

## UN NUEVO PASO EN LA REFORMA FINANCIERA: ANÁLISIS CRÍTICO DEL REAL DECRETO-LEY 2/2012

FRANCISCO SAN MIGUEL BARBÓN

Abogado (\*)

### Un nuevo paso en la reforma financiera: análisis crítico del Real Decreto-ley 2/2012

*El Real Decreto-ley 2/2012 supone un nuevo paso en el proceso de reformas del sistema financiero español que ha tenido lugar como consecuencia de la crisis. Como sucedió con reformas previas, la norma regula diversas cuestiones relacionadas con el sistema financiero. El elemento básico es la obligación de provisionamiento de los activos inmobiliarios por encima de los importes actualmente existentes, que pretende eliminar las incertidumbres de los mercados sobre las pérdidas latentes en las entidades españolas. Se incluyen, además, medidas destinadas a potenciar la consolidación del sistema financiero, mejoras del régimen de las cajas de ahorros en ejercicio indirecto y una nueva regulación de la retribución de los administradores y directivos de entidades que hayan recibido apoyos públicos.*

### A further step in the financial system reforms: analysis of Royal Decree Law 2/2012

*Royal Decree-law 2/2012 represents a new step in a series of reforms of the Spanish financial system which have been put forward as a response to the crisis. As it happened with previous reforms, the new regulation tackles various issues relating to the financial system. The main measure entails strengthening the provisioning obligations related to impairments of real estate assets above the currently existing levels and tries to address doubts in the market on the potential losses hidden in Spanish banks' balance sheets. Other provisions are designed to foster further consolidation among credit entities, improve the rules applicable to savings banks operating indirectly through banks and set forth new rules on the remuneration of directors and officers of banks benefiting from public support.*

## 1 · INTRODUCCIÓN

El pasado 4 de febrero se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto-ley 2/2012, de saneamiento del sector financiero (el «RDL 2/2012»), que se une a la ya abultada lista de reformas del sector financiero realizadas en los últimos años<sup>1</sup>. Según la propia exposición de motivos de la norma, el nuevo régimen aborda un aspecto de las debilidades de las entidades de crédito españolas no tratado por las reformas previas, como es el del saneamiento de sus balances. Las reformas antes citadas se ocuparon, en esencia, de garantizar la liquidez de las entidades de crédito (fondo para la adquisición de activos financieros), de fomentar la consolidación del sector financiero mediante el otorgamiento de ayudas públicas (creación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria —«FROB»—

por el RDL 9/2009)<sup>2</sup>, de profesionalizar la gestión de las cajas de ahorros y fomentar su sometimiento a la disciplina de mercado (RDL 11/2010) y de aumentar la solvencia de las entidades (RDL 2/2011). Aunque no siempre declarado, buena parte de esas reformas tenían como principal objetivo la reconfiguración del sistema español de cajas de ahorros, tanto por las tradicionales críticas sobre su falta de profesionalidad y sometimiento al poder político como por sus dificultades estructurales para la captación de capital con el que cubrir las pérdidas sufridas en su cartera crediticia y de activos derivadas de la crisis económica. El resultado de esas reformas sería un sistema financiero más profesional, compuesto principalmente por bancos<sup>3</sup>, suficientemente capitalizado y con posibilidad

\* Del Área del Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

<sup>1</sup> Entre las más importantes con rango legal podemos citar el Real Decreto-ley 6/2008, de 10 de octubre, que crea el fondo para la adquisición de activos financieros, el Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, de reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (el «RDL 9/2009»), que ha sido posteriormente modificado en varias ocasiones, el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros (el «Real Decreto-ley 11/2010»), y el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero (el «Real Decreto-ley 2/2011»).

<sup>2</sup> Aprovechando también para desarrollar los procedimientos de intervención y apoyo a entidades no viables.

<sup>3</sup> A partir del RDL 11/2010 y, sobre todo, del RDL 2/2011, la mayoría de las cajas de ahorros se vieron abocadas a segregar su actividad financiera a un banco, bien como instrumento para la creación de un sistema institucional de protección, o bien como requisito previo a la obtención de ayudas públicas. Posteriormente, incluso las cajas que permanecieron en solitario y sin apoyos públicos en forma de capital han pasado a realizar su actividad financiera a través de bancos, subsistiendo únicamente alguna entidad de tamaño mínimo y ámbito local que continúa operando como caja de ahorros. Por ello, y a pesar de existir un tercer grupo de entidades de crédito de carácter pleno y con una naturaleza propia, como son las cooperativas de crédito (amén de las diversas entidades de crédito de ámbito ope-

de acceso a los mercados de capitales para la captación de recursos propios adicionales en caso de ser necesario.

En la segunda mitad de 2011 reaparecieron las dudas sobre los mercados de deuda soberana en Europa, lo que, entre otros factores, incrementó a su vez las dudas sobre la solvencia de las entidades de crédito como consecuencia de las relevantes carteras de deuda soberana con que la mayoría de ellas cuenta. En España, se añade a estos temores el consenso relativamente extendido de que las exposiciones de los bancos al sector inmobiliario se encuentran también sobrevaloradas, lo que dificulta aún más la financiación de las entidades en el mercado, así como la captación de recursos propios para acometer procesos de recapitalización.

En este contexto, el principal objetivo del RDL 2/2012, al que debe su nombre, es el saneamiento de los balances de las entidades de crédito. Ello supone un cambio de enfoque respecto de los Reales Decretos-leyes 9/2009 y 2/2011. No se trata ya de incrementar los recursos propios de los bancos para que tengan un colchón suficiente que les permita hacer frente a posibles pérdidas en su activo, sino de «limpiar» ese activo, ajustándolo a su valor real. Con ello, cree el legislador, se facilitará la financiación de las entidades de crédito y estas retomarán su actividad crediticia, sensiblemente disminuida en los últimos años.

Este ejercicio de saneamiento se concreta en exigir a las entidades de crédito la dotación de nuevas provisiones respecto de sus activos ligados al sector inmobiliario, en los que se estima que se concentra el grueso de las pérdidas latentes de los bancos. Además, y completando esta labor de limpieza de los balances, se establece una exigencia adicional de reforzamiento de los fondos propios, calculada también en función de esas exposiciones inmobiliarias.

Además de la finalidad principal indicada, el RDL 2/2012 persigue otros objetivos, que se concretan básicamente en los siguientes:

- (i) Continuar fomentando la concentración del sector bancario, para conseguir la reducción de su sobredimensionamiento y la mejora de su eficiencia. A tal efecto, se alarga el plazo para el

cumplimiento de las nuevas exigencias de saneamiento de los balances a aquellas entidades que participen en procesos de integración y se prevén nuevas ayudas del FROB a dichos procesos.

- (ii) Desarrollar el régimen de las cajas de ahorros que se encuentran en ejercicio indirecto por haber segregado su actividad financiera a bancos, incluyendo ciertas mejoras en materia de gobierno corporativo y simplificaciones de su estructura y exigencias regulatorias.

- (iii) Establecer restricciones a la retribución de los administradores y directivos de entidades que hayan recibido apoyos financieros públicos (esencialmente, los bancos creados por cajas de ahorros), en lo que resulta una reacción a la inquietud generada en determinados sectores sociales tras el conocimiento de las remuneraciones percibidas por algunos antiguos administradores y directivos de tales entidades.

Cada uno de los objetivos descritos es objeto esencialmente de uno de los cuatro títulos en que se divide el RDL 2/2012.

## **2 · MEDIDAS DE SANEAMIENTO DE BALANCES Y REFORZAMIENTO DE LA SOLVENCIA EN RELACIÓN CON LAS EXPOSICIONES INMOBILIARIAS**

Como se ha adelantado, las medidas que persiguen el objetivo principal del RDL 2/2012 son de dos tipos. Por un lado, una provisión contable y, por otro, una exigencia de contar con un colchón de capital adicional, en ambos casos referidas a los activos inmobiliarios que las entidades tienen en sus balances.

La provisión contable, a su vez, se divide en dos, una provisión que podemos denominar específica y otra que podemos denominar genérica (que no debe confundirse con la tradicional provisión genérica —o anticíclica— exigida por la normativa de solvencia española y que ha constituido históricamente una particularidad de esta frente a las de otros países). La provisión específica pretende reflejar el menor valor de los activos crediticios deteriorados ligados a la actividad inmobiliaria que figuran en los balances de los bancos, así como de los activos inmobiliarios propiamente dichos que figuran en dichos balances, ya sea por habérselos adjudicado el banco en un procedimiento de ejecución o por haberlos recibido voluntariamente en pago de deudas de clientes. Por su parte, la provisión gené-

---

rativo limitado, como, por ejemplo, los establecimientos financieros de crédito), en este artículo utilizaré el término banco para referirme con carácter general a las entidades de crédito.

rica tiene naturaleza preventiva, dado que impone a los bancos la dotación de una provisión por deterioro respecto de activos crediticios ligados a la actividad inmobiliaria que, conforme a la normativa contable, no han sufrido aún deterioro alguno (esto es, que están calificados contablemente como normales, conforme a las reglas del Anejo IX de la Circular 4/2004, del Banco de España). En otras palabras, el legislador asume que, aunque esos activos aún no se han deteriorado, es previsible que lo hagan a corto plazo, por lo que exige desde este momento que su valor se corrija en el importe del previsible deterioro mediante la correspondiente provisión.

A continuación revisaremos separadamente el contenido de las medidas apuntadas, así como las principales cuestiones que plantean. Posteriormente, haremos alguna mención al plazo en el que las entidades de crédito deben cumplir con las nuevas exigencias y las posibilidades de prórroga en caso de producirse integraciones entre entidades.

## 2.1 · Provisión específica

El artículo 1.1 del RDL 2/2012 obliga a que las entidades de crédito realicen dotaciones de provisiones adicionales a las ya existentes hasta que los activos crediticios e inmobiliarios a los que resultan aplicables cuenten con las coberturas mínimas que se establecen en el Anexo I de esa norma, y que son distintas en función de los tipos de activos, del grado de terminación de las promociones financiadas, de la calificación de los correspondientes créditos y de su antigüedad en balance. En aplicación de esta nueva exigencia, así como de la de dotar la provisión genérica que más adelante se desarrolla, el Banco de España dictó el pasado 29 de febrero la Circular 2/2012, por la que se modifica la Circular 4/2004 (circular contable) para incluir en el Anejo IX de esta las nuevas coberturas mínimas exigidas, mediante la adición de una nueva sección V. La redacción de esta nueva sección es idéntica a la del RDL 2/2012, con alguna diferencia menor a la que se hará referencia más adelante. Adicionalmente, la exposición de motivos de la Circular sirve también para aclarar algunas cuestiones sobre el funcionamiento de las provisiones genérica y específica.

El ámbito de aplicación de la provisión específica plantea algunas cuestiones. Establece el artículo 1.1 del RDL 2/2012 que dicha provisión deberá realizarse respecto de «*las financiaciones y activos adjudicados o recibidos en pago de deudas relacionados con el*

*suelo para promoción inmobiliaria y con las construcciones o promociones inmobiliarias, correspondientes a la actividad en España de las entidades de crédito, tanto existentes a 31 de diciembre de 2011 como procedentes de la refinanciación de los mismos en una fecha posterior, y que a la referida fecha tuvieran una clasificación distinta de riesgo normal*».

(i) Los tipos de activos a provisionar son, por tanto, las financiaciones relacionadas con el suelo para promoción inmobiliaria o con construcciones o promociones inmobiliarias, así como los activos inmobiliarios propiamente dichos (suelo, construcciones o promociones).

(ii) Respecto de las financiaciones, deben provisionarse aquellas que, conforme al Anejo IX de la Circular 4/2004 tengan la calificación de subestándar o de dudosas (ya sea por morosidad o por otra circunstancia).

(iii) La provisión se aplica de una sola vez. El RDL 2/2012 no ha introducido una obligación genérica de provisionar los nuevos activos de los indicados en el apartado (i) que vayan adquiriendo los bancos, sino que se predica de un conjunto definido de activos: los existentes a 31 de diciembre de 2011.

(iv) Sin embargo, la obligación de dotar la provisión se extiende también a los activos que, sin estar en balance a 31 de diciembre de 2011, procedan de la refinanciación posterior de otros que sí estaban en balance en esa fecha. Se trata de una regla antiabuso que pretende evitar que las entidades puedan soslayar la obligación de dotación de la provisión específica por el simple expediente de refinanciar el activo con que contaban a 31 de diciembre, sustituyéndolo por uno nuevo.

En relación con esta regla, se plantea cuál es el importe sobre el que debe calcularse el deterioro en caso de producirse una refinanciación. Si, por ejemplo, una entidad contaba con una financiación morosa a 31 de diciembre por un importe total de 100 euros y en febrero de 2012 concede al deudor una nueva financiación por importe de 200 euros con la que este repaga los 100 euros del crédito moroso, ¿debe calcularse la provisión sobre una base de 100 euros o sobre una base de 200? En mi opinión, teniendo en cuenta el carácter extraordinario de esta provisión específica y su aplicación únicamente a los activos existentes a 31 de diciembre de 2011, la provisión debería calcularse sobre el

importe del crédito a dicha fecha (en el ejemplo, sobre 100 euros).

(v) Finalmente, existe la duda de a qué se refiere el inciso «*correspondientes a la actividad en España de las entidades de crédito*» de la norma transcrita, que en la redacción de la Circular 2/2011 alude a los «*negocios en España*» en lugar de a la actividad. Cabe plantearse si la financiación debe haberse otorgado en España o a un residente en España, o si son los activos inmobiliarios financiados los que deben estar en España. Considero razonable la segunda interpretación. El RDL 2/2012 viene a responder a la realidad de la existencia en los balances de las entidades de crédito de activos inmobiliarios (o relacionados con la actividad inmobiliaria) que, tras la crisis del sector inmobiliario español, estarían sobrevalorados. Por tanto, en el caso de que un banco español hubiese concedido una financiación sindicada en relación con la construcción de un complejo hotelero en Francia, considero que tal financiación no debería quedar afectada por el RDL 2/2012.

Una vez dotada la provisión, surge la duda de si esta puede liberarse parcialmente en función de las vicisitudes del activo provisionado. Así, por ejemplo, si en una financiación de suelo para promoción inmobiliaria calificada como dudosa a 31 de diciembre (a la que corresponde una provisión del 60%) el banco se adjudica ese suelo en pago de la deuda con posterioridad a la dotación de la provisión y comienza la promoción, ¿podría liberar un 10% de la provisión a la vista de que los activos consistentes en promociones inmobiliarias en curso solo requieren una provisión del 50%? La exposición de motivos de la Circular 2/2012 ha venido a clarificar esta cuestión en sentido negativo, indicando que únicamente podrán liberarse las provisiones en la medida en que se haya producido una recuperación de las cantidades adeudadas. De este modo, las provisiones específicas constituidas por las entidades podrían liberarse únicamente en la medida en que transmitan los correspondientes activos (crediticios o inmobiliarios) o recuperen una parte de las cantidades adeudadas. En principio, una transmisión consistente en la permuta de los activos inmobiliarios provisionados por activos inmobiliarios de otra entidad sí permitiría la liberación de las provisiones en la medida en que los activos adquiridos tengan una valoración superior al valor neto de los activos transmitidos.

## 2.2 · Provisión genérica

La que hemos denominado provisión genérica, regulada en el artículo 1.2 del RDL 2/2012, supone la exigencia para las entidades de crédito de realizar una dotación por importe del 7% del saldo vivo de las financiaciones ligadas a la actividad inmobiliaria con que cuenten a 31 de diciembre de 2011 (definidas en los mismos términos comentados en el apartado anterior) y que se encuentren calificadas como riesgo normal.

Esta exigencia tiene, como ya hemos indicado, una naturaleza preventiva. El legislador ha considerado que también los créditos calificados como normales esconden ciertos deterioros, o los sufrirán en el futuro, por lo que opta por anticiparlos.

Respecto a su funcionamiento, se indica en el RDL 2/2012 que la provisión podrá utilizarse «*exclusivamente para la constitución de las coberturas específicas que resulten necesarias como consecuencia de la reclasificación posterior como activos dudosos o subestándar de cualesquiera de dichas financiaciones [las que hayan servido de base para el cálculo del importe de la provisión] o de la adjudicación o recepción de activos en pago de dichas deudas*». Se trata, por tanto, de una provisión genérica extraña, en la medida en que se refiere a un conjunto determinado y no genérico de activos y podrá utilizarse únicamente para cubrir deterioros de estos. Adicionalmente, la exposición de motivos de la Circular 2/2012 ha venido a clarificar que esta provisión no podrá liberarse parcialmente en la medida en que algunos de los activos que sirvieron de base para su cálculo sean cobrados íntegramente o vendidos sin pérdida respecto de su valor contable. Por el contrario, la provisión tiene carácter indefinido y se utilizará íntegramente para cubrir los deterioros sufridos por cualquiera de los activos con base en los que se calculó, ya sea como consecuencia de su reclasificación o de su adjudicación.

Por último, la Circular 2/2012 aclara también que esta provisión, a diferencia de la tradicional provisión genérica, no computará como recursos propios, sino que únicamente reducirá el valor de los activos ponderados por riesgo de la entidad.

## 2.3 · El buffer de capital principal

Dentro de las medidas relacionadas con las exposiciones de los bancos al sector inmobiliario, el RDL 2/2012 incluye una de carácter prudencial, consis-

tente en la exigencia de un determinado colchón (o *buffer*) de capital a las entidades incluidas en el ámbito de aplicación del RDL 2/2011, calculado en función del volumen de esas exposiciones. Se trata, por tanto, en este caso de reforzar la solvencia de las entidades, no de ajustar los valores de los activos recogidos en sus balances.

El *buffer* exigido se añadirá a las exigencias de capital principal establecidas en el RDL 2/2011. Por tanto, la cifra de capital principal exigible a las entidades de crédito será aquella que represente respecto de sus exposiciones ponderadas por riesgo un 8% o un 10%, según sea el caso, más el importe exigido por el RDL 2/2012. Dicho importe se calculará conforme a lo que establece en el Anexo II de la norma, que hace depender el *buffer* exigido del importe de las financiaciones definidas en el apartado 2.1 anterior calificadas como dudosas o subestándar y de los activos adjudicados o recibidos en pago de deudas, en ambos casos a 31 de diciembre de 2011.

El establecimiento del *buffer* de capital principal exigirá a aquellas entidades que no cuenten con un exceso de capital principal respecto del que se exige en virtud del RDL 2/2011, bien captar capital principal (en forma de acciones ordinarias o de instrumentos necesariamente convertibles), bien retener beneficios mediante la reducción de su *payout*, o bien reducir sus activos ponderados por riesgo con operaciones de gestión de balance (cesiones de créditos, operaciones de *sale and lease back*, etc.).

Conviene destacar que, a pesar de calcularse por referencia a las exposiciones inmobiliarias a 31 de diciembre de 2011, el *buffer* de capital principal no se verá afectado por las variaciones de aquellas. Es decir, a diferencia de las provisiones contables, que por su naturaleza se aplican a cubrir las pérdidas de los activos en relación con los que se constituyen o, en otro caso, se liberan, el capital principal no está directamente afecto a ninguno de los activos del banco, ni debe recalcularse en función de la evolución de las exposiciones inmobiliarias con posterioridad al 31 de diciembre de 2011. El legislador lo ha configurado como una exigencia única, aplicable en relación con la situación a un momento determinado y sin establecer un régimen de modificación posterior. Debido a la diferencia ya indicada del *buffer* respecto de las provisiones, ello implicaría que, en el improbable supuesto de que un banco recuperase íntegramente la totalidad de los créditos que a 31 de diciembre de 2011 eran dudosos o subestándar y vendiese sus activos inmobiliarios a

esa fecha sin incurrir en pérdidas, la exigencia de contar con un *buffer* calculado en función de esos activos seguiría siendo de aplicación. Cabe entender que este aparente descuido del legislador pueda obedecer a la consideración de que ese exceso de capital es conveniente en todo caso para las entidades. O bien que el extravagante ratio de capital principal, existente únicamente en España, desaparecerá a partir del 1 de enero de 2013, una vez entre en vigor el reglamento comunitario sobre los requerimientos prudenciales para las entidades de crédito y las empresas de inversión.

Por último, conviene señalar que, a diferencia de lo que suele suceder con otros *buffers* exigidos por la normativa de recursos propios, el incumplimiento por las entidades de crédito de la exigencia de contar con el *buffer* de capital principal tiene la consideración de un incumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina y, en consecuencia, supone una infracción sancionable conforme a lo previsto en ella (arts. 1.5 y 1.7 del RDL 2/2012). Habitualmente, las consecuencias de la falta de cumplimiento con un determinado *buffer* de solvencia suelen ser las restricciones a las distribuciones de dividendos por la entidad afectada u otras medidas similares, pero no constituyen una infracción sancionable.

#### 2.4 · Plazos para el cumplimiento de los nuevos requisitos

Con carácter general, el RDL 2/2012 obliga a las entidades a cumplir con las nuevas exigencias descritas en los apartados anteriores antes del 31 de diciembre de 2012, a cuyo efecto presentaron el 31 de marzo los correspondientes planes de cumplimiento que han sido aprobados por el Banco de España el pasado 17 de abril.

Sin embargo, con la finalidad antes apuntada de favorecer la consolidación del sistema financiero, el legislador ha concedido una prórroga de ese plazo para aquellas entidades que participen en procesos de integración, con un máximo de 12 meses desde la fecha en que se autorice la integración. Dicha autorización corresponde al Ministro de Economía y Competitividad. El plazo máximo prorrogado será el 30 de junio de 2013, dado que la fecha límite para la autorización de las integraciones es el 30 de junio de 2012. Se excluyen los supuestos de adquisición de entidades participadas mayoritariamente por el FROB, en los que la integración podría autorizarse con posterioridad (de las tres

entidades que se encuentran en esta situación a la fecha en que se escribe este artículo sin que haya tenido lugar un proceso de venta, solo hay una respecto de la que dicho proceso no haya comenzado).

El legislador ha optado en esta ocasión por una integración plena (esto es, en una única entidad), sin permitir que se beneficien de la prórroga del plazo las integraciones puramente contractuales (como los sistemas institucionales de protección) y tampoco las integraciones mediante compraventa pero con subsistencia diferenciada de las entidades compradora y comprada. De este modo, el artículo 2.b) del RDL 2/2012 exige que la integración se produzca a través de una operación de modificación estructural. El paradigma de este tipo de integraciones será la fusión. Sin embargo, cumplirían también el requisito de ser una modificación estructural las siguientes:

(i) Escisión a favor de otras entidades, ya sea total o parcial. En caso de escisión total, las entidades beneficiarias de cada una de las partes del patrimonio escindido se beneficiarían de la prórroga. En caso de escisión parcial (una entidad de crédito escinde una unidad económica a favor de otra, conservando el resto de su patrimonio), se plantearía la duda de si la sociedad que se escinde, en caso de continuar siendo entidad de crédito, podría beneficiarse de la prórroga del plazo<sup>4</sup>. En este caso, parece discutible que esa sociedad pueda argumentar que ha participado en una integración con el patrimonio que conserva, y tampoco resulta evidente que las sinergias de ingresos y costes y la reducción de capacidad instalada que constituyen el objetivo de las integraciones que el RDL 2/2012 promueve puedan predicarse respecto de esa sociedad.

(ii) Segregación a favor de una entidad ya existente. El análisis en este caso dependerá del supuesto concreto. Previsiblemente, en una segregación de este tipo la entidad segregada conservará en la beneficiaria de la segregación una participación minoritaria, que impediría su inclusión en el grupo de la beneficiaria. En tal caso, en la medida en que la segregada conserve el carácter de entidad de crédito, seguiría sujeta

a los requisitos de dotación de provisiones (si conserva activos crediticios vinculados al sector inmobiliario o inmuebles adjudicados) y de capital principal adicional, siendo aplicable el razonamiento antes indicado respecto de la escisión parcial. Si, por el contrario, la segregada perteneciese al grupo de la beneficiaria (sea por mantener una participación de control o, por ejemplo, por establecer un sistema institucional de protección con los restantes accionistas de la beneficiaria que sean entidades de crédito), el ámbito de aplicación del requisito de capital principal (el grupo consolidable) haría que la prórroga del plazo resultase aplicable al grupo. Sin embargo, en caso de mantener la sociedad segregada activos inmobiliarios sujetos a la obligación de dotación de provisiones, que le resultaría exigible individualmente, entiendo que nuevamente sería aplicable el razonamiento anterior respecto de los supuestos de escisión parcial.

(iii) Cesión global de activos y pasivos a favor de otra entidad, en cuyo caso la cesionaria se beneficiará de la prórroga del plazo y la cedente perderá la condición de entidad de crédito.

Como excepción a lo anterior, podrán beneficiarse también de la prórroga del plazo las operaciones de adquisición de entidades participadas mayoritariamente por el FROB, aun cuando no se realicen mediante modificaciones estructurales.

Por otra parte, el indicado artículo 2 del RDL 2/2012 establece algunos requisitos adicionales para que las operaciones de integración puedan beneficiarse de la prórroga del plazo que venimos comentando. Resumidamente, los principales son los siguientes:

(i) Plazos. Además de lo indicado, se exige que el proceso de integración se hubiese iniciado con posterioridad al 1 de septiembre de 2011. No queda claro qué debe entenderse por «inicio» del proceso de integración. La finalidad de la previsión parece ser que integraciones anunciadas (aunque no se hubiesen consumado aún) con anterioridad a la fecha indicada no se beneficien de un régimen que persigue una consolidación mayor que la existente (o en proceso) en el momento de aprobación de la norma. Por otra parte, se exige que los acuerdos de junta (aunque la ley no lo indica, habrá que entender que también de asamblea, en caso de cajas) sobre la integración deberán adoptarse antes del 30 de septiembre de 2012 y que la integración

<sup>4</sup> No hay duda de que la entidad beneficiaria de la unidad económica segregada sí se beneficiaría de dicha prórroga.

deberá concluir no más tarde del 1 de enero de 2013.

(ii) Tamaño mínimo. Se exige que la sociedad resultante tenga un balance superior en más del 20% (o de un porcentaje menor pero superior al 10%, si así lo autoriza el Banco de España) al de la mayor de las entidades participantes. Ese balance se referirá exclusivamente a los negocios en España (lo que no siempre será fácil de deslindar del resto del balance) y no se prevé a qué fecha deberá estar cerrado. Parece lógico, en todo caso, que la fecha del balance que se tome sea la misma que la del balance «proforma» que muestre si se cumple o no el requisito.

(iii) Adaptación a las reglas del Código unificado de buen gobierno, cumplimiento del artículo 13 del RDL 9/2009 y presentación de un plan de remuneración de directivos (respecto a este último, no se establece ninguna restricción a la política retributiva contenida en ese plan —veremos más adelante las restricciones que resultarán aplicables en caso de existir en alguna de las entidades apoyos financieros públicos—).

### 3 · MODIFICACIONES AL RÉGIMEN DEL FROB

El título II del RDL 2/2012 introduce algunos cambios en el régimen del FROB previsto en el RDL 9/2009. Conviene destacar aquí dos.

El primero, se refiere a las modificaciones al artículo 9 del RDL 9/2009, que establecía el régimen del que se ha dado en llamar FROB II (básicamente, las inversiones por el FROB en el capital de aquellas entidades de crédito que no pudieron captar de otra forma los fondos necesarios para cumplir con las exigencias de capitalización del RDL 2/2011). El régimen que establece ese artículo continúa en vigor, tanto regulando las inversiones ya realizadas por el FROB II como permitiendo nuevas ayudas por parte del FROB para reforzar los recursos propios de entidades que, sin encontrarse en los supuestos del artículo 6 del RDL 9/2009 (esto es, sin ser entidades no viables), necesiten proceder a ese reforzamiento. Y en este régimen, la reforma aclara, por un lado, que esas inversiones del FROB se realizarán necesariamente en forma de acciones ordinarias (en la práctica, todos los apoyos del FROB II se habían hecho hasta ahora así). Adicionalmente, se ha aclarado también que, a efectos de la valoración de las entidades con ocasión de la entrada del FROB, se utilizarán las proyecciones

financieras que elaboren los expertos que designe el FROB, y no las que realice la propia entidad.

Con todo, el cambio más importante al régimen del artículo 9 del RDL 9/2009 se refiere a la desinversión por el FROB en las entidades que hayan recibido estos apoyos. En esta materia, se reduce desde 5 hasta 3 años el plazo para que el FROB lleve a cabo esta desinversión. Se ha planteado en algunas entidades beneficiarias del FROB II si el nuevo plazo de desinversión resulta aplicable a las inversiones realizadas con anterioridad a febrero de 2012, o solo a las que se realicen posteriormente. En mi opinión, el nuevo plazo de desinversión de 3 años afecta a todas las inversiones realizadas por el FROB al amparo de este régimen, con independencia de su fecha. El legislador, antes de que hayan transcurrido 3 años desde ninguna de las referidas inversiones, ha optado, en coherencia con su voluntad declarada de acelerar el proceso de reestructuración del sistema bancario, por acelerar la salida del sector público del capital de las entidades de crédito. Y ello no supone perjuicio alguno para ninguna entidad, que pudiera por ello invocar una pretendida retroactividad desfavorable. Las acciones del FROB II, a diferencia de las participaciones preferentes del FROB I, no tienen plazo de reembolso alguno. El FROB es accionista hasta que decida desinvertir. Y el legislador ha querido que esa desinversión se haga lo más rápido posible. De haber querido distinguir entre las nuevas inversiones del FROB y las antiguas, debería haberlo hecho expresamente.

También en relación con la desinversión del FROB, el RDL 2/2012 incluye una nueva previsión en el artículo 9 que pretende facilitarla. Concretamente, se prevé que el FROB pueda adoptar cualquiera de las medidas previstas en el artículo 7.3 del RDL 9/2009 para facilitar su desinversión (que en todo caso deberá realizarse mediante procedimientos competitivos). Esto permite, como consecuencia práctica más relevante, que el FROB pueda otorgar ayudas tales como esquemas de protección de activos o mecanismos de liquidez a las entidades en las que ha invertido sin necesidad de que estas hayan sido previamente intervenidas, facilitando así el proceso de desinversión. Nuevamente, el nuevo régimen carece de mayor detalle, lo que ha dado lugar a discusiones sobre si, por ejemplo, es posible que estos apoyos se otorguen en relación con desinversiones parciales del FROB. En mi opinión, nada impide tales apoyos, siempre que esa desinversión parcial se realice a través de un procedimiento competitivo.

El segundo cambio relevante al RDL 9/2009 consiste en la modificación de su artículo 10 para recuperar la figura de los apoyos financieros del FROB a las operaciones de integración, figura que desapareció con las modificaciones introducidas en virtud del RDL 2/2011. De este modo, el FROB vuelve a utilizarse como instrumento para fomentar las integraciones de entidades, en aras de una mayor consolidación del sistema financiero.

Los apoyos a las integraciones se instrumentarán necesariamente mediante valores convertibles en acciones (o en aportaciones al capital, en caso de cooperativas) similares a los emitidos en relación con el FROB I. En relación con estos, procede destacar que a la fecha de este artículo no está previsto en la propuesta de reglamento comunitario sobre los requerimientos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión que los títulos suscritos por el FROB al amparo del nuevo régimen del artículo 10 del RDL 9/2009 computen como recursos propios básicos (*common equity tier I*), aunque es previsible que nuevos borradores del reglamento sí los incluyan.

#### 4 · NOVEDADES PARA LAS CAJAS DE AHORROS EN RÉGIMEN DE EJERCICIO INDIRECTO

En lo que respecta a las cajas de ahorros que se encuentran en régimen de ejercicio indirecto tras haber traspasado a un banco la totalidad de su actividad financiera (sea con carácter individual o concertadamente con otras cajas en el marco de un sistema institucional de protección), el RDL 2/2012 introduce algunas medidas destinadas esencialmente a la simplificación de su funcionamiento, incluyendo determinadas restricciones a su actuación, y desarrolla brevemente el régimen de las fundaciones especiales en las que las cajas en régimen de ejercicio indirecto pueden convertirse. Además, unifica en los artículos 5 y 6 del RDL 11/2010 el régimen aplicable a las cajas en esta situación.

En lo que toca a la simplificación de funcionamiento, la nueva norma prevé que las cajas en ejercicio indirecto no hayan de contar necesariamente con una Comisión de Control y, a diferencia de lo previsto con carácter general en la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Órganos Rectores de Cajas de Ahorros, permite celebrar una única asamblea general ordinaria en vez de dos, que podrá convocarse mediante anuncio en la página web sin necesidad de anuncios en periódicos. Asimismo, en la medida en que los correspondientes requisitos se verifica-

rán en el banco a través del cual ejerzan su actividad financiera, se exime a estas cajas de la necesidad de contar con un defensor del cliente y se prevé que el Banco de España pueda eximir las también de ciertos requisitos prudenciales y organizativos.

Adicionalmente, relacionado con la simplificación, la nueva norma consagra un principio general de adaptación de la actuación de las cajas de ahorros a su tamaño. Así, se prevé que el tamaño de los órganos de gobierno y la periodicidad de sus sesiones se establezca por los estatutos atendiendo a la dimensión económica y actividad de la entidad. Más importante que lo anterior es la nueva norma prevista en el nuevo artículo 5.4 del RDL 11/2010, que establece que las cajas en ejercicio indirecto «no podrán destinar más del 10% de los excedentes de libre disposición a gastos diferentes de los correspondientes a su obra social», salvo autorización del Banco de España para atender gastos esenciales de funcionamiento.

Entiendo que, en consonancia con las medidas de simplificación de las cajas en ejercicio indirecto, la norma transcrita ha querido restringir los gastos en que puedan incurrir estas cajas, teniendo en cuenta, en particular, los gastos por sueldos y salarios, dietas y similares (en consonancia con el régimen de control de retribuciones que se explica más adelante). Dicho de otro modo, la idea del legislador sería que una caja en régimen de ejercicio indirecto debe contar con una estructura muy sencilla (al fin y al cabo, se destinará básicamente a gestionar su participación en el correspondiente banco y a realizar la obra social característica de las cajas), por lo que los gastos que esa estructura le ocasione en cuestiones distintas de la obra social deberían ser de escasa cuantía. Sin embargo, la redacción del precepto transcrito no resulta afortunada. La restricción que la norma impone a gastos distintos de la obra social se establece como un porcentaje de los excedentes de libre disposición. Pero el problema es que los excedentes de libre disposición están ya netos de gastos (el concepto de excedente de libre disposición es similar al de beneficio neto)<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> No resulta fácil encontrar una definición del término «excedente de libre disposición» en la normativa bancaria. El término se emplea repetidamente en sede de cuotas participativas (por ejemplo, apartados 3 y 4 del artículo 7 de la Ley 13/1985). Concretamente, en el apartado 4 citado se atribuye a las cuotas el derecho a participar en el reparto del excedente de libre disposición, configurando este de manera análoga al beneficio neto

Por tanto, no parece lógico que el límite de gastos deba fijarse como un porcentaje de una cantidad que, a su vez, depende de cuál sea el importe de los gastos<sup>6</sup>. A mi juicio, la finalidad de la norma exige que la base de cálculo sobre la que se aplique el 10% de límite de gasto sean los ingresos, u otra que no tenga en consideración la cifra de gasto para su cálculo.

En otro orden de cosas, la nueva redacción del artículo 5.6 del RDL 11/2010 resultante del RDL 2/2012 establece como umbral por debajo del cual una caja en ejercicio indirecto deberá convertirse necesariamente en fundación de carácter especial el 25% del derecho de voto del correspondiente banco, incluso si se entiende que con menos de ese porcentaje la caja en cuestión mantiene el control del banco.

Por último, en relación con la transformación de cajas en fundaciones de carácter especial, y ante la ausencia de una regulación específica de este tipo de fundaciones, el RDL 2/2012 modifica el artículo 6 del RDL 11/2010 para, entre otras cosas, establecer como normativa aplicable a esas fundaciones el indicado RDL 11/2010 y su normativa de desarrollo (aún por llegar a la fecha de este artículo), estableciendo como norma supletoria la normativa general de fundaciones. Se establece además que corresponderá al Estado la supervisión y control de las fundaciones especiales cuyo ámbito de actuación principal exceda el de una Comunidad Autónoma, atribuyendo al Ministerio de Economía y Competi-

tividad el ejercicio del correspondiente protectorado. Se reproduce así el esquema de distribución de competencias en materia de fundaciones entre Estado y Comunidades Autónomas que resulta de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, y su reglamento de desarrollo, y que ha dado lugar a numerosas discusiones y algunas sentencias del Tribunal Constitucional cuyo análisis excede del ámbito de este trabajo. En esta materia, el RDL 2/2012 estableció una previsión que, en la práctica, convertía en fundaciones de ámbito estatal a la práctica totalidad de fundaciones especiales que puedan crearse en un futuro como consecuencia de la transformación de las cajas de ahorros. Se establecía así que se entendería por ámbito de actuación de la correspondiente fundación el de la entidad bancaria a la que la caja hubiese segregado su actividad financiera. Se trataba de una previsión para la que cabía augurar una fuerte conflictividad con los Gobiernos autonómicos con competencias sobre las correspondientes cajas de ahorros. Quizá por ello, apenas un mes después de la publicación del RDL 2/2012, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, eliminó la previsión indicada, dejando, como se ha dicho, el régimen competencial en materia de fundaciones especiales en iguales términos que los aplicables a las fundaciones de carácter general. Cabe presumir que las cajas que vayan transformándose en fundaciones (lo harán al menos las que a la fecha de este artículo ostentan participación en los bancos que están en proceso de venta por el FROB) restringirán su ámbito de actuación a sus comunidades de origen y que serán los Gobiernos autonómicos los competentes para su supervisión y control.

y el referido derecho de manera similar al derecho al dividendo correspondiente a las acciones de una sociedad anónima. Igualmente, el artículo 11.4 de la misma norma obliga a las cajas a destinar a reservas o fondos de previsión un porcentaje de al menos el 50% del excedente de libre disposición que no corresponda a los cuotaparticipes. La finalidad y contenido de las normas citadas evidencian sin necesidad de mayores desarrollos que el término «excedente de libre disposición» debe entenderse como sinónimo del beneficio neto.

**6** Teóricamente, sería posible calcular este límite de gastos conforme a la literalidad del precepto. En un ejemplo muy sencillo en que las cajas tengan solo dos partidas en su cuenta de resultados, ingresos y gastos, una caja que tuviese 100 euros de ingresos y 10 de gastos no cumpliría la regla. En este caso, el beneficio neto (excedente de libre disposición) sería 90 (100-10), por lo que los gastos representarían sobre el beneficio neto más de un 10% (10/90= 11%). Sin embargo, una caja con 100 euros de ingresos y 9 de gastos sí cumpliría (el beneficio sería 91 y los gastos representarían un 9,9% de ese beneficio). Sin embargo, en el caso de que una caja tuviera pérdidas, no sería posible realizar ese cálculo (y, sin embargo, no parece razonable que las cajas en pérdidas dejen de pagar, por ejemplo, sus gastos por suministros o alquileres). Por tanto, no parece que deba ser esta la inteligencia correcta del precepto.

## 5 · RETRIBUCIÓN DE ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE ENTIDADES CON AYUDAS

El título IV del RDL 2/2012, en su artículo 5, establece las restricciones y, en general, el régimen aplicable a la retribución de los administradores y directivos de entidades que hayan recibido ayudas públicas. Este régimen profundiza en las restricciones que ya establecían el artículo 76 *septies* del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, en la redacción dada por el Real Decreto 771/2011, de 3 de junio, y el apartado g) de la norma centésima quinta de la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, y viene a ser una reacción a la inquietud social generada al conocerse las indemnizaciones percibidas con ocasión de su cese por algunos administradores y directivos de entidades con ayudas públicas.

El nuevo régimen es complementario del que, con carácter general, establece para todas las entidades de crédito el capítulo XIII del Real Decreto 216/2008 citado, al menos en lo que respecta a aquellas personas incluidas en su ámbito de aplicación subjetivo y no en el establecido por el RDL 2/2012. Concretamente, el régimen del Real Decreto 216/2008 se aplica al denominado colectivo supervisado o colectivo identificado, que incluye a todas las categorías de empleados cuyas actividades profesionales inciden de manera significativa en el perfil de riesgo de una entidad y su grupo. Dicho colectivo incluye, además de los administradores y directivos, otros empleados que asumen riesgos, ejercen funciones de control o cuentan con un nivel retributivo similar a los anteriores, mientras que el nuevo régimen del RDL 2/2012 se refiere únicamente a los dos primeros grupos (administradores y directivos). Respecto a qué deba entenderse por altos directivos, la norma se remite a la definición del artículo 1 de Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (contratos de alta dirección), lo que podría dar lugar a ciertas dudas si se acoge el criterio restrictivo mantenido en ocasiones por los tribunales de lo social al afirmar que en una empresa únicamente puede existir un alto directivo. Tanto la finalidad de la norma como la aplicación práctica que viene haciéndose de ella (con la supervisión del Banco de España) exigen entender que dentro de los directivos se incluirá más de un empleado no administrador.

La norma distingue entre los administradores y directivos de entidades participadas mayoritariamente por el FROB (esto es, aquellas que recibieron apoyos en forma de capital del llamado FROB 2 o que han sido intervenidas) y los de las restantes entidades con apoyo público (las que cuenten con participaciones preferentes convertibles). Cabría plantearse si el nuevo régimen es aplicable únicamente a los apoyos concedidos a partir de su entrada en vigor o también a los anteriores. En este sentido, el artículo 5.3 del RDL 2/2012 se refiere a las entidades que «soliciten» apoyos, lo que parece abonar la primera interpretación. Pero, nuevamente, creo que la interpretación correcta es la segunda. Así se deduce de la exposición de motivos de la norma, que al hablar del título IV alude a las entidades «*que hayan precisado o necesiten en el futuro*» apoyos. Y también de lo previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 5, que hablan de entidades «*participadas*» o que «*hayan recibido*» apoyo y que exigen la adaptación de las condiciones retributivas de administradores y directivos a lo previsto en el apartado 3.

Está previsto que el nuevo régimen sea objeto de desarrollo mediante Orden del Ministro de Economía y Competitividad, de la que a la fecha de este artículo existe un proyecto sometido a audiencia pública. Además, dicho régimen se complementa también con lo establecido en la disposición adicional séptima del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, en relación con las indemnizaciones por extinción de contrato de los administradores y directivos a los que nos venimos refiriendo y a determinados supuestos de extinción o suspensión de dichos contratos.

Muy resumidamente, los límites al régimen retributivo de los referidos administradores y directivos según queda configurado por las normas (y proyecto de norma) mencionadas sería el que se indica a continuación. Cuando se señalan dos cantidades, la menor es la aplicable a los supuestos de participación mayoritaria del FROB y la mayor a los restantes supuestos de apoyo.

(i) Los consejeros no ejecutivos percibirán, por todos los conceptos, un máximo de 50.000 o 100.000 euros anuales.

(ii) Los restantes consejeros y directivos tendrán una retribución fija máxima anual de hasta 300.000 o 600.000 euros, incluyendo todas cantidades cobradas en cualquier entidad del grupo y las percibidas en otras entidades por ejercer cargos por cuenta o en representación de las anteriores.

(iii) Los consejeros y directivos de entidades participadas mayoritariamente por el FROB no tendrán retribución variable (esta regla se establece con claridad en el proyecto de Orden ministerial; con el texto del RDL 2/2012 cabe la duda de si es o no posible el cobro de retribución variable en estos casos).

(iv) La retribución variable de los consejeros y directivos de otras entidades con apoyos no excederá de un porcentaje de su retribución fija (el proyecto de Orden habla del 60%, con posibilidad de elevarse hasta el 100% para los contratados con ocasión del apoyo del FROB) y su percepción estará diferida 3 años y condicionada al cumplimiento de las obligaciones contraídas con el FROB. La norma no aclara si el diferimiento en 3 años permitirá pagos parciales durante ese plazo. En mi opinión, la respuesta debe ser afirmativa. El requisito de diferimiento por 3 años se exige también en relación con la retribución variable del «colectivo identificado»

conforme al artículo 76 *sexies* apartado h) del Real Decreto 216/2008, y en esta norma se aclara que caben los pagos parciales (siempre que no supongan pagos más rápidos que los que resultarían de una distribución proporcional durante el periodo de diferimiento). Tampoco queda claro cómo juega la condición del cumplimiento de las obligaciones contraídas con el FROB en caso de pagos parciales (o si se concediese a la entidad la extensión de 2 años del plazo para la amortización de las participaciones preferentes del FROB 1 prevista en el antiguo artículo 9.7 del RDL 9/2009). Entiendo que la condición se entenderá cumplida si, en el momento de pago de la retribución variable (o la parte que corresponda), la entidad se encuentra al corriente de pago de sus obligaciones derivadas de los indicados títulos. Si, con posterioridad a ese pago, la entidad incumpliese las indicadas obligaciones, el administrador o directivo podría verse obligado a la devolución de las cantidades percibidas, siendo de aplicación a estos efectos el primer párrafo del apartado g) de la norma centésima quinta de la Circular 3/2008 del Banco de España.

(v) Las indemnizaciones por extinción anticipada no podrán exceder el menor importe de entre dos veces el salario fijo o dos veces el límite máximo previsto en el apartado (ii) anterior (con posibilidad de usar la más alta de las dos en caso de administradores o directivos contratados simultáneamente al apoyo financiero).

(vi) No habrá lugar a indemnización alguna en caso de extinción del contrato por recibir el directivo una sanción por infracción muy grave conforme a la Ley 26/1988, de 29 de julio.

El régimen establecido por el RDL 2/2012 resultará de aplicación desde 2012 (la norma aclara que no es aplicable a la retribución de 2011) hasta que hayan desaparecido o se hayan reintegrado los correspondientes apoyos financieros, lo que exige-

ría, en su caso, la expiración de los esquemas de protección de activos que puedan haberse concedido o la venta por el FROB de las participaciones preferentes no recompradas o de las acciones en que estas se hayan convertido. Ello supone que el nuevo régimen afecta tanto a los administradores y directivos que lo fueran en el momento de la concesión del apoyo como a aquellos que se incorporen posteriormente (con la posibilidad ya mencionada de flexibilizar algunos de los límites descritos). No obstante, el proyecto de Orden contempla la posibilidad de excepcionar del régimen descrito a los nuevos directivos de entidades en las que el FROB tuviese una participación y a las que haya otorgado cualquier tipo de apoyo con ocasión de su desinversión, en los términos antes descritos.

Finalmente, las restricciones indicadas tampoco serán de aplicación en caso de integración de entidades a los administradores o directivos de la sociedad o sociedades resultantes que no provengan de aquella que contase con los apoyos antes de la integración, o que haya originado la necesidad de conceder estos. En este sentido, la redacción del RDL 2/2012 parece restringir esta excepción a las integraciones reguladas en su artículo 2 (esto es, las que cumplan con los requisitos antes expuestos). Sin embargo, el proyecto de Orden extiende esta excepción a cualquier integración de entidades, aunque no cumpla los requisitos del artículo 2 del RDL 2/2012, lo que parece más razonable. La identificación de los administradores o directivos exceptuados conforme a este párrafo resultará sencilla en aquellos casos en que una de las entidades que se integren ya cuente con apoyos previamente, pero podría resultar más difícil si ninguna de ellas cuenta con tales apoyos. Por ello, la norma exige que con ocasión de la presentación del correspondiente plan de integración se identifique a los administradores o directivos que quedarán amparados por la excepción, con lo que, al informar sobre el plan, corresponderá al Banco de España validar la identificación realizada.