

La disposición adicional duodécima de la Ley 10/2014, ¿un obstáculo innecesario a las operaciones corporativas bancarias?

Fernando Mínguez Hernández

Revista de Derecho del Mercado de Valores, nº 18/2016 (enero-junio)

RESUMEN

La disposición adicional duodécima de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito sujeta a la autorización del Ministerio de Economía las operaciones de modificación estructural en las que intervengan entidades de crédito, así como "cualquier acuerdo que tenga efectos económicos o jurídicos análogos". El control administrativo tradicional que en España ha existido sobre este tipo de operaciones –por sí mismas, con independencia de su trascendencia prudencial o su incidencia en las condiciones exigidas para el mantenimiento de la autorización de la entidad- no solo se mantiene en los mismos términos anteriores a la citada ley sino que se amplía a supuestos que constituyen un concepto jurídico indeterminado. La disposición, que representa un obstáculo evidente al desenvolvimiento de las operaciones corporativas bancarias, debería ser reformada o incluso derogada por varios motivos: (i) carece de una justificación prudencial evidente –existen otras técnicas que ya atienden a la misma finalidad-, (ii) no tiene un encaje claro en la distribución de competencias administrativas en materia bancaria tras el arranque del Mecanismo Único de Supervisión e (iii) introduce una inseguridad que solo puede paliarse mediante el oneroso procedimiento de recurrir a la consulta permanente con la Administración.

Palabras clave

Ley 10/2014, modificaciones estructurales, fusiones y escisiones, Mecanismo Único de Supervisión, licencias bancarias, regulación prudencial, operaciones corporativas bancarias.

ABSTRACT

The twelfth additional provision of the Credit institutions ordination, supervision and solvency Act 10/2014 requires the prior approval by the Ministry of Economy of credit institutions' structural modifications as well as of "any agreement with analogous economic or legal effects". Therefore, the traditional control applied in Spain to this kind of transactions –irrespective of their actual prudential effects or their impact on the requirements to obtain and keep their license by credit institutions- is not only maintained but extended to other, highly undetermined, operations. The provision, which poses an evident obstacle to the development of banks' corporate operations should be reformed or even abrogated for a number of reasons: (i) it is not easy to justify on prudential grounds –there are other controls with the same purpose-, (ii) it does not evidently fit within the distribution of administrative competences after the launch of the Single Supervisory Mechanism and (iii) introduces legal uncertainty than may only be tackled by an onerous recourse to constant consultation with the Administration.

Key words

Act 10/2014, structural modifications, mergers and spin-offs, Single Supervisory Mechanism, banking licenses, prudential regulation, banks' corporate operations.

I.INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos que llamaron la atención de los especialistas al conocerse los textos prelegislativos de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito ("LOSSEC") fue el tenor de su disposición adicional duodécima ("DA 12ª"):

Disposición adicional decimosegunda. Autorización de operaciones de modificación estructurales.

- 1. Corresponderá al Ministro de Economía y Competitividad autorizar las operaciones de fusión, escisión o cesión global o parcial de activos y pasivos en las que intervenga un banco, o cualquier acuerdo que tenga*

efectos económicos o jurídicos análogos a los anteriores. A estos efectos, y con carácter previo a la concesión de la autorización, se solicitará informe al Banco de España, al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en los aspectos de su competencia.

2. La solicitud de autorización deberá ser resuelta dentro de los seis meses siguientes a su recepción en la Secretaría General del Tesoro, o al momento en que se complete la documentación exigible y, en todo caso, dentro de los doce meses siguientes a su recepción. Cuando la solicitud no sea resuelta en el plazo anterior, podrá entenderse desestimada. Reglamentariamente se establecerá el resto de los términos del procedimiento de autorización.

3. La autorización de operaciones de fusión, escisión o cesión global o parcial de activos y pasivos en las que intervenga una caja de ahorros o una cooperativa de crédito se regirán por su normativa específica.

La DA 12ª se desarrolló a través del artículo 11 del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero ("RD 84/2015") y cabe presumir que el legislador no encuentra en esta pieza regulatoria excesivos defectos, puesto que este mismo régimen se extendió, casi literalmente, a las entidades aseguradoras en el artículo 90 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y se pretende extender a los establecimientos financieros de crédito, a juzgar por el proyecto de texto reglamentario que debe regularlos. Las empresas de servicios de inversión, sin embargo, conservan un régimen algo menos expansivo, conforme al artículo 159 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores.

Siendo la Ley 10/2014 un texto legal, creemos, bienvenido en el sector por cuanto conlleva un esfuerzo de sistematización y siendo también, sin duda, el mayor avance en muchos años en la necesaria codificación de nuestro Derecho financiero, la inserción de esta disposición –que, visto lo visto, no tiene nada de ligera o poco consciente- resulta sorprendente por cuanto: (i) introduce una dosis de

inseguridad jurídica en las transacciones del sector financiero que solo es gestionable mediante el oneroso proceso de acudir permanentemente al procedimiento administrativo y (ii) es extemporánea, a la vista del grado de evolución de nuestro sistema institucional bancario y, sobre todo, dada la nada desdeñable circunstancia de que España ha quedado inserta en el Mecanismo Único de Supervisión ("MUS"), cuestión que era conocida al tiempo de redactarse la ley.

Siempre existió en nuestro Derecho un control administrativo en sede ministerial de lo que, antes doctrinalmente y ahora también legislativamente, se denominan "modificaciones estructurales". Y existían razones (prudenciales) para ello, al menos cuando (i) las "modificaciones estructurales" eran la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo y (ii) nuestro sistema administrativo de regulación y supervisión bancarias distribuía con cierta claridad funciones entre el ministerio competente en materia de economía y política bancarias (comoquiera que se viniera denominando en las sucesivas reformas organizativas –en estos momentos, Ministerio de Economía y Competitividad-) y el Banco de España. Con el paso del tiempo, el concepto de "modificación estructural" se ha ido ampliando para abarcar figuras –la segregación y la cesión parcial de activos y pasivos- cuyos efectos "estructurales" poco tienen de obvios y que, por tanto no plantean los mismos problemas prudenciales y, sobre todo, el reparto competencial cambió sustancialmente, primero en 2012 tras la implementación del Memorando de Entendimiento con las Autoridades Comunitarias –y su resultado legislativo: el Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto- y definitivamente en 2014, con la entrada en vigor del MUS.

Lo razonable hubiera sido que la norma de control se hubiese adaptado a uno y otro cambio, acompañándolos. No es esto, sin embargo, lo que ocurrió con la DA 12ª de la Ley 10/2014, que es ajena a esta evolución en lo estrictamente tocante a las modificaciones estructurales. Pero es que, más allá de introducir una regulación de esos procesos jurídicos poco acorde con el resto del Ordenamiento, la DA 12ª expande el control administrativo, aquí ya sí, sin precedente alguno, nada menos que a "*cualquier acuerdo que tenga efectos económicos o jurídicos análogos a los anteriores*", concepto jurídico indeterminado donde los haya.

Cabe, por supuesto, realizar interpretaciones razonables de esa frase y, por tanto, cabe buscarle a la DA 12ª un campo de aplicación, si no justificado, sí cabal. El

problema es que la entidad de crédito que acometa, sin la debida autorización, una operación sujeta a la misma, comete una infracción muy grave de la normativa de ordenación y disciplina. En el ámbito de las transacciones del sector financiero, la necesidad de una autorización –o a la duda sobre si esta es exigible– se traduce inmediatamente en una imposibilidad de proceder y la necesidad de sujetar los acuerdos a condición suspensiva. Y el único modo de obtener plena seguridad sobre la necesidad o no de contar con una autorización es consultar a la Administración, recurriendo al expediente de pedir criterio y, subsidiariamente, solicitar dicha autorización. Pues bien para cerrar el círculo, la Administración se concede nada menos que seis meses extensibles a doce –frente a los tres que, hasta la reforma y, ante el silencio, le otorgaba la LRJ-PAC- para resolver¹.

Creemos no exagerar si decimos que no hay transacción corporativa bancaria significativa sobre la que ahora mismo no gravite la DA 12^a, haciendo innecesariamente onerosos los plazos de las operaciones.

A nuestro juicio, como intentaremos mostrar en este breve trabajo, la DA 12^a Ley 10/2014 debería ser derogada o, al menos, sustancialmente modificada, por cuanto (i) carece de función prudencial evidente, (ii) es incoherente con el resto del sistema jurídico y, por tanto, supone un obstáculo que cabe calificar de poco justificado al desenvolvimiento de las transacciones en nuestro sector bancario.

II. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES: JUSTIFICACIÓN PRUDENCIAL Y TÉCNICAS ALTERNATIVAS

Hasta el año 2012, en la cuestión que nos ocupa incidían, en nuestro Derecho, dos preceptos fundamentales: (i) por un lado, el artículo 43 de la Ley 26/1988, de 28 de julio decía que correspondía *"al Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España, autorizar la creación de las entidades de crédito"* y (ii) por otro, el artículo 45 de la Ley de Ordenación Bancaria de 1946², decía que se requería la autorización *"del Ministro de Hacienda, previo informe del Consejo Superior Bancario³... c) para los acuerdos de fusión, absorción o escisión, así como la cesión global de activos o pasivos en los que intervenga una firma bancaria"*.

¹ Y que, al menos hasta ahora, parece seguir siendo el tiempo que, en la práctica, se emplea para autorizar.

² Redacción dada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre.

³ Referencia que había que entender hecha al Banco de España.

La lógica del control administrativo se encuentra si partimos de una regla razonablemente sencilla de formular: una entidad de crédito obtiene su autorización sobre la base de unos determinados elementos y deberá volver al mismo órgano que emitió dicha autorización cuando los citados elementos experimenten variaciones significativas. Recordemos que los requisitos para obtener una licencia bancaria, hoy contenidos en el artículo 4 del RD 84/2015, son:

- a) Revestir la forma de sociedad anónima constituida por el procedimiento de constitución simultánea y con duración indefinida.
- b) Tener un capital social inicial no inferior a 18 millones de euros, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas.
- c) Limitar estatutariamente el objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito.
- d) Que los accionistas titulares de participaciones significativas sean considerados idóneos.
- e) No reservar a los fundadores ventaja o remuneración especial alguna.
- f) Contar con un consejo de administración formado por al menos cinco miembros. Los miembros del consejo de administración, los directores generales o asimilados y los responsables de las funciones de control interno y otros puestos clave tanto de la entidad como, en su caso, de la sociedad dominante, deberán cumplir los requisitos de idoneidad previstos en el capítulo III del propio RD 84/2015.
- g) Contar con una adecuada organización administrativa y contable, así como con procedimientos de control interno adecuados que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad.
- h) Tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, en territorio nacional y

- i) Contar con procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo en las condiciones establecidas por la normativa correspondiente

En línea de principio, una modificación estructural puede afectar a cualquiera de esas condiciones, así pues, parece haber una lógica bastante clara en el sometimiento de dichas operaciones a control. Lo anterior contrasta con dos realidades: (i) si bien hay otros ordenamientos nacionales (p.ej. el portugués) que contemplan reglas parecidas no son todos, ni mucho menos y (ii) las normas comunitarias no exigen el sometimiento a control de este tipo de operaciones. Resulta claro que la lógica descrita no se oculta ni al legislador comunitario ni a los reguladores nacionales de otros países de nuestro entorno. Simplemente, existen otras herramientas técnicas que ya permiten controlar esos "impactos estructurales" (en la medida en que sean tales). Recordemos, en efecto, que, en toda la Unión Europea y entre otras cuestiones:

- a) Está sometida a autorización administrativa previa la obtención de la licencia de una entidad de crédito para operar (también hay control administrativo en la revocación de la autorización).
- b) Existe control previo (no oposición) de las tomas de participaciones significativas y
- c) Las entidades deben someter a autorización las reducciones de su capital social u otros elementos de sus recursos propios

Es razonable presumir que una modificación estructural quedará, en sus efectos y por lo común, capturada, en general, por las técnicas anteriores (una o varias). En efecto, la fusión entre entidades de crédito implicará siempre la extinción de al menos una de ellas y bien la creación de una entidad nueva, bien una incorporación de socios a la entidad absorbente; por tanto, se requerirá la autorización de una nueva entidad o bien la no oposición a la adquisición de participaciones

significativas de los socios de las entidades absorbidas en la absorbente⁴. Algo semejante ocurre en las escisiones, en las que la sociedad escindida, cuando no se extingue, reduce capital y las entidades beneficiarias, o bien se crean como efecto de la escisión, o amplían capital, dando entrada a nuevos socios.

Pueden no obstante, concebirse casos en los que las técnicas alternativas resulten insuficientes, especialmente dada la amplitud del concepto de "modificación estructural" en nuestro sistema jurídico tras la entrada en vigor de la LME. Aparte de casos-límite como, por ejemplo, una fusión por absorción de una entidad no financiera por una entidad de crédito cuyo impacto económico no dé lugar a la toma de participaciones significativas en la entidad absorbente⁵, modificaciones como la cesión parcial de activos y pasivos –establecida por la DA 3ª de la LME y reservada a entidades de crédito- o supuestos de segregación intragrupo, acogidas al artículo 49 LME y sin ampliación de capital en la entidad beneficiaria –incluso cuando esta es una entidad de crédito- no se encuadran en ninguno de los supuestos anteriores y sí son capturadas por la técnica de autorización española.

Al respecto, hay que recordar que, más allá de la necesidad de autorizaciones o no oposiciones impuesta por las leyes a ciertas operaciones específicas, la supervisión prudencial se aplica con carácter continuado. Si bien es cierto que pueden existir operaciones con impacto económico significativo que no queden capturadas por las técnicas alternativas descritas más arriba, no lo es menos que puede confiarse en que el supervisor y la normativa prudencial que deben aplicar las entidades de modo continuo ofrecen cautelas suficientes. La norma española sienta, por tanto, una suerte de "presunción de relevancia" que exige siempre un control reforzado, cuya necesidad no es siempre obvia.

III.LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUSTANTIVO DE LA AUTORIZACIÓN

Puede discutirse, desde una perspectiva de política legislativa, si la combinación del artículo 45 c) de la LOB y el 43 de la LME era o no acorde a un principio de intervención mínima pero, aparte de tener una justificación prudencial plausible,

⁴ Pudiera ocurrir, desde luego, que, como consecuencia de una absorción, ningún socio de una entidad absorbida resultara tener derecho a una participación significativa en la entidad absorbente, pero en ese caso resulta lícito preguntarse en qué medida estamos ante una operación con trascendencia estructural.

⁵ En este supuesto, no se extinguiría entidad de crédito alguna.

tenía dos características valiosas: (i) claridad –al referirse a operaciones típicas (fusión, escisión y cesión) perfectamente definidas, no adolecía de ambigüedad alguna- y (ii) coherencia desde el punto de vista de la competencia administrativa. Como veremos, en la DA 12ª de la LOSSEC no concurre ninguna de las dos.

En efecto, el artículo 45 c) de la LOB se refería a la fusión, escisión y cesión, en lógica correspondencia con la época de su redacción y última modificación – cuando el término “modificación estructural” pertenecía al ámbito exclusivamente doctrinal-. La DA 12ª de la LOSSEC –posterior a la LME, sin embargo- opta por emplear el giro “operaciones de fusión, escisión o cesión global o parcial de activos y pasivos en las que intervenga un banco” (el artículo 11 del RD 84/2015 sí habla, sin embargo, de “modificaciones estructurales”). Quedan excluidas, por tanto, del ámbito de la disposición la transformación y el traslado internacional del domicilio social, que se conceptúan también modificaciones estructurales en la LME. Al respecto, hay que decir que la primera operación (la transformación) solo es posible en cooperativa⁶ (de crédito) o, eventualmente en sociedad anónima europea⁷ lo que, de suyo, ya requiere la pertinente autorización. El traslado internacional del domicilio social en el caso bancario es materia que requeriría un análisis aparte. Baste indicar que, a nuestro juicio, requeriría un proceso de autorización completo en la jurisdicción de destino (téngase, en todo caso, presente el deber de los bancos de tener su domicilio social allí donde radique su principal establecimiento y el centro efectivo de su dirección).

Lo más llamativo de la DA 12ª LOSSEC es, sin duda, la extensión del ámbito de la autorización a “cualquier acuerdo que tenga efectos económicos o jurídicos análogos a los anteriores” [esto es, a “operaciones de fusión, escisión o cesión global o parcial de activos y pasivos”]. Concepto jurídico indeterminado donde los haya.

⁶ Un banco es imperativamente una sociedad anónima, así que no puede ser objeto de transformación sin previa renuncia a la licencia para operar, excepto en cooperativa de crédito o en sociedad anónima europea. Si bien está prevista la “transformación” de un establecimiento financiero de crédito en banco, la ley no prevé el paso contrario –pese a que podría plantearse en el caso de un banco que no tomara depósitos ni ejerciera otras actividades reservadas-, pero esto no es una “transformación” en sentido técnico mercantil, dado que bancos y establecimientos financieros comparten como tipo societario la sociedad anónima.

⁷ La sociedad anónima europea no ha sido una fórmula exitosa en el sector bancario. Sí existe alguna sociedad de seguros señalada que reviste esta forma.

En efecto, ¿qué es un acuerdo con efectos “económicos o jurídicos análogos” a una modificación estructural?

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la fusión, escisión y cesión tienen dos tipos básicos de efectos: (i) los traslativos de dominio (vía sucesión universal en todos los casos, como denominador común) sobre un conjunto de activos y pasivos –que, por hipótesis, han de formar siempre una “unidad económica”- y (ii) los propiamente estructurales, es decir, los impactos sobre las personas jurídicas intervinientes y sus bases sociales, que existen en la fusión y la escisión en sentido propio, pero están ausentes en la cesión global no extintiva y en la cesión parcial y aparecen desdibujados en la segregación (existen en la sociedad beneficiaria únicamente, y ello con limitaciones y siempre que esta amplíe su capital social). Mucho más complejo es sistematizar los efectos “económicos” de una modificación estructural puesto que, si bien, *a priori*, la noción llama naturalmente a la idea de “operación de alto impacto” –económicamente trascendente- no tiene por qué ser así; hay modificaciones estructurales que no revisten gran importancia económica para las sociedades bancarias involucradas e incluso, desde una perspectiva consolidada, pueden ser del todo irrelevantes. Es lo que ocurre cuando las modificaciones tienen por finalidad, por ejemplo, simples reordenaciones internas de un grupo (operaciones que son mucho más frecuentes que las propiamente de mercado o con terceros).

En realidad, el único denominador común de las modificaciones estructurales, tal como el concepto ha quedado configurado legislativamente en Derecho español (como amalgama de negocios jurídicos hasta cierto punto heterogéneos) es su carácter de negocios traslativos⁸, por sucesión universal, de una “unidad económica” (el total del patrimonio de una sociedad o conjuntos de activos, pasivos, medios y personas que, en un sentido económico, son “empresas” –o, al menos, conjuntos funcionalmente coherentes- y no meros agregados de activos y pasivos)⁹. En este sentido, siempre que estemos en presencia de un negocio traslativo del dominio sobre una unidad económica –por ejemplo, una compraventa o una aportación no dineraria- parece claro que la operación podría resultar “análoga”,

⁸ Salvo, lógicamente, la transformación y el traslado internacional de domicilio.

⁹ En rigor, podríamos decir que existe un conjunto diverso de negocios con un mismo presupuesto objetivo (la existencia de un “negocio”) que la ley homogeneiza en sus resultados, anudando la sucesión universal y, por tanto, exceptuándolos de las reglas generales del tráfico.

al menos jurídicamente, a una modificación estructural, puesto que ése –que lo que se traslada sea una unidad económica- es el único requisito mercantil sustantivo impuesto por nuestro Derecho. Es fácil concluir, por tanto, que cabrá encontrar “efectos económicos o jurídicos análogos” a los de una modificación estructural en cualquier acuerdo que dé como resultado –obviamente ya no con sucesión universal, puesto que eso solo es posible mediante recurso a las modificaciones estructurales mismas- la traslación del dominio sobre una “unidad económica”.

Es evidente que, así interpretado, el precepto tiene un ámbito de aplicación potencial amplísimo.

Parecería más lógico interpretar esa referencia a “*efectos económicos o jurídicos análogos*” como una cláusula de cierre o antielusión que persigue sujetar a control aquellas operaciones que, teniendo el mismo o semejante impacto *prudencial* (y el calificativo nos parece relevante) que las típicas, no revisten –bien porque no puedan revestirla, bien porque la entidad opte por no aplicarlas- su forma. En otras palabras, a efectos de interpretación, no parece sensato ceñirse a lo que todas las modificaciones estructurales tienen *de común*, sino a lo que tienen de *habitual*, esto es, la verdadera razón por la que, cabe presumir, se sujetan a control (más allá de que la conexión formal genere, por exceso, la sujeción de operaciones que carecen de trascendencia). Así vistas las cosas, entendemos que cabría exigir para considerar que hay “efectos económicos o jurídicos análogos” impacto estructural (societario) y relevancia económica o, al menos, una de las dos cosas ya que, en efecto, aunque como hemos visto no necesariamente sea así, es lo habitual en las modificaciones estructurales y en todo caso la razón que llama a la intervención administrativa.

Como decíamos, desde una perspectiva prudencial –que, entendemos, es la que procede adoptar sistemáticamente- se revela como carente de sentido la reflexión que, desde un prisma puramente gramatical, hacíamos más arriba en cuanto a si, precisamente, debía entenderse que la referencia a la “analogía” buscaba capturar principalmente aquellas operaciones que *no se puede* articular como modificaciones estructurales. Muy al contrario, interpretada –creemos que cabalmente- como norma antielusión, la disposición (otra cosa es que la poca fortuna de la redacción permita sostener otras lecturas) debería tener como objeto principal precisamente

las transacciones que, pudiéndose articular como modificaciones estructurales (más aún, quizá, debiéndose articular razonablemente como tales), no se articulan así, entre otros motivos por razones de economía regulatoria¹⁰. Aquellas que, por construcción, ni tan siquiera se pueden concebir como modificaciones estructurales –salvo recurriendo a esquemas antinaturales, alambicados o carentes de sentido de economía en las transacciones- deberían, más bien, quedar fuera.

En otro orden de cosas, obsérvese que la ley habla de “*cualquier acuerdo que tenga efectos económicos o jurídicos análogos a los anteriores*” [a la fusión, etc.] (subrayado nuestro) y el apartado a) del artículo 11.3 del RD 84/2015 exige que se remita al Ministerio, como primer documento que debe formar parte del expediente “[C]ertificación del acuerdo del consejo de administración, aprobando el proyecto de fusión, escisión o cesión global o parcial de activos y pasivos o del acuerdo con efectos económicos o jurídicos análogos a las operaciones anteriores”. La referencia a un “acuerdo” –de consejo, al menos- parece llamar a operaciones con unas mínimas implicaciones societarias. Si se presume la existencia de un acuerdo de consejo, es de pensar que la ley pretende capturar (i) operaciones en las que la existencia de ese acuerdo es un requisito de carácter legal (p.ej. una aportación no dineraria de un negocio) u (ii) operaciones que, por su trascendencia económica, superan los niveles ordinarios de delegación y, por tanto, son examinadas y aprobadas por el órgano de administración en pleno. (...)

Dicho todo esto, aparte de que no estamos seguros de que la práctica administrativa generada hasta la fecha avale la interpretación que consideramos más razonable, la realidad práctica es que la imprecisión del precepto obliga, de hecho, a las entidades a procurarse seguridad jurídica de la única forma posible, que es acudiendo a la Administración a través de una consulta. Las operaciones corporativas deben, por tanto, someterse a una condición suspensiva, en tanto la citada consulta o la autorización no son objeto de resolución, con el consiguiente coste de transacción.

¹⁰ Entendemos que el arquetipo de operación “análoga” es una ampliación de capital no dineraria por aportación de negocio frente a una segregación. Nuestro derecho establece aquí una alternativa: asumiendo las cargas societarias asociadas a la segregación, se obtiene el beneficio de la sucesión universal, en tanto que, por el expediente menos gravoso de la ampliación de capital, la transferencia patrimonial es *uti singuli*. Esa alternativa conllevaba, bajo régimen ya descrito del artículo 45 c) LOB, a su vez, una suerte de opcionalidad en el ámbito regulatorio ya que, en el caso de la segregación, además de las cargas societarias era (y es) preciso solicitar la autorización administrativa, cosa que no sucedía en el caso de la ampliación de capital (es cierto que, cuando la ampliación da lugar a la adquisición de una participación significativa, se activan otros tipos de controles –los propios de participaciones significativas-, pero esa es otra cuestión).

IV. EL DESPLAZAMIENTO COMPETENCIAL

Más allá de la lógica de fondo que pudiera tener el requisito de autorización en cada caso, hemos podido observar que el sistema bajo la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 y la LDIEC era coherente desde un punto de vista competencial: la autoridad competente para conceder y revocar licencias bancarias era el Ministerio de Economía y, por tanto, a este debía volverse ante modificaciones de impacto en alguno de los elementos básicos que sustentaron la obtención de esa licencia. El Banco de España desempeñaba en estos procesos un imprescindible papel técnico, a través de los preceptivos informes, pero no era titular de la competencia.

Este estado de cosas sufre un cambio sustancial en 2012. Una de las condiciones impuestas por el MOU fue el traslado de la competencia en materia de concesión y retirada de licencias bancarias al Banco de España (condición nº 24), lo que se operó puntualmente mediante la modificación del artículo 43 de la LDIEC, con efectos 1 de enero de 2013, a través del apartado sexto de la DF 4ª del Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto.

Ciertamente, existen razones muy válidas para cuestionar el acierto de la medida de desplazamiento competencial pero, asumida esta, hubiera sido de esperar una armonización, en aras de la coherencia, de las diferentes facultades que integraban la competencia autorizatoria y supervisora. No se hizo así, sin embargo, de forma que, si bien la competencia de autorización y revocación de autorizaciones de bancos pasó al Banco de España, la competencia de autorización de modificaciones estructurales se retuvo por el Ministerio de Economía¹¹. El mantenimiento de la disfuncionalidad en la LOSSEC hace poco razonable pensar en un olvido o en un producto lógico del apresuramiento propio de las medidas legislativas que hubo que adoptar para trasladar el MOU. Mientras que la DA 12ª dice lo que venimos reiteradamente exponiendo, el artículo 4 de la LOSSEC es claro en cuanto a la atribución de competencia al Banco de España, entre otras materias, en la creación de bancos y la revocación de sus licencias.

¹¹ Con carácter general, puede afirmarse que se dio un cumplimiento de mínimos a la condición 24ª. El Ministerio retuvo todas aquellas competencias que el Memorando no le obligaba expresamente a transferir al Banco de España.

Toda vez que, como vimos más arriba, en el seno de las modificaciones estructurales inciden también otras técnicas de control, la dispersión competencial genera situaciones llamativas. Así, una fusión de bancos por creación de nueva entidad requeriría la autorización del Banco de España –por la creación de la entidad nueva y desaparición de las existentes- por aplicación del artículo 4 de la LOSSEC y del Ministerio de Economía por aplicación de la DA 12ª (para hacer más curiosa la cuestión, el Ministerio ejerce su competencia... previo informe del Banco de España).

Como decíamos más arriba, existen otros países en los que las modificaciones estructurales están sujetas *per se*, con independencia de su impacto real sobre las condiciones de autorización, a control administrativo. Lo que es ciertamente peculiar es que la autoridad encargada de conceder la autorización sea distinta de la competente para autorizar la modificación estructural. Así, en Portugal, por ejemplo, la fusión o escisión –el concepto general de “modificación estructural” no se contempla como tal en el Derecho portugués- de entidades está sujeta a autorización previa del Banco de Portugal, que es la autoridad supervisora¹² e igual ocurre en Italia, donde fusiones y escisiones –de nuevo, no otras figuras- están sujetas a la autorización de la Banca d’Italia¹³.

Dado que hablamos de competencias conferidas por ley –por norma de idéntico rango e incluso en la misma sede normativa- no parece haber más solución que la concurrencia: las operaciones quedan abocadas a la obtención de informes redundantes, de Administraciones concurrentes que tutelan los mismos bienes jurídicos protegidos.

La cuestión adquirió tintes jurídicamente más complejos con ocasión de la entrada en vigor del MUS. En efecto, recordemos, por virtud del Reglamento (UE) nº 1024/2013, de 15 de octubre de 2013, del Consejo¹⁴, España se incorporó al MUS y, por tanto, se transfirieron, en última instancia, al Banco Central Europeo, la mayoría de las competencias atribuidas en la LOSSEC al Banco de España (como prevé la propia LOSSEC, por otra parte, que ya atribuye esas competencias para

¹² Véase el art. 35.1 del Decreto Ley 298/92 *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*.

¹³ Véase el art. 57 del Decreto Legislativo de 1 de septiembre de 1993, n. 385. *Testo Unico Bancario*.

¹⁴ Nótese que el reglamento, pese a que el MUS no entró en funcionamiento hasta el 4 de noviembre de 2014, es anterior a la propia LOSSEC.

su ejercicio en el marco del MUS). El artículo 4 del Reglamento 1024/2013 confiere al BCE, en particular, competencia "exclusiva", entre otras materias, en la concesión y revocación de licencias bancarias y en la toma de participaciones significativas.

Así las cosas, se mantiene la concurrencia competencial, pero ahora el Ministerio de Economía, en virtud de una ley española, concurre con el BCE, que recibe su competencia de un reglamento comunitario. No se trata, recordemos, de que exista concurrencia competencial sobre un mismo ámbito de actividad económica entre una autoridad nacional y una autoridad comunitaria. Ello puede suceder y sucede con frecuencia, bien entendido que las diferentes autoridades tutelan aspectos distintos de esa misma realidad económica. Así, por ejemplo, es evidente que una fusión interbancaria es, además, una concentración empresarial y, por tanto, es posible que la operación quede sometida concurrentemente a la autorización tanto de las autoridades administrativas encargadas de la supervisión prudencial como de las autoridades de defensa de la competencia. La operación es, claro está, la misma, pero los bienes jurídicos que tutelan las administraciones respectivas son diferentes.

No ocurre así en el caso que nos ocupa. Decíamos más arriba que en materia de modificaciones estructurales, la lógica del control administrativo estriba en el impacto prudencial de dichas modificaciones, concretado en cambios de las condiciones que posibilitaron la obtención de la licencia. Pues bien, la competencia en materia de supervisión prudencial –incluida la competencia en materia de concesión de licencias- ha sido ahora trasladada al BCE. ¿Qué bien distinto, por tanto, puede estar ahora tutelando el control ministerial? La pregunta no tiene una respuesta fácil, si es que tiene alguna, lo que nos lleva a cuestionarnos lo ajustado a Derecho de la DA 12ª una vez ha arrancado el MUS.

La cuestión no es obvia puesto que el Reglamento (UE) nº 1024/2013 no encomienda al BCE todas las funciones de supervisión prudencial bancaria sino algunas de ellas –sin duda, las más significativas-. A mayor abundamiento, el Derecho bancario no ha sido objeto de una comunitarización completa. El régimen jurídico de las entidades de crédito ha tenido y sigue teniendo particularidades nacionales.

El ejemplo que venimos glosando es una de ellas: hay países en los que las fusiones bancarias están sometidas a control administrativo por sí mismas y países en los que no.

Este estado de cosas genera situaciones como la siguiente: en una fusión de entidades bancarias por creación de nueva entidad tendríamos que (i) la competencia de autorización de la nueva entidad corresponde al BCE, de acuerdo con los Reglamentos del MUS, (ii) el Ministerio de Economía, en España, debe autorizar la fusión, en cuanto participan en ellas entidades bancarias y (iii) la autorización del Ministerio de Economía habrá de producirse previo informe del Banco de España, autoridad que, es de suponer, cuanto menos, recabará el criterio del BCE –como titular de la competencia supervisora, en última instancia- antes de evacuar su propia opinión. De nuevo, si aplicamos un prisma prudencial, la situación es llamativa: el sentido común dicta que la fusión de dos entidades bancarias en funcionamiento debería dar lugar a un proceso de autorización menos gravoso que el de la creación de una entidad completamente *ex novo* – sencillamente, porque el supervisor prudencial, máxime si es común, dispone ya de una amplísima información que le permite formarse criterio- pero es patente que el caso que acabamos de describir –cuestiones sobre competencia aparte- no responde a esa idea.

V.LA CUESTIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Como hemos visto, el artículo 45 c) de la LOB era muy parco. Carecía, además, de desarrollo reglamentario alguno. En particular, y en cuanto a la cuestión del plazo para resolver, ante el silencio, había que acudir a la normativa administrativa general y, por tanto, al plazo de tres meses prescrito por el artículo 42.3 de la LRJ-PAC. El silencio administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43.2 de la misma ley, era positivo¹⁵.

Las cosas son ahora explícitas: *“La solicitud de autorización deberá ser resuelta dentro de los seis meses siguientes a su recepción en la Secretaría General del Tesoro, o al momento en que se complete la documentación exigible y, en todo caso, dentro de los doce meses siguientes a su recepción. Cuando la solicitud no*

¹⁵ En el mismo sentido, véanse los artículos 21.3 (plazo) y 24.1 (silencio) de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

sea resuelta en el plazo anterior, podrá entenderse desestimada". Así pues, los tres meses anteriores se convierten en seis¹⁶, extensibles a –nada menos- doce, con silencio negativo.

Aunque la profusión de cambios que caracteriza a nuestro Derecho público hace complicado aventurar afirmaciones, debe ser difícil encontrar un caso de modificación legislativa más adversa los intereses del administrado que esta. El plazo de seis meses extensible a doce es, por otra parte, el que el artículo 6.8 de la LOSSEC concede para resolver la autorización de un banco *ex novo*, así que –si comparamos la complejidad que, a primera vista, deben revestir uno y otro trámite- no se encuentra justificación fácil a la extensión de plazos.

Otra cuestión no baladí tiene que ver con la normalización de la tramitación. En efecto, la parquedad del artículo 45 c) LOB no tenía remedio reglamentario alguno. El Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio –el reglamento básico en materia bancaria- no contenía referencia alguna a la sustanciación del trámite de autorización de las fusiones y demás modificaciones estructurales. Así las cosas, las entidades podían iniciar el procedimiento tan pronto como existiera una base documental suficiente para dar por hecha, al menos, la intención de proceder a realizar la operación, efectos a los que bastaba el proyecto de fusión o de la modificación de la que se tratara. Según es de sobra conocido, para resolver acerca de una modificación estructural se precisan¹⁷: (i) el proyecto, como documento básico, (ii) los pertinentes informes de administradores, (iii) los balances de fusión (o sus equivalentes) auditados y (iv) los informes de expertos independientes. Todos esos documentos han de estar a disposición de las juntas de las sociedades intervinientes y han de haber sido objeto de depósito o publicación, salvo que el requisito sea dispensable en virtud de algún régimen legal. La elaboración y tratamiento de todos esos documentos configuran lo que, tradicionalmente, se viene denominando la *fase preparatoria* de la fusión o modificación de que se trate, fase que, como es lógico, consume tiempo. En la medida en que el trámite administrativo podía iniciarse con el proyecto, la fase preparatoria y el plazo para resolver podían correr en paralelo, de suerte que el parecer de la autoridad administrativa

¹⁶ Afortunadamente, la praxis administrativa está en línea con el pasado y la Administración parece seguir resolviendo estas cuestiones en un plazo de entre dos y tres meses, pero esto es una cuestión de hecho.

¹⁷ Salvo las dispensas y simplificaciones contempladas en los artículos 42, 49 y siguientes de la LME para casos particulares.

podía conocerse, incluso, al tiempo de adoptar los acuerdos en junta, no siendo necesario sujetarlos a condición suspensiva.

La economía de plazos no suponía merma alguna en la calidad del control administrativo puesto que, sencillamente, el proyecto debe imperativamente contener todos los elementos básicos de la modificación, que ha de resolverse siempre conforme al mismo. Presentado el proyecto, la Administración podía dudar sobre si la modificación se llevaría o no a efecto, pero no que pudiera llevarse a efecto de otro modo, puesto que ello –aparte de invalidar la autorización administrativa– supondría un vicio insalvable de la operación desde un punto de vista puramente mercantil. Es evidente que ninguna utilidad revisten en el seno del procedimiento los balances de fusión o equivalentes, puesto que, además de que es legítimo dudar que tengan alguna función real en absoluto en nuestro sistema jurídico, es de suponer que la autoridad supervisora –que debe informar el trámite– dispone de información más que suficiente para suplir el defecto.

En cuanto a los informes de experto independiente –que, a diferencia de los balances de fusión– sí son evidentemente útiles, también cabe cuestionar su necesidad. No tanto porque el supervisor pueda suplir su falta cuanto porque no resulta obvio que incidan en aquello que la autorización está encaminada a tutelar. En efecto, el fin primordial de los informes de experto independiente es, como es sabido, ofrecer una opinión sobre la razonabilidad de la ecuación de canje planteada por los administradores. En otras palabras, si la operación resulta justa o equilibrada.

Pues bien, también en esto, el régimen derivado de la DA 12^a introduce cambios sustanciales. Apartándose de los precedentes, el artículo 11.3 del RD 84/2015 es extraordinariamente explícito en cuanto a la información que debe aportarse para completar el trámite. Dice el precepto citado que a la solicitud de autorización deberá acompañarse, por triplicado:

- a) Certificación del acuerdo del consejo de administración, aprobando el proyecto de fusión, escisión o cesión global o parcial de activos y pasivos o del acuerdo con efectos económicos o jurídicos análogos a las operaciones anteriores.

- b) Proyecto de fusión, escisión o cesión global o parcial de activos y pasivos o del acuerdo con efectos económicos o jurídicos análogos a las operaciones anteriores.
- c) En su caso, informe de los administradores, justificativo de la operación.
- d) En su caso, informe de expertos sobre el proyecto de fusión, escisión o cesión global o parcial de activos y pasivos y del acuerdo con efectos económicos o jurídicos análogos a las operaciones anteriores, en los términos previstos en Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- e) En su caso, proyecto de estatutos de la sociedad resultante de la operación.
- f) En su caso, proyecto de estatutos de las sociedades intervinientes en el caso de que se modifiquen.
- g) Estatutos vigentes de las sociedades participantes en la operación.
- h) Identificación de los administradores de las sociedades que participan en la operación y de aquellos propuestos para ocupar dichos cargos en las entidades resultantes o intervinientes.
- i) Cuentas anuales auditadas de los tres últimos ejercicios de las entidades que intervienen en la operación y, en su caso, de los grupos de los que formen parte.
- j) Balance de fusión o de la operación de modificación estructural.
- k) En su caso, certificación de los acuerdos adoptados por las Juntas Generales de las entidades que intervienen en la operación.
- l) Cualquier otro que a juicio del órgano competente sea necesario para el análisis de la operación y sea expresamente requerido a los interesados.

Los "en su caso" de los apartados d) a f) y k) contemplan, entendemos, por una parte, la existencia de modificaciones estructurales simplificadas –en las que no

tienen por qué existir los documentos citados- y la evidencia de que las “operaciones análogas” no tienen por qué ajustarse a esquema documental alguno.

La lista no es indicativa sino exhaustiva. Y, como se puede observar, abarca tanto documentos de la fase preparatoria como de la fase de ejecución –además de documentación que, al menos en lo que se refiere a las entidades bancarias, ya obran en poder de la Administración, como es lógico-. No se podrá resolver el expediente, por tanto, hasta que no se haya aportado toda la información prescrita por la norma, lo que exigirá agotar el proceso mercantil. Así pues, al menos formalmente, el procedimiento administrativo y el proceso mercantil no pueden desarrollarse en paralelo. Los seis meses que la Administración se ha dado para resolver, en rigor, no tendrían por qué empezar a contar hasta que la operación no haya quedado resuelta en términos mercantiles, obviamente con sujeción a la pertinente condición suspensiva.

Volvemos, de nuevo, a la cuestión de la seguridad jurídica: es posible –y será lo habitual- que, en la práctica, las operaciones se resuelvan en plazos sustancialmente menores pero la letra de la ley impone la nada incentivadora conclusión de que este tipo de procesos pueden consumir en España tiempos holgadamente superiores al año.

VI. CONCLUSIONES

La DA 12ª de la LOSSEC es, a nuestro entender, una herramienta prudencial innecesaria, puesto que el ordenamiento ofrece otras técnicas de control de las modificaciones estructurales bancarias que, en combinación con las medidas de supervisión prudencial ordinaria, resultan más respetuosas con un principio de intervención mínima y, con toda probabilidad, ofrecen vías suficientes para tratar con los posibles impactos de este tipo de operaciones en las condiciones de autorización.

Además de ser criticable desde un punto de vista de política legislativa, se trata de una disposición que adolece de tres graves deficiencias: (i) en primer lugar, su extensión objetiva a supuestos indeterminados, (ii) en segundo lugar, las dudas que suscita la atribución competencial y (iii) lo gravoso del procedimiento y su extensión temporal.

El efecto práctico de esta disposición es gravar, además de operaciones que sí tienen trascendencia pero podrían ser controladas mediante las técnicas existentes, toda clase de transacciones, económicamente relevantes o no, pero en todo caso sin impacto prudencial, que se ven dilatadas en el tiempo sin una razón sustancial. En todo momento hablaríamos de un obstáculo relevante, pero la cuestión es especialmente significativa en unas circunstancias como las que vive nuestro sector bancario, inmerso en un proceso de reestructuración y reorganización que requiere de la realización de frecuentes operaciones corporativas.