

COMENTARIO A LA DIRECTIVA 2014/49/UE RELATIVA A LOS SISTEMAS DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS

Por

FERNANDO ZUNZUNEGUI
Universidad Carlos III de Madrid

fernando.zunzunegui@uc3m.es

Revista General de Derecho Europeo (38) 2016

RESUMEN: El presente comentario analiza el contenido de la Directiva 2014/49/UE, relativa a los sistemas de garantía de depósitos, como paso encaminado hacia la creación de un Sistema Europeo de Seguro de Depósitos verdadero tercer pilar de la Unión Bancaria. Se estudian sus antecedentes y contenido. El comentario se cierra con una breve referencia a su transposición al Derecho interno español y unas reflexiones finales.

PALABRAS CLAVE: sistemas de garantía de depósitos, fondo de garantía de depósitos, resolución bancaria, crisis bancarias, riesgo sistémico, Sistema Europeo de Seguro de Depósitos.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. II. OBJETIVO DEL SISTEMA DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS. III. OBJETO Y ÁMBITO DE LA DIRECTIVA. IV. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. V. FUNCIONES DEL SGD. 1. FUNCIÓN PREVENTIVA. 2. FUNCIÓN DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS. VI. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA. VII. FINANCIACIÓN DEL SGD. VIII. PLAZO DE REEMBOLSO. IX. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA. X. REFLEXIONES FINALES.

COMMENTARY ON DIRECTIVE 2014/49/EU ON DEPOSIT GUARANTEE SCHEMES

ABSTRACT: This article deals with the Directive 2014/49 / EU on the deposit guarantee systems as a first step towards a European Deposit Insurance Scheme real third pillar of the Banking Union. Its background and content are analyzed. The commentary concludes with a brief reference to its transposition into Spanish law and some final thoughts.

KEYWORDS: deposit guarantee schemes, deposit guarantee fund, bank resolution, banking crisis, systemic risk, EDIS.

Fecha de recepción: 11.01.2016

Fecha de aceptación: 21.01.2016

I. ANTECEDENTES

La estrategia de la Unión Europea para salir de la crisis financiera y crear un mercado financiero más estable consiste en avanzar hacia la integración mediante la Unión Bancaria. Este proyecto se basa en la creación de un mecanismo único de supervisión en el ámbito del Banco Central Europeo, en un mecanismo de resolución bancaria para gestionar las crisis y en un sistema de garantía de depósitos. Estos tres pilares dotan a la Unión Europea de una red de seguridad frente a las crisis bancarias y financieras.

La puesta en marcha de los mecanismos de supervisión y resolución ha tenido la prioridad frente al seguro de depósitos. Se crea así en primer lugar un mecanismo de supervisión de la solvencia que tiene su complemento natural en otro mecanismo único de resolución de las entidades en dificultades, en particular, de las que tienen una importancia sistémica. Sin embargo respecto de la garantía de depósitos se opta por descartar la creación de un sistema único a nivel europeo. Se prefiere armonizar los sistemas nacionales haciendo un llamamiento a la solidaridad.

Lo cierto es que las normas prudenciales no evitan que, con cierta frecuencia, las entidades financieras se enfrenten a situaciones de dificultad patrimonial. Con el fin de superar esos momentos críticos surge un Derecho paraconcursal del mercado financiero que faculta la intervención de las autoridades administrativas en las entidades financieras.¹ Son normas especiales en relación con el procedimiento concursal que también forman parte del estatuto profesional de las entidades financieras. La regulación financiera trata de prevenir las situaciones de crisis de las entidades financieras y, en caso de llegar a manifestarse este tipo de situaciones, regula los procedimientos de reparación de la inestabilidad creada. La existencia de situaciones de crisis no significa el fracaso de los objetivos prudenciales. Las normas sobre el acceso y el ejercicio de la actividad financiera protegen la estabilidad del conjunto de las empresas que operan en el mercado, sin excluir al mercado como regulador de la vida financiera. No se eliminan las situaciones de dificultad patrimonial, únicamente se reduce la probabilidad de que éstas ocurran. El modelo concursal elegido para el ejercicio de la actividad bancaria se vincula a la separación del mercado de aquellas empresas que demuestren su ineficacia. Por lo demás, la intervención en las crisis financieras no se condiciona a que hayan existido infracciones a la disciplina prudencial. Frente al régimen sancionador que trata de asegurar que todas las entidades financieras cumplan la disciplina legal sancionando las infracciones, las normas de intervención tienen otro objetivo, a saber, la

¹ Vid. PEÑAS MOYANO, María Jesús: "La resolución de las entidades de crédito", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año 33, núm. 135, 2014, págs. 39-61, y URÍA FERNÁNDEZ, Francisco: "El nuevo régimen europeo de resolución bancaria", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año 34, núm. 138, 2015, págs. 107-132.

superación de las situaciones de dificultad patrimonial preservando la confianza del público en el sistema financiero. Las medidas de resolución se pueden adoptar tanto durante la tramitación de un expediente sancionador como con independencia del ejercicio de la potestad sancionadora, siempre que se produzca alguno de los presupuestos establecidos para la intervención. No constituyen medidas cautelares en el marco de un procedimiento sancionador. Son medidas autónomas, resolutorias, con una finalidad distinta a la sancionadora, que pretenden restaurar el orden financiero dañado o amenazado con independencia de la existencia o no de infracciones a la disciplina del sector.

Como mecanismo de cierre de la red de seguridad, en caso de insolvencia de una entidad de crédito se garantiza el reembolso de los depósitos hasta cierta suma: Con esta medida se reduce el incentivo de retirar los depósitos ante rumores de dificultades bancarias. De este modo se hace frente al problema de liquidez de la actividad bancaria, mediante la garantía ofrecida a los depositantes como principales acreedores, al margen de rescates públicos a cargo de los contribuyentes. En este ámbito, los sistemas de garantía de depósitos (SGD) tienen también una función preventiva al reducir el riesgo de fugas masivas de depósitos que afectan a la liquidez, comprometen la solvencia y pueden contagiarse al conjunto del sistema financiero. Por esta razón se permite que los SGD faciliten financiación en los procesos de resolución de las entidades en dificultades.

II. OBJETIVO DEL SISTEMA DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS

Los sistemas de garantía de depósitos indemnizan hasta un límite los depósitos en entidades de crédito en situación de insolvencia. No obstante, la función principal de los SGD es preventiva de la insolvencia bancaria con garantía de depósitos y de pago de las indemnizaciones. Hay que distinguir por lo tanto entre la función primaria de garantizar hasta cierta suma el reembolso de los depósitos de las entidades de crédito declaradas insolventes y la función principal de prevenir las insolvencias.

Se parte de una premisa. Se considera que el sistema de garantía de depósitos es una pieza esencial de la estabilidad bancaria. Tras analizar las ventajas e inconvenientes de la garantía de depósitos se opta por establecer este tipo de sistemas de protección. Y se decide avanzar hacia la creación de un sistema europeo que evite la distorsión de la competencia que puede derivarse de los sistemas nacionales y dote al sistema de capacidad para afrontar las crisis de las grandes entidades. Los sistemas nacionales tienen recursos limitados. Sólo un fondo europeo puede tener la capacidad técnica y los recursos para gestionar la crisis de un gran grupo bancario.

La Directiva 2014/49/UE ² es un paso intermedio hacia la integración. Exige la máxima armonización y permite fusionar los sistemas nacionales y crear sistemas transfronterizos pero no crea un sistema único. La Directiva armoniza los mecanismos de financiación, el régimen de las aportaciones atendiendo al nivel de riesgo de cada entidad afiliada y la cobertura que ofrece el sistema a los depositantes. Sienta las bases para establecer SGD más sólidos y confiables. Aclara las vías de financiación de los SGD y aumenta la transparencia hacia los usuarios del sistema. Mejora la información con el fin de aumentar la confianza en el sistema. También introduce obligaciones de gobierno corporativo, como el deber de aprobar y publicar un informe anual de actividades.

III. OBJETO Y ÁMBITO DE LA DIRECTIVA

La Directiva 2014/49/UE pretende armonizar los sistemas de garantía de depósitos en la Unión Europea protegiendo la estabilidad financiera y evitando el arbitraje regulatorio que distorsiona la competencia. Bajo el marco de la Directiva cada Estado miembro debe disponer al menos de un SGD que cumpla las exigencias comunitarias, que deberá superar pruebas de resistencia al menos cada tres años. La primera se debe realizar antes del 3 de julio de 2017. La Unión Bancaria desea contar con bancos estables y SGD sólidos.

La Directiva 2014/49/UE deroga la Directiva 94/19/CE,³ que a su vez había sido actualizada por la Directiva 2009/14/CE.⁴ La crisis ha puesto de relieve las debilidades

² Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 relativa a los sistemas de garantía de depósitos (DOUE núm. 173 de 12 de junio de 2014).

³ Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos (DOUE núm. 135 de 31 de mayo de 1994), actualizada por la Directiva 2009/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2009 (DOUE núm. 68, de 13 de marzo de 2009).

⁴ Tras la quiebra de Lehman Brothers la Comisión Europea lanzó una consulta pública en 2009. Vid. Consultation Document Review of Directive 94/19/EC on Deposit-Guarantee Schemes (DGS). Entre las respuestas, destaca la del Grupo de Expertos en Servicios Financieros de la Comisión Europea FIN-USE para quien: *“What worries FIN-USE would be any attempt to see the DGS review in isolation without looking at the big picture. Financial products and services have evolved immensely since the coming into force of the directive in 1994. Products are no longer pure banking products but have now become hybrids, with embedded elements of insurance and securities embedded. The Commissions should therefore learn from its past mistakes and, rather than review the DGS at a vertical level, looks at the whole scope and functions of compensation schemes (investor compensation and insurance guarantee schemes) as important elements of the financial safety net system”*; en suma: *“It is most likely, however, that a future revamped directive would not cover all the things which have been or will be identified as important elements of the review. In this respect, the future legal framework of the directive should ensure that there are sufficient provisions to enhance communication between schemes and regulatory authorities, and, if needed, provide greater empowerment to schemes to take decisions in the best interest and full preservation of confidence of depositors”*, para terminar recordando sus anteriores recomendaciones: *“In 2005 we wrote: The Commission and the ECB should actively consider the creation of regional deposit*

de la Directiva 94/19/CE y la insuficiencia de la reforma realizada por la Directiva 2009/14/CE.

La Directiva 94/19/CE no armonizó los sistemas de garantía de depósitos. Se limitó a exigir una cobertura mínima de 20.000 euros por depositante que además podía ser parcial. No se ocupó de regular las aportaciones ni los plazos de reembolso al ejecutarse la garantía. A su vez, la Directiva 2009/14/CE mantuvo esta regulación de mínimos limitándose a elevar la cobertura a 100.000 euros por depositante.

Con la Directiva 2014/49/UE se opta ahora por una armonización de máximos con el fin de avanzar hacia la creación de un fondo de garantía de depósitos europeo. Se armoniza la cobertura, se fortalece las provisiones de fondos al SGD y se acorta el periodo de pago de la cobertura. La Directiva cumple con las exigencias de subsidiariedad y proporcionalidad dado que sus objetivos sólo pueden alcanzarse a nivel de la Unión Europea. Los Estados miembros dispusieron hasta el 3 de julio de 2015 para transponer a su Derecho interno la Directiva.⁵

La Directiva 2014/49/UE no es una mera modificación de la Directiva 94/19/CE. Es una refundición bajo nuevos principios. Los sistemas deben cubrir la garantía de depósitos ante la quiebra de un banco y deben asumir la función preventiva de financiar operaciones en las que bancos en dificultades sean objeto de resolución. En este sentido, cuando lo permita el ordenamiento nacional, los SGD podrán utilizar sus recursos financieros para “prevenir quiebras de entidades de crédito y evitar así los costes de reembolso a los depositantes y otras repercusiones negativas”,⁶ como el contagio de las dificultades y la pérdida de confianza en la actividad bancaria. Se admite la utilización de fondos de los sistemas de garantía de depósitos “para absorber las pérdidas que, de no ser así, habrían sufrido los depositantes garantizados o los acreedores discrecionalmente excluidos”.⁷ Está previsto que cuando una medida de resolución garantice que los depositantes vayan a seguir teniendo acceso a sus depósitos se exija al sistema de garantía de depósitos al que esté afiliada la entidad objeto de resolución que aporte una contribución “que no será superior al importe de las

compensation arrangements, including the creation of a European deposit insurance scheme for “systemically significant” bank and clarify the “lender of last resort” function. FIN-USE is of the view that, whether it is an EU-wide scheme or a regional specific scheme, there needs to be a watertight framework of cooperation and assistance between the respective central banks, regulators and schemes, especially when funding may not be sufficient to cover payout. FIN-USE was certainly not off-the-mark back then! (Disponible en: https://circabc.europa.eu/sd/a/622123b9-d243-43d1-88df-77d63321f5ce/76_EU_FIN-USE_en.pdf).

⁵ Hasta el 31 de mayo de 2016 para hacer efectivo el derecho al reembolso de subsistencia previsto en el art. 8.4.

⁶ Vid. Parágrafo 16 de la Directiva 2014/49/UE.

⁷ Parágrafo 55 del preámbulo de la Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (DOUE núm. 173, de 12 de junio de 2014).

pérdidas que hubieran tenido que soportar si la entidad hubiera sido liquidada con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios".⁸ Por esta razón, en los colegios de autoridades de resolución se deben integrar las autoridades responsables de la supervisión de los sistemas de garantía de depósitos que participen en la financiación de la resolución. No obstante, esta función de financiar la resolución carece de la necesaria coordinación. Se nota que la regulación de los sistemas de garantía de depósitos se ha desarrollado de forma paralela a la de la resolución de las entidades de crédito. Las referencias cruzadas no resuelven esta falta de coordinación. Este problema trata de resolverse en parte con la propuesta de creación de un sistema europeo de garantía de depósitos. Según esta propuesta el Consejo Único de Resolución administrará el Fondo Único de Resolución y el Fondo Europeo de Seguro de Depósitos "*de modo que se creen sinergias al combinar las responsabilidades en materia de resolución y de garantía de depósitos*".⁹ Hay que tener en cuenta que la financiación de los SGD de las operaciones de resolución bancaria se somete en todo caso a la normativa europea en materia de ayudas públicas.

Se mantiene el principio de cobertura por parte del sistema del domicilio social, de tal modo que los depositantes de las sucursales situadas en otros Estados miembros quedan protegidos por el sistema de origen de la entidad. La cobertura a través de SGD es una condición necesaria para captar depósitos en la Unión Europea. Cuando se trate de depósitos captados por sucursales de entidades residentes en Estados que no forman parte de la Unión Europea cada Estado miembro debe decidir la forma en que aplica la Directiva a dicha actividad.

Los Estados miembros deben garantizar que los SGD reconocidos en su territorio cuenten con los recursos y mecanismos necesarios para cumplir con sus obligaciones de reembolso de depósitos y de prevención de la insolvencia de las entidades afiliadas. La Directiva se aplica a los sistemas de garantía depósitos reconocidos por los Estados miembros y a las entidades afiliadas a los mismos. Cada Estado miembro debe implantar o reconocer al menos un sistema en su territorio. Respecto a su naturaleza, los sistemas pueden ser legales o contractuales. Entre los sistemas contractuales se puede reconocer a los sistemas institucionales de protección (SIP).¹⁰

⁸ Parágrafo 110 del preámbulo de la Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

⁹ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Hacia la culminación de la unión bancaria», Estrasburgo, 24.11.2015 COM(2015) 587 final, pág. 7.

¹⁰ Los SIP son sistemas creados por las entidades de crédito para garantizar su liquidez y solvencia, a fin de evitar la quiebra. Cfr. art. 113.7 del Reglamento UE 557/2013 (DOUE de 18 de

La Directiva completa la Unión Bancaria que facilita el acceso y ejercicio de la actividad bancaria bajo un mismo régimen de supervisión, resolución y seguro de depósitos en la Unión Europea. Pero no la culmina pues deja a los Estados miembros el establecimiento de sus propios SGD. Aunque el avance es significativo, lo cierto es que se mantienen los SGD estatales lo cual es un obstáculo para culminar la Unión Bancaria. Pero no hay que restarle importancia pues da un paso determinante hacia la creación de un sistema europeo de garantía de depósitos. De hecho, ya existen iniciativas en este sentido.¹¹ La Comunicación de 24 de noviembre de 2015 de la Comisión Europea propone la creación de un Sistema Europeo de Seguro de Depósitos (EDIS, en sus siglas en inglés). Se considera que el sector bancario ya tiene la solidez necesaria para afrontar esta reforma. Los sistemas nacionales son vulnerables a problemas locales y fragmentan el mercado. Hay un círculo vicioso entre los bancos y la deuda soberana que conviene romper mediante la creación de un sistema europeo para 2024. Según la propuesta de Reglamento se creará un Fondo europeo de seguro de depósito que sirva de seguro a los sistemas nacionales que se mantienen como parte de EDIS.¹² Esta propuesta prevé el establecimiento del EDIS en tres etapas: un sistema de reaseguro para los SGD nacionales participantes en un primer período de tres años; un sistema de coaseguro para los SGD nacionales participantes en un segundo período de cuatro años, y a continuación un seguro pleno para los SGD nacionales participantes en régimen permanente. Dicho sistema será gestionado por Consejo único de resolución y seguro de depósitos.

junio de 2013), al que remite la Directiva, que los configura como sistema que proteja a las entidades y, en particular, garantice su liquidez y solvencia, a fin de evitar la quiebra.

¹¹ La velocidad de la reforma ha sorprendido a la propia Comisión Europea. En el documento "Deposit Guarantee Schemes - Frequently Asked Questions", Bruselas, 15 abril 2014 afirmaba: "A pan-EU DGS is not currently under discussion. The text opens the way to a voluntary mechanism of mutual borrowing between the Deposit Guarantee Schemes from different EU countries. This is the only form of mutualisation foreseen at this stage"; para concluir que: "That said, the new Directive stipulates that 5 years after its entry into force, the Commission will submit a report, and, if appropriate, could put forward a new legislative proposal."

¹² Vid. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 806/2014 a fin de establecer un Sistema Europeo de Garantía de Depósitos, Estrasburgo, 24.11.2015, COM(2015) 586 final, 2015/0270 (COD), comentada por GROS, Daniel: "Completing the Banking Union: Deposit Insurance", *CEPS Policy Briefs*, No. 335, December 2015. La propuesta es fruto del seminal trabajo SCHOENMAKER, Dirk; GROS, Daniel: "A European Deposit Insurance and Resolution Fund - An Update", *CEPS Policy Brief*, No. 283, September 11, 2012 (disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2060137). Vid. También, SCHOENMAKER, Dirk; GROS, Daniel: "European Deposit Insurance and Resolution in the Banking Union", *Journal of Common Market Studies*, Vol. 52, Issue 3, May 2014, pp. 529-546; PAYNE, Jennifer: "The Reform of Deposit Guarantee Schemes in Europe", *European Company & Financial Law Review*, Vol. 12, Issue 4, November 2015, pp. 489-539. De algún modo lo que se pretende es que la experiencia de la FDIC sirva de modelo en la Unión Europea. En este sentido, vid. GORDON, Jeffrey N.; RINGE, Wolf-Georg: "Bank Resolution in the European Banking Union: A Transatlantic Perspective on What it Would Take", *Columbia Law Review*, vol. 115, No. 5, June 2015, pp. 1297-1369.

IV. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

Los Estados miembros deben determinar una autoridad administrativa competente para declarar la situación de insolvencia que constituye el presupuesto para ejecutar la garantía de depósitos. Además deben designar una autoridad encargada de supervisar el sistema de garantía de depósitos. También deben designar una autoridad que vigile la correcta coordinación de los SGD con la Comisión Europea y la Autoridad Bancaria Europea. Todas estas funciones pueden ser asumidas por una misma autoridad.

Hay una obligación de cooperación entre todas las autoridades que participan en la resolución y garantía de depósitos. Como dice el preámbulo de la Directiva: *“Deben cooperar desde una fase temprana en la elaboración y aplicación de las medidas de resolución con el fin de fijar un importe del que se hará responsable el SGD cuando se utilicen los recursos financieros para financiar la resolución de entidades de crédito”*.¹³ Con esta previsión se quiere determinar la suma máxima que puede llegar a aportar el SGD en caso de quiebra bancaria atendiendo a los compromisos asumidos con sus entidades afiliadas. Es un sistema solidario que cuenta con ciertos recursos destinados a reembolsos en caso de quiebra o a financiar operaciones de resolución que evitan la ejecución del seguro de depósitos. Pero ni el Estado ni las autoridades administrativas supervisoras responden frente a los depositantes en relación con el cumplimiento de las obligaciones de reembolso asumidas por los SGD. Su responsabilidad se limita a la creación y salvaguarda de los SGD que son los organismos que garantizan los depósitos.

V. FUNCIONES DEL SGD

Los sistemas de garantía de depósitos asumen dos funciones. La principal preventiva de la insolvencia de las entidades de crédito. La secundaria, aunque se presente como si fuera primaria, de seguro de depósitos.

1. Función preventiva

La principal función de los SGD es la prevención de las situaciones de dificultad financiera que puedan dar lugar a las retiradas masivas de depósitos con el peligro del contagio al sistema en su conjunto.¹⁴

¹³ Parágrafo 51.

¹⁴ No se entienden las reticencias al uso de los recursos del los SGD para financiar la resolución de entidades de crédito insolventes, manifestadas en la reunión del *Financial Services User Group* del 10-11 de febrero de 2014, hechas públicas por ADICAE, pues la mejor forma de proteger a los depositantes es una solución de la crisis del banco en el que tiene sus depósitos sin llegar a la

Los Estados miembros pueden autorizar a los SGD a utilizar sus recursos para financiar medidas alternativas con el fin de impedir la insolvencia de una entidad afiliada. Esta financiación se condiciona a que los costes de la medida no superen los que habría tenido que asumir el SGD en caso de hacerse efectiva la garantía de depósitos. También se condiciona a la organización interna del SGD para controlar estas financiaciones y a la colaboración de la entidad beneficiaria. El SGD debe tener capacidad suficiente para ofrecer este tipo de financiación y, a su vez, la entidad beneficiaria no debe verse afectada por un procedimiento de resolución.

La mera existencia del fondo y su conocimiento por la clientela depositante contribuye a prevenir las crisis bancarias. Por esta razón la directiva incluye la obligación de informar a los depositantes con el fin de que puedan identificar el SGD que sirve de cobertura a sus depósitos.

La Directiva regula la información precontractual que las entidades deben poner a disposición de los depositantes. Recoge en su primer anexo la ficha que debe utilizarse para informar antes de celebrar el contrato de depósito. En dicha ficha se informa de la cobertura y de las excepciones, del periodo de reembolso y del SGD al que está afiliada la entidad con sus datos de contacto. Es una información continua que se debe trasladar al cliente cada año con acuse de recibo. En los extractos de cuenta debe figurar si el producto contratado queda o no cubierto por el SGD. Las informaciones básicas se deben recoger además en la página web del SGD.

La afiliación al SGD no debe ser utilizada como argumento comercial para captar clientes. Por esta razón, la Directiva limita su utilización para fines publicitarios.

2. Función de garantía de depósitos

Con el fin de hacer efectiva la función de garantía de depósitos, la Directiva determina los «depósitos admisibles» y los «depósitos con cobertura».

Los «depósitos admisibles» son los no excluidos de la protección del SGD. Luego se admiten todos los no excluidos de forma expresa. Quedan excluidos los realizados por otras entidades financieras y los de entidades públicas.¹⁵ Esta exclusión se justifica por

ejecución de la garantía, en una operación breve, de fin de semana, si es necesario con los recursos del SGD. Lo que debe pedirse por los consumidores es control de la gobernanza de los SGD y una completa rendición de cuentas.

¹⁵ En los términos recogidos en el art. 5.1 de la Directiva, según el cual quedan excluidos los depósitos realizados por otras entidades de crédito en nombre y cuenta propios; los fondos propios; los depósitos derivados de operaciones en relación con las cuales haya habido una condena penal por blanqueo de capitales; los depósitos de las entidades financieras; los depósitos de las empresas de servicios de inversión; los depósitos de las empresas de seguros y de reaseguros; los depósitos de los organismos de inversión colectiva; los depósitos de los fondos de pensiones o jubilación; los depósitos de las autoridades públicas; los títulos de deuda emitidos por una entidad de crédito y las obligaciones derivadas de aceptaciones propias y pagarés.

su número reducido en relación con el resto de depositantes y por las facilidades de acceso al crédito. Tampoco se admite aquel depósito cuyo titular no haya sido identificado en el momento en que deja de estar disponible. Es un sistema que va más allá de la protección del consumidor. Se admiten todos los depósitos de particulares y empresas, lo cual indica que el ámbito de protección es más amplio que el de consumidor. Las empresas no financieras están cubiertas en igual medida que los consumidores. Se protege al cliente depositante, un concepto más amplio que el de consumidor, como mejor forma de reforzar la confianza en el sistema financiero. Se trata de cubrir al mayor número de depositantes con el menor coste posible manteniendo la confianza en el sistema bancario. La Comisión Europea considera que la inclusión de las pequeñas y medianas empresas es esencial para conseguir el objetivo de seguridad preventiva de los SGD al constituir el 98,7 % de las empresas que operan en la Unión Europea. A su vez, el coste de identificar al resto de las empresas no justifica su exclusión de la cobertura. Por esta razón recomendó *“cubrir a todas las empresas con independencia de su tamaño”*,¹⁶ criterio seguido por la Directiva. Sin embargo, la Comisión recomendó que todas las entidades públicas quedaran excluidas y sin embargo la Directiva admite, como excepción, los depósitos de las entidades locales con un presupuesto que no supere los 500.000 euros. Se admiten los productos de ahorro, incluidos los representados por certificados de depósito nominativos, es decir, emitidos a nombre de una persona concreta. También se admiten los depósitos de planes de pensiones.¹⁷

La Directiva considera «depósitos de cobertura» (para entendernos, «depósitos cubiertos por el SGD»), los depósitos admisibles que no superan el nivel de cobertura, fijado en 100.000 euros por depositante. Este límite “parece razonable” según dice el preámbulo de la Directiva. Puede serlo para un SGD único europeo, pero no contempla la diversidad de sistemas bancarios nacionales. Prima la búsqueda de una Unión Bancaria con unas mismas reglas sacrificando la diversidad. El objetivo es lanzar un mensaje claro del alcance de la protección y del riesgo de mantener depósitos no cubiertos, en aras a la estabilidad del sistema y la confianza de los depositantes. Con la nueva Directiva se establece en la toda la Unión Europea un mismo nivel de protección con independencia del lugar en que se haya constituido el depósito. No obstante hay una

¹⁶ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Revisión de la Directiva 94/19/CE relativa a los sistemas de garantía de depósitos*, Bruselas, 12.7.2010, COM(2010)369 final, pág. 4.

¹⁷ Vid. Art. 5.2.b) de la Directiva.

excepción temporal según la cual se permite a los Estados miembros mantener una cobertura superior hasta el 31 de diciembre de 2018.¹⁸

Se protegen hasta el límite de 100.000 euros por depositante, no por depósito. El límite se aplica a los depósitos agregados en una misma entidad de crédito en toda la Unión Europea, con independencia de que estén en distintas cuentas o monedas. La Comisión Europea queda delegada para adaptar a la inflación el nivel de cobertura.

Se cubre a todos los depositantes que puedan quedar identificados. Por esta razón tiene especial relevancia la identificación de los depositantes que quedan cubiertos por la garantía. Debe ser una tarea previa, bajo supervisión administrativa, pues de este dato depende la cobertura total a efectos del cálculo de las aportaciones. Además, la correcta identificación de los depositantes sujetos a la cobertura facilitará cumplir los cortos plazos de reembolso en caso de ejecución de la garantía.

El SGD cubre el *“total de los depósitos agregados en una misma entidad de crédito, con independencia del número de depósitos, la moneda y la localización en la Unión”*. El saldo de las cuentas colectivas se divide entre los titulares tomando en consideración la parte correspondiente para calcular el límite indemnizable por cada depositante. Hay que tener en cuenta que la garantía protege al beneficiario legal, es decir, a quien tenga la propiedad de los fondos depositados pero afectos al reembolso del SGD, *“siempre que este haya sido identificado o sea identificable”*. Desde la perspectiva temporal, se protegen los depósitos constituidos antes de que se haga efectiva la resolución judicial o administrativa que da lugar a la ejecución de la garantía.

Por lo demás, la Directiva incluye como medida social que determinados depósitos procedentes de la venta de la vivienda o vinculados a la vida personal del cliente, tales como el matrimonio, el divorcio, la jubilación, el despido, la invalidez o el fallecimiento, queden cubiertos durante un plazo desde su abono.¹⁹

VI. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA

El presupuesto para ejecutar la garantía es la insolvencia entendida como imposibilidad de disponer del dinero depositado. La insolvencia debe ser declarada. La Directiva deja a los estados determinar la autoridad judicial o administrativa que debe declarar la falta de disponibilidad de los depósitos. Los reembolsos tendrán lugar en euros o en otra moneda en los términos recogidos en el artículo 6.4 de la Directiva

¹⁸ En concreto, los Estados miembros que a 1 de enero de 2008 proporcionaban un nivel de cobertura de entre 100.000 y 300.000 euros pueden volver a aplicar dicha cobertura hasta el 31 de diciembre de 2018 (*vid.* art. 19.4 de la Directiva).

¹⁹ *Vid.* art. 6.2 de la Directiva.

informando al cliente de la moneda de pago. Efectuado el reembolso el SGD se subroga en la posición de acreedor frente a la entidad insolvente.

El reembolso debe ser inmediato para que el SGD cumpla su función preventiva preservando la confianza en el sistema al evitar el contagio de la crisis. Por esta razón la Directiva acorta los plazos de reembolso al fijar siete días laborables para que el importe este disponible por el beneficiario. No obstante se establece un amplio periodo transitorio, permitiendo a los Estados miembros fijar plazo de reembolso de 20 días laborables hasta el 31 de diciembre de 2018, de 15 hasta el 31 de diciembre de 2020 y de 10 hasta el 31 de diciembre de 2023.

Se permite la compensación entre las deudas del cliente y el crédito de la entidad en concepto de depósito, sin que dicha compensación pueda servir para cuestionar el reembolso en plazo de la cobertura.

Hay otra medida social que la Directiva incluye aunque fue desaconsejada por la Comisión Europea. Durante el periodo transitorio, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2023, cuando el SGD no pueda restituir el importe en el plazo de 7 días laborables, debe garantizar el reembolso de un importe adecuado para cubrir el sustento del beneficiario en el plazo de 5 días. La Comisión consideró que este reembolso de emergencia, de parte de la cobertura, podía ser mal interpretado y provocar una situación de pánico. Mejor habría sido acortar el periodo transitorio, asegurando a los beneficiarios el pago inmediato de su indemnización.

El reembolso de los depósitos en sucursales en otros Estados miembros tendrá lugar a través del SGD del Estado miembro en que esté abierta la sucursal. Para evitar conflictos la Directiva condiciona el reembolso a la previa recepción de los fondos del SGD del Estado de origen de la entidad. Para no perjudicar a los depositantes y a la confianza en el sistema se recomienda la celebración de acuerdos de coordinación para facilitar los reembolsos.

VII. FINANCIACIÓN DEL SGD

La Directiva regula con detalle el régimen financiero de los SGD. Hay dos principios en materia de financiación. La financiación de los SGD corresponde a sus entidades afiliadas, de un lado, y los recursos disponibles deben ser proporcionales a sus deudas, de otro.

Los recursos del SGD proceden de las aportaciones de sus entidades afiliadas. Tras un análisis coste beneficio se considera que *“el coste de participación en un sistema de garantía no es en absoluto comparable al que ocasionaría una retirada masiva de depósitos, no solo de una entidad con dificultades sino también de entidades saneadas,*

a raíz de una pérdida de confianza de los depositantes en la solidez del sistema bancario”.²⁰

Se fija para las aportaciones un nivel objetivo del 0,8 % de los depósitos cubiertos, aunque con un amplio periodo transitorio. Los Estados garantizan que, a más tardar el 3 de julio de 2024, los recursos financieros alcancen como mínimo el nivel objetivo fijado en la Directiva. Por lo demás, el ritmo de las aportaciones se flexibiliza con el fin de no perjudicar la solvencia de las entidades ni agravar las consecuencias de los ciclos económicos. Los recursos del SGD incluyen los compromisos financieros de sus entidades afiliadas aunque con ciertos límites, pues estos compromisos no pueden exceder del 30 % del total. De conformidad con la Directiva, la Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés) ha emitido una guía sobre los compromisos de pago.²¹

La Directiva contempla la concentración bancaria como una realidad que condiciona todo el sistema de garantía de depósitos. Se parte de que hay bancos demasiado grandes para caer (*too big to fail*). Según el preámbulo de la Directiva “*las entidades de crédito pueden operar en un mercado muy concentrado, en el que el tamaño y grado de interconexión de la mayoría de las entidades de crédito sea tal que haría improbable que pudieran liquidarse conforme a los procedimientos de insolvencia ordinarios sin poner en peligro la estabilidad financiera, por lo que sería más probable que estuviesen sujetas a procedimientos de resolución ordenados*”.²² Estas entidades tienen el privilegio de ser rescatadas de la quiebra. Esta premisa le sirve a la Directiva para justificar que los Estados miembros con alta concentración bancaria, en los que es improbable que una parte significativa de los recursos del SGD vaya a utilizarse en reembolsos a los depositantes, vean reducido el nivel objetivo de recursos del SGD al 0,5% de los depósitos de cobertura.²³

Se puede recurrir a aportaciones extraordinarias de las entidades afiliadas y a mecanismos de financiación alternativa. Las aportaciones no tienen que ser necesariamente en efectivo. Pueden incluir efectivo, depósitos, compromisos de pago y activos de bajo riesgo.

²⁰ Parágrafo 33 del Preámbulo de la Directiva.

²¹ EBA, *Guidelines on payment commitments under Directive 2014/49/EU on deposit guarantee schemes*, EBA/GL/2015/09, 28 mayo de 2015.

²² Parágrafo 28.

²³ Vid. Art. 10.6 de la Directiva. Es una excepción ad hoc que beneficia a Francia y distorsiona la competencia en la Unión Bancaria. Vid. COLAERT, Veerle: “Deposit Guarantee Schemes in Europe: Is the Banking Union in need of a third pillar?”, *European Company and Financial Law Review*, vol. 12, issue 3, 2015, pp. 372-424 (disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2576309), nota 122.

Las aportaciones pueden llegar a comprometer la solvencia de las entidades afiliadas sobre todo en periodos de crisis en los que con mayor frecuencia se hace uso de los recursos de los SGD. Por esta razón las aportaciones se pueden atemperar teniendo en cuenta el ciclo económico.

Es lo cierto que los SGD crean una solidaridad de plaza pues unas entidades cubren a otras en caso de dificultades. Además la posición financiera de los SGD se refuerza con la posibilidad de acudir a préstamos de otros SGD. Es un sistema de préstamos mutuos entre SGD que prepara el terreno para evolucionar hacia un SGD único en la Unión Europea.²⁴ Estos préstamos se rodean de ciertas cautelas, por ejemplo que el total prestado no exceda del 0.5 % de los depósitos cubiertos por el SGD prestatario y que tenga un plazo máximo de reembolso de cinco años.

Las aportaciones se calculan atendiendo a los depósitos cubiertos y al grado de riesgo que la entidad afronta conforme a su modelo de negocio. Como dice la Directiva: *“El cálculo de las aportaciones será proporcional al riesgo de los miembros y tendrá en cuenta adecuadamente el perfil de riesgo de los distintos modelos empresariales.”* De tal modo que las aportaciones se reducen cuando el modelo de negocio es de bajo riesgo.²⁵ Los Estados miembros pueden acordar que los miembros de SIP efectúen aportaciones de menor cuantía.

De conformidad con la Directiva, EBA ha aprobado las directrices sobre los métodos de cálculo de las aportaciones que deberán ser utilizados por los SGD.²⁶ Dichas directrices sirven de incentivo para evitar los modelos de negocio más arriesgados. Deben velar por una concurrencia leal entre las entidades afiliadas y por una adecuada protección de los depositantes. ABE actúa como comisión de dirimencias ante los conflictos que puedan plantearse entre los Estados miembros.

²⁴ EBA está elaborando una guía sobre colaboración entre SGD. *Vid. Draft guidelines on cooperation agreements between deposit guarantee schemes under Directive 2014/49/EU*, EBA/CP/2015/13, 29 julio 2015.

²⁵ Con el fin de evitar el riesgo moral, la selección adversa y el subsidio cruzado, con antelación a la crisis se propuso desde el sector de las cajas de ahorros aplicar *“un sistema de primas variables que tenga en cuenta no solo el volumen de depósitos garantizados sino también la probabilidad de que el Fondo de Garantía tenga que intervenir, lo que implicaría medir correctamente el riesgo de cada entidad”* (en FAINÉ CASAS, Isidro: *“La evolución del sistema bancario español desde la perspectiva de los Fondos de Garantía de Depósitos”*, *Estabilidad Financiera*, núm. 8, Banco de España, mayo 2005, pp. 107-126, p. 125). Criterio compartido por la consultora Oliver Wyman para quien *“la utilización de las medidas de riesgo puede permitir evaluar mejor las necesidades de patrimonio y los niveles de solvencia del fondo, permitiendo a su vez alinear mejor las primas de contribución de las entidades con su riesgo efectivo y facilitando así una mayor disciplina de mercado”* (en CAMPOS, Pablo; YAGÜE, Miguel e CHINCHETRU, Iker: *“Un nuevo marco de seguro de depósitos para España”*, *Estabilidad Financiera*, núm. 12, Banco de España, mayo 2007, pp. 93-110, p. 95).

²⁶ EBA, *Guidelines on methods for calculating contributions to deposit guarantee schemes*, EBA/GL/2015/10, 28 de mayo de 2015.

Los recursos de los SGD sólo se pueden invertir en activos de bajo riesgo con la liquidez suficiente para poder disponer de ellos en caso de necesidad.

VIII. PLAZO DE REEMBOLSO

Los SGD surgen para proteger la confianza de los depositantes en las entidades bancarias. Dicha confianza queda cuestionada en caso de quiebra de un banco por el riesgo que crea de pérdida de los depósitos. Los SGD lanzan el mensaje de que los depósitos hasta 100.000 euros están siempre seguros y disponibles. De conformidad con este mensaje, para que la confianza en el sistema bancario no se vea lesionada, es necesario garantizar de forma inmediata la libre disposición de los depósitos cubiertos en caso de insolvencia del banco. Por esta razón la Directiva fija a los SGD un plazo muy corto, de siete días laborables, para hacer efectivo el reembolso. Tan corto, que la mayor parte de los SGD existentes en la Unión Europea no están preparados para cumplirlo. Lo cual ha aconsejado dar un largo plazo transitorio para la exigibilidad de este plazo. De tal modo que se fija un plazo máximo de reembolso de 20 días laborables hasta el 31 de diciembre de 2018, de 15 días laborables, a partir del 1 de enero de 2019 y hasta el 31 de diciembre de 2020; y de 10 días laborables, a partir del 1 de enero de 2021 y hasta el 31 de diciembre de 2023, fecha en que finaliza el periodo transitorio.

Como es lógico, no se aplica el plazo de reembolso ante a la imposibilidad de determinar el importe del depósito o los derechos del depositante, por ejemplo, cuando el depositante no sea el beneficiario real de la suma depositada o si el depósito es objeto de un procedimiento judicial.

IX. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA

La Directiva ha sido incorporada al Derecho interno español por la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que modifica a estos efectos el Real Decreto-Ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, y por el Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 11/2015, y por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito. Las bases de cálculo de las aportaciones al Fondo han sido aprobadas por circular del Banco de España.²⁷

²⁷ Vid. Circular 8/2015, de 18 de diciembre, del Banco de España, a las entidades y sucursales adscritas al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, sobre información para determinar las bases de cálculo de las aportaciones al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2015).

Con esta transposición el Fondo de Garantía de Depósitos amplía sus funciones preventivas y vuelve a tener la pluralidad de objetivos que tenía en su origen.

Los fondos de garantía de depósitos, nacidos en 1977, se desarrollan como organismos gestores de las crisis bancarias. Sin embargo, la peculiar forma en que se ha gestionado la crisis de las cajas de ahorros desplaza al FROB la función preventiva y de gestión de las crisis, circunscribiendo la función del unificado Fondo de Garantía de Depósitos a la pura función de cobertura de los depósitos.²⁸ Con la transposición de la Directiva, el Fondo de Garantía de Depósitos recobra su función más característica de prevenir las insolvencias bancarias, como mejor forma de proteger la confianza en la banca y de minimizar el coste de las crisis.²⁹

En cuanto a los recursos que deben ser aportados al Fondo se establece un nivel objetivo del 0,8 por ciento del importe de los depósitos garantizados, aunque se habilita al Fondo para solicitar la reducción al 0,5 por ciento atendiendo a la escasa probabilidad de que una parte significativa de los recursos se utilicen para medidas de protección de los depositantes distintas de procedimientos de resolución o a la baja probabilidad de que las entidades de crédito se vean sujetas a procedimientos de resolución en caso de quiebra debido al alto grado de concentración del sector bancario y al gran volumen de los activos de las principales entidades. Es decir, se deja vía libre a solicitar el privilegio que la Directiva otorga a la gran banca, dado el nivel creciente de concentración del sistema bancario español.

El Fondo español debe cooperar con los SGD de otros países al objeto de organizar el pago de los importes garantizados. Los acuerdos que alcance con SGD de otros Estados miembros de la Unión Europea los debe comunicar a EBA, de quien podrá solicitar asistencia técnica.

La garantía de 100.000 euros se aplica “por depositante, sea persona natural o jurídica y cualesquiera que sean el número y clase de depósitos de efectivo en que figure como titular en la misma entidad”. El reembolso se debe satisfacer cuando se tenga judicialmente por solicitada la declaración en concurso de acreedores o cuando, habiéndose producido impago de depósitos vencidos y exigibles, el Banco de España

²⁸ Cfr. Disposición final octava, apartado 2, del Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE núm. 210, de 31 de agosto de 2012), que da nueva redacción al art. 4 del Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (BOE núm. 249, de 15 de octubre de 2011), suprimiendo de sus funciones las de “refuerzo de la solvencia y funcionamiento de las entidades de crédito”, aunque mantenía la función de refuerzo de la solvencia y funcionamiento de las entidades de crédito de su título III.

²⁹ La norma de transposición no modifica el art. 4 del Real Decreto-ley 16/2011, sobre función del FGD, pero da nueva redacción al art. 11 en el que incluye como función propia del FGD el apoyo a la resolución de las entidades de crédito, incluyendo, al margen de la resolución, la utilización de sus recursos “para impedir la liquidación de una entidad de crédito”.

determine que la entidad de crédito “se encuentra en la imposibilidad de restituirlos y no parece tener perspectivas de poder hacerlo en un futuro inmediato”. El Banco de España, oída la comisión gestora del Fondo y tras haber dado audiencia a la entidad, debe resolver dentro de los cinco días hábiles siguientes a haber comprobado que la entidad no ha logrado restituir depósitos vencidos y exigibles.

En el ejercicio de su función preventiva, cuando la situación de una entidad de crédito haga previsible que el Fondo quede obligado al pago, podrá adoptar medidas preventivas y de saneamiento con objeto de impedir la liquidación de la entidad. Estas medidas comprenden la concesión de ayudas a fondo perdido, la concesión de garantías, la adquisición de activos dañados o no rentables o la suscripción de ampliaciones de capital.

X. REFLEXIONES FINALES

La seguridad jurídica de los depositantes y entidades de crédito se vería reforzada con la creación de un sistema europeo de garantía de depósitos. Los depósitos bancarios en la Unión Europea gozarían de la misma protección con independencia del Estado miembro en el que se hubieren constituido. Con la creación de un sistema europeo de garantía de depósitos se completaría la Unión Bancaria. Los mecanismos de supervisión y resolución bancaria tienen su complemento natural en un sistema de garantía de depósitos que permita una adecuada gestión de las crisis de las entidades de crédito.

La Directiva 2014/49/UE sienta las bases para avanzar hacia la constitución de un sistema europeo de garantía de depósitos. Es una directiva de armonización máxima. Pero la presión política ejercida por algunos Estados miembros ha impedido avanzar más. El grado de concentración bancaria es muy diverso. Los Estados con mayor grado de concentración bancaria con bancos sistémicos demasiado grandes para caer, como Francia, se benefician de una ventaja competitiva. Por razones políticas y económicas la regulación protege a la gran banca que en caso de crisis va a ser rescatada, sin necesidad de hacer efectivo el seguro de depósitos. Para la gran banca el seguro de depósitos es un residuo inútil que sólo les genera el coste de las aportaciones. No tiene ningún interés en desarrollar un sistema europeo que reduzca su privilegio. Otros como Alemania se muestran reacios a crear un sistema mutuo que les obligue a pagar los platos rotos. No obstante, conforme a la mejor doctrina, ya existe una propuesta de Reglamento destinada a crear un Sistema Europeo de Seguro de Depósitos.