia diferentes al amparo de la legislación del Estado de acogida. Establece el reconocimiento mutuo de los procedimientos y la coordinación de los mismos bajo el control del país de origen, impone un planteamiento de entidad única, según el cual la totalidad del activo y del pasivo del banco «principal» y de sus sucursales son objeto de saneamiento o liquidación como si se tratara de una entidad jurídica única, aplicando –con algunas excepciones que establece la Directiva- la legislación del Estado de origen. Sin embargo, esta Directiva no prevé la consolidación de los procedimientos de insolvencia en el caso de entidades jurídicamente independientes dentro de un grupo bancario y no intenta armonizar las legislaciones nacionales sobre insolvencia.

[28] La complicada y prolongada situación de insolvencia de Lehman Brothers ilustra claramente las dificultades a que se enfrentan los administradores en los procedimientos de liquidación complejos.

regímenes de insolvencia, con diferentes normas sustantivas sobre, por ejemplo, las competencias en materia de prioridad y nulidad.

Un régimen comunitario de insolvencia armonizado aplicable a los bancos

El recurso a técnicas dirigidas a lograr un tratamiento más integrado de los grupos en situación de insolvencia podría ayudar a solventar en parte la falta de equidad que puede producirse al liquidar grupos bancarios muy integrados entidad por entidad. Cada vez son más las voces tanto profesionales como académicas que consideran que los regímenes de insolvencia que tratan las entidades por separado no son adecuados para estructuras societarias complejas en las que la forma no se corresponde con la función, y estiman que es preciso estudiar la armonización de las normas de insolvencia a escala internacional. Sin esta armonización, reestructurar un grupo bancario transfronterizo seguirá siendo difícil.

La dificultad y el carácter sensible de esta labor no deben infravalorarse. La legislación en materia de insolvencia está estrechamente conectada con otros ámbitos de la legislación nacional, como el Derecho patrimonial, y el Derecho mercantil y contractual, y las normas sobre prioridad pueden ser reflejo de la política social aplicada. La incorporación de conceptos de ámbito nacional, como «fideicomisos» (*trusts*) o «garantías flotantes» (*floating charges)*, a un código unificado resultaría compleja.

Un proyecto de este tipo podría adoptar la forma de un régimen de insolvencia independiente completo aplicable, en sustitución de los regímenes nacionales habituales, en los casos de saneamiento y liquidación de grupos bancarios transfronterizos en la UE. Puede considerarse que este régimen sólo solventaría plenamente los problemas que plantea el enfoque por entidad aplicado en la legislación nacional sobre insolvencia si permitiera un tratamiento integrado de las entidades del grupo. Es necesario ponderar cuidadosamente la conveniencia de aplicar un régimen de esta índole, y, en su caso, en qué medida ha de ser o no facultativo cuando se trate de grupos bancarios transfronterizos de importancia sistémica. La imposición de un nuevo régimen de insolvencia comunitario a las entidades existentes plantearía problemas transitorios, entre ellos los efectos del mismo sobre los acreedores y las contrapartes.

¿Es necesario un régimen de insolvencia más integrado para los grupos bancarios? En caso afirmativo, ¿en qué debería consistir?

¿Debería existir un régimen independiente y completo para los bancos transfronterizos?

6. SEGUIMIENTO

La Comisión solicita opiniones generales y observaciones detalladas sobre los extremos analizados en la presente Comunicación que debería presentarse, a más tardar el 20 de enero de 2010. En el documento adjunto a la presente Comunicación, elaborado por los servicios de la Comisión, se analizan más en detalle los temas en ella abordados, y se formulan preguntas específicas al respecto.

La Comisión prevé organizar una audiencia pública a principios de 2010 con el objetivo de presentar los resultados de la consulta y explicar de qué manera se propone actuar. Esto desembocará en la elaboración de una hoja de ruta de posteriores iniciativas sobre la intervención temprana, las medidas de resolución y la insolvencia, al objeto de implantar un régimen de gestión de crisis que garantice que, en el futuro, todas las autoridades competentes

coordinen eficazmente sus actuaciones y dispongan de los instrumentos adecuados para intervenir rápidamente con el fin de gestionar las dificultades graves de un banco.