
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Macías Ordóñez, Ferran; Soria Rodríguez, Isabel, dir. La fusión como vía legal
hacia la reestructuración bancaria. 2021. 78 pag. (949 Grau en Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/244268>

under the terms of the  license



**LA FUSIÓN COMO VÍA LEGAL HACIA LA REESTRUCTURACIÓN
BANCARIA**

Ferran Macías Ordóñez

Grado en Derecho

TUTORA: Isabel Soria Rodríguez

CURSO: 2020-2021

FECHA DE ENTREGA: 13/05/2021

AGRADECIMIENTOS

A mi tutora Isabel, por todos los consejos que me ha brindado y por la empatía y sensibilidad mostrada durante el desarrollo del trabajo.

A Miguel, por alentarme y recordarme el camino a seguir.

A Félix, por haberme guiado en mis propios laberintos y por haberme hecho crecer como alumno y como persona.

A mis padres, por apoyarme y quererme incondicionalmente y por transmitir los valores y principios que rigen mi vida haciendo tangible la felicidad.

A Irene, por confiar en mi en todo momento, valorarme encarecidamente y por un amor eterno.

Nada es permanente a excepción del cambio
Heráclito de Éfeso

RESUMEN

El carácter procíclico de la economía y la extenuante recesión de 2007 patentizó una profunda fragmentación y debilidad del sistema financiero, más incisiva en el sector bancario por su especial relevancia en la captación del ahorro y en la asignación del mismo hacia la financiación de los hogares, empresas y sector público. Por consiguiente, el Derecho Europeo, en mandato del consenso internacional, aboga por una regulación unitaria para toda entidad que opere en el mercado comunitario y por una estructura eficaz de supervisión exenta de arbitrariedad que garantice su progresiva aplicación y la estabilidad de los sistemas bancarios.

Luego, se examinará la fusión como el mecanismo legal más recurrido por las entidades bancarias, a pesar de su complejidad y riesgos inherentes, para hacer frente a las exigencias de la supervisión internacional y del exhaustivo entramado normativo que recoge los requisitos prudenciales en materia de solvencia y acceso a la actividad. Y, en última instancia, se analizará como estas operaciones societarias afectan a la estructura del mercado mediante una profunda concentración y consolidación de mismo.

En suma, el objetivo de este análisis reside en la relación de causalidad y conexiones subyacentes entre las exigencias regulatorias como estímulo, las fusiones como reacción y la concentración del sector como resultado, encuadrando así los pilares que definen la reestructuración bancaria.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	6
INTRODUCCIÓN	8
PARTE I: CUESTIONES GENERALES	10
1. ÁMBITO SUBJETIVO: ENTIDADES BANCARIAS.....	10
2. ÁMBITO OBJETIVO: LA FUSIÓN.....	13
2.1. Concepto jurídico de fusión y función económica	14
2.2. Presupuestos constitutivos de la fusión	15
2.3. Procedimiento legal	17
PARTE II: LAS EXIGENCIAS DE LA REESTRUCTURACIÓN	23
1. REQUISITOS PRUDENCIALES EN MATERIA DE SOLVENCIA.....	26
1.1. Capital Regulador	26
1.2. Colchones de capital	29
2. SUPERVISIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO	31
2.1. Función supervisora.....	32
2.2. Colaboración entre autoridades de supervisión	33
PARTE III: CONSECUENCIA JURÍDICA SOBRE EL MERCADO...36	
1. CONCENTRACIÓN EN EL SECTOR BANCARIO.....	38
2. BARRERAS DE ENTRADA	44
2.1. Barreras legales	45
2.2. Mercado no contestable	52
CONCLUSIONES	54
BIBLIOGRAFÍA	60
ANEXOS	66

ABREVIATURAS

EBA (por sus siglas en inglés): *Autoridad Bancaria Europea*

ANC: *Autoridades Nacionales Competentes*

Art[s].: *Artículo [s].*

BdE: *Banco de España*

BIS (por sus sigla en inglés): *Banco de Pagos Internacionales*

BORME: *Boletín Oficial del Registro Mercantil*

Cit.: *Citado en*

CNMC: *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*

CRD IV: *Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión*

CRR: *Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre requisitos prudenciales de entidades de crédito y las empresas de inversión*

CSBB: *Comité de Supervisión Bancaria de Basilea*

ECR: *Estructura-Conducta-Resultado*

ECS: *Equipos conjuntos de supervisión*

EM: *Estado Miembro*

EE. UU.: *Estados Unidos*

GHOS: *Grupo de Gobernadores de los Bancos Centrales y Jefes de Supervisión*

ICO: *Instituto de Crédito Oficial*

Infra: *Más adelante en*

LDC: *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*

LOSSEC: *Ley 10/2014 de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito*

LME: *Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*

MUR: *Mecanismo único de resolución*

MUS: *Mecanismo único de supervisión*

Nº/nº: *Número*

OJ: *Ordenamiento jurídico*

p[p].: *página[s]*

RD 84/2015: *Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*

SA: *Sociedad Anónima*

SL: *Sociedad Limitada*

Supra: *Anteriormente en*

UE: *Unión Europea*

UEM: *Unión Económica y Monetaria*

INTRODUCCIÓN

El sistema bancario desde hace más de una década se encuentra en un profundo proceso de reestructuración motivado por la debilidad del sector financiero en su totalidad, ante el impacto profundo de las recesiones cíclicas que caracterizan la economía, como por ejemplo, la provocada por la Pandemia Covid19. Sin embargo, fue la crisis financiera iniciada en agosto de 2007 en EE. UU., con la caída de Lehman Brothers en 2008, el detonante que evidenció todas las deficiencias de un sector altamente lacerado a nivel mundial. Debido a la relevancia sistémica del sector, las repercusiones de una banca dañada representan un alto coste para la economía real, en la medida en que una deficiente canalización del crédito implica necesariamente la contracción del crecimiento a largo plazo por dificultar la acumulación de capital y la financiación de actividades esenciales para el desarrollo y el progreso de la sociedad. Las recesiones se han combatido tradicionalmente a través de la política monetaria del Banco Central Europeo (BCE), pero cuando la viabilidad económica de la banca se encuentra tan dañada, resulta poco eficaz. Por las singularidades intrínsecas a la actividad bancaria, las entidades de crédito están sujetas a una regulación sin precedentes, negociadas a escala mundial para evitar desbalances entre países¹. Históricamente, la fuente normativa de la cual emana la legislación y regulación bancaria son los acuerdos de Basilea, directrices consensuadas por los gobernadores de los bancos centrales de las principales economías mundiales con la expectativa de alcanzar unas bases que garanticen la estabilidad y seguridad del sector.

Como consecuencia de una regulación bancaria mucho más exigente y exhaustiva, las entidades bancarias deben asumir un aumento en el pasivo de su balance en la medida en que deben cumplir imperativamente con los requisitos prudenciales en materia de solvencia y de acceso a la actividad dictados por la normativa internacional. Por otro lado, una reducción de los activos, condicionada

¹ Un ejemplo notorio fue en 2008 la primera cumbre de los líderes del G-20 en Washington D.C. en búsqueda de soluciones para la crisis financiera. Extraído de: Comisión Europea, *Cometido del G20*, en:

https://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/farming/international-cooperation/international-organisations/g20_es (Visitado el 19/02/2021).

principalmente por una sustancial reserva de los beneficios, por un crédito poco rentable con tipos de interés negativos y por una legislación paliativa abocada a la flexibilidad con el particular y la empresa como consumidores finales, especialmente incisiva en épocas de recesión. En otras palabras, el legislador debe aproximar las expectativas acreedoras de las entidades bancarias y la deuda real recuperable. Como ejemplos recientes que dilucidan los atenuantes en las obligaciones contractuales en el ámbito nacional, encontramos los Reales Decretos-Ley 6/2020, 8/2020 y 11/2020, *de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente el impacto económico y social de la COVID-19*, dónde se recogen entre otras medidas, la extensión de la moratoria de uno a tres meses en los créditos al consumo o la moratoria de deuda hipotecaria de vivienda habitual e inmuebles afectos a la actividad empresarial². Esto genera la necesidad de compensar ese déficit de rentabilidad con una reducción de pasivos y con una redirección de la inversión en partidas que antes no se contemplaban, con el objetivo de obtener nuevas fuentes de beneficios.

Es en este punto, donde entra la adopción de una estrategia corporativa adecuada que permita a las entidades alcanzar la viabilidad económica necesaria, a corto y largo plazo, para satisfacer las tensiones del nuevo entorno regulatorio. Por consiguiente, el recurso principal y casi instintivo al que ha recurrido toda la banca son las fusiones ya que, es una vía legal idónea para conseguir rápidamente mayor dimensión y un exponencial aumento de cuota de mercado. Este tipo de modificaciones estructurales son de interés para el estudio de la reestructuración, por haber consolidado una tendencia observada con mayor intensidad ante cambios económicos y regulatorios radicales. Por lo tanto, la fusión es el elemento de la ecuación que enlaza las exigencias normativas a las entidades bancarias y la repercusión que este tipo de movimientos societarios representan sobre el mercado. La relación y conexión de estos tres factores son los que encuadrarán una nueva concepción del sistema bancario.

² Real Decreto-Ley 8/2020, art.7, cit. supra p. 9.

PARTE I: CUESTIONES GENERALES

1. ÁMBITO SUBJETIVO: ENTIDADES BANCARIAS

El sistema financiero español está compuesto por multitud de instituciones y entidades de dispar naturaleza con funciones específicas. A mayor complejidad, debemos incluir necesariamente todas aquellas de ámbito europeo, que con el paso del tiempo ven incrementada su presencia y la vinculación de sus decisiones. Ergo, podemos definir el sistema financiero español y análogamente el europeo como “*un conjunto de instituciones, mercados, activos y técnicas a través de las cuales se canaliza el ahorro de un país y se dirige el mismo hacia la inversión*”³» p. 6

Luego, resulta necesario acotar el ámbito subjetivo del análisis para centrar el enfoque únicamente en las entidades bancarias y evitar así imprecisiones a las que la heterogeneidad del sector puede inducir.

Las entidades bancarias forman parte de una lista cerrada de lo que a efectos del OJ español se consideran “entidades de crédito” (en lo sucesivo denominadas conjuntamente entidades). No obstante, es el derecho comunitario el que facilita la definición de referencia en el art.4.1.1. del Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 *sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y de las empresas de inversión* (en lo sucesivo “CRR”):

Entidad de crédito: una empresa cuya actividad consista en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia.

Sin embargo, en la trasposición del CRR al derecho español mediante la Ley 10/2014, de 26 de junio, *de ordenación supervisión y solvencia de entidades de crédito* (en lo sucesivo LOSSEC), se estructura el régimen jurídico de las entidades en tres fases.

³ Embid Herranz, P.; Martín Dávila, M. y Zorrilla Fernández, V. (1998) *Marketing Financiero*. Madrid, McGraw-Hill.

En primer lugar, en el art.1.2. LOSSEC, además de adoptar literalmente la definición del CRR, explicita exhaustivamente que solo tendrán la naturaleza jurídica propia de una entidad de crédito:

- a) Los bancos.
- b) Las cajas de ahorros.
- c) Las cooperativas de crédito.
- d) El Instituto de Crédito Oficial (ICO)⁴.

En una segunda fase, el art.3 incorpora dos reservas exclusivas para este tipo de entidades. En primer lugar, una reserva de actividad, habilitándolas a desarrollar como objeto social: *la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas*. En segundo lugar, una reserva de las nomenclaturas genéricas expuestas, respetando las singularidades de cada una de ellas, desarrolladas reglamentariamente o en otra ley específica y habilitadas por el art.19 CRR, a desarrollar su actividad económica y a utilizar la misma denominación utilizada en el EM de su administración central en todo el territorio de la Unión. Como consecuencia implícita de toda reserva legal, en la medida en que acota el ámbito subjetivo a solo un tipo de entidades, necesariamente excluye, de forma tácita, a todas las demás. No obstante, este precepto formula una exclusión expresa, no dejando margen a analogías, mediante la prohibición a toda persona física o jurídica sin autorización y sin el registro como entidad de crédito, a desarrollar su objeto social y a utilizar las denominaciones propias de las mismas o incluso cualquiera que pudiese inducir confusión con ellas.

Y, una tercera fase, que el art.1 ya nos introduce implícitamente en la definición de entidad de crédito: “Son entidades de crédito las empresas **autorizadas** (...)”. Por ende, mediante dicho adjetivo, incorpora a la definición del CRR, la incondicionalidad de una autorización⁵ previa para adquirir plenamente la

⁴ “El ICO es un banco público con forma jurídica de entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa”. Instituto de Crédito Oficial, *Qué es el ICO*, en: <https://www.ico.es/web/ico/que-es-ico> (Visitado el 02/03/2021).

⁵ Una autorización entendida en base al art.4.1.42) CRR, cit., p.10.

naturaleza jurídica de las entidades de crédito. En otras palabras, ser empresas autorizadas es *conditio sine qua non* para desarrollar el exclusivo objeto social de captación de depósitos y posterior financiación a cuenta propia.

Autorizar el acceso a la actividad a las entidades de crédito es una función que el CRR atribuye a las autoridades competentes⁶ de cada EM, que en el OJ español mediante la LOSSEC faculta como tal al Banco de España (en adelante BdE). No obstante, nos debemos remitir al Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero que desarrolla la LOSSEC (en lo sucesivo RD 84/2015), para comprender la autorización en su plenitud. El art.3 dilucida que ante una propuesta de autorización el BdE debe requerir un informe 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. Finalmente, una vez elevada la propuesta de autorización al BCE, tendrá un plazo de 6 meses desde la recepción de la propuesta o bien, desde la posesión completa de la documentación exigida para resolverla. Independientemente del momento en que se reciba toda la documentación, la resolución en ningún caso podrá exceder de los 12 meses desde la recepción de la propuesta.

En suma, el ámbito subjetivo del trabajo serán las **entidades bancarias**, que por su naturaleza jurídica **son consideradas entidades de crédito** debidamente registradas y autorizadas por el BdE y el BCE, a llevar a cabo la **captación de fondos o depósitos reembolsables y una posterior financiación**, como objeto social reservado legalmente.

⁶ Una *autoridad competente* entendida en base al art.4.1.40) del CRR, cit., p.10.

2. ÁMBITO OBJETIVO: LA FUSIÓN

Una vez definido el régimen jurídico de las entidades, es imprescindible exponer qué es la fusión, para que, en última instancia, se pueda valorar con precisión por qué el contexto económico y jurídico las empuja a llevar a cabo una modificación estructural de tal calibre. La fusión se encuentra regulada en la Ley 3/2009 de 3 de abril, *sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (en lo sucesivo LME). Es una ley de vital importancia para el disperso y sensible derecho societario, por la capacidad de unificar y ampliar en un solo texto normativo el régimen jurídico del conjunto de modificaciones estructurales que comprenden: la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activos y pasivos. A efectos de la LME, las modificaciones estructurales son aquellas alteraciones en la estructura patrimonial o personal de las sociedades que trascienden de las simples modificaciones estatutarias por su complejidad, repercusión y relevancia.

En este sentido, centraremos el foco en la fusión porque, como el transcurso del tiempo ha evidenciado, consolida una relación histórica con las entidades bancarias, especialmente sensible a los cambios regulatorios y económicos. El primer punto de inflexión de las últimas décadas fue el inicio de la Unión Económica y Monetaria Europea (en lo sucesivo UEM) el 1 de julio de 1990, con el cambio de moneda [libre utilización del ECU (moneda precursora del euro)] y la supresión de las restricciones de capital entre EM. Dos años después, en 1992 con la entrada del Mercado Único de Servicios Financieros se intensificaba la liberalización del sector, principalmente con los procesos de desregulación, los avances en telecomunicaciones e informática y la globalización de los flujos de capital⁷. Esta reestructuración económica trajo consigo una oleada de fusiones bancarias en la UE, pasando de 52 en 1985 a 238 en 1990⁸. Sin embargo, como analizaremos en la

⁷ Banco Central Europeo. *La Unión Económica y Monetaria (UEM)*, en: <https://www.ecb.europa.eu/ecb/history/emu/html/index.es.html> (Visitado el 08/03/2021).

⁸ Escrivá J. L.; Fuentes I.; Gutiérrez F. y Sastre M.ª T. (1997) *El Sistema Bancario Español ante la Unión Monetaria Europea*. Estudios Económicos, nº59 del BdE, Madrid, en: <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/EstudiosEconomicos/Fic/azul59.pdf> (Visitado el 08/03/2021).

Parte III, la estrecha relación entre las fusiones y las entidades bancarias sigue muy latente en la última década.

2.1. Concepto jurídico de fusión y función económica

Desde una perspectiva económica, la fusión de sociedades es un proceso de concentración empresarial motivada principalmente por un aumento de tamaño y, por lo tanto, cuota de mercado o bien, por la ambición de explotar entidades mal gestionadas con margen potencial de mejora⁹. Las fusiones de entidades bancarias, en términos de eficiencia operativa, rentabilidad y riesgo, se han sostenido bajo la tesis de las sinergias de economías de escala. Es decir, con el aumento de escala que una fusión puede proporcionar a la entidad resultante, se consigue mayor rentabilidad a través de la diversificación y la reducción de los costes operativos y por unidad¹⁰. Las áreas de las entidades con más potencial de eficiencia son la infraestructura de *software*, red de oficinas físicas y los sistemas electrónicos de venta y distribución¹¹. En esta línea, el expresidente del BCE, Mario Draghi, consideraba que parte de la debilidad estructural de los bancos en Europa era imputable a una superpoblación del sector y concretamente a una sobrecapacidad “*no en forma de crédito, sino de empleados y sucursales*”, afirmando la necesidad real de consolidar el sector¹².

Desde una perspectiva jurídica, la fusión es un proceso regulado en los artículos 22 a 67 LME en el cual dos o más sociedades mercantiles se integran en una única entidad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de

⁹ Casilda Béjar, Ramón (2020) Los bancos en evolución. Boletín Económico de ICE, del 1 al 31 de enero de 2020.

¹⁰ Pueyo Sánchez, J. (2006). *El comportamiento de la gran banca en España (1921-1974)*. BdE, Estudios de Historia Económica n.º 48, pp. 11-17.

¹¹ Giner Inchausti B.; Yanes J. A. y Tarriba Unger J. M. (2003). *Estabilidad Financiera* número 5. Banco de España, Madrid, pp. 276-281, en: <https://www.bde.es/f/webde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/03/Fic/estfin05.pdf> (Visitado el 08/03/2021).

¹² Declaraciones del expresidente en la rueda de prensa de la reunión del consejo del BCE el 10 de abril de 2019, en: <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2019/html/ecb.is191024~78a5550bc1.es.html>

la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan (art.22).

A raíz de la definición legal, comúnmente se encuentran dos procedimientos diferenciados para realizar una fusión:

La fusión por creación de una nueva sociedad, por la cual las sociedades partícipes se extinguen y traspasan en bloque los respectivos patrimonios sociales a una nueva sociedad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas (art.23.1).

La fusión por absorción, en la que una entidad ya existente, adquiere por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda (art.23.2).

La definición que la LME proporciona no delimita la tipología de sociedades que pueden llevar a cabo este tipo de procesos ya que, emplea el término genérico “sociedades mercantiles”. Ciñéndonos a la redacción del precepto, se interpreta que también incluye la fusión entre una SA y una SL ya que, ambas son sociedades y son mercantiles. Sin embargo, lo que podríamos considerar como fusiones heterogéneas no están descartadas en su totalidad. Un ejemplo claro lo tenemos en el art.67 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, en el que se reconoce legitimidad a una eventual fusión entre una sociedad cooperativa y una sociedad civil o mercantil de cualquier clase¹³.

2.2. Presupuestos constitutivos de la fusión

Debido a la complejidad de este tipo de procedimientos, es necesario definir aquellos presupuestos o rasgos sin los cuales la fusión no podría entenderse como tal y que, por lo tanto, materializan su existencia. Ergo, es imperativa la

¹³ Broseta Pont M. y Martínez Sanz F. *Manual de Derecho Mercantil*. 26^a ed. Tecnos, 2019.

conurrencia de los siguientes requisitos que se obtienen de desgajar la definición del art.22:

- a) **La disolución y extinción de una, de varias o de todas las sociedades que intervienen**, en función de la tipología de fusión adoptada. Es decir, cuando se trate de una fusión por creación de una nueva sociedad, es imprescindible que todas las sociedades involucradas en el procedimiento se disuelvan con la constitución de la entidad resultante. Sin embargo, en la fusión por absorción, únicamente se deben disolver las sociedades absorbidas ya que, la sociedad absorbente es la que debe subsistir. Independientemente de la posición que cada sociedad asuma en la fusión, se debe acordar previamente en las Juntas generales de todas las sociedades partícipes (art.40.1).
- b) En segundo lugar, todas las sociedades que se disuelvan, fruto de la singularidad de cada procedimiento, deben **transmitir en bloque todos sus respectivos patrimonios**, incluyendo el activo y el pasivo de cada sociedad. En efecto, la entidad resultante adquiere todos los derechos y obligaciones de las entidades disueltas en unidad de acto y a título adquisitivo por sucesión universal (art.23).
- c) A diferencia de las dos anteriores que se deben interpretar tácitamente de la LME, la tercera característica se encuentra expresa en el art.24: **La integración de todos los socios en la entidad resultante**, recibiendo como contraprestación un número de acciones, participaciones o cuotas representativas del capital social de la nueva sociedad o del aumento de capital social de la sociedad absorbente, en proporción a su respectiva participación en las sociedades disueltas. Es por este motivo, que el tipo de canje sea el ámbito más desarrollado en cualquier proyecto común de fusión, por la controversia que supone compensar y equiparar la representación que los socios tenían en las sociedades disueltas, calculado sobre la base del valor real de su patrimonio¹⁴. Debido a la alta complejidad, la LME habilita un ajuste que facilite el tipo de canje, entregando a los

¹⁴ Véase, por ejemplo, en el *Proyecto Común de Fusión de CaixaBank y Bankia* pg. 5-7. CaixaBank, Fusiones (PDF), en:

<https://www.caixabank.com/es/accionistas-inversores/informacion-general/fusiones.html#>

socios adicionalmente una compensación en metálico que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas.

Adicionalmente, la concurrencia de estos rasgos definitorios, no solo permiten precisar la propia existencia de un procedimiento de fusión, sino que, además, elucidan la distinción de otros procedimientos afines que generan unos resultados económicos rayanos como la cesión global de activos y pasivos, la venta-fusión o la *transmisión o venta de todas las acciones o participaciones de una sociedad*¹⁵.

2.3. Procedimiento legal

Uno de los rasgos más característicos de la fusión, como se ha introducido, es la rigurosidad y la exhaustividad con la que la LME regula minuciosamente todas las etapas, en especial protección de los socios y de los terceros acreedores.

En primer lugar, una fase de preparación, en el que normalmente uno de los administradores de la sociedad promueve el acercamiento o transmite dicha iniciativa a las otras sociedades de interés. Cabe mencionar, que dicha iniciativa puede venir impuesta por acuerdos de la junta general de las sociedades partícipes. Los administradores de las sociedades deben realizar los estudios y análisis necesarios y materializar las negociaciones en puntos en común. Realizados estos pasos previos se procede a redactar el “proyecto común de fusión” que tendrá un plazo de vigencia de seis meses (30.1.). El proyecto debe estar suscrito por todas las sociedades y aprobado unilateralmente por cada órgano de administración. Una vez suscrito, los administradores tienen la obligación de abstenerse a llevar a cabo cualquier conducta contraria a las líneas de negociación que pueda acometer contra la aprobación del proyecto o con el tipo de canje acordado de acciones, participaciones o cuotas (30.2.).

¹⁵ Broseta y Martínez, *Manual de Derecho Mercantil*, cit. p.15.

La relevancia del proyecto común de fusión se debe a la transparencia que otorga en cuanto al contenido del mismo ya que, se cristalizan todas las negociaciones y acuerdos en una dirección determinada que guiará todo el proceso. Por su trascendencia, la LME establece un contenido mínimo en la redacción de los proyectos de fusión, que necesariamente deben contener (art.31):

- La identificación de las sociedades que se fusionan y de la sociedad resultante (tipo social, domicilio y denominación).
- El tipo de canje de las acciones participaciones o cuotas, la compensación en metálico del diez por cien del valor nominal y el procedimiento para llevarlo a cabo.
- La incidencia que la fusión vaya a tener sobre las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias en las sociedades que se extinguen y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en las sociedad resultante.
- Los derechos que se vayan a otorgar en la sociedad resultante a titulares de derechos especiales o de títulos distintos de las acciones.
- Las ventajas de cualquier tipo que vayan a reconocerse en la sociedad resultante a los expertos independientes o a los administradores de las sociedades fusionadas.
- La fecha en la que la fusión tendrá efectos contables y en especial, la fecha en la que el canje de acciones se hará efectivo y las nuevas acciones o participaciones darán derecho a los socios a participar en las ganancias sociales.
- Los nuevos estatutos de la entidad resultante.
- Las fechas de las cuentas anuales de las sociedades utilizadas como referencia para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.
- La valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que transmita a la resultante.
- Las consecuencias de la fusión sobre el empleo, impacto de género en los órganos de administración y la incidencia de la responsabilidad social de la empresa.

- Adicionalmente, como veremos en la Parte III, en función de ciertas características de la entidad resultante, el proyecto de fusión debe contener la autorización de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en lo sucesivo CNMC) en atención a la supervisión del grado de concentración que implica el procedimiento para el mercado.

En segundo lugar, una vez acordado el proyecto común de fusión los administradores están obligados a publicarlo en la página web corporativa de cada una de las sociedades que participan ya que, las sociedades cotizadas deben obligatoriamente poseer una. De la misma manera, se debe publicar el proyecto en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) con un mes de antelación a la fecha prevista para la celebración de la Junta General que acuerde la fusión, a la elaboración del informe de los administradores y a la presentación del balance de la fusión (art.32).

En tercer lugar, una fase en que los administradores de las sociedades partícipes deben elaborar un informe justificando y fundamentando la operación en sus aspectos jurídicos y económicos. Esta exigencia legal, es de interés para el estudio de las fusiones bancarias porque permite observar, de una fuente de información primaria, cuáles son los motivos que han empujado a las sociedades involucradas a llevar a cabo tal procedimiento. Asimismo, se incluye en el informe el tipo de canje de acciones, participaciones o cuotas y las eventuales dificultades de valoración de las mismas y las implicaciones de la fusión para los socios, acreedores y trabajadores (art.33).

En el ámbito que nos ocupa, las entidades bancarias revisten el régimen jurídico de S.A. En este sentido, la ley exige, para las fusiones que participen tanto S.A. como sociedad comanditaria por acciones, que los administradores soliciten al registrador mercantil correspondiente al domicilio social de la entidad resultante, el nombramiento de uno o varios expertos independientes especialmente por la necesidad de valoración de las aportaciones patrimoniales que se llevan a cabo en este tipo de procesos (art. 34). Para cumplir con dicha obligación, los expertos tienen la potestad de recabar toda la información y documentación necesaria y evaluar así la idoneidad y validez del proyecto.

Una vez obtenida toda la información se procede a la redacción del informe, el cual debe constar de dos partes. La primera parte debe exponer los métodos seguidos para el canje de acciones; la proporcionalidad y adecuación de los mismos; y una valoración independiente sobre si el tipo de canje está justificado o no. En la segunda parte, los expertos deben comprobar que el patrimonio de las sociedades que se extinguen es igual al aumento de capital en caso de absorción o de todo el capital social en caso de fusión por creación de nueva entidad (art.34.2 y 34.3). Por último, mencionar la posibilidad de elaborar un informe de expertos independientes abreviado en el que solo se requeriría la segunda parte, siempre que existiese unanimidad de los socios con derecho a voto de las sociedades involucradas.

La siguiente fase es la aprobación del balance de la fusión por las Juntas generales. La LME explicita que podrá servir como balance el último balance anual aprobado por todas ellas, siempre que se hubiese cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión. En la práctica, no suele ocurrir con frecuencia, pero en el caso que no se cumpliese con dicho requisito, se tendría que elaborar un balance cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes procedente a la fecha del proyecto de fusión (art.36.1.). Para el tipo de entidades objeto de estudio, las sociedades anónimas cotizadas, pueden sustituir el balance de fusión por el informe financiero semestral de cada una de ellas en las mismas condiciones que la regla general (art.36.3.). En los casos, en que la sociedad que se fusiona deba auditar sus cuentas para someter el balance a una verificación contable, debe estar aprobado por cada una de las Juntas (art.37.). Normalmente, tanto el balance de la fusión como la auditoría se presentan de manera conjunta. Finalmente, a pesar de su poca implicación práctica, expresar el derecho de los socios a impugnar el balance cuando considere que el tipo de canje le perjudica, sin suspender su ejecución, solicitando al Registrador Mercantil la designación de un experto independiente.

Para el acuerdo de fusión y previamente a la publicación del anuncio de la convocatoria de las Juntas para resolver sobre la misma, los administradores deben publicar en sus respectivas webs corporativas, habilitando la descarga e impresión (art.39): el proyecto común de fusión, los informes de los administradores, los informes de los expertos independientes, las cuentas anuales y su autoría correspondiente, informes de gestión de los tres últimos ejercicios, el balance de

fusión de cada una de las sociedades con su correspondiente auditoria, los estatutos sociales vigentes elevados ya a escritura pública, el proyecto de escritura de constitución de la nueva sociedad o el texto íntegro en caso de entidad absorbente y la identidad de los administradores de las sociedades, con la fecha en la que desempeñan sus cargos y en su caso, las mismas indicaciones para los administradores propuestos.

Una vez insertada toda la información en las webs corporativas, se debe publicar la convocatoria de la Junta con al menos un mes de antelación a su celebración, indicando las menciones mínimas del proyecto de fusión y la fecha de inserción en la misma, de los documentos a disposición de los interesados (art.40.2.). Como ya se ha visto, las Juntas generales, que deberán aprobar el proyecto de fusión, han de celebrarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha en la que el proyecto fue firmado por los administradores (art.30.3.). Cumpliendo con estos requisitos, se pueden convocar las Juntas generales de cada una de las sociedades partícipes para adoptar el proyecto común de fusión, ciñéndose exclusivamente a lo establecido en el mismo (art.40.1.). Llegados a este punto y cumpliendo con todas las condiciones expuestas, las Juntas generales procederán a adoptar el acuerdo de fusión y en su caso, la ley exige el consentimiento de todos los socios que pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales o que deban asumir obligaciones personales y de los titulares de derechos especiales (art.41).

Concluyendo, es imprescindible dotar de legitimidad y formalización al acuerdo de fusión. Para ello y en ausencia de oposición de acreedores durante el mes previsto legalmente o de haberla, solventarla prestando garantía a satisfacción del acreedor en cuestión, se requiere la publicación del acuerdo una vez adoptado en el BORME (art.43) y elevarlo a escritura pública¹⁶ junto con el informe financiero semestral para las sociedades cotizadas.

Asimismo, en función del tipo de fusión, el acuerdo deberá contener las menciones legalmente exigidas para la constitución, si el procedimiento fuese por creación de nueva sociedad o las modificaciones estatutarias acordadas y el número, clase y

¹⁶ El contenido de la escritura pública se encuentra regulado en los arts. 227 a 230 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil*.

serie de acciones atribuidas a los nuevos socios, si fuese por absorción (art.45). Por último, la fusión tendrá eficacia con la inscripción de la sociedad resultante en el Registro Mercantil competente, extinguiendo los asientos registrales de las sociedades absorbidas o fusionadas (art.46).

PARTE II: LAS EXIGENCIAS DE LA REESTRUCTURACIÓN

Habiendo examinado el régimen jurídico de los procesos de fusión, su complejidad y riesgos inherentes, podemos ponderar en proporción aquellas causas que inducen a las entidades a llevarlos a cabo. Como se ha anticipado, la reestructuración bancaria es la consecuencia directa de una severa crisis financiera en 2007, constituyendo así, la mayor hecatombe económica global desde el *crash* del 29, en la que por primera vez, todas las economías más avanzadas y desarrolladas se desplomaban simultáneamente.

El epicentro del cataclismo financiero se encontraba en EE. UU., en plena liberalización -y desregularización- del mercado financiero, dónde se venía desarrollando un nuevo modelo de negocio que desplazó a la banca tradicional y que comúnmente se asociaba a las hipotecas *subprime* (crédito con tipos de interés elevados, concedido a deudores con dudosa capacidad de pago). Este nuevo modelo, defendido contemporáneamente por Alan Greenspan¹⁷, permitía la entrada de los bancos de inversión como intermediarios entre la banca comercial y el inversor. Éstos permitían a las entidades bancarias, mediante la titulación¹⁸, dividir sus activos (especialmente hipotecas *subprime*) y revenderlos en forma de obligaciones condicionadas al pago de los deudores iniciales del crédito, que en caso de las hipotecas *subprime*, la insolvencia era elevada. Este mecanismo de reestructuración y redistribución contrajo grandes beneficios al corto plazo, pero construidos sobre un falso suelo ya que, al transferir sostenidamente las posiciones de riesgo fuera de balance, se diluyó la ponderación del riesgo real asumido por cada uno de los títulos. Por lo tanto, este apalancamiento desmesurado dentro y fuera del balance, las lacras en el nivel y la calidad de la base de capital, los niveles de liquidez insuficientes y la mala gestión de los niveles de riesgo derrumbaron al sistema bancario, incapaz de responder a todas las pérdidas sufridas.

Cual infección vírica, las deficiencias de la banca se expandieron rápidamente sobre todo el sistema financiero, llegando a contagiar a la economía real, materializándose

¹⁷ Presidente del *Federal Reserve System* (FED) desde el 11 de agosto de 1987 hasta el 1 de febrero de 2006.

¹⁸ *Titulación* en base al art.3.61) CRR, cit., p.10.

en una retracción del crédito y de la liquidez. En consecuencia, tuvieron que intervenir los Estados, avalando e inyectando liquidez con fondos públicos para rescatar a entidades sistémicas demasiado grandes para quebrar. Ejemplos de este corte encontramos: en EE. UU. el rescate de los gigantes hipotecarios Fannie Mae y Freddie Mac o la aseguradora American International Group; en España, el rescate de Banesto y/o Bankia, de la que el Estado adquirió el 65% de las acciones; en Bélgica el rescate a KBC, además de acordar junto a Holanda y Luxemburgo la nacionalización de Fortis; en Islandia, el gobierno adquirió el 75% de Glitnir, y un largo etcétera.

Ante el fatídico diagnóstico que la crisis expuso, especialmente del sistema bancario, era imprescindible proporcionar una respuesta de la misma magnitud. A tal efecto, el 2 de abril de 2009 el G-20 emite una declaración demandando medidas coherentes y cohesionadas a escala internacional para reforzar la transparencia, la gestión del riesgo, la calidad y cantidad de capital, limitación del apalancamiento y colchones de liquidez más estrictos. Así, en septiembre del mismo año, el Grupo de Gobernadores de los Bancos Centrales y Jefes de Supervisión (GHOS) acordaron ciertos refuerzos normativos para el sector, que el G-20 apoyó y respaldó los días 24 y el 25 del mismo mes en la Cumbre de Pittsburgh.¹⁹

Paralelamente, se reunió el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (CSBB)²⁰ en la sede del Banco de Pagos Internacionales (Suiza), para diseñar un paquete integral de medidas, basado en las conclusiones derivadas de la crisis, que reconstruyese el sistema bancario convirtiéndolo en un sector resistente y solvente. Es en septiembre de 2010, cuando el GHOS ultimó el diseño de las nuevas medidas que, junto con el mandado extraído del CSBB, se publicó en un formato definitivo conocido como “*marco regulador internacional Basilea III*²¹”. Esta normativa, fruto del consenso de la élite mundial financiera, nace para implantar una serie de

¹⁹ Preámbulo CRR, cit., p.10.

²⁰ Integrado por altos representantes de autoridades de supervisión bancaria y bancos centrales de Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Corea, España, Estados Unidos, Francia, Hong Kong RAE, India, Indonesia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, los Países Bajos, el Reino Unido, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Turquía.

²¹ Compuesto por: “*Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios* öy “
ö O c t e q ” k p v g t p c e k q p c n ” r c t c ” n c ” o g f k e k » p . . ” p q t o c n k / c e k

reformas²² sobre el marco regulador anterior a la crisis -hasta entonces sustentado por Basilea I (1988) y Basilea II (2004)- y adaptarlo a las nuevas exigencias²³. Éstas sientan las bases de un sistema bancario resiliente abocado a resistir a los períodos de tensión, desde una perspectiva microprudencial, y a una solvencia como sector para hacer frente a los riesgos y vulnerabilidades sistémicas que se acumulan procíclicamente, desde un enfoque macroprudencial.

Con las reflexiones asumidas y la dirección tomada, el Grupo de Alto Nivel sobre la Supervisión Financiera en la UE, presidido por Jacques de Larosière, propuso elaborar una normativa financiera armonizada y una estructura de supervisión europea. Así, el Consejo Europeo de 18 y 19 de junio de 2009 marcó como objetivo la constitución de un código normativo europeo único para todas las entidades de crédito y empresas de inversión en el mercado interior²⁴.

Este conjunto único de normas para todos los participantes de la zona euro, constituye un elemento esencial para el funcionamiento del mercado interior, por motivos de seguridad jurídica y para evitar desigualdades y arbitrajes regulatorios.

Debido a la complejidad de *iure* y de *facto* para adaptar un código único a todos los OJ nacionales que componen la UE, el proceso se diseñó con períodos de transición, fijando fechas que permitan una aplicación gradual, dando margen a las entidades para aclimatarse al nuevo entorno. Por consiguiente, para introducir Basilea III al ordenamiento comunitario y con el objetivo de una armonización normativa máxima, se adoptan dos normas fundamentales: el CRR que regula los requisitos prudenciales sobre el funcionamiento de los mercados de servicios bancarios y financieros y la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión*

²² Publicadas individualmente Banco de Pagos Internacionales (por sus siglas en inglés BIS), *Basel III: Finalising post-crisis reforms*, en: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d424.htm> (Visitado el 17/03/2021).

²³ En julio de 2009, el Comité introdujo nuevas medidas que reforzaban los pilares de Basilea II de 1996. BIS, *Enhancements to the Basel II framework*, en: www.bis.org/publ/bcbs157.htm (Visitado el 17/03/2021).

²⁴ Preámbulo (2) CRR, cit., p.10.

(en lo sucesivo “CRD IV”) que contiene las disposiciones relativas al acceso a la actividad de las entidades²⁵, modalidades de su gobierno y el marco de supervisión.

En última instancia, la normativa europea se transpone al OJ español principalmente en dos etapas. La primera, mediante el Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre *de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras* y la segunda con la LOSSEC y el RD 84/2015. Sin embargo, para la materia que nos ocupa debemos añadir como cierre, la Circular 2/2016, de 2 de febrero, BdE, *a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n.º 575/2013*.

En un estudio completo de toda la normativa expuesta, podemos desgajar del conjunto, aquellos factores o exigencias más representativos del cambio sufrido por las entidades bancarias. En suma, se proporcionará una selección de los pilares que definen la reestructuración bancaria y que constituyen un entramado legal sin precedentes, que *opera en la práctica como un auténtico estatuto profesional de las entidades de crédito*²⁶.

1. REQUISITOS PRUDENCIALES EN MATERIA DE SOLVENCIA

1.1. Capital Regulador

Debido al riesgo inherente a la actividad bancaria, es imprescindible que las entidades mantengan cantidades de capital suficientes para poder proteger los depósitos de sus clientes y garantizar su solvencia. En consecuencia, como más riesgos asuman los bancos más capital necesitará mantener para absorber las posibles pérdidas que estos riesgos pueden llegar a representar²⁷. El capital

²⁵ Véase infra, Parte III.

²⁶ Preámbulo I, LOSSEC. p.49413.

²⁷ European Banking Supervisión, 23 de mayo de 2019. *¿Por qué deben mantener capital los bancos?* Extraído de:

bancario, de manera genérica, es el dinero obtenido por sus accionistas y otros inversores, los beneficios que ha generado y no ha distribuido²⁸, instrumentos de capital emitidos por el banco y sus filiales consolidadas²⁹, primas de emisión, ganancias acumuladas³⁰ y otras reservas³¹.

Sin embargo, uno de los principales problemas del sector fue afrontar la crisis con niveles insuficientes de capital de calidad ya que, registraron pérdidas de tal magnitud que no se pudieron cubrir con los fondos de las propias entidades. Por otro lado, se manifestaron incoherencias en la definición de capital entre jurisdicciones, siendo imprescindible perfeccionar una definición que estandarice un concepto común para todas ellas. Además, se aboga por un concepto de régimen jurídico flexible con las diferentes situaciones y circunstancias de partida y que reduzca la arbitrariedad en los períodos de transición normativa.

Como respuesta, el CSBB introdujo en los primeros marcos normativos el concepto de “fondos propios” o “capital regulador”. Sin embargo, una de las principales reformas que aporta Basilea III es un aumento considerable de la calidad del capital modificando a su vez, la definición de capital regulatorio en aras de alcanzar una efectiva transparencia y coherencia a escala internacional para que, en última instancia, las entidades puedan absorber pérdidas tanto en pleno funcionamiento como en la quiebra absoluta³².

El capital regulador es la guía de referencia a efectos de la supervisión bancaria, tanto a nivel internacional como específicamente a nivel europeo ya que, el CRR transpone el mandato de Basilea III. El capital regulador estará compuesto por dos bloques diferenciados en función de la calidad del capital que los integra. La

https://www.banksupervision.europa.eu/about/ssmexplained/html/hold_capital.es.html
(Visitado el 17/03/2021).

²⁸ *Distribuciones* en base al art.4.110) CRR.

²⁹ La mayoría de los bancos con actividad internacional revisten la forma jurídica de sociedades por acciones (*joint stock company*) entendidas como *aquellas que haya emitido acciones ordinarias, con independencia de si éstas se poseen con carácter privado o público*. Véase Basilea III p.14.

³⁰ *Ganancias acumuladas* en base al art.4.123) CRR.

³¹ *Otras reservas* en base al art.4.117) CRR.

³² Rodríguez de Codes Elorriaga, Elena. *Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital*, p.13. Publicado en:

<https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/10/Nov/Fic/ref0119.pdf> (Visitado el 17/03/2021).

inclusión de los activos por su mayor o menor calidad se fijará en atención a unos filtros y requisitos dictados por la propia norma³³. Por consiguiente, el **Capital Regulador** está formado por: **Capital de Nivel 1 o Tier 1** y **Capital de Nivel 2 o Tier 2**. No obstante, el **Tier 1** está compuesto, a su vez, por **Capital Ordinario o Common Equity**, que es el capital de mayor calidad (como los beneficios no distribuidos) y por capital adicional que comprende instrumentos y activos híbridos (como algunas participaciones preferentes). De esta manera, al distribuir el capital en atención a su calidad, se destina todo el Capital de Nivel 1 a absorber las pérdidas en funcionamiento, para transmitir la solvencia de la entidad a los acreedores, accionistas y contrapartes. Y, por otro lado, se destina todo el Capital de Nivel 2 a absorber las pérdidas en situación de quiebra y liquidación, en aras de proteger al depositante y evitar la intervención de fondos públicos.

Por otro lado, Basilea III aumenta los requerimientos de capital respecto a los implementados por Basilea II. Es decir, una vez realizados los ajustes, deducciones y exenciones, las tres tipologías que forman el capital regulatorio deberán mantenerse por encima en todo momento -como obligación legal cuyo incumplimiento está sujeto a sanción³⁴-, salvo en períodos de recesión, de los siguientes requerimientos de capital, expresados en una ratio calculada sobre los activos ponderados por riesgo³⁵:

El **Capital Ordinario de Nivel 1 o Common Equity**, deberá ascender al menos al 4,5%.

Todo el **Capital de Nivel 1**, deberá ascender al menos al 6,0%.

El **Capital Regulador**, es decir, la suma del Capital de Nivel 1 y 2 ascenderá al menos al 8,0%.

³³ Véase Anexo 1.

³⁴ Específicamente desarrollado en la Circular 7/2012, de 30 de noviembre, del Banco de España, *a entidades de crédito, sobre requerimientos mínimos de capital principal*.

³⁵ Son el total de activos de un banco, multiplicado por sus respectivos factores de riesgo que reflejan el nivel de riesgo percibido. Así, asumiendo poco riesgo, la ponderación por riesgo será menor y al igual que la cantidad de capital que deberá mantener el banco para cubrirlo. Fuente: ABE, *¿Por qué deben mantener capital los bancos?*, cit., p.25.

1.2. Colchones de capital

Además de los requerimientos de capital expuestos, el OJ español precisa mediante el art.43 de la LOSSEC y el art.58 del RD 84/2015 la obligación de cumplir con un requisito combinado de colchones de capital. Las entidades **deberán poseer en todo momento el colchón de conservación de capital** y adicionalmente cuando proceda, los colchones:

- De capital anticíclico específico de cada entidad.
- Para entidades de importancia sistémica mundial u otras entidades de importancia sistémica.
- Contra riesgos sistémicos.

Sin embargo, por la naturaleza del trabajo, acotaré el análisis por su notoria relevancia, al colchón de **conservación de capital**, cuyo objetivo consiste en garantizar que los bancos acumulen capital de reserva en períodos de bonanza para poder cubrir las pérdidas en los períodos de tensión. Se establece que su ratio debe ser igual al 2,5% del importe total de la exposición al riesgo, formado por el capital Ordinario de Nivel 1 o *Common Equity*, adicional a los requerimientos mínimos del capital regulador expuesto anteriormente. Es decir, el *Common Equity* debe destinarse en primera instancia, a garantizar los requerimientos de capital de Nivel 1 del 6% y de capital total del 8%, aportando adicionalmente el 2,5% *a posteriori* al colchón de conservación de capital.

Como exige la Autoridad Bancaria Europea (EBA por sus siglas en inglés)³⁶ mediante sus Directrices en mandato de Basilea III, cuando se deba disponer de estas reservas, es imprescindible recomponerlos mediante la **reducción de las distribuciones de beneficios**, como el reparto de dividendos, la recompra de acciones y el pago de bonificaciones a empleados. En consecuencia, cuanto más se drene ese colchón, más costosa será la reconstrucción. Además, este riesgo de recuperación lo deben asumir los accionistas, los proveedores de capital y

³⁶ La Autoridad Europea de Supervisión [Autoridad Bancaria Europea (ABE)] se creó en 2011 mediante el Reglamento (UE) nº 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010.

empleados como destinatarios de los beneficios, pero en ningún caso los depositantes ya que, no es aceptable apelar a futuras recuperaciones justificándolo con generosas distribuciones. Luego, cuanto más se aproximen los niveles de capital reales a los requerimientos mínimos del capital regulatorio, mayor será la cantidad de beneficios destinada a la recomposición de sus colchones.

Por consiguiente, Basilea III impone unos límites en la distribución de capital en función del rango que constituyan sus colchones de conservación, estableciendo un marco que determina la interrelación en coeficientes de beneficios y de Capital Ordinario de Nivel 1³⁷. Es decir, que el colchón de conservación se deduce del Capital Ordinario de Nivel 1 exclusivamente, por lo tanto, una entidad con un coeficiente del mismo correspondiente a 7%, no tendría que retener beneficios, porque cumpliría con el requerimiento de capital específico de 4,5% más el de 2,5% del colchón de conservación. No obstante, en el supuesto en que se tenga una ratio de 8% de Capital Ordinario de Nivel 1 sin Capital Adicional de Nivel 1 y de Nivel 2, cumpliría igualmente los requisitos de capital regulatorio, pero no con el colchón de conservación, habiendo de retener el 100% de sus beneficios para el ejercicio siguiente y para recomponer los colchones. En otras palabras, no podría distribuir dividendos, recomprar acciones o pagar bonificaciones a los empleados.

A efectos pragmáticos, la entidad BBVA ha comunicado que su política de retribución al accionista para 2021 consistirá en la distribución anual del 35%-40% de los beneficios en cada ejercicio o el Santander cuyo consejo de administración baraja repartir en 2021 un 40%-50% de los beneficios. Veremos cómo repercute en la retribución, pero ya se anticipa por las recomendaciones del BCE en diciembre de 2020, que en ningún caso se conseguirán unos dividendos atractivos para la inversión. Para poder dimensionarlo con datos oficiales *prepandemia*, BBVA pagó en efectivo el 07/04/2020 respecto el ejercicio de 2019 un valor neto por acción de 12,96 céntimos de euro y el Santander 8,10 céntimos de euro, remarcando que ambas entidades son de las más rentables en el mercado español. En definitiva, uno de los precios a pagar por la solvencia y seguridad que proporcionan los requisitos

³⁷ Véase Anexo 2.

de capital, es una reducción clara de los beneficios y, por lo tanto, de los dividendos a repartir.

En conclusión, el nuevo paquete de medidas que incorpora Basilea III supone una reforma sustancial de la regulación bancaria, porque además de endurecer los requerimientos de capital mejorando la calidad y el nivel del capital y de establecer los colchones de capital como hemos examinado, afina la sensibilidad al riesgo de las entidades con la incorporación de métodos estándar para el cálculo de las exposiciones asumidas e introduce nuevas medidas como la ratio de apalancamiento y los nuevos niveles de liquidez.

2. SUPERVISIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Con el paso de los años, la globalización se ha convertido en una realidad, intercomunicando mercados y entidades independientemente del lugar donde operen. Esto genera la necesidad de profundizar en la perspectiva macroprudencial del sistema bancario, en aras de supervisar unos mercados cada vez más complejos y con más participantes. Análogamente, lo mismo sucede a escala europea ya que, la integración del mercado interior está adquiriendo un peso cada vez mayor, dónde las entidades trascienden del ámbito nacional y se expanden a otras jurisdicciones. Esto se refleja en la práctica, en que la mayoría de las entidades financieras de los EM han adquirido el régimen de transfronterizas, dificultando el control de su actividad ordinaria y la prevención de riesgos sistémicos³⁸.

En respuesta de la fragmentación del sector financiero, el Consejo Europeo de 29 de junio de 2012 propuso la elaboración de una hoja de ruta para conseguir una completa Unión Económica y Monetaria (UEM). Para este proceso, concluyó, el 19

³⁸ La base de datos del BdE proporciona un listado de las entidades más relevantes para las estadísticas de pago, en la que se puede observar que el ámbito geográfico de las mismas, en gran proporción, es transfronterizo. BdE, *Listas de Instituciones Relevantes para las estadísticas de pago*, en: https://www.bde.es/webbde/es/estadis/psri/psri_es.html (Visitado el 20/03/2021).

de octubre de 2012, que como primer paso para conseguir una eficaz UEM, era imprescindible erigir una Unión Bancaria -especialmente con la incidencia de la crisis financiera y la posterior crisis de deuda soberana, que puso de manifiesto la profunda conexión entre las finanzas públicas y la banca-. Ésta se rige por un Código Normativo Único que vela por una aplicación equitativa y congruente de unos estándares legales y administrativos de los servicios financieros y aplicado indiscriminadamente a todos los EM, mejorando así la eficacia de la regulación, de la supervisión y de la gobernanza³⁹.

Finalmente, para culminar el proceso de una UEM en su plenitud, el Parlamento reclamó la creación de un organismo europeo con funciones específicas de supervisión que aportase homogeneidad regulatoria y de trato y que protegiese al sector financiero controlando su solvencia y desarrollo sin arbitrariedades e inseguridades jurídicas.

2.1. Función supervisora

Para materializar la hoja de ruta que la UE estaba emprendiendo, se establece un Mecanismo Único de Supervisión (MUS), mediante el Reglamento nº1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, *que encomienda al BCE tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito* (en lo sucesivo «el Reglamento del MUS»), como sistema de supervisión bancaria europea compuesto por el BCE y las autoridades nacionales competentes (ANC) de los EM, que como hemos analizado en España es el BdE. El MUS junto con el Mecanismo Único de Resolución (MUR) son los dos pilares que componen la Unión Bancaria, sustentados bajo el Código Normativo Único desarrollado por la EBA.

El MUS como entidad responsable de la supervisión prudencial de todas las entidades de crédito persigue tres objetivos principales: garantizar la seguridad y la

³⁹ Preámbulo CRR, cit., p.10, Reglamento 1024/2013 y la Web oficial del BCE, en: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/about/bankingunion/html/index.es.html> (Visitado el 30/03/2021).

solidez del sistema bancario europeo, reforzar la integración y la estabilidad financiera y lograr una supervisión homogénea⁴⁰. La estructura del MUS permite realizar una supervisión macroprudencial gracias a la experiencia y posición del BCE y la supervisión microprudencial de las ANC en un control más depurado de cada entidad en función de la jurisdicción y de las peculiaridades económicas, organizativas y culturales.

2.2. Colaboración entre autoridades de supervisión

El MUS colabora estrechamente con instituciones y organismos internacionales externos como el Parlamento Europeo, el Eurogrupo, la Comisión Europea, la EBA, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, y la Junta Europea de Riesgo Sistémico, tal como establece el art.3 del Reglamento del MUS. Por otro lado, es primordial estructurar una cooperación interna al MUS, con el BCE como responsable de todo el funcionamiento (art.6 del Reglamento del MUS).

Para llevarlo a cabo es necesario establecer un criterio que distribuya las tareas de supervisión entre el BCE y la ANC ya que, el MUS es responsable de la supervisión de 4.700 entidades aproximadamente⁴¹. Este criterio se dicta conjuntamente mediante el Reglamento del MUS y el Reglamento (UE) nº 468/2014 BCE, de 16 de abril de 2014, *por el que se establece el marco de cooperación en el MUS entre el BCE y las ANC y con las autoridades nacionales designadas (AND)* (en lo sucesivo Reglamento marco del MUS), que consiste en asignar las funciones y responsabilidades del BCE y de las ANC **con arreglo al carácter significativo de las entidades supervisadas**. Así, en el art.6 del Reglamento del MUS y en todo el Título 2 del Reglamento marco del MUS, se definen los criterios que determinan si una entidad de crédito se clasifica como significativa o menos significativa. Para definirlas como significativas, el MUS realiza una revisión periódica en la que se

⁴⁰ Guía de Supervisión Bancaria (2014). Pg. 5.

⁴¹ Guía de Supervisión Bancaria (2014). Pg.10.

examina íntegramente a todas las entidades de los EM en atención a la concurrencia de alguno de los siguientes requisitos⁴²:

- Que el valor total de sus activos supere los 30.000.000.000 de euros o que teniendo un valor total de activos inferior a 5.000.000.000 de euros supere el 20% del PIB nacional.
- Que sea una de las tres entidades de crédito más significativas establecidas en un EM.
- Que sea preceptora de asistencia directa del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)⁴³.
- Que el valor total de sus activos supere los 5.000.000.000 de euros y la ratio entre sus activos/pasivos transfronterizos en más de uno de los restantes EM y sus activos/pasivos totales supere el 20%.

En consecuencia, todas las entidades consideradas como significativas pasan a ser supervisadas directamente por el BCE, en cambio, las menos significativas son supervisadas por las ANC. La clasificación de las entidades no es inamovible, sino que puede variar a raíz de su actividad ordinaria o bien por acontecimientos extraordinarios como lo son las fusiones o adquisiciones. Los procesos de fusión son muy relevantes en materia de supervisión prudencial porque dos entidades menos significativas pueden dar lugar a una entidad resultante considerada como significativa por aumentar los activos de forma abrupta. En esta línea, el art.43.2 del Reglamento marco del MUS establece que como mínimo una vez al año las ANC deben revisar a las entidades y grupos⁴⁴ menos significativos, en aras de depurar responsabilidades de supervisión. La decisión del MUS de dichos cambios de responsabilidad entre las ANC y el BCE deben ser notificadas inmediatamente

⁴² Guía de Supervisión Bancaria (2014). Pg.11.

⁴³ Creado mediante tratado intergubernamental de los países de la zona del euro el 2 de febrero de 2012 con sede en Luxemburgo, al que se le atribuye la asistencia a los países de la zona euro que sufren dificultades económicas o corren el riesgo de sufrirlas con la concesión de préstamos o líneas de crédito preventivas, asumiendo deuda, o financiar recapitalizaciones de instituciones financieras mediante préstamos a los gobiernos de sus países miembros. EUR-Lex, El acceso al Derecho de la UE. *Glosario de las síntesis, Mecanismo Europeo de Estabilidad*, en:

https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/european_stability_mechanism.html?locale=es

(Visitado el 01/04/2021).

⁴⁴ Grupo en base al art.2.5) Reglamento marco del MUS, cit., p.32.

a las entidades afectadas, para dar la oportunidad de formular las alegaciones oportunas.

En base a los últimos datos oficiales actualizados a marzo de 2021⁴⁵, el BCE supervisa directamente a 115 grupos, lo que incluye a 1.200 entidades aproximadamente y las ANC alrededor de 3.000 entidades menos significativas - bajo la vigilancia indirecta del BCE-. Como es lógico, a diferencia de las ANC que ejercen una supervisión acotada a su respectivo ámbito nacional, para el BCE resulta más complejo supervisar continuamente a tantas entidades de diferentes EM con contextos muy dispares. Para solventar dicho problema organizativo, se crean los Equipos Conjuntos de Supervisión (ECS), encargados de la supervisión diaria de las entidades significativas⁴⁶. Los ECS están integrados por el personal del BCE y de las ANC de los EM en los que radican las entidades, filiales o sucursales transfronterizas significativas de un grupo bancario determinado. A tal efecto, se constituye un ECS para cada entidad significativa, adaptando su tamaño, composición y organización en función de la naturaleza, complejidad, magnitud, modelo de negocio y perfil de riesgo de la entidad de crédito supervisada⁴⁷.

Concluyendo, se ha definido la estructura sólida de supervisión prudencial que la UE ha consolidado desde todos los enfoques posibles, para controlar que las entidades canalizan y asumen las pautas y requisitos que la UEM acarrea, en aras de garantizar seguridad y solvencia del sector ante periodos de debilidad o recesiones económicas.

⁴⁵ BCE (1/03/2021), *List of supervised entities*, en:

<https://www.banksupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.listofsupervisedentities202104.en.pdf?bda25730baade05d8fa466fb2fc6a133> (Visitado el 25/03/2021)

⁴⁶ Véase Anexo 3.

⁴⁷ Guía de supervisión Bancaria (2014). 3.3. Estructura operativa del MUS.

PARTE III: CONSECUENCIA JURÍDICA SOBRE EL MERCADO

El estudio sobre el mercado abarca múltiples corrientes científicas y teóricas con enfoques usualmente asimétricos. Por lo tanto, a efectos de cohesionar mi tesis, es imperativo robustecer el vínculo entre las fusiones bancarias y su repercusión en el mercado. Para ello, se debe examinar únicamente aquella parte del mercado que soporta directa y explícitamente la incidencia categórica de las fusiones. En consecuencia, considero que, para identificar las partes afectas, un **enfoque estructural de la competencia** es el idóneo, porque pondera intrínsecamente en su análisis la concentración empresarial que la fusión genera. La visión estructural del mercado se basa en el paradigma ESTRUCTURA-CONDUCTA-RESULTADO (ECR)⁴⁸, que utilizaremos únicamente como referencia o guía pragmática para definir la incidencia de las fusiones sobre el mercado con precisión, obviando sus eventuales deficiencias teóricas y empíricas para determinar el nivel de competencia entre bancos. El paradigma ECR analiza si el grado de concentración del mercado⁴⁹ conduce a las entidades a adoptar comportamientos colusivos, lo que, a su vez, maximiza sus beneficios. Luego, el desarrollo de este último apartado se centrará únicamente en la estructura de mercado como el elemento más susceptible y directamente vinculado a las operaciones societarias objeto de estudio.

En este sentido, las fusiones bancarias no solo modifican la estructura de la empresa, sino que además suponen una alteración directa sobre la estructura de mercado, en la medida en que hay menos competidores y menos entidades operando y ofertando. Como consecuencia, se generan entidades más grandes y sistémicas que alientan los debates teóricos sobre los efectos en la competencia y el poder de mercado dentro del mismo. Esta tendencia genera un efecto cribaje en las entidades en la medida en que, aquellas más rentables y/o más grandes absorben a las menos rentables y/o más pequeñas, dejando en el mercado únicamente a las más competitivas.

⁴⁸ Hipótesis original formulada por Joe Bain en 1951 en la que defendía la relación estadística entre la concentración y los beneficios contables.

⁴⁹ Número de entidades y tamaño relativo de las mismas.

No obstante, hacer un estudio desde un enfoque no estructural que indique el grado de competencia del sector y el poder de mercado de cada entidad que lo compone, sería muy interesante a nivel argumental y como fundamento líquido de la intencionalidad del discurso adoptado, pero se escapa del objetivo de este trabajo y del Derecho *per se* ya que, se requieren unos índices complejos sometidos a multitud de variables naturales de la Economía. Sí que es cierto, que existen criterios generalizados para calcular estos índices y diferentes estudios que abordan dicho objetivo, tanto desde el seno de la escuela del paradigma ECR como desde los modelos no estructurales⁵⁰, pero en ningún caso hay un criterio unánime y una doctrina económica establecida sin margen de refutación directa. En este sentido, se necesita un conocimiento profundo de estadística de mercado para realizar un estudio autónomo de esta índole, que por supuesto, excede de los conocimientos exigidos a un jurista. En consecuencia, a falta de rigor absoluto en los cálculos, todas las conclusiones que obtengamos sobre la concentración y la competencia serán siempre partiendo del Derecho, de premisas empíricas y de elementos probatorios públicos, para evitar dotar al análisis de respuestas infundadas y que, en última instancia, esta inseguridad se extienda al trabajo en su totalidad.

En suma, entendiendo que la estructura de mercado condiciona la conducta de las entidades y ésta, a su vez, el resultado que obtienen, el objeto de este apartado reside exclusivamente, en la primera parte de esta línea de causalidad unidireccional. A todos los efectos, descartamos del análisis cuán colusivos o competitivos son los comportamientos de las entidades como consecuencia de la concentración que los procesos de fusión generan y si estos comportamientos antagónicos aumentan o disminuyen la rentabilidad de las entidades.

⁵⁰ Iwata, Bresnahan-Lau y Panzar-Rosse, estudios que surgen por las deficiencias del enfoque estructural y examinan la competencia entre los bancos y el uso de la posición de poder de mercado por parte de las entidades líderes sin considerar la concentración. Fuente: Jaime Zurita (2014) *Ánalisis de la concentración y competencia en el sector bancario*. BBVA Research nº14/23. p.12.

1. CONCENTRACIÓN EN EL SECTOR BANCARIO

Por consiguiente, partimos de la premisa más líquida y empírica, ya introducida en el apartado referente a la función económica de las fusiones, que obtenemos al analizar cronológicamente el número de entidades que han operado y que operan dentro del mercado objeto de estudio. El sector bancario europeo, describe un proceso de consolidación incipiente en el año 2000, precedido de una etapa de integración bancaria y liberalización del mercado como consecuencia de la creación de la UEM a finales del siglo XX, dónde los niveles de competencia y el número de entidades eran elevados. Por ende, un mercado tan competitivo y desregularizado como el de ese momento, permitía el aumento del poder adquisitivo y de la capacidad de acumulación de capital de las entidades. Esas condiciones eran idóneas para llevar a cabo estrategias corporativas como las fusiones, de un alto coste y riesgo pero que a contrapartida proporcionan un crecimiento exponencial. Sin embargo, con el cambio de siglo, la eufórica integración bancaria empieza a mutar hacia la consolidación del sector a través de dichas operaciones, observando como el número de entidades en la UE empieza a descender, de 9.600 en 1997 hasta 7.500 en 2004⁵¹.

A pesar de que Europa sea un fiel reflejo de la situación de los EM que la componen, ha lugar a focalizar el análisis únicamente en el territorio español y en el OJ que lo regula. En esta línea, expondré en dos fases, las singularidades de la concentración económica en el sector bancario nacional: por un lado, mediante un estudio de del derecho positivo sobre la concepción y el valor de las concentraciones y, por otro, con un análisis de su evolución en las últimas décadas, a modo de evidencia y fundamento probatorio de la tesis defendida.

Primeramente, para entender en profundidad su régimen jurídico, debemos remitirnos a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de *Defensa de la Competencia* (en lo sucesivo LDC), concretamente a su Preámbulo, donde encontramos un concepto de

⁵¹ Discurso de José Manuel González-Páramo, miembro del Comité Ejecutivo del BCE, II Foro Perú-Unión Europea: *Una perspectiva del Perú, América Latina y Europa* Fundación Euroamérica, Lima, 29 de octubre de 2007, en:

<https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2007/html/sp071029.es.html#ftn.fnid5> (Visitado el 18/02/2021).

referencia que nos permitirá sostener la relación directa entre fusión y concentración. La LDC centra su definición en *la existencia de un cambio estable en la estructura de control*, «*de iure*» o «*de facto*», *de una empresa, e incluye todas las empresas en participación con «plenas funciones»*, *unificando así el tratamiento de aquéllas con carácter concentrativo y cooperativo*. El cambio estable en la estructura de control al que se refiere la LDC se entenderá principalmente a efectos de la fusión de dos o más empresas o de la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas (art.7.1.).

El mismo precepto, nos determina que el control, como el elemento vital para identificar las concentraciones, resultará principalmente de los derechos de propiedad o de uso de activos de una empresa o cualquier medio o contrato con el que se pueda ejercer una influencia decisiva sobre la composición, deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa. Además, el mismo precepto excluye y descarta supuestos tasados que no pueden ser considerados como conductas de control efectivo.

Sin embargo, el análisis de las conductas consideradas o no como control estable para concluir si una determinada relación societaria se considera concentración económica es irrelevante en las fusiones bancarias. Debido a que, por la naturaleza de este tipo de operaciones, la entidad resultante en una fusión por constitución o la entidad absorbente en una fusión por absorción, ejerce un control absoluto, consensuado e intencionado sobre las otras entidades partícipes, en la medida en que se produce una transmisión en bloque del total de su patrimonio. Luego, concluyendo que una fusión indiscriminadamente lleva implícita la concentración e integración empresarial, el análisis se debe centrar en las implicaciones que este tipo de operaciones representan sobre el mercado y sobre el OJ.

Para poder ponderar la relevancia que la concentración económica puede llegar a tener, debemos asumir la reflexión en los fundamentos protegidos por la propia LDC y el valor que el legislador le otorga a las consecuencias de una falta de control sobre la misma. En este sentido, un mercado concentrado puede atentar contra la competencia efectiva, lo que a la praxis se traduce en una ineficiencia productiva que, en última instancia, se traslada al consumidor en mayores precios y menor

oferta⁵². La preocupación incrementa cuando el riesgo de concentración se traslada a mercados tan relevantes para la sociedad y la economía como lo es el bancario. Por eso, es imprescindible un mecanismo y una estructura institucional capacitada para controlar y reaccionar en defensa de la competencia y del bienestar social.

Por estos motivos, debemos ser conscientes que no todas las fusiones indiscriminadamente son sometidas al procedimiento de control previsto en la LDC. De hecho, el art.8 nos expone su ámbito de aplicación y nos indica las dos circunstancias, que sin necesidad de que ambas concurran simultáneamente, otorgarían suficiente relevancia a la concentración económica como para provocar el inicio del preceptivo control:

- Que, a consecuencia de la fusión, la entidad resultante obtenga una *cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio* dentro del territorio nacional o delimitaciones geográficas del mismo (como lo podría ser una comunidad autónoma), siempre que el volumen de negocio de la sociedad entrante o de los activos que ésta haya adquirido en España en el último ejercicio contable no superen los 10 millones de euros. Sin embargo, aunque la entidad adquirida no supere dicha cantidad, si las otras entidades partícipes tienen una cuota individual o conjunta superior al 50 por ciento en cualquier mercado afectado, se someterá al proceso de control sin exención alguna.
- O bien, que el volumen de negocios global del último ejercicio contable en territorio español de la entidad resultante supere los 240 millones de euros y, además, *al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros*.

Como podemos observar, el ámbito de aplicación, lo que nos permite establecer un parámetro que discrimine las concentraciones económicas más susceptibles de afectar a la competencia y que puedan representar un peligro real para el buen funcionamiento del mercado. En consecuencia, las concentraciones que entren en dicho umbral, previamente a su ejecución, deben ser notificadas a la CNMC como

⁵² Preámbulo LDC, p.6, cit., p.37.

institución de supervisión y deben obtener una autorización ejecutiva, expresa o tácita, de la Administración respetando los efectos del Silencio Administrativo que dicta la LDC en su art.38. La obligación de notificar a la CNMC recae sobre el conjunto de las partes que intervienen en la fusión e individualmente a la parte que adquiera el control exclusivo sobre la totalidad o parte de una o varias empresas⁵³. No obstante, aquellas concentraciones que entren en el ámbito de aplicación de la LDC y no sean notificadas a la CNMC, ésta de oficio, podrá enviar un requerimiento a las partes para que en un plazo inferior a veinte días efectúen obligatoriamente la notificación señalada. Para un mayor control de la competencia, se le otorga la potestad a la Dirección de Investigación⁵⁴ para iniciar de oficio el procedimiento de control a pesar de no haber recibido la notificación, con absoluta compatibilidad a las sanciones y multas coercitivas correspondientes.

Para que un entramado jurídico de estas características pueda garantizar el buen funcionamiento de los procesos de mercado, no sólo debe ser capaz de valorar qué tipo de concentraciones son más perjudiciales sino que, además, debe evitar la extralimitación del intervencionismo público sobre la libre toma de decisiones empresariales amparada bajo el art.38 de la Constitución. Es decir, una vez que el derecho positivo permite identificar las operaciones de mayor riesgo, también debe definir cómo se reacciona ante las mismas. Como respuesta, el OJ pauta y define el ámbito de actuación de las instituciones públicas, para tasar los condicionantes que objetivamente requieran de dicha intervención y evitar así la arbitrariedad en los juicios valorativos. Una desbalanceada injerencia del sector público en el poder de decisión empresarial podría suponer unos vicios insubsanables en detrimento de la capacidad de desarrollo y crecimiento económico del sector. Precisamente, una de las tres principales novedades que aporta la LDC en su Capítulo II, sigue esta línea argumental, con la incorporación en el art.10, de unos criterios de valoración sustantiva que refuerzan la participación de la CNMC y limitan la del Gobierno.

⁵³ Art.9.4. LDC, cit., p.37.

⁵⁴ En base al art.20 LDC, cit., p.37, la CNMC está compuesta por tres órganos; el Presidente, con funciones de dirección y representación; el Consejo, como órgano colegiado de resolución; y la Dirección de Investigación, con funciones de instrucción e investigación del proceso de control y sancionador.

Por otro lado, el régimen jurídico expuesto reside en la relación de causalidad entre la fusión como causa, y entidades de mayúsculo tamaño como efecto, en la medida en que, si ésta prolifera durante décadas consolidándose como una praxis estandarizada, la estructura de mercado tiende a componerse de entidades cada vez más grandes y con mayor cuota de mercado. Esta narrativa es un reflejo fidedigno de lo que ha sucedido y sucede con el mercado bancario, el cual se compone de entidades sistémicas que acaparan prácticamente toda la operativa. Si observamos la evolución del mercado, en atención a la concentración, veremos como el número total de entidades desciende a la vez que aumenta el tamaño de las entidades que subsisten. Todas las sociedades que se disuelven, ya bien sea por compraventa o por fusión, transfieren todo su patrimonio en bloque a una sociedad destinataria, o por su calidad de compradora o como sociedad resultante de una fusión. Luego, esto provoca que no haya una rotación de empresas en el mercado porque el espacio que deja una entidad no es ocupado por otra emergente, sino que es apropiado por una ya establecida, abarcando con cada operación más cuota de mercado⁵⁵. La sucesión de esta dinámica ha desembocado en que el mercado esté compuesto únicamente por entidades sistémicas que acrecientan su patrimonio a la misma velocidad que disminuye el número de sociedades.

Finalmente, habiendo analizado y comprendido como el derecho positivo español define y regula la concentración empresarial fruto de las fusiones, se debe exponer la implicación real sobre las entidades bancarias y sobre el mercado financiero español. Uno de los indicadores de concentración que refleja mejor la realidad en términos de consolidación del sector bancario es el índice CR5 que calcula la ratio por activos de las cinco entidades más grandes⁵⁶ de un mercado determinado. El BCE ha elaborado un seguimiento prolongado de la concentración a través de este índice, entre muchos otros, lo que proporciona una herramienta esencial para analizar la evolución del sector desde una fuente de información primaria. A efectos de dilucidar el desarrollo de la concentración en el mercado nacional, he seleccionado el periodo máximo proporcionado por la *Statistical Data Warehouse*

⁵⁵ Véase infra pp. 43-52.

⁵⁶ Véase el Anexo 4.

del BCE⁵⁷ que comprende desde el 31/12/1997 hasta el 31/12/2019, considerando que una mayor perspectiva de la evolución resulta más fructífera y concluyente para el análisis.

Como podemos observar en el Anexo 4, la evolución de la concentración de las entidades se ha multiplicado más del doble en tan solo dos décadas ya que, las mayores cinco entidades por activos totales representaban el 31,4% en 1997 pasando al 67,41% en el cierre de 2019. Cabe matizar que, en este porcentaje cerrado a 31 de diciembre de 2019, no contempla la fusión entre CaixaBank y Bankia, la segunda y cuarta entidad de crédito más grande por nivel de activos en territorio español, porque se publicó el proyecto común de fusión el pasado 17 de septiembre del 2020. A pesar de que el BCE no ha publicado los datos oficiales, se calcula que el CR5 a 2021 podría ser superior al 80% teniendo en cuenta dicha operación. Sin embargo, la consolidación ha experimentado tres etapas: una primera etapa, correspondiente al cambio de siglo, fruto de la implantación definitiva de la UEM⁵⁸ caracterizada por la introducción del euro y la ejecución de la política monetaria única del Sistema Europeo de Bancos Centrales, alcanzando su máxima el año 2000 con un 45,4%. Una segunda etapa caracterizada por una cierta estabilidad en esa ratio hasta la histórica caída de 2008. A raíz de este acontecimiento, se entra en una tercera fase postcrisis, en la que la exigencia del derecho europeo y su posterior transposición a cada EM vuelve a provocar una nueva oleada de fusiones.

A escala nacional, el número de fusiones fue muy notorio, materializando una consolidación exponencial del sector⁵⁹. Son ejemplos destacados; la fusión del Banco Popular absorbiendo a Banco de Castilla, Banco de Galicia, Crédito Balear y Banco de Vasconia en 2008 y la fusión del Banco Santander en absorción de Banif y Banesto en 2013; la fusión por absorción en 2016 de BBVA (que ya había

⁵⁷ BCE, *Statistical Data Warehouse*, en <https://sdw.ecb.europa.eu/browse.do?node=9691570> (Visitado el 18/02/2021).

⁵⁸ La tercera fase de la implantación de la UEM empezó el 1 de enero de 1999. BCE, *La Unión Económica y Monetaria (UEM)*, en: <https://www.ecb.europa.eu/ecb/history/emu/html/index.es.html> (Visitado el 18/02/2021).

⁵⁹ Véase Anexo 5.

adquirido a UNNIM⁶⁰) con Catalunya Bank que integraba Caixa Catalunya, Caixa Tarragona y Caixa Manresa; la fusión en 2012 entre CaixaBank y Banca Cívica, que dos años antes había realizado un proceso de integración con Caja Guadalajara, Cajasol, Caja Navarra, Caja de Burgos y General de Canarias. Los registros son inagotables, pero lo expuesto ya sustenta que, en la última década, las principales entidades han realizado diferentes procesos de integración mediante fusiones, consolidando al sector drásticamente. La sobrecapacidad material de la banca junto con la necesidad de adaptarse a la severa regulación a la que se les sometía para contrarrestar la multitud de deficiencias que la crisis evidenció, las entidades optaron por fusionarse para responder a las exigencias jurídicas y económicas.

2. BARRERAS DE ENTRADA

Finalmente, en aras de comprender la estructura de mercado del sector bancario en su totalidad, debemos estudiar la incidencia de las barreras de entrada como variables (económicas o político-legales) decisivas sobre la consolidación del mismo. Como ya se introdujo anteriormente, la última parte de la tesis no se centra en determinar el grado de competencia o los beneficios económicos obtenidos, sino en exponer los factores que, mediante la fusión, transgreden incisivamente al sistema bancario constituyendo así, la reestructuración del sector.

Las barreras de entrada no son objeto de regulación o de tipificación normativa, lo que las convierte en un concepto inconcluso susceptible a cierta prolíjidad terminológica. Empero, es utilizado recurrentemente en procedimientos de Defensa de la Competencia y en la regulación sectorial, recurriendo a los fundamentos económicos que lo respaldan a pesar de sus diferentes acepciones⁶¹.

⁶⁰ UNNIM fue la entidad resultante de la fusión por creación de nueva entidad entre Caixa Sabadell, Caixa Terrassa y Caixa Manlleu en 2010.

⁶¹ Ver una revisión de definiciones en McAfee, R.P.; Mailon, H. M. y Williams, M. (2004), “*What is a Barrier to Entry?*”, American Economic Review, Vol. 94, No. 2, Mayo, pp. 461-465 y Baumol, W., J. Panzar y R. Willig (1982), “*Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*”, Nueva York, Harcourt Brace Jovanovich.

Desde una perspectiva jurídica, podemos obtener una definición asentada del Tribunal de Defensa de la Competencia español con el siguiente tenor literal:

“í v q f c u ” c s w g n n c u ” f k h k e w n v c f g u ” { ” e q u v g u ”
imposibilitan la g p v t c f c ” f g ” p w g x q u ” q r g t c f q f⁶² g u ” g p ” w p ”

Por ende, desde el prisma de estructura de mercado, las barreras de entrada son el aditamento a medida para fomentar y potenciar los efectos sobre el mercado derivados de la concentración, expuestos en el apartado anterior. En otras palabras, mientras que las fusiones hacen descender el número de entidades, las barreras de entrada impiden o dificultan la incorporación de nuevos competidores, perfeccionando así, un entorno que clausura el mercado únicamente para las entidades resultantes de los procesos de fusión ya establecidas.

2.1. Barreras legales

En el caso de las entidades bancarias, los obstáculos o desincentivos que bloquean la entrada a nuevos agentes responden a causas exógenas al comportamiento de las empresas que integran el mercado. Nada más lejos, la causa reside en la protección que el OJ constituye entorno al sector, directamente proporcional a la consustancial carga social y relevancia en el sistema económico-productivo. Luego, es este entramado normativo y legislativo que, por su severidad y complejidad, desalienta o impide la entrada a nuevos operadores. La estructura normativa creada en base a Basilea III, además de incorporar y armonizar los requisitos prudenciales en materia de solvencia y estabilidad de las entidades ya examinados, también refuerza los requisitos para el acceso a la actividad.

Como se avanzó en la Parte II, la fuente normativa que regula los requisitos para el acceso a la actividad es la CRD IV, desarrollada en el OJ español mediante la LOSSEC y el RD 84/2015. Del mismo modo que en la Parte II, será en un análisis

⁶² Tribunal de Defensa de la Competencia (2005), “Expediente de Concentración C95/05 Gas P c v w t c n I G P F G U C ö 0

conjunto de esta normativa cómo determinaremos los aspectos principales de las barreras legales vinculadas al acceso de nuevas entidades al mercado bancario.

2.1.1. Autorización y Registro

Como se examinó en el Ámbito Subjetivo, los bancos son una entidad de crédito que para poder explotar su objeto social reservado legalmente necesitan una autorización que recibe el BdE y eleva al BCE para que resuelva⁶³. Es en este punto, donde examinaremos qué es lo que se les exige *ex ante* para obtener dicha autorización.

Para recabar dicha información debemos remitirnos al RD 84/2015, Título I, Capítulo I, Sección 1.^a *Autorización y registro de bancos*. El BdE es la entidad habilitada por la CRD IV, en colaboración constante con el BCE durante todo el proceso, para recibir de los promotores⁶⁴ las solicitudes de creación de nuevas entidades. No obstante, el BdE como titular de la sede electrónica en virtud de la Ley 13/1994, de 1 de junio, *de Autonomía del BdE*, gestionará procesalmente mediante su Oficina Virtual⁶⁵ todo el trámite de autorización y actuaciones previas. En este sentido, se promueve el contacto entre el BdE y los promotores, previo al inicio formal del expediente, para simplificar y allanar la identificación de los aspectos más relevantes, en atención al *Draft Regulatory Technical Standards*⁶⁶ que proporciona todos los detalles formales e informa de la documentación/datos de la entidad a presentar.

⁶³ Véase supra p.11.

⁶⁴ “Toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, que quiera ejercer en territorio español las actividades propias de las entidades de crédito” BdE, *Autorización de Entidades de Crédito*, en: https://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Instituciones_fi/autorizacion-de-Autorizacion_de_419345b0957db51.html (Visitado el 22/02/2021).

⁶⁵ Oficina Virtual del Banco de España, *Autorización para la creación de bancos y otras entidades de crédito*, en: https://sedelectronica.bde.es/sede/es/menu/tramites/autorizacion-de-entidades-de-credito-y-de-sucursales/autorizacion_pa_aeca2d28b0bac51.html (Visitado el 22/02/2021).

⁶⁶ Draft Regulatory Technical Standards under Article 8(2) of Directive 2013/36/EU, *on the information to be provided for the authorization of credit institutions*, en: <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1907331/de9abe89-7be54feaaaf843bd4e67d71e/Draft%20RTS%20and%20ITS%20on%20Authorisation%20of%20Credit%20Institutions%20%28EBA-RTS-2017-08%20EBA-ITS-2017-05%29.pdf?retry=1> (Visitado el 22/02/2021).

En otro orden de las cosas, dejando de lado los aspectos formales y entrando en la sustancia jurídica de la solicitud, en el art.4 del RD 84/2015 se exige junto a la solicitud de creación de una nueva entidad⁶⁷ los siguientes requisitos:

- 1.- Revestir la forma de SA constituida por el procedimiento de constitución simultánea y con duración indefinida.
- 2.- Tener un capital social inicial no inferior a 18 millones de euros, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas. Previamente al inicio del trámite, se debe formalizar en el BdE un depósito⁶⁸ en metálico equivalente al 20% del capital social o inmovilizar a favor del mismo valores de deuda pública por ese importe
- 3.- Elaborar un Proyecto de estatutos sociales, acompañado de una certificación registral negativa de la denominación social propuesta. Explicitar estatutariamente el objeto social reservado legalmente de captación de depósitos y posterior canalización mediante la financiación.
- 4.- Tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, en territorio nacional.
- 5.- No reservar a los fundadores ventaja o remuneración especial alguna.
- 6.- Plan de negocio, programa de actividades que especificará las operaciones que se realizarán⁶⁹. Además, de la organización estructural, administrativa y contable y control interno tanto para reclamaciones y quejas, como para la constitución de órganos en prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.
- 7.- Relación de personas que vayan a integrar el primer consejo de administración y de quienes vayan a ejercer como directores generales, responsables de funciones

⁶⁷ Por el formato que proporciona el BdE, el documento se descarga automáticamente en PDF si seleccionamos el hipervínculo.

⁶⁸ Ídem pie de página nº67.

⁶⁹ Ídem pie de página nº67.

de control interno y Gobierno corporativo con información detallada sobre los requisitos de idoneidad.

8.- Relación de socios que han de constituir la sociedad, indicando sus participaciones en el capital social. Especial atención a cada una de las personas que sean accionistas significativos, en la medida en que deben encajar bajo unos parámetros de conocimiento, experiencia y honorabilidad comercial y profesional.

2.1.2. Participaciones Significativas

Los accionistas con participación significativa son de especial relevancia para el trámite de autorización. El art.16 LOSSEC define la participación significativa como la participación *en una entidad de crédito española que alcance de forma directa o indirecta, al menos, un 10% del capital o de los derechos de voto de la misma* o bien que sin llegar a ese porcentaje, permita *ejercer una influencia notable en la entidad*. Es imprescindible cumplimentar con todas las obligaciones derivadas en este ámbito ya que, el art.6 RD 84/2015 habilita al BdE a denegar, bajo una resolución motivada, la solicitud de autorización de creación atendiendo explícitamente a la adecuación de la idoneidad de los accionistas que vayan a tener una participación significativa.

En primer lugar, previo a la valoración, el adquirente potencial de dicha participación deberá aportar al BdE, su identidad, estructura de su accionariado y órganos de administración, situación patrimonial y financiera, estructura detallada del grupo al que pertenezca, relaciones o vínculos con la entidad adquirida, finalidad, cuantía, forma y plazo de la adquisición, sobre la financiación de la adquisición (origen de los recursos financieros empleado para la adquisición), los efectos que tendrá sobre el capital y los derechos de voto, etc.

En segundo lugar, el art.25 del RD 84/2015 expresa que el BdE evaluará las adquisiciones propuestas de participaciones significativas, elevando al BCE una propuesta de decisión para que se oponga o no. Dicha evaluación se realizará en base a la honorabilidad comercial y profesional del adquirente potencial, el cumplimiento de los requisitos de idoneidad (establecidos también para los

miembros del consejo de administración y directores generales), tipo de actividad que ejerza, solvencia financiera y si la incorporación del evaluado no transgrede a la estructura interna de la empresa de supervisión, ordenación y disciplina. Para la preceptiva evaluación, además de la documentación exigida a lo largo de todo el proceso, se deberá adjuntar debidamente cumplimentado para cada accionista significativo, un formulario de análisis de idoneidad diferenciado en función de si es persona jurídica o persona física⁷⁰.

2.1.3. Idoneidad y registro del consejo de administración y de altos cargos

El art.24 LOSSEC define los requisitos o parámetros de idoneidad necesarios para las personas que asumirán puestos de relevancia en la nueva entidad. En una lectura conjunta con los artículos 29 a 33 del RD84/2015, podemos trazar las directrices que guiarán la evaluación de la idoneidad del consejo de administración y los altos cargos (directores generales o asimilados, responsables de control interno o puestos clave para el desarrollo diario de la actividad financiera):

1º.- *Honorabilidad comercial y profesional*: personas que hayan demostrado una conducta personal, comercial y profesional intachable y de indudable capacidad para llevar a cabo una gestión sana y prudente de la entidad (art.30). A tales efectos, se tendrá en cuenta la relación con la trayectoria profesional, relación con las autoridades de regulación y supervisión, su historial de solvencia personal, su historial de condenas o comisión de delitos y la existencia de investigaciones relevantes en el ámbito penal y administrativo.

2º.- *Conocimiento y experiencia adecuados* para ejercer sus funciones quienes cuenten con formación de nivel y perfil adecuado para la banca y servicios financieros (art.31). Además, se tendrá en cuenta la experiencia práctica y profesional, en ponderación con la complejidad y relevancia de los puestos desempeñados anteriormente.

3º.- *Capacidad para ejercer un buen gobierno* examinando la potencial presencia de conflictos de intereses que generen influencias derivados de cargos anteriores,

⁷⁰ Ídem pie de página nº67.

relaciones personales, profesionales o económicas con otros miembros del consejo de administración o altos cargos y las relaciones con los accionistas que posean un control relevante sobre la entidad (art.32).

La selección, el control y la evaluación de los requisitos de idoneidad expuestos, lo debe realizar la propia entidad en una primera instancia, identificando los puestos clave para el desarrollo diario de su actividad y los responsables de funciones de control internos, proporcionando una relación detallada de las personas seleccionadas y la preceptiva valoración fundamentada con documentación adjunta. Realizados todos los trámites internos, en segunda instancia, se debe enviar al BdE la propuesta de nombramiento de los nuevos miembros del consejo de administración, de directores generales o asimilados y adicionalmente, un cuestionario para la evaluación de la idoneidad para los altos cargos⁷¹ de entidades de crédito menos significativas supervisadas por el BdE. Este cuestionario, que en ningún caso sustituye los trámites legales expuestos, será el objeto de valoración del BdE y del BCE, pudiendo emitir una evaluación negativa de la concurrencia de los requisitos de idoneidad, motivada bajo deficiencias y/o falta u omisión de información⁷².

2.1.4. Gobierno corporativo y política de remuneraciones

Las entidades de crédito deben ejercer su actividad con respeto a las normas de gobierno corporativo y política de remuneraciones dictadas principalmente en la LOSSEC y en el RD 84/2015.

En consecuencia, se establecerán unos procedimientos, sistemas y mecanismos sólidos proporcionados a la magnitud, naturaleza y complejidad de los riesgos connaturales al modelo empresarial y las actividades de las entidades (art.29 LOSSEC). Concretamente se deberá incluir:

1º.- Una estructura organizativa clara con una redistribución de responsabilidades explícita, transparente y coherente. En esta línea, se fundamenta la creación

⁷¹ Ídem pie de página nº67.

⁷² Circular 2/2016 BdE, apartado 3, norma 33.

obligatoria de una página web corporativa, donde se difundirá periódicamente información actualizada, relativa al gobierno corporativo que debe plasmarse de forma clara, comprensible y comparable.

2º.- Mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables correctos para garantizar una gestión sana y prudente, con un reparto de funciones definido y prevención de conflictos de intereses. Por ejemplo, como parte de los procedimientos y de la estructura, se deberá elaborar y mantener actualizado un Plan de General de Viabilidad (art.30 LOSSEC) que contemple las medidas para garantizar la viabilidad y la solidez financiera en expectativa de potenciales deterioros.

3º.- Procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que se está expuesto o puedan estarlo. Ejemplos manifiestos que responden a esta necesidad son:

- *La unidad de gestión de riesgos* (art.41 RD 84/2015) que; determina, cuantifica y presenta una imagen completa de todos los riesgos, notificando aquellos más relevantes; participa de forma activa en un plan estratégico para la mitigación del riesgo; e informa directamente al consejo de administración sobre los avances en la materia.
- El *Comité de riesgos* (art.42 RD 84/2015) que asesora al consejo de administración sobre la propensión global al riesgo, presente y futura, con su preceptiva vigilancia y colaboración estrecha para la implantación de políticas de precios y de remuneraciones racionales y justificadas.

4º.- Políticas y prácticas de remuneración que sean compatibles con una gestión adecuada y eficaz de riesgos y que la promuevan. Los principios generales que deben fundamentar este tipo de políticas son: el fomento de una gestión proporcional del riesgo, sin incentivar una asunción de riesgo superior al nivel tolerado de la entidad, proteger los intereses a largo plazos con medidas activas para la prevención de conflictos de intereses, distinguir la remuneración fija de la variable en función del rendimiento comercial o resultados obtenidos y un control del salario de los altos directivos por parte del *Comité de Remuneraciones* (art.39 RD 84/2015).

2.2. Mercado no contestable

En conclusión, todas las medidas dirigidas a garantizar la entrada de entidades bancarias sólidas y seguras, constituyen colateralmente un verdadero impedimento clasificable sin duda como barreras legales. Adoptando una visión conjunta con los requisitos de constitución, de acceso a la actividad y los ya expuestos de solvencia y supervisión, se completa un marco normativo que da lugar a un mercado no contestable o inatacable para nuevas entidades de crédito que, ante la dificultad formal y jurídica del proceso de acceso, la prosperidad de cualquier aspiración emergente de entrada no resulta creíble. Inclusive, existiendo iniciativas que consigan llevar a cabo un proyecto empresarial de tal calibre que cumpla con todos los requisitos de acceso a la actividad exigidos, necesitaría de partida una cuota de mercado y una potencia productiva ingente para cumplir también con todos los requisitos de solvencia.

Dicho de otra manera, una entidad incipiente, sólo para poder entrar en el mercado, debe conseguir su preceptiva autorización por el BdE y el BCE, depositar el capital social exigido, la idoneidad de los accionistas con participación significativa, de los consejeros de administración y de los altos cargos o asimilados, establecer una política de remuneraciones equitativa y coherente y estructurar un gobierno corporativo sólido que sea capaz de evaluar y supervisar la solvencia y eficiencia de la misma. Una vez superados los procesos de evaluación, tanto internos como del BdE y BCE, y los requisitos de acceso a la actividad la entidad incipiente debe; destinar gran parte de los fondos o depósitos obtenidos inicialmente a cumplir con todos los requisitos prudenciales en materia de solvencia, limitando y lacrando considerablemente los beneficios y rentabilidades del modelo de negocio.⁷³

En suma, resulta evidente toda la carga regulatoria a la que se somete a las entidades de crédito y especialmente a las emergentes que intenten competir y adquirir cuota de mercado. En esta línea, se posicionaba José Manuel González-Páramo, miembro del Comité Ejecutivo del BCE, en las Jornadas de Economía y Derecho de la competencia de la Universidad de Málaga, el 23 de marzo de 2012: “Una carga

⁷³ Véase supra pp. 25-29.

regulatoria más pesada podría también tender a aumentar las barreras de entrada (al igual que los costes de cumplir con la regulación establecida) contribuyendo también así a favorecer una mayor concentración del sector financiero". Sin embargo, la tesis desarrollada en este trabajo va más allá, definiendo al entramado regulatorio examinado, en base a su exhaustividad y rigurosidad connatural, como una barrera de entrada propiamente dicha. Luego, apelando al raciocinio, es indudable que el blindaje normativo que ha implantado la UE en esta última década actúa respecto al mercado y la competencia, como un verdadero desaliento y desincentivo que neutraliza la entrada a nuevos agentes.

Por consiguiente, es tal la relevancia de las barreras legales, que dan lugar a un mercado no contestable, incluso sin la necesidad de que impidan la entrada materialmente, sino que tan solo con la mera expectativa de que un mercado sea inatacable, ya se condiciona considerablemente el comportamiento de las entidades⁷⁴. A *contrario sensu*, la ausencia de barreras de entrada genera una amenaza latente de potenciales competidores que incentivan a las entidades ya establecidas a mejorar la dinámica competitiva y a disciplinar la política de precios⁷⁵. Por lo tanto, un mercado expugnable (sin barreras legales) y con una estructura concentrada puede ser completamente competitivo sin requerir un mayor número de operadores y de ofertas⁷⁶.

⁷⁴ Energía y Sociedad. *El Manual de la Energía. La electricidad. 6. El mercado mayorista*. Págs. 245-265.

⁷⁵ Los precios elevados suelen ser un atractivo para nuevos competidores porque abren la posibilidad de incorporarse al mercado con una mejor oferta mediante precios más bajos. BBVA Research nº14/23.

⁷⁶ Baumol, Panzar y Willig (1982), op. cit., a partir de las ideas de Demsetz, H (1968) "Why Regulate Water and Natural Resources", *Journal of Law and Economics*, 11, reimpreso en Demsetz, H. (1988), "The Organization of Government", *Blackwell Oxford*, volumen 2.

CONCLUSIONES

El estudio y análisis realizado permite elucidar, en proporción a la capacidad de extensión de este trabajo, las claves de una profunda reestructuración bancaria y cómo se interrelacionan todos los factores determinantes que la definen. Una de las principales motivaciones para ahondar sobre la reestructuración responde a las demandas que ya reclamaba en 1987 el banquero más docto y erudito de la banca española y referente a título personal, José Ángel Sánchez Asiaín (01/03/1929-31/12/2016), que señalaba la escasa atención intelectual que reciben estas entidades de crédito, a pesar del relevante papel que se le asigna en la sociedad⁷⁷.

En este sentido, se ha examinado como el devenir de una crisis financiera sin precedentes, con las implicaciones que supone para las finanzas públicas, nivel económico de la ciudadanía y sector empresarial, puso en jaque la supervivencia de los sistemas bancarios de las principales economías. A raíz, de este acontecimiento se refuerza el entramado normativo y regulador internacional y europeo, especialmente en requisitos de solvencia, en aras de reformar a la banca dotándola de mayor solidez y estabilidad.

En consecuencia, una de las principales conclusiones que se obtienen en el estudio de los requisitos prudenciales en materia de solvencia es la repercusión directa en los beneficios y márgenes del negocio bancario, en la medida en que una entidad debe; destinar gran parte de los depósitos captados y fondos a las nuevas exigencias en la cantidad y calidad del capital regulatorio y niveles de liquidez, más los refuerzos de capital destinados a los colchones de conservación y anticíclico principalmente, porque de no cumplir con estos requerimientos deberá retener beneficios en detrimento de los accionistas; si por la exigencia de los colchones de capital y de liquidez se intenta ganar rentabilidad con el capital disponible, mediante posiciones de más riesgo, éstas deben estar sujetas a supervisión y a una cobertura de capital proporcional a la exposición que se asume; si al tener restringido el marco

⁷⁷ José Ángel Sánchez Asiaín (26 de mayo de 1987): *Reflexiones sobre la banca. Los nuevos espacios del negocio bancario*. Discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. José Ángel Sánchez Asiaín y contestación del Excmo. Sr. D. Enrique Fuentes Quintana. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid.

de apetito al riesgo, se intenta sacar posiciones, activos y obligaciones fuera de balance o aumentar las obligaciones contingentes en relación a contratos o a financiación, los niveles rigurosos de apalancamiento lo impiden en su mayor parte. Por último, además de tener que adoptar mecanismos y procedimientos internos para autoevaluar y gestionar los riesgos, niveles de capital, de liquidez y de apalancamiento, deben cumplir continuamente con las obligaciones de información y publicidad exigidas principalmente por el MUS y la EBA, como principales supervisores.

Luego, ¿cuál es la reacción del sector bancario ante tales estímulos? Efectivamente, las fusiones. Cuando el entorno regulatorio y económico cambia y fluctúa de esta manera para un sector tan consustancial al propio sistema económico-productivo y, por lo tanto, tan sensible a cualquier convulsión en el espacio sociopolítico, como lo es la banca, es imperativo un mecanismo legal que por sus características permita adaptarse con inmediatez al nuevo entorno. Como se ha evidenciado, ante cualquier cambio, ya bien sea de desregulación y liberalización, como a finales del S.XX o de rigidez normativa como las reformas de Basilea III, se producen oleadas de fusiones que sirven tanto para explotar oportunidades de inversión, como de refugio y supervivencia. Sin embargo, la esencia de las últimas fusiones realizadas se podría considerar más que como una acción hacia la inversión, como una reacción, en su acepción más primaria, debido a que actualmente las entidades bancarias deben aspirar a una mayor eficiencia que pasa por optimizar sus costes operativos. El fundamento de tales reacciones viene supeditado por una política monetaria europea en la que impera la reducción de tipos de interés, manteniéndose en negativo más tiempo de lo estimado por la pandemia Covid-19 a la par que un aumento de la morosidad, mermando unas rentabilidades ya condicionadas *ex ante* por los requisitos de solvencia del marco normativo europeo.

Por consiguiente, son los rasgos definitorios de las fusiones lo que declina la balanza en la elección de la estrategia corporativa adecuada para sobreponerse y avanzar en plenas garantías en un entorno tan hostil. La fusión, incluso por absorción, tiene un proceso mucho más regulado que la adquisición o mecanismos con resultados afines, en el que se contemplan con rigurosidad todos los escenarios

y exigencias que plantean este tipo de modificaciones estructurales. Es de vital importancia contar un procedimiento tan minucioso porque son operaciones en las que hay mucho más en juego que la propia viabilidad económica de las entidades partícipes. Precisamente, el proyecto común de fusión permite pactar con absoluta publicidad y transparencia, el tipo de canje de las acciones de todos los accionistas, el nuevo gobierno corporativo, la calificación de los nuevos consejeros y la integración del consejo de administración, directivos y altos cargos. El proyecto común no solo cristaliza las negociaciones sino que permite seleccionar sin acritud el potencial de cada sociedad partícipe para construir una estructura más sólida con una hegemonía pactada sin quebrantar en exceso los estatus anteriores. Adicionalmente, se exige una especial protección y análisis de las consecuencias sobre el empleo, impacto de género en los órganos de administración e incidencia en la responsabilidad social corporativa. Así, con la fusión se consigue garantizar mediante el consenso que los proyectos empresariales implicados subsistan o se retroalimenten en una nueva dirección, a diferencia de lo que sucede con la adquisición, por ejemplo, en la que prevalece el interés de la sociedad adquirente por encima de la sociedad adquirida dificultando su integración. Desde esta perspectiva, con la fusión se aúnan en un único proyecto todos los intereses y aspectos de relevancia de las entidades partícipes, exhaustivamente protegidos y amparados por las auditorias y los análisis de expertos independientes válidamente asignados, tal y como dicta la LME. Asimismo, la transmisión en bloque de todos los activos y pasivos y la integración de todos los socios a la sociedad resultante permite trasladar a los accionistas, acreedores, depositantes, contrapartes y empleados la garantía de un proyecto con viabilidad económica y estructural para hacer frente por un lado, a las exigencias y demandas del nuevo entorno y por otro, a las deudas y obligaciones ya contraídas.

En consecuencia, cuando la amplia mayoría de entidades que integran un mercado recurren a las fusiones para aumentar su escala en el sector por falta de rentabilidad, la estructura del mismo sufre una significativa alteración. En definitiva, esta tendencia generalizada se traslada al mercado en una concentración sustancial del mismo, que junto a las barreras legales expresas que constituyen los requisitos de acceso a la actividad de las entidades de crédito, impiden la entrada de nuevos

competidores o desalientan nuevos proyectos empresariales, perfeccionando una clausura del mercado a las ya preestablecidas y que estimuladas por las exigencias regulatorias, aumentan el tamaño y abarcan más cuota de mercado esencialmente mediante las fusiones.

Con el desarrollo asiduo de este paradigma adquiere más presencia y relevancia un concepto poco tratado para las consecuencias que implicará en el futuro: “*too big to fail*” un calificativo destinado a entidades sistémicas demasiado grandes para caer. Dicho de otra manera, si las entidades siguen optando por un aumento de escala porque el entorno sigue sin favorecer la rentabilidad, éstas seguirán aumentando su tamaño y a pesar de los requisitos de capital y colchones de riesgo sistémico adicionales que se les asigna en proporción, será inevitable que el contribuyente esté expuesto ante la quiebra de entidades de tal magnitud, incluso con los procesos de resolución bancaria aportados por la normativa europea. Cada vez son más las entidades significativas supervisadas por el BCE, y el pronóstico no discernirá de la situación actual ya que, las exigencias regulatorias en materia de solvencia dibujan un entorno que sentencia la desaparición de las entidades más pequeñas.

Nada más lejos, la voluntad de la UE gravita en alcanzar un entorno jurídico que favorezca las fusiones transfronterizas, unas operaciones que representarían a todos los efectos una consolidación europea de los sistemas bancarios. La realidad es que estas operaciones ni se dan, ni se esperan, porque actualmente no existe una cohesión normativa entre EM que asegure su éxito y la plena integración de entidades sujetas a jurisdicciones diferentes. Sin embargo, el rumbo está claro, unificar el marco normativo y perfeccionar la Unión Bancaria para reforzar la estabilidad de una banca forzosamente resiliente formada por entidades cada vez más grandes que dominen los mercados de cada EM.

Es en este punto, dónde la repercusión sobre el mercado alcanza un estadio más, analizando como una determinada estructura de mercado condiciona o favorece a las entidades a llevar a cabo comportamientos competitivos o colusivos, y en última instancia, si estos comportamientos generan o no beneficios. Actualmente, con los agentes que componen el mercado bancario, cualquier proceso de fusión está sujeto

a la autorización de la CNMC, por lo tanto, la competencia es un factor que a corto plazo no se está contemplando como consecuencia clara de la reestructuración. Sin embargo, teniendo en cuenta que la banca es un servicio imprescindible y esencial para el desarrollo de la sociedad y que el entorno jurídico acabará adecuándose para romper fronteras jurídicas entre EM, que el poder de mercado se concentre en menos entidades puede acarrear graves consecuencias sobre el depositante y el consumidor. En otras palabras, como menos entidades haya, más poder de decisión sobre la política de precios y comisiones acumularán, lo que favorecerá peligrosamente la adopción de comportamientos anticompetitivos.

A pesar de valorar positivamente la intencionalidad y aspiración de la UE, desde la perspectiva del contribuyente/depositante, hemos determinado, desde la perspectiva de las entidades, que las altas rentabilidades y el atractivo del proverbial negocio de la banca tradicional están aminorando y mutando hacia espacios hasta ahora deshabitados. Por consiguiente, la captación de depósitos como objeto social carece de interés por la rigurosa normativa que se les aplica y junto con el anhelo de rentabilidad del sector se está trascendiendo del dinero como materia prima, por otra actualmente superior: la información (Ramón Casilda Béjar, 2019). La información es un bien muy ansiado que puede ser facturado y comercializado proporcionando una nueva fuente de ingresos muy superior a la que proporciona el dinero con los actuales tipos de interés.

En efecto, el modelo tradicional de banca está cambiando hacia una comercialización de la información, fruto de la transformación digital del negocio, dejando en el olvido el trato presencial y el conglomerado de oficinas, apostando por un canal de venta y prestación de servicios que fomente la autogestión del cliente para satisfacer sus necesidades de ahorro, financiación y/o inversión. En definitiva, el futuro de la banca o la banca del futuro pasa por la inversión en la transformación digital y por las alianzas con los nuevos competidores en financiación, seguros y pagos online, las *FinTech* y las *BigTech* que, al no captar depósitos y fondos del público, operan desde un régimen jurídico profundamente menos exigido que al que se les somete a las entidades de crédito.

En conclusión, la reestructuración bancaria mediante las fusiones está derivando a una crisis mucho más profunda que la financiera o de rentabilidad: la crisis de su genuina existencia, en definitiva, una crisis de identidad. Así, como demandaba José Ángel Sánchez Asiaín, dedicaré futuras líneas de investigación a la búsqueda de identidad de la nueva banca, del perfeccionamiento del entramado normativo europeo y estatal en materia de requisitos prudenciales de solvencia y de acceso a la actividad y especialmente a la incidencia de las fusiones -también transfronterizas- como valor identificativo e inequívoco de cambio, evolución y progreso.

BIBLIOGRAFÍA

Broseta Pont M. y Martínez Sanz F. *Manual de Derecho Mercantil*. 26^a ed. Tecnos, 2019.

Casilda Béjar, Ramón (2020) *Los bancos en evolución*. Boletín Económico de ICE, del 1 al 31 de enero de 2020.

Cruz-García, P.; Fernández de Guevara, J. y Maudos, J. *La concentración y competencia bancarias en España: El impacto de la crisis y la reestructuración*. BdE, Revista de estabilidad financiera, nº 34.

Cuadernos de Información Económica nº240 (2014) *La consolidación fiscal en el horizonte 2017*. Funcas.

Energía y Sociedad. *El Manual de la Energía. La electricidad. 6. El mercado mayorista*. Págs. 245-265.

Escrivá J. L., Fuentes I., Gutiérrez F. y Sastre M.^a T. (1997) *El Sistema Bancario Español ante la Unión Monetaria Europea*. Estudios Económicos, nº 59 del Banco de España.

Funcas-KPMG (diciembre de 2019), *La Banca ante las BigTech*, Observatorio de la Digitalización Financiera, disponible en:

<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2019/11/La-banca-ante-las-fintech.pdf>

Ibáñez Sandoval, Jesús P. y Domingo Ortuño, Beatriz. *Transposición de Basilea III a la legislación Europea*. BdE, Estabilidad Financiera, nº 25.

José Ángel Sánchez Asiaín (26 de mayo de 1987): *Reflexiones sobre la banca. Los nuevos espacios del negocio bancario*. Discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. José Ángel Sánchez Asiaín y contestación del Excmo. Sr. D. Enrique Fuentes Quintana. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid.

Pueyo Sánchez, J. (2006). *El comportamiento de la gran banca en España (1921-1974)*. BdE, Estudios de Historia Económica n.º 48.

Rodríguez de Codes Elorriaga, Elena. *Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital*. BdE, Estabilidad Financiera, nº 19.

Uría Menéndez. (2008). *Guía práctica de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia*.

Zurita, Jaime (2014) *Ánalisis de la concentración y competencia en el sector bancario*. BBVA Research nº14/23.

NORMATIVA Y LEGISLACIÓN

Banco Central Europeo (2004) *Estatutos del SEBC y del BCE, Reglamentos internos*. Disposiciones institucionales.

Basilea III: *Marco Regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios y Marco internacional para la medición, normalización y seguimiento del riesgo de liquidez*. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, diciembre de 2010.

Circular 2/2016, de 2 de febrero, del BdE, a las entidades de crédito, *sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n.º 575/2013*.

Circular 7/2012, de 30 de noviembre, del Banco de España, *a entidades de crédito, sobre requerimientos mínimos de capital principal*.

Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, *relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital*.

Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del

Consejo, por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas.

Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE.*

EBA/GL/2014/13, publicadas el 19 de diciembre de 2014, Directrices de la EBA *sobre procedimientos y metodologías comunes para el proceso de revisión y evaluación supervisora (PRES)/ Guidelines on common procedures and methodologies for the supervisory review and evaluation process (SREP).*

EBA/GL/2016/10, publicadas en español el 10 de febrero 2017, Directrices de la EBA *sobre la recopilación de información relativa al ICAAP y al ILAAP a efectos del PRES/Guidelines on ICAAP and ILAAP information collected for SREP purposes.*

EBA/GL/2017/11, Directrices de la EBA *sobre gobierno interno, de 26 de septiembre de 2017, que entran en vigor en junio de 2018.*

Guía de Supervisión Bancaria (2014). BCE. Supervisión Bancaria.

Guía GL 44: Directrices de la EBA *sobre gobierno interno (GL 44), 27 de septiembre de 2011, que estarán en vigor hasta junio de 2018.*

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Ley 15/2007, de 3 de abril, de Defensa de la Competencia.

Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.*

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.*

Real Decreto-Ley 14/2013, de 29 de noviembre, *de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.*

Reglamento (UE) nº 468/2014 del BCE de 16 de abril de 2014 *por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo único de Supervisión entre el Banco Central europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas.*

Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 *sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012.*

Reglamento (UE) nº 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013 *que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.*

PÁGINAS Y PORTALES WEB

Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas (ASBA):

<http://www.asbasupervision.com/es/>

Autoridad Bancaria Europea – European Banking Authority (EBA):

<https://www.eba.europa.eu/>

Autoridad de Resolución Ejecutiva (FROB):

<https://www.frob.es/es/Paginas/Home.aspx>

Banco Central Europeo (BCE) / Eurosistema:

<https://www.ecb.europa.eu/home/html/index.es.html>

Banco Central Europeo (BCE) / Mecanismo Único de Supervisión (MUS):

<https://www.bankingsupervision.europa.eu/home/html/index.en.html>

Banco de España (BdE):

<https://www.bde.es/bde/es/>

Banco de Pagos Internacionales – Bank for International Settlements (BIS):

<https://www.bis.org/>

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA):

<https://www.bbva.com/en/>

Banco Santander:

<https://www.santander.com/es/home>

CaixaBank:

https://www.caixabank.com/ca/home_ca.html

Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC):

<https://www.cnmc.es/node>

Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV):

<http://www.cnmv.es/portal/home.aspx?lang=es>

Consejo de la Unión Europea / Mecanismo Único de Resolución (MUR):

<https://www.consilium.europa.eu/es/>

Financial Stability Board (FSB):

<https://www.fsb.org/>

Oficina Virtual del Banco de España (BdE):

<https://sedelectronica.bde.es/sede/es/>

ANEXOS

ANEXO 1: INSTRUMENTOS DE CAPITAL QUE COMPONEN EL CAPITAL REGULATORIO

Elementos que componen el Capital Ordinario de Nivel 1

- Beneficios no distribuidos
- Primas de emisión resultantes de instrumentos incluidos en el capital Ordinario de Nivel 1
- Acciones ordinarias emitidas por filiales consolidadas del banco y en poder de terceros (es decir, las participaciones minoritarias)
- Acciones ordinarias emitidas por el banco que cumplan con los siguientes criterios a efectos del capital regulador:

-
1. Representa el derecho de cobro más subordinado en caso de liquidación del banco.

 2. Incorpora un derecho sobre los activos residuales en proporción a su participación en el capital emitido, una vez atendidos todos los derechos principales a la liquidación (es decir, incorpora un derecho ilimitado y variable, no uno fijo o limitado).

 3. El principal tiene carácter perpetuo y no se devolverá, fuera del caso de liquidación (y salvo recompras discretionales u otros medios de reducción efectiva del capital de una manera discrecional autorizada por la legislación pertinente).

4. El banco se abstiene de crear, con ocasión de la emisión, cualquier expectativa de que el instrumento será objeto de recompra, rescate o amortización, y los términos legales o contractuales no disponen de cláusula alguna que pudiera originar tal expectativa.
-

5. Las distribuciones de resultados se cargan contra partidas distribuibles (beneficios no distribuidos incluidos). El nivel de las distribuciones no está en modo alguno vinculado o ligado al importe desembolsado en el momento de la emisión ni está sujeto a un límite estipulado (con la salvedad de que un banco no podrá declarar distribuciones cuyo importe supere el acumulado en partidas distribuibles).
-

6. No existen condiciones que obliguen a realizar distribuciones. Por lo tanto, la falta de pago de éstas no constituye un supuesto de incumplimiento.
-

7. Las distribuciones solo se pagan una vez satisfechas todas las obligaciones legales y contractuales y tras realizar los pagos sobre instrumentos de capital de mayor rango. Esto significa que no existen distribuciones preferentes, en particular en relación con otros elementos clasificados como capital emitido con carácter preferencial.
-

8. Es el capital emitido que soporta en primer lugar las pérdidas, así como el porcentaje proporcionalmente mayor de éstas según se produzcan¹³. Dentro del capital de mayor calidad, cada instrumento absorbe pérdidas mientras la empresa está en activo, de forma equiparable (*pari passu*) y proporcional a todos los demás.
-

9. El importe emitido y desembolsado se integra en los recursos propios (es decir, no se considera una obligación) a efectos de determinar la insolvencia a nivel de balance.

10. El importe desembolsado se clasifica como recursos propios con arreglo a las normas de contabilidad aplicables.

11. El importe ha sido directamente suscrito y desembolsado y el banco no puede, directa o indirectamente, haber financiado la compra del instrumento.

12. El importe desembolsado no está asegurado ni cubierto por garantías del emisor o de una entidad vinculada¹⁴, ni es objeto de cualquier otro acuerdo que mejore jurídica o económico la prelación del derecho correspondiente.

13. Únicamente se emite con la aprobación de los propietarios del banco emisor, ya sea directamente otorgada por éstos o, si lo permitiese la ley, otorgada por el Consejo de Administración o por otras personas debidamente autorizadas por los titulares.

14. Se refleja de forma clara y separadamente en el balance del banco.

Criterios para la inclusión en el Capital Adicional de Nivel 1

1. Suscrito y desembolsado.

2. Subordinado a depositantes, acreedores en general y deuda subordinada del banco.

3. No está asegurado ni cubierto por garantías del emisor o de una entidad vinculada ni es objeto de cualquier otro acuerdo que mejore jurídica o económicamente la prelación frente a los acreedores del banco.

4. Es perpetuo, es decir, no tiene fecha de vencimiento ni existen cláusulas de remuneración escalonada creciente (*step-up*) u otros incentivos para su amortización anticipada.

5. Puede ser redimible a iniciativa del emisor transcurridos un mínimo de cinco años:
 - a. para ejercer una opción de compra, el banco deberá recibir autorización previa del supervisor;
 - b. el banco deberá abstenerse de generar expectativas de que se ejercitará la opción de compra; y
 - c. el banco no deberá ejercer la opción de compra, a menos que:
 - i. sustituya el instrumento amortizado con capital de igual o mayor calidad y dicha sustitución se efectúe en condiciones que sean sostenibles para la capacidad de generación de ingresos del banco¹⁵; o
 - ii. demuestre que su posición de capital supera con creces los requerimientos mínimos de capital tras el ejercicio de la opción de compra.

6. Cualquier devolución de principal (por ejemplo mediante recompra o rescate) requerirá la autorización previa del supervisor y el banco no deberá

suponer ni crear en el mercado la expectativa de que se obtendrá dicha autorización.

7. Discrecionalidad en relación con el pago de dividendo/cupón:
 - a. el banco podrá en todo momento decidir, a su entera discreción, cancelar pagos en concepto de distribuciones o repartos de resultados;
 - b. cancelar pagos discretionales no constituirá un supuesto de incumplimiento;
 - c. el banco deberá tener pleno acceso a los pagos cancelados para satisfacer las obligaciones a su vencimiento;
 - d. la cancelación de pagos en concepto de distribuciones o repartos no impondrá restricciones al banco, salvo en relación con las distribuciones a los titulares de acciones ordinarias.
8. El pago de dividendos/cupones se efectuará con cargo a partidas distribuibles.
9. El instrumento no puede incorporar un dividendo sensible al crédito, es decir, un dividendo/cupón que se reajuste periódicamente en función, en todo o en parte, de la solvencia crediticia de la entidad bancaria.
10. El instrumento no puede contribuir a que el pasivo supere al activo si dicha prueba del balance forma parte de la legislación nacional en materia de insolvencia.
11. Los instrumentos considerados pasivos a efectos contables podrán absorber pérdidas en el principal a través de (i) la conversión en acciones ordinarias alcanzado un punto de activación objetivo prefijado, o de (ii) un mecanismo de amortización que asigne pérdidas al instrumento al alcanzarse un punto de activación prefijado. La amortización tendrá los siguientes efectos:
 - a. reducir la demanda del instrumento en liquidación;

- b. reducir el importe devuelto cuando se ejerza una opción de compra;
y
 - c. reducir total o parcialmente los pagos de cupón o dividendo sobre el instrumento.
-

12. El instrumento no habrá sido comprado por el banco ni por alguna parte vinculada que éste controle o sobre la que ejerza una influencia significativa, ni su compra habrá sido directa o indirectamente financiada por el banco.

13. El instrumento no podrá tener características que dificulten la recapitalización, tales como disposiciones que requieran que el emisor compense al inversor si se emite un nuevo instrumento a un precio menor durante un periodo de tiempo especificado.

14. Si el instrumento no se emite a través de una entidad instrumental o sociedad de cartera del grupo consolidado (p. ej., una sociedad de gestión especializada, «SPV»), su rendimiento deberá estar de forma inmediata e ilimitada a disposición de una entidad instrumental¹⁸ o de la sociedad de cartera del grupo consolidado de manera tal que cumpla o exceda todos los demás criterios para su inclusión en el capital Adicional de Nivel 1.

Criterios para la inclusión en el Capital de Nivel 2

1. Suscrito y desembolsado.

2. Subordinado a depositantes y acreedores en general del banco.

3. No está asegurado ni cubierto por garantías del emisor o de una entidad vinculada ni es objeto de cualquier otro acuerdo que mejore jurídica o económicamente la prelación frente a los depositantes y los acreedores en general del banco.

4. Vencimiento:
 - a. plazo de vencimiento original mínimo no inferior a cinco años;
 - b. el reconocimiento en el capital regulador en los cinco años restantes previos a su vencimiento se reducirá mediante el método de amortización lineal;
 - c. no existen cláusulas de step-up u otros incentivos para su amortización anticipada.

5. Puede ser redimible a iniciativa del emisor transcurrido un mínimo de cinco años:
 - a. para ejercer una opción de compra, el banco deberá recibir autorización previa del supervisor;
 - b. el banco no deberá hacer nada que genere la expectativa de que ejercerá la opción de compra¹⁹; y
 - c. el banco no deberá ejercer la opción de compra, a menos que:
 - i. sustituya el instrumento amortizado con capital de igual o mayor calidad y dicha sustitución se efectúe en condiciones

que sean sostenibles para la capacidad de generación de ingresos del banco²⁰; o

- ii. demuestre que su posición de capital supera con creces los requerimientos mínimos de capital tras ejercer la opción de compra.
-

- 6. El inversor no tendrá ningún derecho a acelerar la devolución de los pagos futuros previstos (cupón o principal), excepto en caso de quiebra y liquidación.
-

- 7. El instrumento no puede incorporar un dividendo sensible al crédito, es decir, un dividendo/cupón que se reajuste periódicamente en función, en todo o en parte, de la solvencia crediticia de la entidad bancaria.
-

- 8. El instrumento no habrá sido comprado por el banco ni por ninguna parte vinculada que éste controle o sobre la que ejerza una influencia significativa, ni su compra habrá sido directa o indirectamente financiada por el banco.
-

- 9. Si el instrumento no se emite a través de una entidad instrumental o sociedad de cartera del grupo consolidado (p. ej., una sociedad de gestión especializada, «SPV»), su rendimiento deberá estar de forma inmediata e ilimitada a disposición de una entidad instrumental o de la sociedad de cartera del grupo consolidado de manera tal que cumpla o exceda todos los demás criterios para su inclusión en el capital de Nivel 2.
-

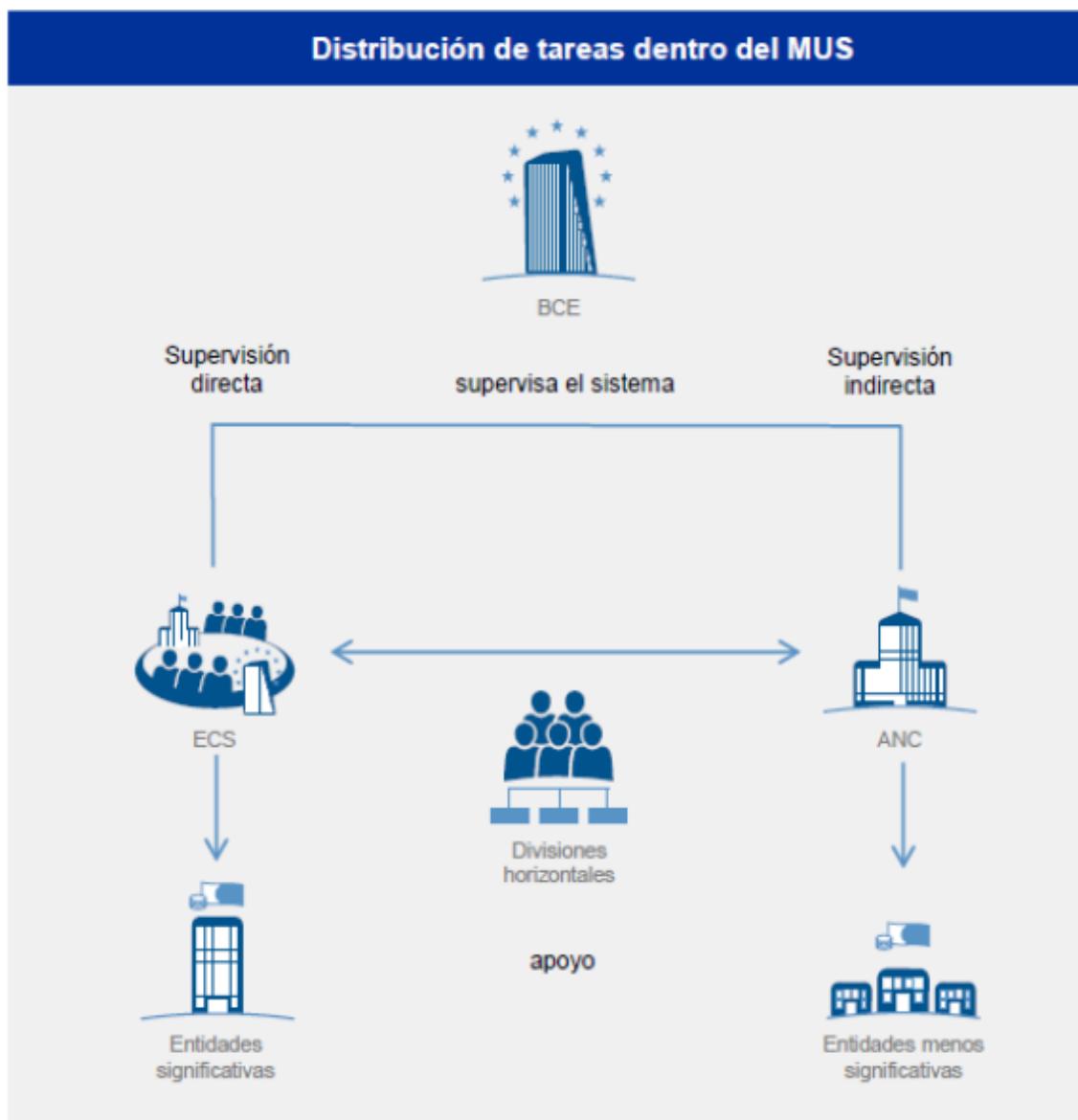
Fuente: Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (2010) *Basilea III: Marco Regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios*, pp. 13-20.

**ANEXO 2: TABLA DE RETENCIÓN DE BENEFICIOS EN ATENCIÓN
AL CAPITAL ORDINARIO DE NIVEL 1**

COEFICIENTE DE CAPITAL ORDINARIO DE NIVEL 1	COEFICIENTES MÍNIMOS DE CONSERVACION DE CAPITAL (en porcentaje de beneficios)
4,5% - 5,125%	100%
> 5,125 – 5,75%	80%
> 5,75% - 6,375%	60%
> 6,375% - 7,0%	40%
> 7,0%	0%

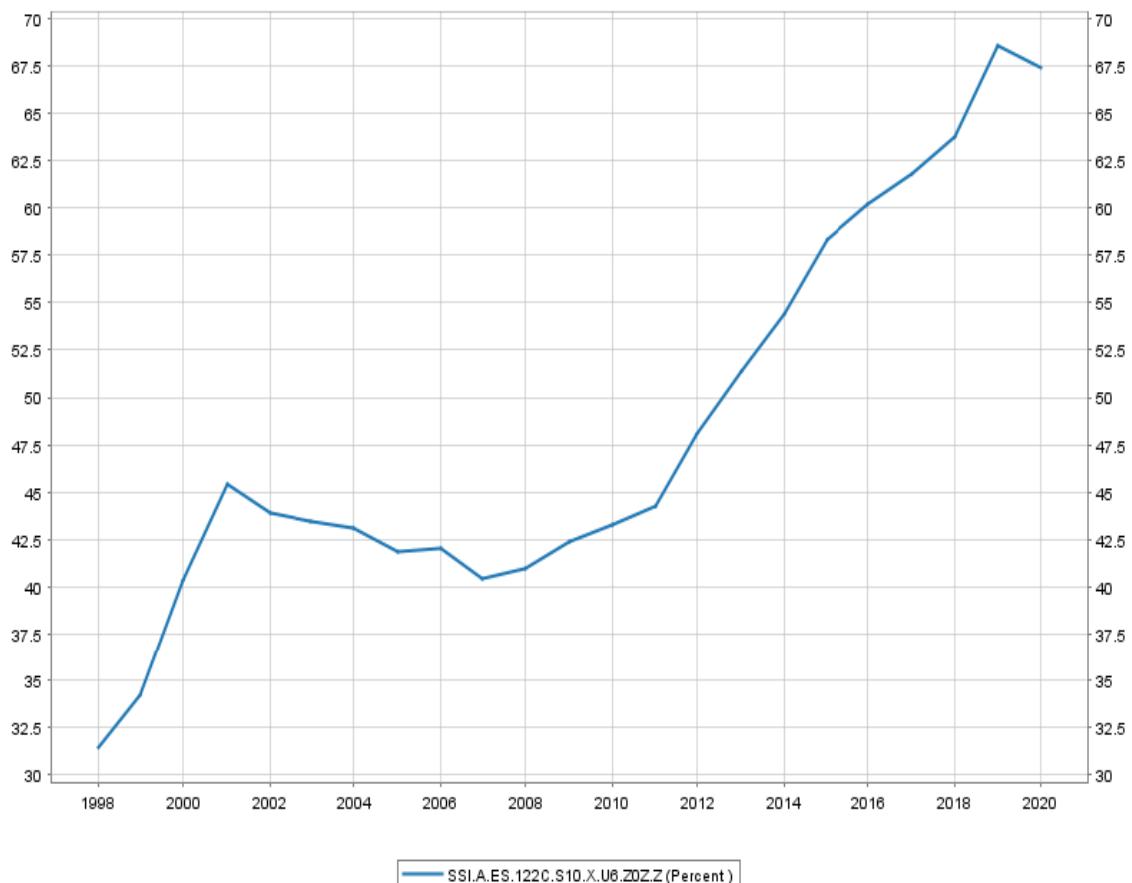
Fuente: Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (2010) *Basilea III: Marco Regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios*, p. 60.

ANEXO 3: ESQUEMA ESTRUCTURAL DEL MUS



Fuente: Banco Central Europeo (2014) *Guía de Supervisión Bancaria*, p. 14.

ANEXO 4: ÍNDICE CR5



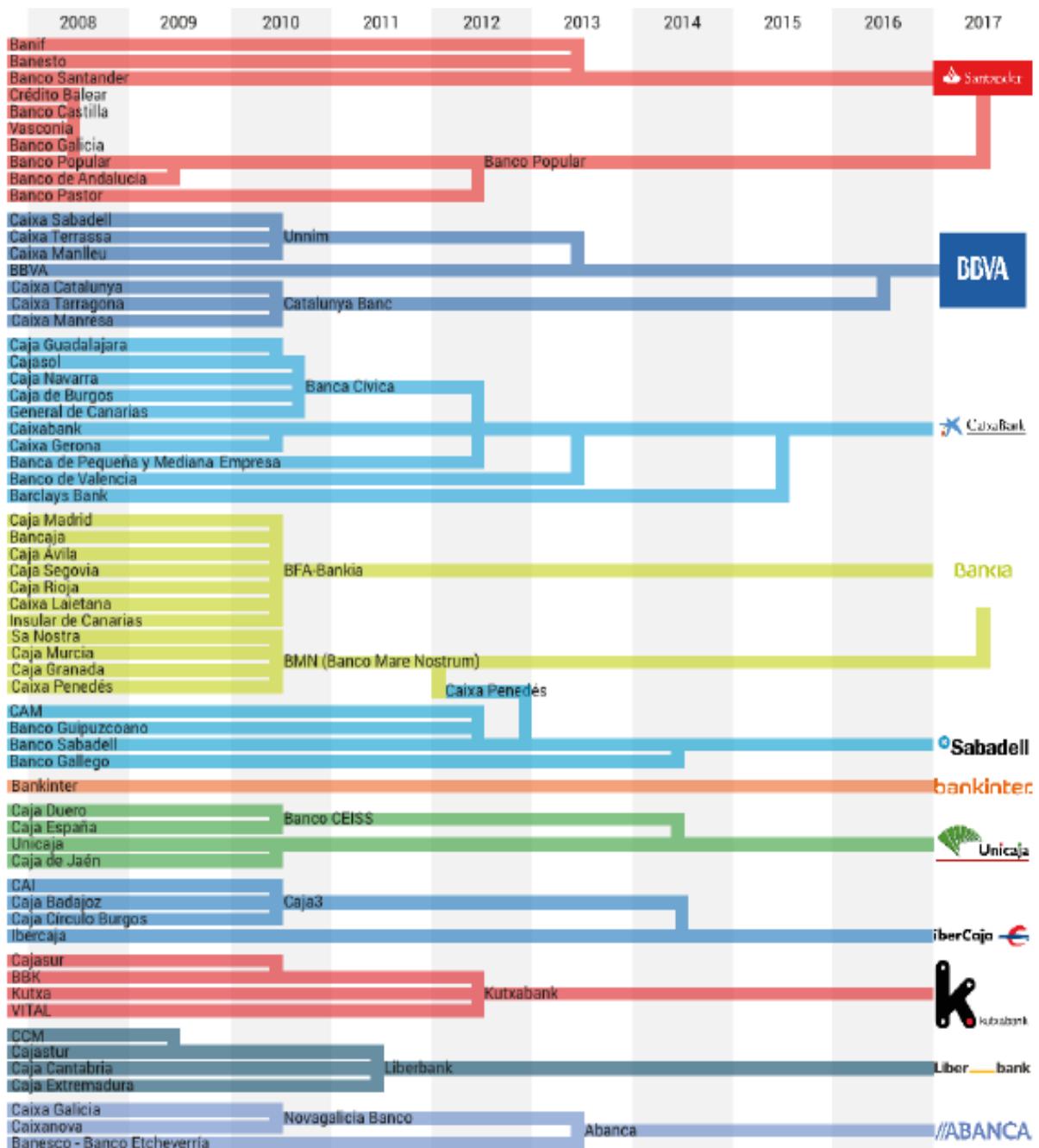
El Título del Anexo está vinculado directamente al documento oficial del *Statistical Data Warehouse Printout* del BCE.

AÑO	ÍNDICE CR5
2019	67,4123
2018	68,5288
2017	63,7279
2016	61,8000
2015	60,2000
2014	58,3000
2013	54,4000
2012	51,4000
2011	48,1000
2010	44,3000
2009	43,3000
2008	42,4000
2007	41,0000
2006	40,4000
2005	42,0000
2004	41,9000
2003	43,1000
2002	43,5000
2001	43,9000
2000	45,4000
1999	40,3000
1998	34,2000
1997	31,4000

Fuente: Banco Central Europeo, *Statistical Data Warehouse Printout*, en:

<https://sdw.ecb.europa.eu/home.do>

ANEXO 5: CONCENTRACIÓN BANCARIA DE 2008 A 2017



Fuente: Anuario Estadístico de la Asociación Española de la Banca (AEB), última actualización disponible. Disponible en:

<https://www.aebanca.es/tag/banca-espanola/>