European Banking Law

La Unión Europea y la banca ¡al rescate!¹

JUAN A. UREÑA SALCEDO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Jean Monnet Chair. Universitat de València

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto European Banking Law Jean Monnet Module, y del Jean Monnet Chair, European Banking Public Law, with the support of Eramus + Programme of the European Union. Trabajo inicialmente publicado en el Diario La Ley nº 9710, Sección Doctrina, 6 de octubre de 2020.

European Banking Law

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

1. Introducción

Hemos sufrido una gravísima crisis sanitaria, tanto es así que ha sido frecuente el uso de términos bélicos y la aprobación de normas de guerra. Los datos son de catástrofe social y económica mayúscula, una catástrofe mayor a la que cantase Kiko Veneno. Cualquiera sabe, y también puede leerse en documentos oficiales, que la pandemia ha provocado una perturbación y una conmoción económica extrema.

Inicialmente, como se deduce del título de este trabajo, la UE y la banca, ¡al rescate!, hay que destacar la rapidez en la respuesta de la UE (aunque hasta hoy mismo sigan discutiéndose algunos detalles). El 20 de marzo, cuando en España el confinamiento era reciente, ya se habían aprobado importantes normas, derecho indicativo y declaraciones varias de diversas Instituciones de la UE.
La acción de la UE, además, persigue el rescate, la ayuda económica. Dejo para cada cuál la reflexión sobre si la ayuda económica a los Estados y a las empresas y trabajadores es tanto como decir que también se trata de una ayuda social (sobre la que en todo caso también pueden encontrarse referencias expresas).
En la primera parte de este artículo nos ocuparemos de algunos de los movimientos de la UE sobre ayudas públicas, sobre la inversión extranjera en industrias europeas o sobre los Fondos de ayuda, incluyendo el Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Mitigar los Riesgos de Desempleo en una emergencia a raíz de la COVID-19. En la segunda parte nos ocuparemos de algunas cuestiones de Derecho bancario europeo, como por ejemplo las normas europeas de supervisión y solvencia de las entidades de crédito en tiempos de pandemia.

2. La rápida respuesta de la UE ante la COVID-19

La rápida respuesta de la UE, ante la conmoción sanitaria, económica y social provocada por la pandemia, ha afectado a cuestiones esenciales en el Derecho de la Unión como las ayudas públicas prohibidas, la inversión extranjera en industrias europeas o, por supuesto, la ayuda financiera a los Estados miembros por la propia Unión Europea. Vayamos por partes.

1).- Las referencias al régimen de las ayudas públicas

La Comisión se ha manifestado en diversas ocasiones sobre la normativa de ayudas públicas para respaldar la economía en el contexto del brote de Covid-19. Nótese que, pese a su importancia, se trata mayoritariamente de simples comunicaciones.

Dejando al margen la Comunicación de la Comisión publicada en el DOUE de 28 de marzo de 2020 para hacer frente a la retirada de los aseguradores privados del mercado de crédito a la exportación a corto plazo[2], puede encontrarse una trascendental Comunicación en el DOUE 4 de abril de 2020 sobre la modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19, (2020/C 112 I/01).

[2] En la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de los artículos 107-108 al seguro de crédito a la exportación a corto plazo, publicado en el DOUE de 28 de marzo de 2020, se recuerda que aunque "muchos de los participantes en la consulta pública de la Comisión han señalado la dificultad de evaluar en estos momentos las consecuencias precisas del brote de COVID-19, algunas de las partes interesadas han aportado datos que sugieren que la crisis que estamos atravesando podría desencadenar un aumento de hasta el 20 % de las insolvencias empresariales en Europa. Siguiendo ese mismo patrón, se prevé que las repercusiones negativas se materialicen en una reducción de la capacidad de suscripción de hasta un 15 %, en términos globales, y de hasta un 40 %, para las pequeñas empresas. Tales órdenes de magnitud son similares a los que se registraron en 2009 y muchos de los participantes en la consulta manifestaron expectativas aún peores en relación con el impacto del brote de COVID-19 de 2020".

La Comisión, consciente de que resulta crucial preservar el empleo, considera compatibles con la normativa de ayudas públicas medidas como el aplazamiento del pago de impuestos y las cotizaciones a la seguridad social. Subraya, no obstante, que dichos aplazamientos deben aplicarse a todas las actividades, pues de lo contrario se conferiría a las empresas una ventaja competitiva que las convertiría en ayudas públicas prohibidas.

La Comisión considera fundamental preservar el empleo y evitar los despidos. Considera positivamente contribuir a los costes salariales de las empresas, como ya estaban haciendo algunos Estados. En este caso, como en el anterior, lo único que exige la Comisión es que las medidas se apliquen al conjunto de la economía. Admite la Comisión que puedan concederse subvenciones directas, ventajas fiscales y de pago u otras formas como anticipos reembolsables, garantías, préstamos y capital, a las empresas, pero establece algunos límites económicos a las ayudas globales según el sector, y añade que la garantía de algunos préstamos debe limitarse a un máximo de 6 años, no pudiendo exceder de determinados porcentajes según el riesgo que también asuma la entidad de crédito[3].

Lógicamente, aunque en la práctica esto no será siempre fácil de advertir o determinar, la Comisión prohibía la concesión de ayudas a las empresas que ya estuviesen en crisis antes de la pandemia.

Escasos días después de esta primera comunicación, concretamente 4, se publica otra sobre el Marco temporal para evaluar cuestiones de defensa de la competencia relacionada con la cooperación empresarial en respuesta a las situaciones de urgencia (2020/C 116 I/02) DOUE de 8 de abril, que básicamente lo que contempla son posibles formas de cooperación entre empresas para garantizar el suministro y la distribución de servicios esenciales, por ejemplo médicos.

En el DOUE de 13 de mayo de 2020, transcurrido poco más de un mes, se publica otra Comunicación de la Comisión, Modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 (2020/C 164/03), donde insiste en que las intervenciones públicas que aporten a las empresas capital y/o instrumentos híbridos de capital son admisibles puesto que pueden reducir un elevado número de insolvencias, contribuyendo a mantener la continuidad de la actividad económica durante la pandemia e impulsando la posterior recuperación económica. Se pretende evitar, se dice expresamente, la salida innecesaria del mercado de empresas que eran viables antes del brote de COVID-19.
La Comisión, que apunta a que únicamente se aporte capital o instrumentos híbridos de capital a empresas si no hay otra solución, impone algunos limites a este tipo de intervención pública. Estos límites, sin embargo, son muy genéricos y en todo caso requerirán un análisis de caso concreto que tampoco será fácil determinar en la práctica si se han cumplido. Así, por ejemplo, las "recapitalizaciones no deben superar el mínimo necesario para garantizar la viabilidad del beneficiario, ni exceder del restablecimiento de la estructura de capital del beneficiario a la situación anterior al brote de COVID-19".

[3] La garantía de algunos préstamos está limitada a un máximo de 6 años, y no puede exceder el 90% del préstamo cuando las pérdidas se imputen proporcionalmente y en condiciones idénticas a la entidad de crédito y al Estado, o el 35% del principal del préstamo cuando las pérdidas se imputen primero al Estado y sólo después a las entidades de crédito (es decir, una garantía de primera pérdida).

La Comisión reconoce que estos instrumentos falsean considerablemente la competencia entre empresas por lo que estas intervenciones "deben estar supeditadas a unas condiciones claras respecto a la entrada, la remuneración y la salida del Estado de las empresas afectadas, a unas disposiciones en materia de gobernanza y a la adopción de unas medidas adecuadas para limitar falseamientos de la competencia". En esta Comunicación la Comisión defiende los fondos y el apoyo a escala de la Unión para "garantizar que esta crisis simétrica global no se transforme en una perturbación asimétrica en detrimento de los Estados miembros con menos posibilidades de apoyar a su economía y de la competitividad de la UE en su conjunto".
Mención especial merece, en fin, la participación en empresas estratégicas, a las que ya se había referido la propia Comisión en una Comunicación que vemos seguidamente. Algunos Estados estaban barajando adquirir capital de empresas de este tipo y la Comisión se limita a recordarles que deben cumplir con el principio del inversor en una economía de mercado y que, en todo caso, la deuda subordinada es un instrumento menos falseador de la competencia que el capital o el capital híbrido.

2).- La protección de la industria europea frente a la inversión extranjera

El proteccionismo de los Estados sobre determinadas industrias, que es tanto como el proteccionismo de la UE, ha pasado a un primer plano con la pandemia. Pretende evitarse la venta masiva de empresas a capital de terceros países.
La Comisión advirtió bien pronto que la grave perturbación económica consecuencia de la Covid-19 podía poner en riesgo la propiedad o el control de determinadas industrias estratégicas europeas. En el DOUE 26 de marzo de 2020 puede leerse una Comunicación que contiene las orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa, antes de la aplicación del Reglamento (UE) 2019/452 (Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas) (2020/C 99 I/01).
La Comisión afirma que "hoy más que nunca, la apertura de la UE a la inversión extranjera debe compensarse con instrumentos de control adecuados", por lo que insta a los Estados miembros a utilizar plenamente sus mecanismos de control de empresas estratégicas o a establecer dichos mecanismos y ponerlos en práctica si es que todavía no están contemplados en sus ordenamientos.
A la Comisión le preocupan especialmente las inversiones extranjeras (de fuera de la Unión se entiende, sean públicas o privadas) que establezcan vínculos permanentes. Recuerda que el Reglamento citado se aplica a todos los sectores de la economía y no está sujeto a umbrales, pues "la necesidad de controlar una operación puede ser independiente del valor de la operación en sí misma". Cabe, conforme a dicho Reglamento, que los Estados miembros adopten medidas para impedir que un inversor extranjero adquiera o asuma el control de una empresa cuando tal adquisición o control suponga una amenaza para su seguridad o el orden público, que se interpreta, además, en un sentido amplio.

La Comisión sostiene que estas inversiones pueden implicar riesgos para los Estados donde están domiciliadas las empresas pero también para el resto de Estados miembros. "En el mercado interior europeo, los riesgos creados por una inversión no se detienen necesariamente en las fronteras del Estado miembro en el que esta se realiza". Es por ello que dicho Reglamento contempla que la Comisión emita su dictamen sobre una inversión específica, destacando que el control de la Comisión será más riguroso cuando la inversión afecte a empresas

que hayan recibido financiación con cargo al Programa de Investigación e Innovación Horizonte 2020. En el procedimiento también pueden solicitar información y formular observaciones otros Estados miembros distintos de aquel en el que tiene lugar la inversión[4].

La Comisión recuerda en esta comunicación que el control de la inversión extranjera directa no necesariamente da lugar a una prohibición de la inversión prevista, pues pueden ser suficiente la adopción de medidas de reducción de riesgos como el establecimiento de las condiciones que garanticen el suministro (por ejemplo de medicamentos o productos sanitarios al Estado en que tiene su domicilio social la empresa pero también a otros Estados miembros), o la imposición de licencias obligatorias (por ejemplo a los medicamentos patentados). También se recuerda la posibilidad de imponer obligaciones de servicio público a todas las empresas de un determinado sector.

Se reconoce en esta comunicación que las inversiones de cartera, que no confieren al inversor una influencia efectiva en la gestión y el control de la empresa, son menos problemáticas. Se señala, no obstante, que deberían analizarse con más detalle si se trata de participaciones cualificadas, que cifra en un 5%, que otorguen determinados derechos al accionista.

Apunta la Comisión, además de todo lo anterior, que los Estados miembros pueden retener derechos especiales en determinadas empresas («acciones de oro»), que tanto dieron que hablar en España y en otros Estados miembros no hace tantos años, y sobre las que tuvo ocasión de manifestarse en diversas ocasiones y en diversas direcciones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
La Comisión insiste en la necesidad de controlar y en su caso limitar las inversiones extranjeras en empresas que tengan una valoración en los mercados de capitales que se consideren muy por debajo de su valor real, máxime cuando se trata de suministros o servicios de carácter esencial.

No es lo mismo la inversión extranjera, claro, que la inversión de capital proveniente de otro Estados miembros. En este último caso el análisis de la justificación y las restricciones se nos dice que ha de ser necesariamente diferente. Dicho de otro modo, si la inversión es intracomunitaria parece que la UE es partidaria de la venta.

3).- La ayuda económica de la UE a los Estados miembros

Muchos han sido los debates políticos, con encuentros y desencuentros, sobre la ayuda económica de la Unión Europea a los Estados miembros. Tengo la impresión de que muchos cometen el error de considerar esta ayuda económica de la UE como algo ajeno, externo, a los propios Estados, como si ese dinero no tuviese nada que ver con ellos y con su ciudadanía. Es igual, ese error de acercamiento al tema nos aleja de lo único que ahora importa señalar que es que tanto antes como después de dichos debates se han aprobado una importante cantidad de normas y se han adoptado muy diversas iniciativas para facilitar dichas ayudas.

[4] Es importante recordar que, en caso de que una inversión extranjera no sea sometida a un proceso de control nacional, el Reglamento establece que los Estados miembros y la Comisión pueden presentar observaciones y dictámenes en un plazo de quince meses a partir de que se haya realizado la inversión extranjera. Esto puede llevar a la adopción de medidas por el Estado miembro en el que se haya realizado la inversión, incluidas las necesarias medidas de reducción de riesgos. En la práctica, una inversión extranjera realizada ahora (marzo de 2020) podría ser objeto de observaciones ex post por parte de los Estados miembros o de dictámenes de la Comisión a partir del 11 de octubre de 2020 (fecha de la plena aplicación del Reglamento) y hasta junio de 2021 (quince meses después de realizada la inversión).

■ *El Mecanismo Europeo de Estabilidad.*

El Consejo de Gobernadores del Mecanismo Europeo de Estabilidad, el 15 de mayo de 2020, declaró que los Estados miembros cuya moneda fuese el euro podían recibir ayuda económica basada en la línea de crédito con condiciones reforzadas del Mecanismo Europeo de Estabilidad[5]. En este, como en otros casos, la intensidad de la supervisión económica y presupuestaria sería proporcional a las dificultades financieras encontradas y a la ayuda recibida.

■ *Fondos de ayuda*

Bien pronto, el 30 de marzo de 2020, el Parlamento Europeo y el Consejo, mediante Reglamento, según se dice dada la falta de liquidez y de fondos públicos en los Estados miembros, optó por una mayor flexibilidad y un procedimiento simplificado que, sin decisión de la Comisión, permitiese determinadas modificaciones de los programas operativos de fondos (Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo Social Europeo, Fondo de Cohesión, Fondo Europeo Marítimo y de Pesca)[6]. Su aprobación, como en tantos otros casos, se basaba en el principio de subsidiariedad. Se entendía que para responder al impacto de la crisis era mejor una actuación a escala de la Unión. Mediante otro Reglamento, esta vez de 23 de abril, se insistía en ofrecer una flexibilidad excepcional en el uso de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, en la reducción de cargas administrativas y en la simplificación procedimental[7]. No fue la única modificación reglamentaria aprobada ese día sobre Fondos europeos[8].

El Parlamento Europeo y el Consejo, el día 17 de abril de 2020, aprobaron varias Decisiones relativas a la movilización del Instrumento de Flexibilidad para financiar medidas presupuestarias inmediatas en el contexto del brote de COVID-19[9], y otra relativa a la movilización del Margen para Imprevistos en 2020[10].

---

[5] Puede verse el Reglamento Delegado (UE) 2020/1069 DE LA COMISIÓN, de 19 de junio de 2020, que modifica el Reglamento Delegado (UE) n.o 877/2013 de la Comisión, por el que se completa el Reglamento (UE) n.o 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro (DOUE 21 de julio de 2020).

[6] Reglamento 2020/460, del Parlamento europeo y del Consejo, de 30 de marzo de 2020, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.o 1301/2013, (UE) n.o 1303/2013 y (UE) n.o 508/2014, en lo relativo a medidas específicas para movilizar inversiones en los sistemas de atención sanitaria de los Estados miembros y en otros sectores de sus economías, en respuesta al brote de COVID19 (Iniciativa de inversión en respuesta al coronavirus).

[7] Reglamento 2020/558 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2020, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.o 1301/2013 y (UE) n.o 1303/2013 en lo que respecta a medidas específicas para ofrecer una flexibilidad excepcional en el uso de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos en respuesta al brote de COVID-19.

[8] Mediante el Reglamento 2020/559, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2020, por el que se modifica el Reglamento 223/2014 en lo que respecta a la introducción de medidas específicas para hacer frente al brote de COVID-19, en relación con el Fondo de Ayuda Europea para las Personas Más Desfavorecidas se da a los Estados miembros "la posibilidad de solicitar, con carácter excepcional, un porcentaje de cofinanciación del 100 % para el ejercicio contable 2020-2021, de conformidad con los créditos presupuestarios y en función de la financiación disponible. La Comisión podrá proponer una prórroga de esta medida sobre la base de una evaluación de la aplicación de ese porcentaje de cofinanciación excepcional".

[9] Véase la Decisión (UE) 2020/545 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2020 relativa a la movilización del Instrumento de Flexibilidad para financiar medidas presupuestarias inmediatas en el contexto del brote de COVID-19 y al refuerzo de la Fiscalía Europea. Véase también la Decisión (UE) 2020/546 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2020 relativa a la movilización del Instrumento de Flexibilidad para financiar medidas presupuestarias inmediatas en el contexto del brote de COVID-19

[10] Decisión 2020/547 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2020 relativa a la movilización del Margen para Imprevistos en 2020 para prestar asistencia urgente a los Estados miembros y reforzar aún más el Mecanismo de Protección Civil de la Unión/rescEU en respuesta al brote de COVID-19.

También ha habido diversas propuestas normativas para la creación de instrumentos de apoyo económico. Así, por ejemplo, una propuesta de reglamento relativo a la creación de un Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Mitigar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia (SURE), a raíz del brote de COVID-19, sobre el que llama la atención el escueto dictamen emitido por el BCE[11]. También una propuesta de Reglamento sobre el llamado Instrumento de Recuperación de la Unión (REACT-UE), que en realidad es una modificación del Reglamento sobre Disposiciones Comunes por el que se propone un importe adicional de 58.000 millones[12]. La Comisión, nótese bien, propone aumentar la parte principal de la financiación adicional contrayendo empréstitos en los mercados de capitales.

Existe una propuesta de Reglamento sobre el Fondo de Transición Justa cuya cuantía se ha previsto que se incremente en 32.500 millones de euros, llegando así a la cifra de 40.000 millones de euros en precios de 2018. Puede verse un duro dictamen del Tribunal de Cuentas, el nº 5/2020, de 20 de julio, publicado en el DOUE de 1 de septiembre (2020/C 290/01), donde se apunta que la Comisión no ha realizado una evaluación específica del impacto ni una consulta a las partes interesadas para respaldar el importe modificado.

En el apoyo económico de la Unión Europea, téngase en cuenta, también el BCE ha querido jugar un papel fundamental. Entramos en esas y en otras cuestiones de Derecho bancario de la Unión Europea.

3).- Derecho Bancario de la Unión Europea

El papel clave del BCE en la Unión Bancaria Europea no exige hoy mayor explicación. En estos tiempos de pandemia, de perturbación económica extrema en términos del propio Banco, el BCE también ha reaccionado rápidamente. Ha adoptado decisiones sobre las garantías de los préstamos al propio BCE y a otros Bancos Centrales Nacionales[13], sobre las operaciones de financiación[14], pero también sobre sus programas de compras, y ha relajado o flexibilizado los análisis de riesgos de las entidades de crédito. Veamos estas dos últimas cuestiones.

[11] Se trata del Dictamen BCE de 8 de mayo de 2020, que el BCE celebra que este instrumento proporcione asistencia financiera en forma de préstamos de la Unión Europea, con un importe máximo de 100000 millones EUR por Estado, y que la Comisión, conforme al reglamento propuesto, establecerá el detalle de los mecanismos necesarios para la administración de los préstamos con el BCE. Se recuerda que el BCE y los BCN ya han administrado en otras ocasiones préstamos como los del mecanismo europeo de estabilización financiera (MEEF) y el mecanismo de ayuda financiera a medio plazo (MFTA).

[12] Véase el dictamen del Tribunal de Cuentas nº 4/2020, publicado en el DOUE de 17 de agosto de 2020, sobre propuestas de Reglamento que modifican otros referidos a recursos adicionales excepcionales, o de disposiciones comunes sobre diversos Fondos. Se critica duramente el uso de determinadas estadísticas para el reparto del dinero, se denuncian problemas en la evalución ex post, y se alerta de que la Comisión pretende asumir más competencias para todos los casos en que se atraviesen circunstancias excepcionales.

[13] Véase la Decisión 2020/506, del BCE, de 7 de abril de 2020, por la que se modifican la Orientación (UE) 2015/510 sobre la aplicación del marco de la política monetaria del Eurosistema y la Orientación (UE) 2016/65 sobre los recortes de valoración que se utilizan en la aplicación del marco de la política monetaria del Eurosistema (BCE/2020/20). Téngase en cuenta una cuestión de fuentes del Derecho. Es una Decisión que modifica una Orientación del BCE, para que entre en vigor en cuanto se notifique a los BCN y se publique sin demora en el DOUE. "deben introducirse mediante una decisión que entre en vigor en cuanto se notifique a los BCE y que se publique sin demora en el DOUE, de manera que los BCN apliquen directamente las modificaciones en las fechas establecidas en la presente decisión".
Es en esta Decisión en la que se hace referencia a que la pandemia COVID-19 ha "provocado una perturbación económica extrema que requiere una reacción ambiciosa, coordinada y urgente de las políticas en todos los frentes para apoyar a las empresas y a los trabajadores en situación de riesgo".

También puede verse la Orientación 2020/515 del BCE, de 7 de abril de 2020, por la que se modifica la Orientación BCE/2014/31 sobre medidas temporales adicionales relativas a las operaciones de financiación del Eurosistema y la admisibilidad de los activos de garantía (BCE/2020/21). Se introducen nuevos criterios de admisibilidad de activos de garantía y medidas de control de riesgos. Se establece que los BCN podrán aceptar como activos de garantía en las operaciones de crédito del Eurosistema instrumentos de renta fija negociables emitidos por el Gobierno central de la República Helénica. La misma Orientación 2014/31 ha sido modificada por la Orientación 2020/634 BCE, de 7 de mayo de 2020. Se adopta teniendo en cuenta las "medidas de relajación de los requisitos aplicables a los activos de garantía", teniendo en cuenta las "posibles rebajas de calificación crediticia derivadas de la caida económica provocada por el brote de la COVID-19".

Programas de compra

Los programas de compras del BCE nunca han merecido la atención que merecían ni por parte de los juristas ni muchísimo menos por parte de la población en general. Algo han corregido los primeros con ocasión de la STC alemán de 5 de mayo de 2020, que considera que el Gobierno y el Parlamento alemán deberían haber recurrido determinadas decisiones sobre compra de valores en el mercado secundario por parte del BCE. No han armado tanto revuelo otras Sentencias que tal vez lo merecían igual o más, pero no estamos en esas ahora[15].

Aquí nos limitamos a recordar que, mediante dos Decisiones de 24 de marzo de 2020, el BCE modificó normas sobre la ejecución del programa de compras de bonos corporativos y apuntó la puesta en marcha de un programa temporal de compras de emergencia[16]. En el primer caso se ampliaron los activos admisibles incluyendo el papel comercial no financiero[17].

En el caso del programa temporal de compras de emergencia en caso de pandemia (PEPP), se nos dice que se trata de un programa distinto, con compras "independientes y adicionales" a las realizadas por el programa PAA, con una dotación global de 750.000 millones de euros hasta finales de 2020. Se apunta que este nuevo programa "exige un alto grado de flexibilidad en su concepción y aplicación en comparación con el PAA". Será el Consejo de Gobierno el que pondrá fin a las adquisiciones netas de activos del PEPP cuando considere que se ha superado la fase de crisis del COVID-19, pero en cualquier caso no antes de finales de 2020. Se nos recuerda que cabe la compra de instrumentos de renta fija negociables emitidos por las administraciones centrales, regionales o locales y agencias reconocidas con arreglo al PEPP, y que la distribución de referencia entre las jurisdicciones de la zona del euro seguirá orientándose en función de la clave para la suscripción del capital del BCE, pero con un "enfoque flexible". "El Consejo de Gobierno delega en el Comité Ejecutivo la facultad de fijar el ritmo y la composición adecuados de las compras mensuales del PEPP".

Las medidas comprenden la relajación de los requisitos aplicables a los activos de garantía, para ayudar a las entidades de contrapartida del Eurosistema a mantener activos de garantía admisibles suficientes para participar en las operaciones de provisión de liquidez del Eurosistema.

Esta Decisión 2020/506 BCE, de 7 de abril de 2020, dice que para reaccionar con prontitud a la actual pandemia, estas modificaciones, que permiten asumir más riesgo por el Consejo de Gobierno para favorecer la provisión de crédito mediante sus operaciones de financiación.

14 Puede verse la Decisión Decisión del Banco Central Europeo 2020/407, de 16 de marzo de 2020, que modifica la Decisión 2019/1311 del Banco Central Europeo (BCE/2019/21), sobre la tercera serie de operaciones de financiación a plazo más largo con objetivo específico. Estas Decisiones tienen que ver con la política monetaria, más concretamente con las medidas para apoyar el crédito bancario a los más afectados por la propagación del coronavirus. Véase también la Decisión 2020/614 BCE, de 30 de abril de 2020, por la que se modifica otra Decisión sobre la tercera serie de operaciones de financiación a plazo más largo con objetivo específico.

15 En la Sentencia de 26 de febrero de 2019, C-208/18 y C-238/18, se declara que son recurribles ante el Tribunal de Justicia, y que este puede anular, determinados actos de los Estados, dada la condición que tienen los Gobernadores de los Bancos Centrales. Se trata, por supuesto, de palabras mayores.

16 Se trata de la Decisión (UE) 2020/440 del Banco Central Europeo de 24 de marzo de 2020 sobre un programa temporal de compras de emergencia en caso de pandemia (BCE/2020/17) y de la Decisión 2020/441 del Banco Central Europeo de 24 de marzo de 2020 por la que se modifica la Decisión (UE) 2016/948 del Banco Central Europeo sobre la ejecución del programa de compras de bonos corporativos (BCE/2020/18).

17 La Decisión 2020/441, de 24 de marzo de 2020, por la que se modifica la Decisión 2016/948 del BCE sobre la ejecución del programa de compras de bonos corporativos, por la que se amplía "el conjunto de activos admisibles (…) para incluir el papel comercial no financiero, de modo que todo papel comercial con suficiente calidad crediticia pueda ser adquirido por medio" de este programa de compras de bonos corporativos. Si el vencimiento del instrumento de renta fija negociable es igual o superior a 367 días, deberá tener, en el momento de su compra por el banco central pertinente del Eurosistema, una vida residual mínima de 6 meses y máxima de 30 años y 364 días.

Estos programas, desconocidos por el común de la ciudadanía, son muy interesantes, desde luego, pero no reciben la atención que merecen, tampoco por los especialistas, como tantas otras cosas, claro[18].

- *Flexibilidad y relajación en el análisis de riesgos*

La supervisión financiera tiene como una de sus claves de bóveda, desde siempre, el análisis de riesgos tanto por las propias entidades como por parte del poder público. La pandemia ha supuesto que en la Unión Europea rápidamente se flexibilizasen dichos análisis. En la misma línea, nótese, se ha manifestado el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea[19].

El BCE, dicho en sus propios términos, ha recurrido a la flexibilidad supervisora, ha relajado temporalmente los requerimientos de capital y operativos, y ha anunciado mayor flexibilidad en el tratamiento prudencial de los préstamos respaldados por medidas de apoyo público. El colchón de ratio de apalancamiento para los bancos de importancia sistémica mundial se ha retrasado al 1 de enero de 2023, en lugar del 1 de enero de 2022, existiendo otras modificaciones sobre el cálculo de la ratio de apalancamiento, que todo sea dicho fue una de las causas de la anterior crisis[20].

A finales de marzo y principios de abril ya se habían adoptado normas y derecho indicativo en este sentido, tanto por la Comisión como por el BCE[21]. El 24 de junio se aprobaba el Reglamento 2020/873, del Parlamento y del Consejo, de modificación del Reglamento 575/2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión.

Se insistía en las graves perturbaciones económicas causadas por la COVID-19 y en las excepcionales medidas de contención y se apuntaba que había que ayudar a las entidades de crédito, pues debían jugar un papel clave en la recuperación y podían verse afectadas por el deterioro de la situación económica. Para garantizar que puedan seguir financiando a la economía real se rebajan temporalmente las exigencias de liquidez, de capital y operativas.

Hay cambios en los requisitos mínimos de cobertura aplicables a las exposiciones dudosas (cuando cuenten con garantías de los gobiernos nacionales u otros entes públicos se equipararán a las garantías de las agencias oficiales de crédito a la exportación). El mecanismo de compensación se modifica para excluir temporalmente determinadas exposiciones frente a bancos centrales.

---

[18] Sobre la emisión de deuda conjunta de la UE se ha informado que dicha emisión deuda consta en el acuerdo del Consejo de 21 de julio de 2020.

[19] El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea ha apostado por cierta flexibilidad en la aplicación de las normas internacionales, según puede leerse en el Reglamento 2020/873, de 24 de junio de 2020.

[20] Puede verse el dictamen del BCE, de 20 de mayo de 2020, sobre la modificación del marco prudencial de la Unión en respuesta a la pandemia de COVID-19 (2020/C 180/04), donde se recuerda que el "BCE ha recurrido a la flexibilidad supervisora (...) para ayudar a las entidades de crédito a seguir financiando a los hogares y a los negocios y empresas viables más afectados por los actuales efectos económicos de la pandemia". En las exposiciones dudosas garantizadas por "gobiernos nacionales u otras entidades públicas" se extenderá en el tiempo el tratamiento más favorable que ofrece una determinada norma (transcurridos 7 años en situación de exposición dudosa). En el Reglamento 2020/873, que vemos seguidamente en el texto, se dice que el retraso en la aplicación de la ratio de apalancamiento no tendrá consecuencias.

[21] Véase la Decisión de Ejecución (UE) 2020/452 de la Comisión de 26 de marzo de 2020 por la que se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2019/570 en lo que respecta a las capacidades establecidas para gestionar los riesgos con baja probabilidad de materializarse pero de gran repercusión. También puede verse el Reglamento 2020/605 del BCE, de 9 de abril de 2020 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2015/534 sobre la presentación de información financiera con fines de supervisión (BCE/2020/22). También resulta interesante la comunicación interpretativa de la Comisión, de 28 de abril de 2020, sobre la aplicación de los marcos contable y prudencial para facilitar los préstamos bancarios en la UE –Apoyar a las empresas y los hogares frente a la COVID-19.

Para evitar un "repentino y significativo aumento en las previsiones por pérdidas crediticias esperadas", se prorrogan las disposiciones transitorias de la NIF 9 durante dos años. Se introduce un filtro prudencial temporal que neutralice el impacto negativo, las pérdidas no realizadas, en la deuda pública en poder de entidades de crédito.

También se introducen cambios sobre las pruebas retrospectivas diarias de las propias entidades. Se afirma expresamente en el Reglamento que se introduce una cierta flexibilidad para que las autoridades de supervisión competentes puedan mitigar los efectos de la extrema volatilidad del mercado, introduciendo una discrecionalidad supervisora que no estaba prevista. Se invita a la Comisión, además, a que valore si debe ofrecerse este tipo de flexibilidad a las autoridades de supervisión con carácter general para hacer frente a futuros episodios de volatilidad extrema del mercado[22].

Se han aprobado, en fin, otras normas técnicas sobre valoración prudente (sin consulta pública ni análisis coste-beneficio, pues se ha considerado que resultaría desproporcionado atendiendo a la urgencia provocada por la pandemia)[23]. Tampoco ha faltado la adopción de recomendaciones, todo debe decirse, para impedir el reparto de dividendos o la recompra de acciones por parte de las entidades de crédito para remunerar a los accionistas[24].

Esto es, intervención directa en la economía del BCE, por ejemplo mediante los programas de compras, y adopción de medidas de ayuda a los bancos, entre otras cosas relajando y flexibilizando los análisis de riesgos.

4).- Un apunte de fuentes y un *doute qui plane*, para finalizar

La seguridad jurídica es difícil en un mundo de normas descontroladas o desbocadas. En la Unión Europea, de forma muy señalada aunque no exclusivamente en su Derecho bancario, la velocidad de la legislación ha ido incrementándose hasta niveles insospechados. Cualquiera puede imaginarse, y se comprueba con la lectura de este trabajo, que la situación ha empeorado estos últimos meses con la pandemia.

---

[22] Se adelanta el trato más favorable a los préstamos concedidos por entidades de crédito a pensionistas o a empleados con un contrato indefinido garantizados por la transferencia incondicional de parte de la pensión o del sueldo del prestatario a la entidad de crédito.

[23] Véase el Reglamento Delegado 2020/866, de la Comisión, de 28 de mayo de 2020, por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2016/10 por el que se completa el Reglamento (UE) n.o 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la valoración prudente en el marco del artículo 105, apartado 14, del Reglamento (UE) n.o 575/2013 (DOUE de 25 de junio de 2020). Ahí puede leerse que la "expansión de la pandemia de COVID-19 ha ocasionado niveles extremos de volatilidad en los mercados financieros de todo el mundo, afectando a muchas clases de activos. Esa situación ha generado unos aumentos excepcionales en la dispersión del precio de los activos y en los diferenciales comprador-vendedor. Por tanto, se espera que los AVA (ajustes de valoración adicionales) individuales computados al nivel de las exposiciones objeto de valoración se incrementen significativamente en comparación con los niveles de momentos normales".

Este Reglamento se basa en los proyectos de normas técnicas de regulación presentados por la Autoridad Bancaria Europea a la Comisión. Debido a la urgencia derivada de la pandemia de COVID-19, la Autoridad Bancaria Europea ha considerado que llevar a cabo una consulta pública y un análisis de coste-beneficio resultaría desproporcionado. Sin embargo, la Autoridad Bancaria Europea ha informado al Grupo de partes interesadas del sector bancario, creado de conformidad con el artículo 37 del Reglamento (UE) n.o 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo.

[24] Recomendación del BCE, de 27 de marzo de 2020, sobre el reparto de dividendos durante la pandemia del COVID-19 y por la que se deroga la Recomendación BCE/2020/1, (BCE/2020/19)

En la Unión Europea también está saltando por los aires la importancia que tienen determinadas normas según los Tratados, y mucho más en estos tiempos de pandemia. Se han aprobado normas del menor rango o simple derecho indicativo con gran importancia práctica. La urgencia tal vez así lo requiera, por supuesto, pero el fenómeno debe ser denunciado pues ya se advertía antes.

Existen otras cuestiones de fuentes del Derecho de la Unión que podrían señalarse, como por ejemplo que ha sido frecuente que las normas entrasen en vigor al día siguiente de su publicación en el DOUE, y que no se aplicase el plazo de 8 semanas que tienen los Parlamentos estatales para manifestarse sobre la norma[25], que no se realizasen las consultas públicas pertinentes o, lo que es casi peor, que en algunos casos no constase evaluación económica previa alguna para justificar el incremento de las cuantías. La reflexión de fuentes, pese a todo, vamos a dejarla para otro lugar.

Finalizamos con una duda. Creemos que la valoración global de las diversas medidas adoptadas desde la Unión Europea y por los Estados miembros para hacer frente a la crisis económica y social producida por la pandemia ha de ser positiva. Pese a todo, que desde determinadas Instituciones y determinados perfiles haya apostado tan rápidamente por la inyección de capital público en las empresas, por la práctica suspensión de determinadas normas de ayudas públicas prohibidas, que se hayan apresurado a incrementar el gasto propio hasta niveles impensables y a la vez se hayan relajado determinadas normas de análisis de riesgos en las entidades de crédito, debe ser cosa de la edad y del carácter, me genera una duda que planea por mi cabeza, “un doute qui plane” que cantasen 8º 6 Crew en su fantástico Bad, bad, reggae.

[25] Véase el Reglamento 2020/873 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2020, por el que se modifica el Reglamento 575/2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión.

VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA