



**IPN/CNMC/0017/15 PROYECTO DE
REAL DECRETO RECUPERACIÓN Y
RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE
CRÉDITO Y EMPRESAS DE
SERVICIOS DE INVERSIÓN**

17 de septiembre de 2015

Índice

I. ANTECEDENTES.....	3
I.1. Medidas en el ámbito internacional.....	3
I.2. Medidas en el marco de la Unión Europea	4
I.2. Medidas a nivel nacional.....	5
II. CONTENIDO	6
III.VALORACIÓN.....	8
III.1. Valoración general	8
III.2. Observaciones particulares	11
III.2.1. Atribución de un exceso de discrecionalidad a las autoridades competentes	11
III.2.2.- Mejor aproximación a la normativa de ayudas de Estado de las medidas preventivas y de saneamiento acometidas por el Fondo de Garantía de Depósitos.....	13
III.2.3. Procedimiento de selección de los valoradores	15
III.2.4. Otras consideraciones sobre la aplicación de normas de competencia	15

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su reunión de 17 de septiembre de 2015, ha aprobado el presente informe relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, en el que se analizan las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados y la regulación económica eficiente.

La solicitud de informe tuvo entrada en esta Comisión el 13 de julio de 2015. La documentación recibida consiste en el Proyecto de Real Decreto citado (en adelante, el PRD), junto con la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN).

Este informe se aprueba a solicitud del Ministerio de Economía y Competitividad en ejercicio de las competencias consultivas de la CNMC en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, en aplicación del artículo 5.2 a) de la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.

I. ANTECEDENTES

El PRD constituye una unidad con la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (en adelante Ley 11/2015), en cuanto que ambas, conjuntamente, articulan el sistema de recuperación y resolución de entidades de crédito y servicios de inversión y modifican el régimen del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito en línea con la normativa comunitaria.

Mientras la Ley 11/2015 ha recogido aquellos aspectos con mayor incidencia en los derechos de los ciudadanos y, en general, sujetos a reserva de ley, el **PRD** se ha dedicado a **cuestiones más específicas o de detalle de la regulación**, principalmente aquellas de carácter ejecutivo u organizativo. Ambas normas se insertan en el conjunto de normas que, a nivel internacional, nacional y comunitario han ido dando respuesta a las diferentes etapas de la crisis económica y financiera.

I.1. Medidas en el ámbito internacional

La crisis financiera internacional ha generado un amplio y complejo catálogo de iniciativas destinadas a reformar algunos de los elementos estructurales del sistema financiero internacional. El G-20¹ ha sido el principal impulsor de las

¹ En la cumbre del G-20 de Londres de 2 de abril de 2009 se acordaron las principales líneas de actuación de la respuesta regulatoria a la crisis financiera: fortalecimiento de las normas internacionales de regulación prudencial (revisión de Basilea II); establecimiento de un marco de gestión de crisis de entidades financieras transnacionales; mejora en la regulación y supervisión

nuevas propuestas en materia de regulación y supervisión financiera, conformándose en sus sucesivas reuniones un corpus de objetivos y principios que deben regir el marco regulador del sistema financiero.

Por lo que respecta, en concreto a la resolución y reestructuración de entidades de crédito, reviste especial relevancia la actividad del *Financial Stability Board (FSB)*, que ha buscado armonizar la regulación existente a través de los [Key attributes of effective Resolutions Regimes for Financial Institutions](#), los cuales fijaron los criterios de resolución ordenada de una entidad tomando en consideración las finanzas públicas y establecieron una serie de parámetros para la recuperación de entidades sistémicas.

I.2. Medidas en el marco de la Unión Europea

Este PRD **completa la transposición** llevada a cabo por la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, de dos normas comunitarias:

- La **Directiva 2014/59/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y resolución de entidades de crédito y empresas de servicio de inversión, por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante la Directiva 2014/59/UE)
- La **Directiva 2014/49/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos (en adelante, Directiva 2014/49/UE).

Las Directivas 2014/49/UE y 2014/59/UE se encuadran en el conjunto de normas y actuaciones dirigidas, desde el comienzo de la crisis, a incrementar la estabilidad financiera, el sometimiento del sector financiero europeo a unas reglas comunes y la coordinación de las actividades supervisoras que culmina en el acuerdo sobre la creación de una Unión Bancaria en la UE. La **Unión Bancaria** se encuentra en proceso de construcción, y se asienta sobre tres pilares fundamentales:

- **Mecanismo Único de Supervisión² (MUS)**. A través del MUS el Banco Central Europeo asume la responsabilidad última en materia de

de las instituciones financieras sistémicas, mayor supervisión sobre las agencias de rating y adaptación de medidas contra los Estados no cooperantes.

² El MUS fue establecido por el Reglamento (UE) n.º 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas de supervisión prudencial de las entidades de crédito, y desarrollado por el Reglamento (UE) n.º 48/2014 del Banco Central Europeo de, 16 de abril de 2014, en el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo

supervisión de todos los bancos de la zona euro. El MUS, que agrupa al Banco Central Europeo (BCE) y a las autoridades nacionales competentes, supervisa directamente, desde el 4 de noviembre de 2014, a los 120 grupos bancarios más importantes de la zona euro, que representan casi el 85% de los activos bancarios.

- **Mecanismo Único de Garantía de Depósitos.** Este mecanismo introduce una dimensión europea en los fondos de garantía de depósitos nacionales para aquellos bancos bajo supervisión europea, que deberán evolucionar hacia un fondo de garantía único europeo. Un primer paso para su consecución fue la Directiva 2014/49/UE.
- **Mecanismo Único de Resolución³ (MUR).** El objetivo del MUR es que se aplique un conjunto único de normas a todos los bancos que entren en fase de resolución en cualquiera de los Estados miembros participantes, así como ofrecer procedimientos eficaces para hacer frente a las dificultades que atraviesen los bancos inviables, minimizando el coste para los contribuyentes y la economía. Constituye un complemento imprescindible del MUS.

I.2. Medidas a nivel nacional

La regulación del sistema financiero en España ha sido objeto de una reforma sustancial desde el inicio de la crisis financiera en 2008, en particular en lo referido a los **mecanismos destinados a la prevención de crisis financieras.**

Pueden identificarse, sin ánimo de exhaustividad, varias líneas de actuación en la reforma de la regulación financiera acometida en estos años:

- Se elaboraron nuevas normas para garantizar una **mejor solvencia** de las entidades, incrementando los requerimientos de capital y las provisiones.
- Se modificó la **normativa relativa a los Fondos de Garantía de Depósitos** (tradicionalmente tres, fueron fusionados en uno por el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito). El RDL 16/2011 ha sido **modificado, a su vez, por la Ley 11/2015** a fin de adaptarlo a la normativa

Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y las autoridades nacionales designadas.

³ El Mecanismo Único de Resolución fue aprobado por el Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de junio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo.

comunitaria relativa a los fondos de garantía de depósitos en el ámbito comunitario.

- Se creó el **Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)** como entidad especializada en reestructuración y resolución de entidades de crédito en 2009, a través del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. Como parte esencial de la condicionalidad horizontal impuesta por el memorándum de entendimiento asociado a la asistencia financiera europea, se aprobó el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que modificó el FROB y lo dotó de nuevos poderes y mecanismos de actuación, tomando como referencia la entonces propuesta de Directiva de Recuperación y Resolución de Entidades de Crédito. El Real Decreto-ley 24/2012 fue tramitado como proyecto de ley y aprobado como **Ley 9/2012, de 26 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito**.

El conjunto formado por la **Ley 11/2015, de 18 de junio**, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y este **PRD** constituye un **paso más en este proceso de reforma de la regulación**. Cabe destacar su fuerte ligazón con la referida Ley 9/2012, a la que la Ley 11/2015 deroga, puesto que comparten idénticos principios, la nueva Ley replica buena parte de la estructura y articulado de su antecesora y las modificaciones responden a la necesidad de incorporar aspectos del Derecho de la Unión Europea aún no incorporados a nuestro ordenamiento.

II. CONTENIDO

El real decreto cuenta con nueve capítulos, 3 disposiciones adicionales, 1 disposición transitoria y 5 disposiciones finales. Además cuenta con tres anexos.

El **capítulo I** (arts. 1-10) contiene las disposiciones generales, que incluyen, además de las definiciones y el ámbito de aplicación, los criterios para modular la aplicación de la normativa y establecer obligaciones simplificadas a determinadas entidades, así como las reglas de valoración de las entidades de cara a la utilización de los instrumentos de resolución. Especial importancia reviste el artículo 10, sobre valoración de la diferencia en el trato, que concreta la aplicación del principio de que ningún accionista o acreedor debe verse perjudicado frente a la situación en que se encontraría si se hubiera procedido a una liquidación concursal ordinaria (el principio *no creditor worse off*) recogido en la Directiva 2014/59/UE y en la Ley 11/2015.

En el **capítulo II** se concreta el contenido de los planes de recuperación y su evaluación por parte del supervisor competente, se especifican los requisitos y deberes de información a que estarán sometidos los acuerdos de ayuda financiera que las entidades celebren dentro de un grupo, y se establecen las

reglas de coordinación y toma de decisiones por parte de las autoridades supervisoras de distintos Estados miembros en relación con la actuación temprana en el caso de que se actúe a nivel de grupo.

En el **capítulo III** se concreta el contenido de los planes de resolución, tanto individuales como de grupo, y se establecen las reglas de coordinación y toma de decisiones entre las entidades de resolución en el caso de actuación a nivel de grupo. Además, se determinan los aspectos que tendrá en cuenta la autoridad de resolución preventiva cuando evalúe los obstáculos a la resolubilidad de una entidad.

En el **capítulo IV** se detallan las obligaciones procedimentales, de coordinación e información a cumplir en el caso de que una entidad caiga en resolución, para asegurar la debida información a las autoridades competentes y a los particulares afectados. Se regulan asimismo los requisitos de los miembros del Consejo de Administración, directores generales y asimilados que nombre el FROB, y su obligación de elaborar informes periódicos sobre su actuación y sobre la situación económico-financiera de la entidad.

En el **capítulo V** se refieren algunas reglas aplicables al funcionamiento de los instrumentos de resolución que, por su nivel de detalle, no requieren su presencia en la Ley 11/2015. Concretamente, se fijan las actuaciones que deberá realizar el FROB para la correcta puesta en marcha de esos instrumentos. En relación con la entidad puente se establecen las causas por las que ésta cesará en su actividad incluyendo un plazo general de dos años desde la última transmisión.

En el **capítulo VI** se regulan algunos aspectos operativos de la aplicación del instrumento de amortización y conversión de los instrumentos de capital y recapitalización interna, en particular los relativos a la determinación del requerimiento mínimo de fondos propios y pasivos admisibles (MREL), la valoración de aquellos pasivos que surjan de un derivado o el contenido del plan de reorganización de actividades.

En el **capítulo VII** se arbitran las reglas necesarias para poner en funcionamiento los mecanismos de financiación con que cuenta el FROB y se regula la aportación de las contribuciones al fondo de resolución por parte de las entidades. También se describen los criterios aplicables para fijar cada año la contribución global al fondo de resolución y repartirla entre las entidades. Para el caso de la resolución de un grupo con entidades en distintos Estados miembro, se establecen los criterios de elaboración del plan de financiación y las contribuciones, en su caso, de los distintos mecanismos nacionales de financiación.

En el **capítulo VIII** se aborda, con carácter general, la resolución de los grupos de entidades que actúen de manera transfronteriza y la composición y competencias de los colegios de autoridades de resolución, de tal manera que se favorezca una solución coordinada de este tipo de situaciones especialmente complejas dado su carácter internacional.

En el **capítulo IX**, se regula la relación de los Estados Miembros con terceros países y se promueve la celebración de acuerdos de reconocimiento de las acciones de resolución, pues el carácter global de muchas entidades exige contar también con marcos de cooperación que involucren a países que no forman parte de la Unión Europea.

La Disposición transitoria única fija el 31 de diciembre de 2015 como plazo para las contribuciones ordinarias al Fondo de Resolución Nacional correspondientes al ejercicio 2015.

En el apartado de disposiciones finales se introduce una extensa **modificación del Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito**, con el fin de desarrollar los nuevos artículos que la Ley 11/2015 introduce en el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, completando la **trasposición de la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo**, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos.

Las modificaciones del Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, suponen un **cambio en la base de cálculo de las aportaciones** al nuevo compartimento de garantía de depósitos del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, que vendrá determinada por el importe efectivamente garantizado de los depósitos y no por el volumen total de éstos. Hasta 2024 el periodo de reembolso de cantidades debidas se reducirá progresivamente de veinte a siete días hábiles. Cabe destacar la regulación de las **medidas preventivas y de saneamiento** que puede adoptar el Fondo para evitar la liquidación de una entidad.

Finalmente el real decreto incluye **tres anexos** que enumeran la información que deberá incluirse en los planes de recuperación y resolución, y las cuestiones que las autoridades de resolución valorarán cuando se enfrenten a la resolución de una entidad.

III. VALORACIÓN

III.1. Valoración general

Con carácter general, el PRD merece una **valoración positiva** desde el punto de vista de la promoción de la competencia y la regulación económica eficiente, en línea con la recibida por el APL de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión⁴, recientemente aprobado por la

⁴El [IPN/CNMC/003/2015 APL de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión](#) establece que “*Existen aspectos del APL que merecen una valoración positiva, sobre todo por la intención de introducir los incentivos adecuados en la gestión de entidades financieras a la par que se busca minimizar el impacto negativo de las intervenciones en los recursos públicos.*”

CNMC. En este sentido, el PRD acoge positivamente determinadas observaciones realizadas en el IPN/CNMC/003/2015 APL:

- El artículo 10 establece un **procedimiento para la valoración de la diferencia en el trato**, que soluciona el problema de inconcreción y falta de aplicabilidad real que el IPN/003/CNMC/2015 señalaba en relación con el principio de que ningún accionista ni acreedor se encuentre, tras la resolución, en una situación peor a aquella en que se encontraría si se hubiera optado por la liquidación conforme a la normativa concursal (principio *no creditor worse off*), que aparece en la Directiva 2014/59/UE (art. 34.1.g)) y en la Ley 11/2015 (artículo 4.1.d)).
- El artículo 35.3 fija, conforme a la Directiva 2014/59/UE, un **plazo para la extinción de la entidad puente** (2 años prorrogables por periodos anuales en determinadas circunstancias), en línea con lo que la CNMC había señalado.
- El Art. 38, dedicado a la determinación del **requerimiento mínimo de fondos propios y pasivos admisibles (MREL)** por sus siglas en inglés) desarrolla el artículo 44 de la Ley 11/2015 en aquellos aspectos en que ésta se remite a la norma reglamentaria (condiciones para el cómputo de pasivos a efectos de MREL y forma de cálculo del requerimiento de fondos propios y pasivos admisibles), mejorando la concreción de la regulación en este aspecto. Cabe destacar que completa la transposición del artículo 44 de la Directiva 2014/59/UE, aunque la definición técnica del MREL a nivel europeo se ha elaborado por la Autoridad Bancaria Europea⁵ de conformidad con el mandato del artículo 45 de la Directiva 2014/59/UE

Como es bien sabido, el sector financiero cuenta con **características propias frente al resto de sectores económicos**, al tratarse de un **sector clave** para el buen funcionamiento de una economía de libre mercado. **La estabilidad financiera** y el cumplimiento por parte de las instituciones financieras de sus funciones de intermediación y canalización del crédito son esenciales para que el resto de sectores económicos (la denominada economía real) pueda funcionar con normalidad. En este sentido, puede entenderse que la estabilidad financiera constituye un **bien público** en el sentido económico del término, cuya provisión por el mercado sin intervención pública puede ser inferior a la socialmente eficiente.

En el sector financiero concurren **muchos de los fallos de mercado** que justifican, típicamente, la intervención del Estado en la economía: información asimétrica entre prestamistas y prestatarios, problemas de conflicto de interés, externalidades en la asunción de riesgos que se traducen en problemas de riesgo

⁵ La Asociación Bancaria Europea (EBA por sus siglas en inglés) publicó los [Regulatory Technical Standards \(RTS\) on the Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities \(MREL\)](#) el 3 de julio de 2015.

moral, efectos de contagio entre entidades. Estas particularidades del sistema financiero pueden justificar el recurso a una regulación muy específica para corregir estos fallos de mercado que, sin embargo, deben responder a los principios clave de la regulación económica eficiente: necesidad, proporcionalidad y mínima restricción competitiva.

En este contexto, el sistema de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios financieros que articulan las Directivas 2014/49/UE y 2014/59/UE y sus normas de transposición –en España la Ley 11/2015 y este PRD- contribuye de una manera decisiva a la solución de los diversos fallos de mercado que se han venido poniendo de manifiesto desde el principio de la crisis financiera y que han tenido graves efectos distorsionadores de la competencia en el mercado. Dos son las principales contribuciones a la competencia en el sector financiero por parte de la normativa analizada: el mecanismo de recapitalización interna o *bail-in* y la atenuación del vínculo entre el Estado y las entidades de crédito en cuanto al rating y el coste de financiación.

- El **mecanismo de recapitalización interna (bail-in)** contribuye a reducir las externalidades asociadas a la gestión del riesgo por parte de las entidades financieras, al limitar la garantía implícita del Estado. Durante la tramitación de la Directiva 2014/59/UE se criticó por parte del sector financiero el endurecimiento del régimen de reparto de cargas y la instauración de un sistema de recapitalización interna, subrayando que ello tendría como efecto un encarecimiento de la financiación para los bancos y, en último término, para la economía real. Efectivamente es previsible un incremento de la rentabilidad requerida por los agentes económicos para invertir/proveer de fondos a las entidades financieras. Sin embargo, tal incremento es eficiente desde el punto de vista económico, puesto que responde a una internalización de los costes asociados a la gestión del riesgo, anteriormente socializados –soportados por los contribuyentes-. Se produce así mismo un reparto de cargas –*burden-sharing*- más justo entre los participantes (*stakeholders*) del sistema bancario y la sociedad, minimizándose el uso de recursos públicos.
- El establecimiento, en el marco de la Unión Bancaria, de unas reglas comunes de supervisión, así como de una **progresiva mutualización** de los fondos de garantía de depósitos y de los fondos para la resolución de entidades, contribuye a atenuar el vínculo⁶ entre la entidad financiera y el

⁶ Fundamentalmente a raíz de la crisis griega en 2010, y durante los años posteriores se observaban grandes diferencias en los costes de financiación de entidades de la Unión Europea cuyos niveles de solvencia eran muy similares. Como el mercado partía de que en caso de problemas de liquidez o solvencia los Estados iban a actuar para rescatar a sus propias entidades, el rating y el coste de financiación de los bancos han venido determinados por la percepción del mercado acerca de la solidez o fragilidad de las finanzas públicas del Estado de referencia y no por la propia gestión de riesgos e inversiones por parte de cada entidad. Este vínculo ha tenido un efecto perverso sobre la competencia en el sector financiero en el marco de la Unión Europea durante los últimos años, perjudicando a las entidades sólidas de los países fiscalmente percibidos como más débiles y beneficiando a aquellas entidades en dificultades pero situadas en Estados

Estado miembro en el que tenga su sede. El objetivo de la nueva regulación es crear un escenario en el que las entidades competirán entre sí en igualdad de condiciones, sin recurso o ayuda (explícita ni implícita) de los Estados en que se ubican.

Si bien, de conformidad con lo anterior, muchas de las medidas⁷ recogidas en el PRD están **justificadas** por la necesidad de proteger la **estabilidad financiera**, algunas se consideran **susceptibles de mejora** desde el punto de vista de la regulación económica eficiente y la promoción de la libre competencia. Son las siguientes:

En primer lugar, podría valorarse si fuera factible la posibilidad de especificar en mayor medida la **discrecionalidad de las autoridades competentes** en cuanto a la modulación de la aplicación de la normativa contemplada en el PRD, para evitar en su caso diferencias de trato injustificadas entre los afectados y favorecer la seguridad jurídica.

En segundo lugar, sería **recomendable reforzar el tratamiento de las implicaciones que sobre la normativa de ayudas de Estado** presentan algunos de los preceptos introducidos, evitando con ello cierta asimetría en función de si son otorgadas por el FROB o por el FGD.

Por último, se recomienda **introducir referencias** a principios relacionados con la **normativa que rige la contratación pública** y con el Derecho de la Competencia, que no se han incluido en las diferentes formas de solicitar la prestación de servicios en el mercado.

III.2. Observaciones particulares

III.2.1. Concreción de criterios de modulación y de criterios de contribución

Se observa un posible exceso de discrecionalidad al menos en dos aspectos de la regulación: (i) en cuanto a la modulación por supervisores y autoridad de resolución de los criterios de modulación de las obligaciones establecidas (art. 4 PRD) y (ii) en la fijación por el FROB de las contribuciones por parte de las entidades al Fondo de Resolución en función de su perfil de riesgo (art.49.3 PRD).

Por lo que respecta a los criterios de modulación, el artículo 4 del PRD reproduce literalmente los criterios⁸ establecidos por el artículo 4.1 de la Directiva

percibidos como fiscalmente sanos, provocando una dinámica centro-periferia muy problemática en términos de mercado interior.

⁷-Tales como la obligatoria elaboración de planes de recuperación, resolución, evaluación de la resolubilidad, imposición de cambios a la estrategia empresarial por los supervisores y por el FROB etc...

⁸ El artículo 4.1 de la Directiva establece los siguientes criterios : « *naturaleza de las actividades de la entidad, la estructura de su accionariado, su forma jurídica, su perfil de riesgo, su tamaño y su estatuto jurídico, su interconexión con otras entidades o con el sistema financiero en general, el*

2014/59/UE para la modulación por los supervisores y el organismo de resolución de las obligaciones y requisitos establecidos, en particular para el establecimiento de obligaciones simplificadas. De este modo da cumplimiento a la habilitación de desarrollo reglamentario establecida al efecto por el art. 4.3 de la Ley 11/2015 y completa, conjuntamente con el artículo 5, la transposición del artículo 4.1 de la Directiva 2014/59/UE.

Esta Comisión entiende que las autoridades nacionales deben alcanzar un equilibrio complejo entre la protección de la estabilidad del sistema financiero y la necesidad de garantizar que el régimen se aplique de forma proporcionada, adecuando las cargas administrativas impuestas a la mayor o menor incidencia que podría tener la inviabilidad de una entidad. En este sentido, los mencionados criterios de modulación se valoran positivamente. Se estima, sin embargo, que los referidos criterios, sin un ulterior desarrollo, pueden suponer riesgo de inseguridad jurídica para las entidades así como de posible aplicación discriminatoria o no equitativa de la norma, en tanto en cuanto permiten una discrecionalidad a las autoridades.

Aunque el apartado 5 del artículo 4 de la Directiva 2014/59/UE se remite a la [Autoridad Bancaria Europea](#) (EBA por sus siglas en Inglés)⁹ para el desarrollo de estos criterios de una manera armónica en el seno de la UE, tanto la Directiva como las propias directrices permiten una mayor concreción en el uso de los criterios por parte de las autoridades nacionales, por ejemplo en lo relativo a la utilización de indicadores optativos adicionales o al establecimiento de unos pesos específicos para cada uno de los criterios.

Esta Comisión considera que, a fin de incrementar el grado de seguridad jurídica y de evitar en su caso discrecionalidad en la aplicación de la norma, podría valorarse la conveniencia de:

- Incluir en el texto del artículo 4 la finalidad de los criterios establecidos, que no es otra que *“determinar la incidencia que podría tener la inviabilidad de una entidad en los mercados financieros, en otras entidades, en las condiciones de financiación o en la economía en general”*, como establece el artículo 4.1 de la Directiva.
- Recoger una referencia expresa a las Directrices elaboradas por la EBA en cumplimiento del artículo 4.5 de la Directiva.

ámbito y la complejidad de sus actividades, su pertenencia a un SIP o a otros sistemas de solidaridad mutua de cooperación mencionados en el artículo 113, apartado 7, del Reglamento (UE) n o 575/2013 y cualquier ejercicio de servicios o actividades de inversión conforme se definen en el artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2014/65/UE».

⁹ La EBA publicó sus Directrices -[Guidelines on the application of simplified obligations under Article 4\(5\) of Directive 2014/59/EU](#)- el pasado 7 de julio de 2015.

- Establecer directamente una metodología, cuantitativa en lo posible, que permita a las entidades destinatarias de la norma anticipar cómo se les va a aplicar la normativa, introduciendo además un orden de prelación entre los propios criterios.

Por lo que se refiere a los **criterios de contribución al Fondo de Resolución**, el artículo 49.3 fija una serie de criterios de carácter muy generalista conforme a los cuales debe el FROB fijar las **contribuciones**, de conformidad con el artículo 53.1.a) 2º) de la Ley 11/2015, **en función del perfil de riesgo** de la entidad contribuyente. Los criterios fijados (carácter sistémico, situación financiera, resolubilidad, estructura de pasivo, haber recibido ayudas con anterioridad) se estiman adecuados a los efectos de atenuar el riesgo moral que la propia existencia de un fondo de resolución podría implicar¹⁰, pero se echa de menos una mayor concreción.

Esta Comisión recomendaría, como en el caso del artículo 4, bien el establecimiento de una metodología en la propia norma, bien, si no se estima conveniente, habilitar al FROB para establecer una **metodología uniforme de general aplicación a todas las entidades**, que tome en consideración estos criterios. Podría quizá tomarse en consideración como criterio cualitativo de cuantificación del riesgo el grado de desarrollo y cumplimiento por parte de la entidad de mecanismos internos de control de riesgo.

III.2.2.- Mejor aproximación a la normativa de ayudas de Estado de las medidas preventivas y de saneamiento acometidas por el Fondo de Garantía de Depósitos

Entre las cuestiones susceptibles de mejora destaca **el tratamiento que el PRD hace de las ayudas de Estado en la extensa modificación¹¹ del Real Decreto 2606/1996**, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito que lleva a cabo la Disposición final primera. Así, los apartados doce y trece de la referida disposición final primera, que modifican los artículos 10 y 11 del citado Real Decreto 2606/1996, en los que se regulan las medidas preventivas y de saneamiento que puede realizar el Fondo de Garantía

¹⁰ La previsibilidad de apoyo externo que supone la existencia de fondos de resolución podría provocar comportamientos más tendentes al riesgo por parte de aquellas instituciones financieras que, por su importancia en el sistema financiero, son candidatas en caso de problemas a la resolución frente a los procedimientos concursales ordinarios. Este problema de riesgo moral se atenúa en gran medida con la anteposición, con carácter general, de la recapitalización interna a la intervención del fondo de resolución, pero también con una configuración adecuada de las contribuciones al fondo.

¹¹ Modificación tan extensa que cabe preguntarse si, por razones de técnica normativa, no hubiera resultado oportuno aprobar un real decreto de nueva planta regulador del Fondo de Garantía de Depósitos. Como muestra de la amplitud de la modificación cabe señalar que ha cambiado el nombre del Fondo, su ámbito de aplicación –cubre ahora valores, además de depósitos- y se han modificado 9 de 11 artículos, habiéndose añadido otros tres artículos (5 bis, 7 bis y 9 bis).

de Depósitos con objeto de impedir la liquidación de una entidad, no incluyen referencia a las posibles implicaciones desde la perspectiva de ayudas de Estado.

Como es bien sabido, las ayudas en el sector financiero se encuentran sujetas a la normativa de ayudas de Estado emanada del artículo 107 TFUE. De conformidad con este artículo y con reiterada jurisprudencia del TJUE, para que pueda hablarse de ayuda estatal, deben darse cuatro requisitos cumulativos:

- Suponer un beneficio para una empresa (“ventaja económica”);
- Ser concedida por el Estado o mediante fondos estatales;
- Falsear la competencia, afectando a los intercambios comerciales entre Estados Miembros;
- Favorecer sólo a determinadas empresas o producciones (“selectividad”);

La **Comunicación Bancaria**¹², aprobada en agosto de 2013, dedica un apartado a la situación de las actuaciones de los fondos de garantía de depósitos en relación con la normativa de ayudas de Estado. De acuerdo con la Comunicación Bancaria, las intervenciones de los fondos de garantía de depósitos para reembolsar a los depositantes no constituyen ayuda estatal. Por el contrario, **la utilización de estos fondos o de fondos similares para ayudar a la reestructuración de entidades de crédito puede constituir ayuda**, en la medida en que los fondos, aunque provengan del sector privado, pueden estar bajo el control del Estado y la decisión sobre su utilización puede ser imputable a éste.

La Comisión Europea se ha pronunciado además, en reiteradas ocasiones¹³, afirmando el carácter de ayuda de Estado en el sentido del artículo 107.1 TFUE de las intervenciones del Fondo de Garantía de Depósitos (FGD) español, en el transcurso de la crisis económica y financiera, sobre la base de las siguientes consideraciones:

- **Presencia de fondos estatales.** La Comisión ha entendido que los recursos del FGD son estatales puesto que provienen de contribuciones obligatorias impuestas por la legislación y son administradas por una institución ajena al Estado pero sobre la que éste tiene el control. En el asunto NN61/2009, sobre Caja Castilla-la Mancha, rechaza la Comisión

¹² [Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera](#)

¹³ Las decisiones de la Comisión Europea sobre los casos de Caja Castilla la Mancha (NN61/2009), UNNIM (SA 33733/2012) y CAM (SA 34255/2012) especifican en sus considerandos que los apoyos prestados por el Fondo de Garantía de Depósitos constituyen ayudas de Estado, al entender que concurren los cuatro elementos definitorios de éstas. En el mismo sentido se pronuncia la Comunicación Bancaria de 2013.

expresamente la aplicabilidad de la sentencia *Preussen Elektra*, sobre la base de que los fondos no van directamente de particular a particular sino que interviene una tercera institución (el FGD) y hay una decisión expresa sobre la misión u objetivo a que se dedican los fondos.

- **Imputabilidad.** La Comisión considera que la estructura y composición de la Comisión Rectora del FGD -once miembros, de los que uno es representante del Ministerio de Economía y Competitividad, uno del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, cuatro son designados por el Banco de España y sólo cinco lo son por las asociaciones representativas de las entidades de crédito adheridas- determina una preponderancia clara del Sector Público en la toma de decisiones. Debe señalarse, a este respecto, además, que el nuevo texto propuesto por el borrador de PRD para el artículo 10 del RD 2606/1996, supedita la intervención del FGD a la existencia de un “plan acordado por la entidad y aprobado por el supervisor competente, previa consulta al FROB”.

Por tanto, toda vez que la Comisión Europea ha considerado en diversas ocasiones que los **apoyos proporcionados por el FGD son ayudas de Estado** en el sentido del artículo 107.1 TFUE, **la norma debería garantizar la compatibilidad de estos apoyos con la normativa de ayudas de Estado**, mediante la inserción de la necesaria referencia al efecto, similar a la que se introduce en aquellos artículos que desarrollan actuaciones del FROB susceptibles de ser calificadas como ayudas de Estado.

III.2.3. Procedimiento de selección de los valoradores

En el artículo 6 sobre la valoración de entidades se establece que debe hacerse por “persona independiente”, sin indicar nada acerca del procedimiento de selección del valorador. El procedimiento en cuestión **debería de ser abierto y competitivo, tal y como ya se indicó en el IPN/003/CNMC/2015** en relación con el artículo 5 del APL sometido a informe.

Sería conveniente, por tanto, incluir en el artículo 6 una **referencia al sometimiento del procedimiento de selección de valoradores a los principios de publicidad y concurrencia** del artículo 52.9 de la Ley 11/2015, y a la sujeción de la entidad al Texto Refundido de la Ley de Contratos y a los principios que le son propios, garantes de una adecuada competencia efectiva.

III.2.4. Otras consideraciones sobre la aplicación de las normas de libre competencia

Finalmente, se recuerda que la aparición de problemas de viabilidad en una entidad que lleven a la intervención pública en su ámbito de actuación mediante los mecanismos previstos en la Ley 11/2015 y el PRD ahora informado no excluye a la entidad de la aplicación de las normas generales de defensa de la competencia. Es decir, aún con la existencia de decisiones tomadas por las autoridades públicas competentes (alerta temprana, planes de recuperación...), la

entidad está sujeta a la normativa vigente de defensa de la competencia tanto nacional como comunitaria. .

De igual modo, se recuerda que en aquellos casos en que se contempla el intercambio de información entre operadores y autoridades (en particular, en la propuesta de modificación del artículo 12 del RD 2606/1996 se establece una obligación de comunicación eficaz entre el FGD y las entidades adscritas), dicho intercambio, en la medida en que pudiera recoger información comercialmente sensible o en un formato particularmente desagregado sobre las conductas o estrategias de los propios operadores, debe tener en cuenta las limitaciones establecidas desde la óptica de la normativa de competencia.

