

Título: Expropiación legislativa *versus* confiscación regulatoria. Una distinción con ocasión de los procedimientos de resolución de entidades de crédito.

Autor: José Zapata Sevilla¹

Descripción:

En el ordenamiento jurídico español, el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad como un derecho cuyo contenido esencial resulta indisponible para el legislador implica que los poderes públicos no pueden privarles de ella sin que exista una causa de utilidad pública o interés social y una justa compensación. Toda privación o expropiación que tenga lugar sin la concurrencia de estos elementos se reputa una lesión del derecho de propiedad. Por este motivo, cuando nos enfrentamos a algo que, *prima facie*, pueda considerarse una lesión del derecho de propiedad, surge la cuestión de si falta el presupuesto causal o habilitante de la expropiación, bien la justa indemnización, bien ambos elementos.

Tiene sentido que los motivos de impugnación de determinadas operaciones de resolución de entidades de crédito llevadas a cabo por las autoridades de resolución (Junta Única de Resolución-JUR- y Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria- FROB-) consistentes en la transgresión del derecho de propiedad se basen por parte de los afectados en el entendimiento de que dichas operaciones consisten en una expropiación forzosa sin justa compensación.

Por su parte, las autoridades de resolución sostienen que los actos que adoptan únicamente constituyen una delimitación del valor de los derechos de los interesados, por lo que la amortización, conversión y transmisión forzosa de estos a terceros no requeriría ser indemnizada. En el esquema de garantías de los derechos de los particulares que ha trazado la normativa de resolución, tanto la propia del denominado Mecanismo Único de Resolución (MUR) como la Directiva cuya transposición condiciona las normativas nacionales, se establecen valoraciones de los derechos de los titulares cuyo objeto es justificar que, en un escenario de liquidación sin ayudas de Estado, el valor de los derechos es negativo; por este motivo, no procedería en este escenario compensación a los interesados al producirse una simple delimitación de derechos.

Ahora bien, considero que la disyuntiva entre considerar a las operaciones de resolución bancaria, bien como una simple delimitación de los derechos de los titulares de las inversiones en las entidades, bien una expropiación sin compensación, resulta incompleta dada la peculiaridad del ámbito económico en el que se desenvuelven estas operaciones de resolución bancaria. De ahí que plantee considerar una tercera figura sustitutiva de la expropiación forzosa, en cuanto que igualmente entraña una lesión del derecho de propiedad de los afectados que resulta más adecuada: la confiscación regulatoria.

El punto de partida de dicha teoría es coincidente con el de la expropiación forzosa, si bien es cierto que se encuentra en el ordenamiento jurídico de EE.UU, se trata de la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. Esta disposición constitucional prohíbe las apropiaciones de los derechos de propiedad de los particulares

¹ Departamento de Derecho Público (Universidad de Málaga). Proyecto de Tesis Doctoral “Un nuevo marco regulatorio para la digitalización del sector financiero: fintechs y criptomonedas”.

por parte de los poderes públicos para un uso de interés público sin justa compensación, al igual que ocurre en el artículo 33 de la Constitución Española de 1978. No obstante, y a diferencia de los juristas de nuestro país y entorno, los operadores jurídicos de EE.UU, a la hora de valorar las intervenciones que los poderes públicos realizan sobre los derechos de los particulares, distinguen entre las apropiaciones físicas (que vendría a coincidir con el concepto de expropiación como privación singular de bienes y derechos consagrado en nuestra Ley de Expropiación Forzosa) y las apropiaciones o “confiscaciones” de orden regulatorio, en ambos casos acordadas por los poderes públicos.

La confiscación regulatoria no se contemplaría como tal en nuestro derecho positivo sino que los supuestos que se subsumirían bajo este concepto en EE.UU., se reconducirían a la figura, sin mayor distingo, de expropiación. Con la finalidad de conseguir un régimen jurídico garantista en lo concerniente a las actuaciones del Poder Público sobre los derechos de propiedad de los particulares, considero oportuno explorar una figura que pueda captar en mayor medida los extremos que deben tenerse en cuenta para enjuiciar si determinada intervención es legítima, por suponer una delimitación de derechos o imposición de cargas que el particular tiene el deber de soportar o, en cambio, supone una transgresión de los derechos de propiedad de los particulares. En este sentido, no parto de que la teoría de la confiscación regulatoria dé respuesta en exclusiva a la cuestión de si determinadas operaciones de resolución de entidades de crédito son jurídicamente inadmisibles por desconocer el derecho de propiedad de los interesados, si bien, en última instancia, abogaría por la toma en consideración de esta doctrina en cuanto que hay elementos de ella que pueden resultar útiles para el diseño de un marco jurídico más garantista y, por tanto, menos afectado por las impugnaciones de los interesados.

Un elemento a tener en cuenta en este trabajo será el papel de las ayudas de Estado en los procedimientos de resolución bancarios, pues la posibilidad de recurrir a estos y en qué condiciones, determina en última instancia el tratamiento legislativo de los derechos de los particulares. Por este motivo, se hace mención al criterio sentado por la Comunicación Bancaria de 2013 y se relaciona este criterio normativo con la teoría de la confiscación regulatoria.

A efectos dialécticos, se toma como ejemplo, como caso al que aplicar la teoría de la confiscación regulatoria, la Decisión de 7 de junio de 2017, acordada por la JUR en el marco de la resolución del grupo de sociedades del Banco Popular, S.A., por la que se procede a la amortización de las acciones y conversión de la deuda híbrida en acciones que, posteriormente, se transmitirían por la propia Decisión de resolución a la entidad adquirente.

Por último, tras analizar someramente la adecuación de la figura de la confiscación regulatoria a los procedimientos de resolución bancaria en general, mediante la referencia al caso particular del Banco Popular, se planteará la incorporación de alguno de sus elementos al régimen jurídico de la resolución bancaria conforme a nuestra propuesta de *lege ferenda* de modificación del criterio del *bail-in* (recapitalización de la entidad de crédito a costa de los derechos de los inversores de la entidad, acordada en virtud de un procedimiento administrativo que adolece de la falta de garantías administrativas generales) como condición previa a la inyección de ayudas de Estado por un juicio de

proporcionalidad que pondere en el caso concreto la aplicación de los principios de protección de los fondos públicos y de protección de los derechos de propiedad de los particulares.