

La actuación del FROB como acto administrativo en situaciones internacionales (las medidas del artículo 70 de la Ley 9/2012)

Elisa Torralba Mendiola

Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito faculta al FROB (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria) para adoptar ciertas medidas con carácter de acto administrativo. Desde una perspectiva internacional las cuestiones que tales actuaciones pueden suscitar no se plantean únicamente en términos de ley aplicable, ni siquiera de competencia, sino de eficacia espacial de las medidas adoptadas y de la constatación práctica de la imposibilidad de que las autoridades españolas actúen con alcance coercitivo en un Estado extranjero. Esta perspectiva viene confirmada por la Propuesta de Directiva sobre esta misma materia, de 6 de junio del 2006, cuyo artículo 59 («Competencia para ejecutar acciones de resolución por otros Estados miembros») prevé una serie de obligaciones de colaboración entre las autoridades de los Estados miembros destinadas a garantizar la eficacia transfronteriza de las actuaciones de tales autoridades cuando se refieran a transferencias de activos situados fuera del Estado que las nombra. Esa necesidad de colaboración no se prevería si la autoridad de origen pudiera extender sus facultades ejecutivas a los bienes situados en esos otros Estados miembros. En la misma línea se sitúa el artículo 73 («Activos, derechos y pasivos sometidos a la jurisdicción de un territorio fuera de la Unión») y todo el título VI de la propuesta («Relaciones con terceros países»).

Las medidas contenidas en el artículo 70

El artículo 70 de la ley prevé la posibilidad de que el FROB adopte tres tipos de medidas: a) la suspensión de ciertas operaciones de pago; b) la prohibición o limitación de la ejecución de garantías,

y c) la actuación relativa a supuestos comprendidos en el Real Decreto Ley 5/2005.

a) La suspensión de obligaciones de pago

El artículo 70.1 permite al FROB suspender, con carácter de acto administrativo, cualquier obligación de pago o entrega que se derive de cualquier contrato celebrado por la entidad por un plazo máximo que comienza con la publicación del ejercicio de la facultad hasta las cinco de la tarde del día hábil siguiente, posibilidad que no alcanza a los depósitos abiertos en ella.

La injerencia permitida al FROB en este caso no afecta a la validez o interpretación del contrato, sino a su cumplimiento, que viene impedido por un acto administrativo que vincula a la entidad de crédito española. Desde esa perspectiva, la ley aplicable al contrato cuyo cumplimiento se impide sigue determinando las consecuencias del incumplimiento y es la que establece los remedios que están al alcance del acreedor en aquellos casos en los que el deudor se ve imposibilitado de cumplir porque, de hacerlo, incurriría en la infracción de una disposición que lo vincula.

No obstante, en la medida en que la suspensión se refiera a pagos o entregas que se deban llevar a cabo utilizando activos situados en el extranjero, el FROB no puede imponerla coercitivamente sobre tales activos, por lo que es posible que la transacción llegue a ejecutarse en el extranjero pese a la suspensión. Si fuera así, desde la perspectiva del derecho español, el pago o la entrega efectuados se considerarían nulos por contravenir una norma imperativa española.

b) Prohibición o limitación de la ejecución de garantías

El segundo apartado del artículo 70 permite al FROB, con carácter de acto administrativo, impedir o limitar la ejecución de garantías sobre cualquiera de los activos de la entidad por el periodo de tiempo que considere adecuado (las garantías financieras reciben un tratamiento especial al que nos referiremos en el apartado c).

La cuestión se puede plantear desde una doble perspectiva: si la garantía se pretende ejecutar en España, la autoridad competente para ello deberá atenerse a los términos de la decisión adoptada por el FROB. En un segundo escenario, la garantía pretende ejecutarse en el extranjero porque allí se sitúan los bienes a los que se refiere.

En el segundo caso, si la decisión del FROB se ha adoptado como una de las medidas que forman parte de *un instrumento de resolución o es una medida de gestión de instrumento híbrido de capital o deuda subordinada, la disposición adicional quinta de la ley la equipara a una medida de saneamiento*, lo que tiene como consecuencia que en aplicación del artículo 8.2a de la Ley 6/2005, sobre Saneamiento y Liquidación de Entidades de Crédito, no sea posible impedir esa ejecución porque, según dicho precepto, la adopción de medidas de saneamiento no afectará «a los derechos reales de los acreedores o de terceros sobre bienes materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, de cualquier clase pertenecientes a la entidad de crédito, comprendidos los conjuntos de activos indeterminados cuya composición pueda variar en el tiempo, y que en el momento de la adopción de las referidas medidas o incoación de procedimientos se encuentren en el territorio de otro Estado miembro [...]».

En el resto de los casos, aquellos en los que la medida del FROB no se ha adoptado como un instrumento que se equipara a una medida de saneamiento, aquél no puede impedir la ejecución de la garantía en el extranjero por las razones señaladas en el apartado a, pero, además, hay argumentos que permiten concluir que el propio ordenamiento español limita esta facultad a las garantías sobre bienes situados en España: si cuando el FROB adopta medidas que pueden ser calificadas como «de saneamiento», por definición más «intervencionista»

que el resto, no puede afectar a los derechos reales sobre bienes situados en el extranjero, no resulta coherente que se le permita hacerlo en el marco de medidas que, por suponer una menor intervención, no se equiparan a las concursales.

c) La actuación del FROB en relación con los supuestos comprendidos en el Real Decreto Ley 5/2005

El artículo 67 remite al 70.3 para la regulación de las facultades del FROB y los efectos de las medidas de actuación temprana, reestructuración o resolución sobre las operaciones financieras y acuerdos de compensación contractual a los que se refiere el capítulo II del título I del Real Decreto Ley 5/2005.

El artículo 70.3 permite al FROB «suspender el derecho de las contrapartes a declarar el vencimiento o resolución anticipada o a instar la ejecución o compensación de cualesquiera derechos u obligaciones relacionados con las operaciones financieras y acuerdos de compensación contractual a los que se refiere la sección 2.ª del capítulo II del título I del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, como consecuencia de cualquier medida de resolución, reestructuración o actuación temprana [...]».

Para el análisis de esta cuestión cobra de nuevo importancia la distinción entre las *medidas de resolución o de gestión de instrumentos híbridos de capital o deuda subordinada, consideradas de saneamiento*, y las que no lo son, que no reciben tal calificación. En el primer caso, el artículo 8.2 de la Ley 6/2005, sobre Saneamiento y Liquidación de Entidades de Crédito, prevé la imposibilidad de que las medidas adoptadas en relación con la entidad de crédito afecten al «derecho de un acreedor a reclamar la compensación de su crédito con el de la entidad de crédito cuando la ley aplicable al crédito de esta última permita la compensación». Por otra parte, de acuerdo con el apartado 1e del mismo precepto, «los acuerdos de compensación contractual y de novación se regirán exclusivamente por la ley aplicable al contrato que rija dichos acuerdos».

En consecuencia, cuando la ley aplicable sea distinta de la española y admita la compensación, la medida de resolución o de gestión de instrumentos híbridos de capital o deuda

subordinada no podrá consistir en la suspensión por el FROB de ese derecho. Por otra parte, aunque los artículos 8.2 y 1e citados sólo hablen de compensación y novación, hay que entender que se extienden también a las cláusulas de liquidación por vencimiento exigible anticipadamente y consiguiente cancelación del contrato, al menos en la medida en que operen como presupuestos para invocar el derecho a compensar, puesto que, de lo contrario, resultaría en ocasiones inoperativa la regla que establecen.

Cuando no operen como presupuestos de una compensación, a los casos que recoge el artículo 70.3 (declaración de vencimiento o resolución anticipada o ejecución de las obligaciones relacionadas con las operaciones financieras) se aplica el artículo 7 de la Ley 6/2005, que prevé la aplicación del ordenamiento español a los efectos de la medida de intervención sobre «los contratos vigentes en los que la entidad de crédito sea parte», por lo que no resulta descartable que, incluso si el contrato se sujeta a un derecho extranjero, le resulte aplicable la previsión del artículo 70.3 (salvo, como se ha visto, los supuestos de compensación).

Si, en virtud de lo señalado, *la actuación del FROB no se integra en una medida de saneamiento*, es, en principio, en cuanto acto administrativo, «ley de policía», por lo que se impone incluso en los casos en los que el contrato afectado por la medida está sujeto a un ordenamiento extranjero. Desde luego, de suscitarse la cuestión ante un juez español, éste no podrá resolver de manera distinta, en virtud del artículo 9.2 del reglamento («las disposiciones del presente reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro»); de plantearse ante el juez de otro Estado miembro de la Unión Europea, éste «podrá dar efecto» a la ley española siempre que las obligaciones derivadas del contrato deban ejecutarse en España y «dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal» (en nuestro caso habría que entender que lo que sería ilegal no sería la ejecución, sino la terminación del contrato). Los jueces de terceros Estados no están vinculados por el artículo 9 del reglamento, por lo que el valor que atribuyan a la norma española dependerá de lo previsto para estos casos en su propio ordenamiento.

No obstante, y con el mismo argumento que ya se ha avanzado en relación con las garantías

reales, no tendría sentido mantener este criterio e impedir que la compensación y sus presupuestos operasen incluso en supuestos internacionales en aplicación del artículo 70.3, cuando las medidas adoptadas sean de actuación temprana o reestructuración, por definición menos «intervencionistas», siendo así que en los casos de resolución, que es el supuesto de mayor «intervención», puede admitirse que opere si lo admite el ordenamiento extranjero rector del crédito de la entidad. La coherencia del sistema obliga a aplicar en este caso el mismo criterio a ambas situaciones.

Admitido lo anterior, si tenemos en cuenta el papel esencial de la compensación en las operaciones en las que fundamentalmente está llamada a ser aplicada la ley (*netting* o garantías financieras, si bien de estas últimas nos ocupamos en el apartado c) y hemos excluido la posibilidad de que se la califique de «ley de policía», también habría que descartar esta consideración para el resto de los supuestos previstos en el artículo 70.3 en los que el interés de la intervención estatal es menos relevante: no tiene sentido llegar a la conclusión avanzada respecto de la compensación y, sin embargo, considerar que opera como «ley de policía» la decisión del FROB acerca de la imposibilidad de declarar el vencimiento o la resolución anticipada fuera de un supuesto de compensación.

Por otra parte, *el artículo que estamos analizando es contrario a los artículos 4 y 7 de la Directiva 2002/47/CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio del 2002, sobre acuerdos de garantía financiera.

El segundo de ellos establece la obligación a cargo de los Estados miembros de garantizar la eficacia de las cláusulas de liquidación por compensación exigibles anticipadamente «a) aunque se inicien o prosigan procedimientos de liquidación o medidas de saneamiento con respecto al garante o al beneficiario y/o b) pese a cualquier pretensión de afectación, embargo judicial o de otra índole, u otra disposición sobre o con respecto a los citados derechos [...]». No obstante, de aprobarse la Propuesta de Directiva de 6 de junio del 2006, a la que se ha hecho referencia al comienzo de esta nota, este artículo se modificará para excluir su aplicación en los supuestos cubiertos por aquella.

Mientras ese texto no sea aprobado, no se pueden atribuir al FROB facultades para suspender

el derecho de las contrapartes a instar la compensación, y eso con independencia de la ley aplicable al contrato o de dónde se entiendan situados los instrumentos financieros. Siendo así, el ejercicio de esta facultad por parte del FROB no puede vincular a sus destinatarios, que pueden acogerse al efecto directo de la directiva frente al FROB o, como mínimo, al principio de interpretación conforme, que exige una interpretación de la norma de transposición que no impida el «efecto útil» del texto europeo e, incluso, la eventual responsabilidad del Estado por los daños que esta incorrecta transposición pueda causar a quien, obligado de manera inmediata a cumplir la norma española, sufre como consecuencia de ello una pérdida patrimonial (nótese que la contradicción de esta regla es directamente con la directiva y no con el Real Decreto 5/2005, que sólo habla de concurso, en contravención de aquélla, por lo que lo que se está haciendo ahora es consolidar lo incorrecto de la transposición llevada a cabo en un principio).

Junto con lo anterior, el artículo 4 de la Directiva 2002/47 obliga a los Estados miembros a velar por que, al producirse un supuesto de ejecución, el beneficiario pueda ejecutar las garantías financieras prestadas en virtud de un acuerdo de garantía financiera prendaria en

las condiciones en él estipuladas, incluso en situaciones concursales (de acuerdo con su apartado 5, «los Estados miembros velarán por que el acuerdo de garantía financiera pueda aplicarse conforme a sus cláusulas a pesar de la apertura o la continuación de procedimientos de liquidación o la adopción de medidas de saneamiento con respecto al garante o al beneficiario»). Aunque es cierto que el artículo se refiere sólo a situaciones de liquidación o saneamiento, ello se debe a que sólo en tales supuestos se consideraba concebible esa injerencia. Que ahora el legislador español haya inventado otra figura, a la que ha querido dar una calificación no concursal, pero con finalidades similares, no puede servir para burlar la directiva, como hace el artículo 70.3 de la ley. Para este caso, además, no se prevé en la Propuesta de Directiva de junio del 2012 una modificación equivalente a la proyectada respecto del artículo 7, por lo que, de aprobarse el texto europeo tal como ahora se prevé, la contradicción entre la ley española y la Directiva 2002/47 se mantendrá, dando lugar a que los afectados puedan seguir haciendo uso de los mecanismos señalados en el párrafo anterior (no obstante, a diferencia del artículo 7, que establece a cargo de los Estados una obligación de «garantizar», el 4.5 sólo exige «velar por»).



Para más información consulte nuestra web www.gomezacebo-pombo.com, o diríjase al siguiente email de contacto: info@gomezacebo-pombo.com.