

Implicaciones procesales del RDL 24/2012, de reestructuración y resolución de entidades de crédito



Carmen Senés
Catedrática de Derecho Procesal
Socia y consejera académica de Dictum

1. *Consideración institucional y funcional del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.* El RDL define el FROB como una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia al que se atribuye el ejercicio de una competencia única aunque compleja: gestionar los procedimientos de reestructuración y de resolución de entidades de crédito en situación de crisis financiera que se regulan como alternativas al concurso. Para el desempeño de este cometido institucional el ordenamiento le atribuye potestades administrativas, sin perjuicio de que el marco general de su actuación sea el propio del Derecho privado (civil y mercantil –general y sectorial–). La superposición de los regímenes público y privado respecto de la actuación de una misma entidad explica la delimitación –que no escisión– de las denominadas facultades “mercantiles” y “administrativas” que el RDL le reconoce, y justifica la articulación de normas procesales con incidencia en los institutos y materias siguientes:

2. *Normas de jurisdicción y de competencia.* El control jurisdiccional de los actos del FROB se residencia, ya en el ámbito de la jurisdicción civil –la generalidad de los actos no administrativos–, ya en el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa si el objeto de la controversia son los actos –¿y omisiones?– dictados en el ejercicio de una potestad administrativa. Respecto de estos últimos, el RDL contiene una modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa acorde con la atribución a este orden jurisdiccional de los recursos interpuestos contra los actos del FROB (y del Banco de España) *adoptados conforme a lo previsto* en esta normativa sectorial (Disposición final 5ª); atribución que deja a salvo el carácter atrayente de la jurisdicción civil respecto de los actos y negocios jurídicos que pueda acometer como operador privado. Ni que decir tiene que, *a priori*, no todos los actos y decisiones susceptibles de ser adoptados en los

procedimientos de reestructuración y de resolución de entidades de crédito se vislumbran inequívocamente de naturaleza mercantil o administrativa, por lo que no es aventurado pensar que se susciten conflictos de competencia, máxime si tenemos en cuenta que al amparo de una decisión fiscalizable en sede contencioso-administrativa pueden ser adoptados innumerables actos de aplicación sometidos al Derecho privado. No en vano, el RDL contempla de forma expresa la vinculación de los procesos de impugnación de actos administrativos (de cobertura) y de reclamación frente a decisiones *societarias* (sic) dictadas en ejecución de aquéllos, con la consiguiente previsión de suspensión del procedimiento de impugnación de estas decisiones a resultas de la resolución del recurso contencioso-administrativo (art. 69.3). En otro caso, si en el proceso civil llegara a ser cuestionada la validez del acto de cobertura, el juez de lo mercantil podría estimar su conformidad a Derecho a los solos efectos prejudiciales (*incidenter tantum*; art. 10.1 LOPJ). Por su parte, respecto de la concreta atribución de los recursos a los órganos contencioso-administrativos, el RDL atribuye la competencia objetiva a la Audiencia Nacional (art. 70.2).

3. *Especialidades del proceso civil.* Vienen a remolque del ejercicio de las facultades mercantiles atribuidas al FROB e inciden en las materias siguientes:

a) *Procedimiento de impugnación de decisiones y acuerdos adoptados en el ejercicio de facultades mercantiles:* su tratamiento procesal se asimila a la impugnación de los *genuinos* acuerdos sociales –juicio ordinario con las especialidades establecidas en la Ley de Sociedades de Capital– aunque con las restricciones siguientes: 1ª) Sólo cabe el ejercicio de la acción de nulidad por ser el acto adoptado contrario a la ley, quedando excluida la acción de anulabilidad; 2ª) El ejercicio de la acción de nulidad se somete a un plazo de caducidad de tan

sólo quince días, cuyo *dies a quo*, además, lo constituye *el momento en el que el FROB proceda a dar publicidad a las citadas decisiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 del RDL* (corrección de errores, BOE de 13 de septiembre). La remisión a este precepto supone una determinación doble del *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción: por una parte, respecto de la entidad de crédito inmersa en el procedimiento de reestructuración o de resolución, lo constituye la notificación efectuada por el FROB sobre las decisiones y acuerdos adoptados; por otra, respecto de los socios y terceros interesados, el *dies a quo* es indeterminado, pues el RDL solo contempla la realización por el FROB de las *actuaciones necesarias para dar publicidad* a las decisiones y acuerdos adoptados, sin exigir ninguna modalidad concreta de publicidad (art. 67.1); esta indeterminación, unida al exiguo plazo de ejercicio de la acción restringen férreamente la posibilidad de impugnación.

b) Ejercicio de la acción de responsabilidad contra el FROB en su condición de administrador de la entidad financiera: el RDL reconoce la acción individual de responsabilidad de carácter indemnizatorio que la Ley de Sociedades de Capital reconoce a los socios y terceros perjudicados y la hace extensiva a los accionistas, obligacionistas, cuotapartícipes y acreedores de la entidad sometida al procedimiento de reestructuración o de revisión, pero blindada al FROB frente al ejercicio de la acción social de responsabilidad, que será inviable –inadmisión de la demanda– respecto de las actuaciones realizadas en el marco de tales procedimientos.

4. Especialidades del proceso contencioso-administrativo. Versan sobre los procesos y materias siguientes:

a) Impugnación de los actos y decisiones dictados en el marco de los procedimientos de actuación temprana, de reestructuración y de resolución: el RDL establece normas especiales respecto del *acceso a la jurisdicción* y la *actuación procesal* de las entidades responsables de los procedimientos que afectan a la entidad de crédito. En primer lugar, atribuye el carácter *definitivo* a los actos y decisiones adoptados por el Banco de España y el FROB en los citados procedimientos, lo que implica la exclusión de la jerarquización de ambas entidades, en consonancia con la independencia que se persigue procurar al Fondo de Reestructuración. Y en segundo lugar, y respecto de la impugnación de los respectivos planes de actuación temprana, de reestructuración y de resolución, se consagra la responsabilidad individual –no solidaria– de cada entidad por los actos y decisiones adoptados en el marco de sus

respectivas competencias –el Banco de España como entidad de supervisión y el FROB como experto financiero–; sin perjuicio de que en aras de la economía procesal y para facilitar una decisión abonada sobre la delimitación de las respectivas responsabilidades, se faculte al actor para demandar conjuntamente al Banco de España y al FROB (*litisconsorcio pasivo facultativo*).

b) Impugnación del recurso contra decisiones y actos administrativos dictados en materia de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada: el RDL establece normas especiales sobre *legitimación* para la impugnación (a favor de accionistas o socios de la entidad de crédito emisora que representen al menos el 5% del capital social, titulares de valores incluidos en el ámbito de aplicación de la acción de gestión y el comisario o representante de éstos, en tanto que sujetos *afectados* por el acto impugnado); sobre *publicidad* –adicional– de resoluciones judiciales determinadas (auto de medidas cautelares y sentencia), y *eficacia* de la sentencia estimatoria del recurso interpuesto por los titulares de valores incluidos en el ámbito de aplicación de la acción o por el comisario o representante del sindicato que los agrupe; eficacia que el RDL limita a la emisión o emisiones en que hubieren intervenido, subrayando así el *interés particular* –no colectivo ni general– que asiste a los impugnantes.

c) Inejecución de la sentencia dictada en los recursos contencioso-administrativos referidos en los artículos 70 y 71 (recursos contra los actos y decisiones adoptados en los procedimientos de actuación temprana, de reestructuración y de resolución de entidades financieras y contra actos de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada): el RDL implementa la norma general sobre imposibilidad material de ejecución de la sentencia estimatoria –art. 105.2 LJCA– con dos contenidos concretos; el primero, una relación de los aspectos que el juez deberá tomar en consideración, en cada caso concreto, para concluir sobre la estimación de la imposibilidad material de ejecución hecha valer por el Banco de España o el FROB; el segundo, la prescripción de un tope máximo al importe de la indemnización procedente en caso de ser estimada la imposibilidad material de ejecución; importe que no podrá exceder, como máximo, *la diferencia entre el daño efectivamente sufrido por el recurrente y la pérdida que habría soportado en caso de que, en el momento de adoptarse la correspondiente decisión o acuerdo, se hubiera producido la liquidación de la entidad en el marco de un procedimiento concursal*. La dificultad que entraña esta determinación es palmaria,

pues se asienta sobre la conjetura de cuál hubiera sido la pérdida soportada en un proceso concursal deliberadamente eludido y con diversas soluciones posibles.

5. *Relaciones entre los procedimientos de actuación temprana, de reestructuración y de resolución de entidades de crédito y el proceso concursal.* Las diferencias que separan los tres procedimientos de intervención que regula el RDL, tanto en lo que respecta a la situación financiera de la entidad como a las medidas que pueden ser adoptadas en su seno, no obstan la consideración global de todos ellos como *alternativa* al concurso de acreedores. Pero precisamente porque el resultado de tales procedimientos es incierto, el RDL no excluye la sucesión de estos y el proceso concursal. Esta sucesión implica la terminación de la situación de actuación temprana o de reestructuración, que deberá tener reflejo en una resolución del Banco de España (arts. 12 y 18), o en su caso, la declaración de que procede la apertura de un procedimiento concursal (cfr. art. 23.1). Y en tanto no recaigan las resoluciones que ponen fin a estos procedimientos alternativos –que a su vez pueden ser sucesivos (arts. 11.4 y 17.3)–, el proceso concursal es inviable. El RDL no contempla de forma expresa una resolución de incoación del procedimiento alternativo, de suerte que, el *informe* remitido por la entidad de crédito al Banco de España, expresivo de su situación financiera, o en su caso, el *requerimiento* del Banco de España para la presentación por la entidad de un plan de actuación, son actos constitutivos de *órbices procesales*, que como tales, obstan la admisión a trámite de la solicitud de concurso bajo la sanción de nulidad de pleno derecho de las actuaciones procesales (Disposición adicional 5ª.1). Más cuestionable nos parece la bondad de la norma que dispone la suspensión de la tramitación de la solicitud de concurso (sin distinción entre concurso voluntario o necesario) y la consiguiente notificación judicial al FROB para que en el plazo de catorce días comunique al juzgado si va a abrir un procedimiento de reestructuración o de resolución de la entidad; comunicación tras la cual, el juez de lo mercantil inadmitirá la solicitud. Sin desconocer la trascendencia que puede tener la declaración de concurso de una entidad de crédito, albergamos muchas dudas sobre la efectividad de los procedimientos alternativos si la entidad hubiere solicitado la declaración del propio concurso (supuesto poco probable en la práctica). Y si de la solicitud de concurso necesario se tratase, entonces nos parece extremadamente gravosa la consecuencia procesal

que se dispone, de suspensión de la admisión de la solicitud a la espera de la decisión del FROB sobre la incoación de un procedimiento alternativo, aunque solo sea atendiendo a los gastos que habrá de soportar el solicitante, cuya actuación procesal puede haber sido impecable.

6. *Especialidades sobre reclamaciones por inversiones en participaciones preferentes y de deuda subordinada.* El RDL dedica un capítulo íntegro a la “gestión de instrumentos híbridos” (capítulo VII), cuyo ámbito de aplicación temporal se limita al 30 de junio de 2013. La regulación contenida en este capítulo sale al paso de la alarma social generada por la comercialización de estos productos financieros a particulares y pequeños ahorradores (*minoristas*), y pretende aclarar la cuestión de quién debe financiar las medidas de reestructuración y de resolución de una entidad de crédito. Se establecen mecanismos de gestión de los instrumentos híbridos de capital –ya de aceptación *voluntaria* por los inversores (art. 38), ya *obligatorios*– cuya aplicación deberá ser acordada por el FROB. En particular, en el marco de las acciones de gestión obligatoria acometidas por el FROB, merecen ser destacadas las implicaciones procesales siguientes: 1ª) Fiscalización jurisdiccional de las decisiones adoptadas – control de legalidad– en sede contencioso-administrativa, dado que se declaran expresamente adoptadas *con carácter de acto administrativo*; 2ª) Privación a los inversores de la acción de compensación económica contra el FROB y la entidad de crédito por los perjuicios derivados de la ejecución de una acción de gestión; falta de *accionabilidad* que habrá de comportar la inadmisión a trámite de la demanda; 3ª) Privación, igualmente, de la acción de indemnización por incumplimiento de los términos y condiciones de la emisión correspondiente si dichos términos han sido afectados por una acción de gestión acordada por el FROB y ésta es secundada por la entidad (falta de *accionabilidad*); y, 4ª) Preservación de las acciones de gestión respecto de terceros afectados por su ejecución, los cuales no podrán invocar con éxito el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la entidad en ejecución aquellas. Por lo demás, y en vista de los procesos pendientes a la fecha de entrada en vigor del RDL (el pasado 31 de agosto), acaso se eche en falta una disposición que contemple de forma expresa esta realidad, a fin de propiciar soluciones consensuadas que obtengan el respaldo judicial (*v.gr.*, propuestas de transacción o de “mediación institucional” a cargo de la entidad).