



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

Le crisi bancarie:
risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma
alla luce dell'esperienza spagnola e italiana

Crisis bancarias:
resolución, liquidación y perspectivas de reforma
a la luz de la experiencia española e italiana

Atti del convegno
Banca d'Italia, Roma, 21 ottobre 2022

Raccolta degli scritti a cura di Olina Capolino

aprile 2023

numero

95



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive
di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana

Crisis bancarias: resolución, liquidación y perspectivas
de reforma a la luz de la experiencia española e italiana

Atti del convegno

Banca d'Italia, Roma, 21 ottobre 2022

Raccolta degli scritti a cura di Olina Capolino

Numero 95 – aprile 2023

The series “Quaderni di Ricerca Giuridica”, edited by the Legal Services Directorate, publishes the studies conducted by the Bank of Italy’s lawyers or by internal and external experts.

The series is focused on legal matters of specific interest to the Bank.

The research papers are selected by an editorial committee which assesses originality, clarity, reasoning consistency, completeness of the information provided.

The opinions expressed and conclusions drawn are those of the authors and do not necessarily reflect the views of the Bank of Italy.

Editorial Board:

MARINO PERASSI, STEFANIA CECI, GIUSEPPE LEONARDO CARRIERO, RAFFAELE D’AMBROSIO, MARIA PATRIZIA DE TROIA, PIERA COPPOTELLI, MONICA MARCUCCI, VINCENZA PROFETA

Editorial Assistants:

BEATRICE SCRIMA, MARIA ELISABETTA RIZZICA

ISSN: 0394-3097 (print)

ISSN: 2281-4779 (online)

Printed by the Printing and Publishing Division of the Bank of Italy

SOMMARIO

OLINA CAPOLINO – Introduzione	5
IGNAZIO VISCO – Indirizzo di saluto del Governatore della Banca d'Italia	9
MARCO LAMANDINI – Apertura della sessione antimeridiana	17
LUCÍA ARRANZ ALONSO – Consideraciones sobre el marco español de gestión de crisis, resolución y liquidación de entidades de crédito	23
1. <i>Introducción</i>	25
2. <i>La normativa española de recuperación y resolución de entidades de crédito</i>	26
3. <i>El papel de FGD español en las crisis bancarias</i>	30
4. <i>El papel del Banco de España como prestamista de última instancia en la gestión de crisis bancarias</i>	34
5. <i>El procedimiento español de liquidación concursal de entidades de crédito</i>	36
6. <i>Conclusión</i>	42
OLINA CAPOLINO – Prevenzione e gestione delle crisi bancarie nell'ordinamento italiano	43
1. <i>Introduzione</i>	45
2. <i>La prevenzione delle crisi</i>	48
3. <i>Una parentesi sulla giurisprudenza nazionale ed europea</i>	49
4. <i>La gestione delle crisi irreversibili</i>	52
5. <i>La liquidazione coatta amministrativa</i>	55
6. <i>La crisi delle banche piccole e medie nel quadro europeo della risoluzione</i>	57
7. <i>Prospettive future</i>	61
ENZO SERATA – Risoluzione e liquidazione in Italia: esperienze recenti	65
1. <i>Introduzione</i>	67
2. <i>I casi di crisi</i>	68
2.1 <i>La risoluzione di quattro less significant institutions (LSIs)</i>	68
2.2 <i>Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca</i>	70
2.3 <i>Monte dei Paschi di Siena</i>	72
2.4 <i>Banca Carige</i>	72
2.5 <i>Banca Popolare di Bari</i>	74
2.6 <i>Aigis Banca</i>	74
3. <i>Conclusioni e prospettive di riforma</i>	75

JOSÉ LUIS COLINO MEDIAVILLA – El régimen de la inviabilidad bancaria en la unión europea: cuestiones clave y expectativas de reforma.....	79
1. <i>Introducción</i>	<i>81</i>
2. <i>Aumento del ámbito de aplicación del procedimiento de resolución mediante la valoración del interés público, mantenimiento de la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia minimizando su armonización y simultáneo establecimiento de un régimen administrativo de liquidación ordenada a nivel europeo y nacional.....</i>	<i>84</i>
3. <i>La financiación de la solución de la crisis.....</i>	<i>92</i>
3.1 <i>Uso de los fondos de garantía de depósitos nacionales para financiar la transmisión del negocio o de activos y pasivos preservando el acceso a los depósitos y test del menor coste.....</i>	<i>92</i>
3.2 <i>Calibración del requisito mínimo de fondos propios y pasivos elegibles, acceso al fondo de resolución y uso de fondos de los contribuyentes en la liquidación ordenada en el procedimiento nacional de insolvencia.....</i>	<i>93</i>
4. <i>Elementos a armonizar en la regulación nacional de la liquidación en el procedimiento de insolvencia para asegurar su coherencia con el régimen administrativo de gestión de la crisis y garantía de depósitos</i>	<i>98</i>
5. <i>Esquema holístico y pronóstico sobre el cumplimiento de objetivos.....</i>	<i>100</i>
MARCELLO CLARICH – Presupposti per la risoluzione e interesse pubblico nella gestione delle crisi bancarie	105
1. <i>Premessa sulla nozione di interesse pubblico.....</i>	<i>107</i>
2. <i>Il quadro normativo europeo</i>	<i>109</i>
3. <i>La definizione di interesse pubblico</i>	<i>111</i>
4. <i>I momenti della valutazione</i>	<i>113</i>
5. <i>I soggetti e il coordinamento.....</i>	<i>115</i>
6. <i>Criticità e proposte.....</i>	<i>117</i>
IGNACIO TIRADO, MYRTE THIJSSSEN – Unidroit’s Project on Bank Insolvency: how to deal with the failure of small- and medium-sized banks.....	123
1. <i>Introduction.....</i>	<i>125</i>
2. <i>Origin of Unidroit’s Project on Bank Insolvency</i>	<i>125</i>
3. <i>Working Group on Bank Insolvency and methodology.....</i>	<i>128</i>
4. <i>The future instrument</i>	<i>129</i>
4.1 <i>Format.....</i>	<i>130</i>
4.2 <i>Scope</i>	<i>130</i>
4.3 <i>Frameworks for bank failure management</i>	<i>131</i>
4.4 <i>Institutional arrangements</i>	<i>132</i>
4.5 <i>Tools and funding.....</i>	<i>133</i>
4.6 <i>Other subtopics (by way of example).....</i>	<i>134</i>
5. <i>Concluding remarks</i>	<i>135</i>
<i>Annex – Participants in the Working Group of Bank Insolvency</i>	<i>136</i>

INTRODUZIONE

Olina Capolino

Il *Quaderno* raccoglie la maggior parte delle relazioni presentate al convegno sul tema “*Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell’esperienza spagnola e italiana*”, tenutosi presso la Banca d’Italia nell’ottobre 2022.

L’esigenza di esaminare le problematiche giuridiche emerse dalla prassi applicativa degli ordinamenti italiano e spagnolo, nella prospettiva delle riforme del quadro normativo europeo recentemente ipotizzate, è stata avvertita in primo luogo perché l’attuale disciplina della gestione delle crisi bancarie lascia ancora aperti dubbi interpretativi, sui quali la giurisprudenza europea ha avuto sin qui poche occasioni di pronunciarsi, anche se importanti statuizioni sono intervenute con le recenti sentenze riguardanti la risoluzione del Banco Popular Español¹.

L’idea di organizzare un convegno che analizzasse in parallelo le esperienze e le prospettive dei due Paesi è scaturita inoltre dalla consapevolezza che, accanto al confronto costante in sede europea, sia anche opportuno approfondire, in un’ottica di diritto comparato, lo studio dei rispettivi ordinamenti nazionali, che conservano importanti funzioni anche nel quadro attuale, soprattutto nella gestione delle crisi delle banche piccole e medie. L’interesse comune per le tematiche in questione era stato del resto alla base, ben prima dell’organizzazione del convegno, di numerosi contatti tra l’avvocatura della Banca d’Italia e quelle del Banco de España e del Frob, nonché di una visita di studio in Spagna di un giovane avvocato della Banca d’Italia.

L’ordinamento spagnolo rappresenta un osservatorio privilegiato per l’analisi delle problematiche giuridiche relative alla risoluzione, considerata l’esperienza maturata con l’introduzione anticipata di strumenti poi adottati a livello europeo con la *Bank Recovery and Resolution Directive*. Al tempo stesso in Spagna si guarda con interesse alla liquidazione coatta amministrativa, applicabile alle banche italiane in luogo dell’ordinaria liquidazione giudiziale. A questo istituto è possibile fare ricorso sia per liquidare le *residual entities*, affiancando così gli strumenti di risoluzione, sia per gestire le crisi delle banche di dimensioni minori, per le quali il *Single Resolution Board* non rinviene l’interesse pubblico necessario per la risoluzione e nei cui confronti sarebbero comunque difficilmente applicabili le complesse regole previste per quest’ultima. Si tratta di argomenti attualmente discussi e approfonditi in numerose sedi, e rispetto ai quali è prevista la presentazione da parte della Commissione europea di una proposta per la revisione dell’attuale quadro legislativo.

Alcuni casi di crisi bancarie manifestatisi nell’imminenza della pubblicazione di questo *Quaderno* confermano poi come l’abbandono di criteri rigidi e il ricorso a forme di intervento pubblico siano sempre necessari – sia nel nuovo che nel vecchio continente – quando occorre proteggere i depositi (anche non garantiti) per prevenire il manifestarsi di rischi sistemici. In questo scenario, una

¹ Tribunale UE, 1° giugno 2022, cause T-481/17, *Fundación Tatiana Pérez de Guzmán*, T-510/17, *Del Valle Ruiz*, T-523/17, *Eleveté Invest Group*, T-570/17, *Algebris (UK)* e *Anchorage Capital Group* e T-628/17, *Aeris Invest*.

approfondita riflessione sugli strumenti previsti dall'attuale disciplina europea risulta quanto mai opportuna.

Il convegno italo-spagnolo dell'ottobre 2022 è stato introdotto da un intervento del Governatore Ignazio Visco, ben più incisivo di un semplice indirizzo di salute, e si è articolato in due sessioni: la prima (i cui lavori sono stati coordinati dal prof. Marco Lamandini dell'Università di Bologna) ha visto coinvolte le strutture delle rispettive autorità nazionali (in particolare con gli interventi, qui riprodotti, di Lucia Arranz Alonso, Directora de la Asesoría Jurídica del Banco de España, di Olina Capolino, Avvocata Capo della Banca d'Italia e di Enzo Serata, Capo dell'Unità di Risoluzione e Gestione delle Crisi della Banca d'Italia) e ha preso in esame le misure di prevenzione e gestione delle crisi bancarie nell'ordinamento spagnolo e in quello italiano, l'analisi delle esperienze recenti e le ipotesi di riforma; la seconda sessione, coordinata dall'Avvocato Generale della Banca d'Italia Marino Perassi, ha ospitato interventi del mondo accademico dei due Paesi, in particolare con le relazioni, qui pubblicate, del prof. José Luis Colino Mediavilla (Profesor Titular de Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid e membro dell'Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional) e del prof. Marcello Clarich (Docente Ordinario di Diritto Amministrativo nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"), che hanno affrontato il tema dell'accertamento del presupposto dell'interesse pubblico, prendendo in esame anche aspetti critici della disciplina e le prospettive di riforma. Il convegno si è concluso con la relazione del prof. Ignacio Tirado, Segretario Generale dell'Unidroit e Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid, che ha illustrato il progetto Unidroit in corso di realizzazione sulla *Bank Insolvency*, valorizzando l'importanza di un approccio globale nell'individuazione delle possibili soluzioni regolatorie, oltre i confini del quadro normativo europeo.

Il convegno è stato reso possibile anche grazie all'impegno degli avvocati Raffaele D'Ambrosio, Michele Cossa e Francesco Paolo Chirico, oltre che, come di consueto, delle strutture del Servizio Consulenza legale della Banca d'Italia.

**INDIRIZZO DI SALUTO DEL
GOVERNATORE DELLA BANCA D'ITALIA**

Ignazio Visco

È con grande piacere che introduco il convegno “Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell’esperienza spagnola e italiana”, la cui organizzazione ha beneficiato, oltre che della proficua collaborazione con il mondo dell’accademia spagnola e italiana, delle strette relazioni esistenti tra la Banca d’Italia, il Banco de España e l’Autorità di risoluzione esecutiva spagnola (FROB), e le rispettive avvocature. Da ultimo, tale collaborazione si è concretizzata in un percorso di approfondimento sullo svolgimento dei compiti di risoluzione da parte di un avvocato della Banca d’Italia presso i Dipartimenti legali del Banco de España e del FROB.

È noto che, nell’ambito della risposta alla crisi sistemica del 2008, il diritto dell’Unione europea si è dotato dal 2014, con l’adozione della direttiva sulla gestione delle crisi bancarie (Bank Recovery and Resolution Directive, BRRD), di una disciplina uniforme sul risanamento e la risoluzione delle banche. Per gli Stati membri partecipanti al Meccanismo di vigilanza unico, l’avvio nel 2016 del Meccanismo di risoluzione unico ha aperto le porte a un sistema di gestione delle crisi degli intermediari accentrato e a forte trazione sovranazionale.

L’attuale congiuntura economica rende particolarmente urgente il completamento e il rafforzamento del complessivo disegno dell’Unione bancaria, che allo stato si fonda sui due soli pilastri dei meccanismi unici di vigilanza e di risoluzione. La diversità esistente tra le posizioni degli Stati membri ha però fatto emergere con chiarezza l’impossibilità di raggiungere, al momento, un accordo sulla costituzione di un sistema unico di assicurazione dei depositi (European Deposit Insurance Scheme). Sulla scia delle determinazioni dell’Eurogruppo sul futuro dell’Unione bancaria, la dichiarazione dell’Euro Summit del 24 giugno scorso ha preso pragmaticamente atto del fatto che gli sforzi dovranno per ora concentrarsi sul rafforzamento del quadro comune già esistente per la gestione delle crisi bancarie e del ruolo dei sistemi nazionali di garanzia dei depositi. Alla luce delle carenze dimostrate dal quadro normativo attuale, e in particolare con riferimento alle crisi delle banche piccole e medie finora escluse dalla risoluzione, questo rafforzamento, da tempo raccomandato dalla Banca d’Italia, è senza dubbio urgente.

Il convegno di oggi si propone di analizzare, sotto il profilo legale, l’esperienza sin qui maturata in materia di gestione delle crisi bancarie nell’ambito di due ordinamenti giuridici: da un lato, quello spagnolo, che ha accolto anticipatamente regole poi confluite nella BRRD e ha conosciuto nel 2017 la risoluzione del Banco Popular Español, caso che ha per lungo tempo rappresentato – fino alla recente crisi del gruppo Sberbank – il primo e l’unico per il quale il Comitato di risoluzione unico (Single Resolution Board, SRB) abbia ritenuto sussistente il requisito dell’interesse pubblico a esercitare i propri poteri di risoluzione; dall’altro lato, l’ordinamento italiano, che pur avendo direttamente sperimentato solo la risoluzione nel 2015 di quattro piccole banche, prima che l’SRB acquisisse i suoi poteri, vanta una lunga tradizione nella elaborazione normativa e nella gestione delle crisi bancarie.

Da lungo tempo, infatti, il legislatore italiano ha riconosciuto la specificità delle problematiche poste da una crisi bancaria, istituendo una procedura ad hoc, distinta da quella prevista in via generale per le crisi d'impresa. Dopo la forma embrionale di liquidazione coattiva risalente alla prima legge postunitaria del 1888 sull'ordinamento delle Casse di Risparmio e dei Monti di Pietà, nella legge bancaria del 1936 la liquidazione coatta amministrativa fu estesa a tutte le banche, pubbliche e private, trovando poi una disciplina generale suppletiva anche nella legge fallimentare e, oggi, nel Codice della crisi d'impresa.

Questa procedura è stata nel tempo aggiornata e perfezionata; essa può offrire utili riferimenti per la regolamentazione delle crisi delle banche medio-piccole, per le quali l'SRB ritiene insussistente l'interesse pubblico alla risoluzione. Proposte di riforma volte ad aumentare la resilienza del sistema finanziario nell'attuale congiuntura non possono però che prendere le mosse dall'analisi e dal confronto delle esperienze concrete. Da questa considerazione trae origine il convegno odierno, che intende soffermarsi anche sui profili applicativi oltreché su quelli, più in generale, di sistema.

Il quadro normativo a oggi vigente, frutto della compresenza della disciplina sovranazionale della risoluzione e delle procedure nazionali di insolvenza, trova evidenti difficoltà nell'offerta di soluzioni soddisfacenti, in particolare riguardo agli intermediari medio-piccoli. A distanza di sei anni dall'avvio del Meccanismo Unico di Risoluzione, l'esperienza applicativa dimostra che tali banche sono tendenzialmente escluse dal circuito dell'azione di risoluzione: come già ricordato, fino a questo momento solo per tre banche (Banco Popular e filiazioni croata e slovena di Sberbank), l'SRB ha riscontrato la sussistenza dell'interesse pubblico necessario per l'avvio di una procedura di risoluzione.

Nella gran parte dei casi, l'efficacia del processo di gestione della crisi ancora quindi dipende dalle procedure nazionali di insolvenza; queste non sono tuttavia armonizzate e risentono di differenze profonde, che riflettono le diverse tradizioni e sensibilità degli ordinamenti degli Stati membri. In buona sostanza tali differenze determinano l'assenza di una effettiva parità di condizioni per i creditori delle banche e incidono sulla stessa disponibilità di servizi bancari; anche per i tempi lunghi delle procedure ne possono risultare ingiustificate distruzioni di valore.

Va quindi salutato con favore il dibattito in corso a livello europeo e internazionale sulla necessità di definire strumenti e presidi comuni per la gestione di queste crisi. Il progetto Unidroit sull'insolvenza delle banche medie e piccole – di cui la Banca d'Italia è stata una delle istituzioni promotrici – costituisce un'importante occasione per progredire verso un modello di regolamentazione condiviso a livello internazionale.

In caso di crisi, le banche di piccole e medie dimensioni dovrebbero essere in grado di uscire dal mercato riducendo al massimo gli impatti negativi sull'economia reale e la dissipazione del valore insito nelle attività aziendali. Come mostra l'esperienza italiana, schemi di liquidazione gestiti da autorità

amministrative possono favorire trasferimenti tempestivi delle attività e delle passività a intermediari in bonis. Facilitati da interventi dei sistemi di garanzia dei depositi, queste operazioni aiutano a sostenere la conservazione del valore economico dell'attività e a garantire una maggiore continuità di accesso ai servizi bancari, evitando la liquidazione atomistica. A sua volta, la conservazione del valore permette una miglior tutela degli stakeholders coinvolti nel dissesto dell'intermediario, con effetti positivi sulla fiducia nell'intero sistema bancario e minori rischi di contagio: condizioni cruciali per la stabilità finanziaria e macroeconomica, pienamente riconosciute nell'assegnazione quest'anno del Nobel per l'economia.

In particolare, l'opera di revisione dell'attuale sistema dovrebbe tenere in considerazione le specificità degli intermediari, evitando soluzioni che possano poi paradossalmente determinare effetti negativi. È nota la difficoltà che molte banche medio-piccole si troverebbero a fronteggiare per soddisfare il requisito di un adeguato importo di passività assoggettabili a bail-in (Minimum Requirement for own funds and Eligible Liabilities, MREL), quando fosse determinato specularmente a quello a oggi previsto per gli operatori di maggiori dimensioni. La maggior parte delle banche piccole e medie non è infatti in grado di collocare sul mercato adeguate quantità di strumenti ammissibili.

Ne consegue il rischio di alterare lo stesso modello di business degli intermediari minori, fondato sul finanziamento della clientela cosiddetta retail e dei depositanti, imponendone di fatto una radicale trasformazione. Verrebbe in tal modo compromessa la "biodiversità" nel mercato, caratteristica vantaggiosa del sistema bancario europeo, perché evita una eccessiva concentrazione e contribuisce ad assicurare un sostegno finanziario all'economia reale più diffuso e orientato alle diverse tipologie di clientela, garantendo l'inclusione finanziaria attraverso la presenza di banche locali. Le banche maggiormente legate al territorio sono, del resto, il necessario completamento finanziario del tessuto imprenditoriale basato su aziende piccole e medie, che costituisce un punto di forza per molte aree dell'Europa. Ovviamente i profondi cambiamenti tecnologici in corso richiedono anche per questi intermediari adeguamenti pronti e importanti, ed è fondamentale che siano garantiti un efficace presidio dei rischi e trasparenti e solide condizioni di governo societario, in assenza dei quali non può escludersi il manifestarsi di forti criticità aziendali.

In caso di estensione dell'attuale ambito applicativo della risoluzione, data la composizione della raccolta l'applicazione anche alle banche di minori dimensioni del bail-in minimo dell'8 per cento delle passività totali e dei fondi propri per l'accesso al Fondo di risoluzione potrebbe comportare elevate probabilità di perdite per i depositanti. L'osservanza dei principi di uguaglianza sostanziale e di proporzionalità impone dunque di adottare soluzioni adeguate e coerenti con le caratteristiche di tali intermediari, evitando l'estensione acritica dei modelli già in uso per gli enti maggiori. Come ho già segnalato in altre occasioni, l'esperienza statunitense della Federal Deposit Insurance Corporation, che tra il 1980 e il 2019 ha gestito il dissesto di oltre 3.500 banche, può offrire importanti spunti in questa direzione.

L'eventuale ampliamento del campo di applicazione delle misure e delle regole previste dalla BRRD non preclude quindi una seria riflessione sulle possibilità di un'armonizzazione, quanto meno parziale, delle procedure di liquidazione delle banche previste a livello nazionale, considerato che le complesse regole della risoluzione non potranno mai essere estese a tutte le banche europee, incluse quelle di dimensione minore. Il processo non appare però agevole né attuabile in tempi sufficientemente rapidi; nell'ambito degli stati membri dell'Unione europea vigono infatti regole molto diversificate: in alcuni casi, come in Italia, prevedono l'affidamento di compiti e poteri ad autorità amministrative; in altri, come in Spagna, affidano le procedure di insolvenza delle banche, pur con qualche adattamento, all'autorità giudiziaria competente in via generale per le crisi d'impresa.

Nell'esperienza del nostro Paese, la procedura di liquidazione coattiva affidata ad autorità amministrative ha consentito di allocare con sufficiente rapidità le attività e passività delle banche in crisi. Di pari passo con l'uscita dal mercato degli intermediari responsabili di irregolarità o perdite di eccezionale gravità, sono state assicurate la tutela dei depositanti e la continuità dei servizi bancari e delle relazioni creditizie a beneficio della clientela.

Quale che sia la scelta che prevarrà nella disciplina europea, sarà comunque imprescindibile valorizzare il ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti (Deposit Guarantee Schemes, DGS), e in particolare le potenzialità insite nei loro interventi preventivi e alternativi. Le risorse dei DGS nazionali, secondo le informazioni raccolte dall'Autorità bancaria europea, sono di ammontare cospicuo. Per renderne concretamente possibile un uso non limitato al mero rimborso dei depositi, occorre ripensare il ruolo dei DGS, sia in relazione ad un più ampio ricorso agli strumenti di risoluzione previsti dalla BRRD, sia nell'ipotesi di ricorso a una procedura di liquidazione armonizzata in alcuni suoi aspetti.

Alcune condizioni sono però necessarie per far sì che l'intervento dei Fondi di garanzia possa efficacemente esplicarsi anche in futuro. Occorrerà rivedere l'ordine delle preferenze dei creditori e superare la cosiddetta super-priority riconosciuta dalla BRRD ai DGS, che attualmente ne condiziona fortemente la capacità di intervento. Si renderebbe così più agevole superare il criterio della valutazione del minor onere richiesto per l'ammissibilità degli interventi alternativi; tale valutazione dovrebbe, poi, prendere in considerazione anche i costi indiretti che deriverebbero invece da una liquidazione atomistica, tipicamente identificabili in estesi contraccolpi finanziari, effetti di contagio e spillover.

Guardiamo dunque con favore all'invito, formulato dall'Eurogruppo alla Commissione all'esito della riunione del giugno scorso, a stilare una proposta legislativa che includa un'armonizzazione dell'uso dei DGS nazionali per agevolare l'uscita dal mercato delle banche in crisi irreversibile preservando il valore aziendale. Riteniamo che anche sotto questo profilo l'esperienza dei Fondi italiani possa offrire importanti spunti ricostruttivi ai fini dell'elaborazione di un framework comune. Un maggior coinvolgimento dei DGS nella gestione delle crisi, e più in generale di forme di utilizzo delle risorse interne al sistema

bancario, consentirebbe di relegare gli aiuti di Stato al ruolo di misura di ultima istanza per la salvaguardia della stabilità del sistema finanziario.

Come recentemente evidenziato da Margarita Delgado, Vice Governatrice del Banco de España e Vice Presidente del FROB, le diverse opzioni disponibili per il rafforzamento del quadro normativo per la gestione delle crisi bancarie non devono comunque far perdere di vista la necessità di un sistema unico di garanzia dei depositi, a logico complemento della responsabilità condivisa per la vigilanza e la risoluzione delle banche, secondo il disegno originario dell'Unione bancaria. Un sistema europeo di assicurazione dei depositi consentirebbe di svincolare la protezione dei depositanti dal luogo di insediamento degli intermediari e di rafforzare la tutela in caso di crisi locali, ma non per questo meno rilevanti per la stabilità sistemica. Tale sistema assicurerebbe inoltre parità di condizioni con riferimento al trattamento degli intermediari in dissesto e al mantenimento della fiducia dei depositanti.

Il convegno di oggi costituisce un'importante occasione di confronto delle esperienze di due ordinamenti giuridici contigui, che adottano finora soluzioni differenti per la gestione delle crisi degli intermediari di minori dimensioni. L'auspicio è che i risultati di questo dibattito, a partire dall'irrinunciabile apporto derivante dall'esperienza sul campo nella gestione delle crisi bancarie in Spagna e in Italia, contribuiscano positivamente ai negoziati in corso.

Desidero ringraziare a nome della Banca d'Italia i relatori, i moderatori e i partecipanti tutti, per il contributo che offriranno oggi e per l'impegno alla costruzione di un quadro normativo più coeso e più efficace nel perseguire la stabilità del sistema finanziario europeo.

APERTURA DELLA SESSIONE ANTIMERIDIANA

Marco Lamandini

Il tema delle crisi bancarie tra risoluzione e liquidazione è per il giurista uno straordinario territorio di analisi, in Europa sul duplice piano nazionale ed euro-unitario; nell'Unione bancaria vige un solo regime per la risoluzione, anche se essa poi, per molteplici aspetti rilevanti, si appoggia comunque sui regimi nazionali di diritto fallimentare, societario e contrattuale; vigono invece 21 regimi domestici per l'insolvenza/liquidazione, anche se è divenuta progressivamente forte la consapevolezza della necessità che anche il tema della liquidazione, e degli strumenti di più efficiente gestione della stessa al di fuori della c.d. liquidazione atomistica, meriti un regime armonizzato. E questa è una prima buona notizia. La Banca d'Italia ha naturalmente contribuito molto, anche con analisi e studi assai pregevoli, a questa maggiore consapevolezza a livello di Unione. Sicché è difficile pensare ad una sede più adatta per discutere di questo tema.

La dicotomia risoluzione/liquidazione è a sua volta vera agli estremi dello spettro ma presenta in molti casi anche molteplici forme di coesistenza: un esempio eclatante è la risoluzione di gruppo, quando essa preserva il *going concern* per alcune componenti del gruppo e dispone la liquidazione per altre.

Le esperienze applicative spagnola e italiana, che discutiamo oggi, si presentano non solo tra le più ricche nel panorama internazionale, ma anche come due modelli istituzionali di diversa ispirazione: il loro studio comparato, pertanto, offre in modo visibile tutti i benefici della complementarità d'esperienze e consente così di meglio misurare, da diverse prospettive, i *trade-off* sottostanti a molteplici questioni di regolazione della gestione della crisi bancaria. Una seconda buona notizia, dunque, è che oggi avremo modo di imparare molto dai nostri bravissimi relatori.

In una tassonomia assai semplificata e del tutto parziale dei problemi giuridici che si originano – e con che abbondanza! – sia dalla realtà effettuale sia dal quadro regolatorio in materia, a giudicare dalla ricca giurisprudenza dinanzi ai nostri occhi, alcuni dei temi sembrano essere i seguenti.

Una prima questione attiene a come vada risolto il potenziale *trade-off* tra le speciali esigenze sottese alla soluzione della crisi bancaria e quelle di adeguata tutela di azionisti e creditori. Più specificamente, come e in quale misura (a seconda che si sia nel contesto della risoluzione ovvero della liquidazione) assicurare la tutela di interessi pubblici molteplici quali la tutela della stabilità finanziaria, la tutela dei depositanti, la tutela della fiducia del pubblico in un mercato bancario funzionante (interessi che rendono appunto “speciale” la crisi bancaria) salvaguardando al tempo stesso i diritti fondamentali degli azionisti e dei creditori rispetto al regime generale di trattamento previsto dai diritti nazionali dell'insolvenza? Il rispetto dei diritti fondamentali di natura sostanziale e procedurale è un mandato essenziale eppur difficile in questo contesto (specie se si pensa a crisi innescate da crisi di liquidità che operazioni di liquidità di emergenza potrebbero non aver risolto o a risoluzioni o liquidazioni attuate in previsione di una futura probabile insolvenza, ma in presenza ancora di un ente solvibili secondo i criteri di bilancio propri della disciplina generale dell'insolvenza); la corretta soluzione di questo *trade-off* è essenziale per assicurare piena legittimazione

dell'autorità investita di questa difficile funzione. Fissare nei singoli casi concreti quali siano i limiti invalicabili, a salvaguardia di diritti fondamentali, per le scelte discrezionali dell'autorità rese necessarie dal perseguimento delle finalità di interesse pubblico è esercizio assai complesso, al quale le corti non si stanno sottraendo. Basti pensare, quanto alla Corte costituzionale tedesca, alla sentenza “*Unione bancaria*”, quanto a quella austriaca al caso *Hypo Alpe Adria Bank* (G-239/14) e, quanto alla Corte di Giustizia anzitutto *Mallis* (C-105/15) e *Ledra* (C-8/15) e più di recente *Pavvlika Chrisostomides* (T-786/14) all'attento riesame dei presupposti del FOLTF, del PIA, della scelta dello strumento di gestione della crisi e della sua attuazione in *Del Valle Ruiz* (T-510/17), *Tatiana Pérez* (T-481/17), *Eleveté* (T-523/17), *Algebris* (T-570/17) e *Aeris Invest* (T-628/17) (nei casi pilota relativi al Banco Popular) ma anche in *ABLV* (T-280/20) e, è da attendersi, in *Sberbank*. Eppure l'impressione è che si sia solo all'inizio, e non alla fine, di un complesso percorso, come ben evidenzia ad esempio l'incerto trattamento da riservare nella risoluzione ai diritti litigiosi fondati sul *mis-selling* dopo *Banco Santander c J.A.C e M.C.P.R* (C-410/20). O le controversie che, dopo aver contrassegnato le decisioni restrittive in tema di PIA dello SRB all'epoca della crisi delle banche venete, stanno ora all'opposto accompagnando la diversa impostazione di dare rilevanza in tale contesto anche a possibili effetti di stabilità finanziaria in contesto domestico (v. Appeal Panel, AP, caso 3/22).

Un secondo interrogativo attiene agli impatti che sull'impresa bancaria ha ora la preparazione per tempo rispetto alla possibile crisi. Non è solo, naturalmente, il complesso esercizio di recovery e resolution planning, ma ancor prima l'ampiezza degli strumenti resi disponibili all'autorità per rimuovere impedimenti alla risoluzione o che attengono al *funding* della banca in relazione agli strumenti MREL. I primi casi sul trattamento dei *waiver* rispetto allo MREL interno (ora approdati in Corte su ricorso della Repubblica francese in T-540/22) sembrano indicare l'esistenza di tensioni nel sistema normativo, anche nel raccordo tra supervisione e gestione della crisi; ed è facile profezia prevedere che non mancheranno altrettante tensioni circa la proporzionalità delle valutazioni tecniche di determinazione del fabbisogno MREL (come già emerse in AP, caso 8/18 e come ora si ripropone, con maggiore ampiezza, in AP, casi 1/22 e 2/22).

Un terzo interrogativo, che da noi è stato a lungo un fantasma dell'opera, attiene poi al raccordo tra tutela dei depositanti, crisi, ruolo dei fondi di garanzia e disciplina degli aiuti di stato in base alla Comunicazione della Commissione (che la Corte, come si ricorderà, valutò attentamente in *Kotnik* (C-526/14) e *Dowling* (C-41/15). È un tema che, come si sa, viene da lontano: basti ricordare *Peter Paul* (C-222/02), ma soprattutto, di recente, dopo la preoccupante decisione della corte EFTA in *Icesave* (E 16/11), *Kantarev v Balgarska Norodna* (C-571/16) e *BT v Balgarska Norodna* (C-501/18). Banca d'Italia ha dato un contributo fondamentale anche qui, e le chiarificazioni in *Tercas* (T-98/16 e C-425/19) e, a seguire, in *Banca delle Marche* (T-635/19) hanno molto migliorato la comprensione del tema a livello europeo. Eppure resta il tema del minor costo come limite di intervento del fondo, in connessione alla surrogazione del fondo nel grado privilegiato dei depositanti.

Un quarto tema attiene infine alla circolazione in ambito europeo delle decisioni di risoluzione e ai valori della certezza del diritto e della tutela giurisdizionale effettiva. *Goldman Sachs v Novo Banco* davanti alle Corti inglesi, *Hypo Alpe Adria* davanti a quelle austriache e tedesche e *Banco de Portugal e Novo Banco Spain (C-504/19)* davanti a quelle portoghesi, spagnole e alla Corte di Giustizia costituiscono un richiamo di attenzione da non trascurare.

Questi, e molti altri, sono i temi che si offrono al nostro sguardo e che si aprono sul nostro futuro. Il mio compito è quello di ringraziare i relatori che ci illumineranno su di essi e di dare loro la parola.

CONSIDERACIONES SOBRE EL MARCO ESPAÑOL DE GESTIÓN DE CRISIS, RESOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO

Lucía Arranz Alonso

1. Introducción – 2. La normativa española de recuperación y resolución de entidades de crédito – 3. El papel de FGD español en las crisis bancarias – 4. El papel del Banco de España como prestamista de última instancia en la gestión de crisis bancarias – 5. El procedimiento español de liquidación concursal de entidades de crédito – 6. Conclusión

1. *Introducción*

En España contamos desde hace muchos años con un marco normativo que ha permitido la gestión ágil y efectiva de las crisis bancarias. Este marco se aplicó con éxito en la crisis de Banesto, en los años 90 y, con las oportunas adaptaciones normativas, se empleó también para la reestructuración del sistema financiero español durante los años 2009 a 2014. Ese mismo marco, con ligeras adaptaciones para la incorporación plena de BRRD, ha sido el empleado en la resolución del Banco Popular en 2017.

El marco actual de gestión de crisis en España viene muy determinado por dos grandes hitos: (1) la creación de la Unión Bancaria y puesta en funcionamiento del Mecanismo Único de Supervisión¹ y el Mecanismo Único de Resolución²; y (2) la adopción de BRRD, bajo la premisa de minimización de los apoyos públicos y asunción de pérdidas por los accionistas y acreedores, en línea con los *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* del Financial Stability Board³.

La pieza clave del marco actual de gestión de crisis lo constituye nuestra normativa nacional de resolución de entidades de crédito, que trataré brevemente dado que es transposición de BRRD⁴ y, por tanto, constituye un marco armonizado conocido por todos los aquí presentes.

A continuación, explicaré las posibilidades de intervención que tienen, en el contexto actual, tanto el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito como el Banco de España como prestamista de liquidez de emergencia.

Por último, realizaré unas breves menciones a nuestro marco de liquidación concursal de entidades de crédito que, como veremos, tiene muy pocas especialidades respecto del régimen concursal general aplicable a cualquier empresa y, por tanto, no está preparado para maximizar su contribución a la gestión de crisis bancarias.

¹ Reglamento (UE) 1024/2013, del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

² Reglamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n. 1093/2010.

³ *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* del Financial Stability Board de octubre de 2011 y octubre de 2014.

⁴ Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n. 1093/2010 y (UE) n. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

2. *La normativa española de recuperación y resolución de entidades de crédito*

Tal y como apuntaba en la introducción, España contaba desde finales de los 80 con un régimen normativo que permitía la gestión de crisis bancarias de manera eficaz y ágil.

El modelo tradicional de gestión de crisis bancarias español pre-BRRD descansaba en la actuación conjunta de varias autoridades nacionales:

- Por un lado, el Banco de España, como supervisor de todas las entidades de crédito españolas – bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito – y como prestamista de última instancia – la denominada *Emergency Liquidity Assistance* o ELA por sus siglas en inglés –.
- Por otro lado, el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito – FGDEC –, que podía emplear las contribuciones de las entidades adheridas para otorgar instrumentos de apoyo financiero para reforzar la solvencia de las entidades que atravesasen por dificultades económicas, bajo el principio de menor coste que el pago de los depósitos garantizados.
- A partir del 2009, el FROB, creado como autoridad de resolución con crecientes facultades públicas para imponer a las entidades la adopción de instrumentos de gestión de crisis alineados con el interés público y capacidad para conceder apoyos financieros públicos.
- Por último, el Ministerio de Economía, que podía conceder también apoyos a la liquidez como, por ejemplo, avales a las emisiones de las entidades o colateral para la concesión de liquidez de emergencia.

Este marco normativo ha ido evolucionando a lo largo de los años, adaptándose para dar respuesta no solo a crisis de entidades puntuales sino también para resolver una crisis más sistémica, como la que se produjo durante la crisis financiera. Es por ello que en el marco normativo de gestión de crisis bancarias en España, cabe distinguir tres periodos diferenciados⁵:

Un primer periodo, que va desde 1988, con la aprobación de la Ley 26/1988 sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, hasta 2009. En la operación de saneamiento típica en ese periodo el Banco de España solía hacer uso de los poderes supervisores de sustitución de administradores previstos en la normativa nacional para situaciones de excepcional gravedad que pudieran poner en peligro la estabilidad, solvencia o liquidez de la entidad y el FGD intervenía

⁵ R. UGENA, C. PÉREZ CAJAL, *La reforma del régimen de reestructuración y resolución de las entidades de crédito*, en *Cuadernos de derecho para ingenieros 20: las reformas en el mercado financiero y del mercado de valores*, coord. por R.S. QUETGLAS, M.Á. AGÚNDEZ, J. MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, Vol. 20, 2009, pp. 55-72.

empleando las contribuciones de las entidades adheridas para otorgar el apoyo financiero bajo el principio de menor coste.

Este fue el modelo seguido, por ejemplo, en el caso paradigmático de Banesto. Como algunos recordarán, en diciembre de 1993, el Banco de España sustituyó al órgano de administración de esta entidad y posteriormente, el FGD proporcionó apoyos a la entidad a través de la suscripción de acciones en un aumento de capital, un préstamo para aportarle liquidez y un esquema para compensar pérdidas de activos dañados – los conocidos como “esquemas de protección de activos” o “EPAs” –. Posteriormente, las acciones de Banesto fueron vendidas en un proceso competitivo organizado por el FGD.

Un modelo similar se siguió en 2009 para rescatar a la Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha (CCM):

- El Banco de España intervino a la entidad CCM por incumplimientos de sus requerimientos de capital, sustituyó administradores y concedió una ayuda de liquidez de emergencia – ELA – con aval del Estado.
- Y el FGD inyectó 1740 millones de euros en el capital y concedió un esquema de protección de activos para posibilitar la integración de la entidad en la Caja de Ahorros de Asturias.

Un segundo periodo iría desde 2009 hasta 2015. Tras el rescate a CCM en 2009, se advirtió la insuficiencia del modelo tradicional de gestión de crisis para afrontar una crisis de carácter sistémico, tanto desde el punto de vista operativo como financiero. Por ello, en junio de 2009 se modificó el marco normativo mediante el Real decreto-ley 9/2009 sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. Esta norma creó el FROB, con el objeto de gestionar los procesos de integración de entidades solventes y los de reestructuración de entidades no viables, canalizando a través suyo el suministro de apoyos públicos.

Aunque en una fase inicial el FROB era nombrado por el Banco de España como administrador de las entidades inviables y, como tal, disponía fundamentalmente de los poderes mercantiles propios de los administradores, en 2012 se aprobó una nueva modificación del marco normativo mediante el Real Decreto-ley 24/2012 y la Ley 9/2012, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Este marco legal supuso la incorporación de los principales elementos de BRRD antes de su aprobación, como parte de los compromisos regulatorios asumidos por España en cumplimiento del *Memorandum of Understanding* – MoU – suscrito con las instituciones europeas para la recapitalización del sector bancario, de 23 de julio de 2012⁶.

⁶ Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012.

Es importante destacar, por tanto, que este marco pre-BRRD contemplaba a partir de 2012 herramientas muy potentes de actuación temprana y potestades públicas muy amplias para facilitar la resolución de entidades. Entre las herramientas de resolución se incluían la venta de negocio, la transmisión de activos y pasivos a un banco puente o la transmisión a una sociedad de gestión de activos. Por otra parte, este marco incorporaba ya el principio rector de la minimización de los apoyos públicos, que se califican como extraordinarios. Por consiguiente, desde ese momento, para la financiación de la resolución, se pasó a descansar en la asunción de las pérdidas por los accionistas y acreedores subordinados, contemplándose la realización de ejercicios de amortización y conversión de instrumentos de capital, en línea con las exigencias de *burden sharing* derivadas de la normativa comunitaria de ayudas de estado⁷.

Con el referido marco normativo, se acometió la reestructuración del sistema financiero español en un tiempo récord. Debe señalarse, no obstante, que este marco no imposibilitó el uso de recursos a fondos públicos, aunque sí exigió la previa asunción de pérdidas por los accionistas y titulares de instrumentos híbridos y deuda subordinada y la autorización de la Comisión Europea de las ayudas de estado.

Bajo este marco, España pudo movilizar un paquete de ayudas públicas muy importante, siempre en el contexto de la asistencia financiera concedida por las instituciones comunitarias mediante la firma del MoU de asistencia financiera. En particular, las ayudas públicas en ese momento ascendieron a 56.545 millones de euros concedidos por el FROB, 20.182 millones de euros aportados por el FGD – financiados por las contribuciones de los bancos – y 178.000 millones de euros en apoyos de liquidez de las entidades mediante avales y líneas de liquidez del Ministerio de Economía⁸.

⁷ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial (*Comunicación bancaria de 2008*) (DO C 270 de 25/10/2008, p. 8); Comunicación de la Comisión relativa a la recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardas contra los falseamientos indebidos de la competencia (*Comunicación de recapitalización*) (DO C 10 de 15/1/2009, p. 2); Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario (*Comunicación sobre activos deteriorados*) (DO C 72 de 26/3/2009, p. 1); Comunicación de la Comisión sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales (*Comunicación de reestructuración*) (DO C 195 de 19/8/2009, p. 9); Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación, a partir del 1 de enero de 2011, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera (*Comunicación prorrogativa de 2010*) (DO C 329 de 7/12/2010, p. 7), y, Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de enero de 2012, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera (*Comunicación prorrogativa de 2011*) (DO C 356 de 6/12/2011, p. 7).

⁸ 10 años del FROB 2009 - 2019 Una década por la estabilidad financiera <https://www.frob.es/es/Documents/10a%C3%B1osdelFROB.pdf>.

El tercer periodo en la evolución de nuestro marco legal de gestión de crisis va desde 2015 a la actualidad. La trasposición plena de BRRD a nuestro ordenamiento jurídico se produjo mediante la aprobación de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y el Real Decreto 1012/2015 que la desarrolla. Igualmente, las modificaciones introducidas por BRRD2⁹ han sido incorporadas al ordenamiento español mediante el Real Decreto-ley 7/2021 y el Real Decreto 1041/2021.

Dado que el marco actual de recuperación y resolución de las entidades de crédito en España deriva de BRRD sin presentar diferencias significativas, puede afirmarse que, más allá de las opciones nacionales que ofrece la propia BRRD, el régimen de resolución en España e Italia es muy similar. Por ello, no me extenderé demasiado y me limitaré simplemente a recordar que BRRD:

- Establece como objetivos de la resolución garantizar que los bancos pueden ser resueltos de manera eficiente, asegurando la continuidad de las funciones esenciales de los bancos, preservando la estabilidad financiera y minimizando los apoyos financieros públicos.
- Uno de los ejes centrales de la norma es el reforzamiento de la fase preventiva y de actuación temprana, contemplando un régimen exhaustivo y muy amplio de medidas preventivas por parte del supervisor competente – BCE o Banco de España –, la planificación de la recuperación – BCE o Banco de España – y la planificación de la resolución de las entidades – JUR o Banco de España –. Es importante destacar que las herramientas de intervención y sustitución, que resultaron de tanta utilidad en el pasado, siguen jugando un papel importante tanto en el ámbito supervisor¹⁰, como en el de la actuación temprana¹¹ y la resolución¹². A estas medidas se han venido a añadir otras muchas, de amplio espectro, que incluso alcanzan la imposición de modificaciones estructurales, organizativas y de negocio¹³.
- Por otra parte, a las autoridades de resolución ejecutiva – la JUR y el FROB – se les ha dotado de importantes facultades de derecho público y unas herramientas armonizadas de resolución muy potentes,

⁹ Directiva (UE) 2019/879 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, por la que se modifica la Directiva 2014/59/UE en relación con la capacidad de absorción de pérdidas y de recapitalización de las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, así como la Directiva 98/26/CE.

¹⁰ Artículos 70 y siguientes de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación supervisión y solvencia de entidades de crédito.

¹¹ Artículo 10 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

¹² Artículo 22 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

¹³ Artículo 9 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

entre las que destacan la venta del negocio, la transmisión de activos, el banco puente y la recapitalización interna – *bail-in* –.

En la medida en que el régimen español de gestión de crisis en vigor desde 2012 ya incorporaba la mayor parte de estos elementos, destacaré tan solo dos cuestiones que son, a mi juicio, las dos grandes novedades del marco actual frente al que tuvimos vigente a partir de 2012:

- En primer lugar, destacaría la trasposición de la recapitalización interna entre los instrumentos de resolución. Esta herramienta permite imponer pérdidas a todos los niveles de acreedor de la entidad, y no solo hasta el nivel de acreedores subordinados, como recogía nuestra Ley 9/2012, de 14 de noviembre. Esto es lógico, dado que BRRD parte, en la absorción de pérdidas, de un orden muy claro de distribución del coste de la crisis: la financiación se debe hacer en primer lugar, con cargo a los accionistas y acreedores de la entidad afectada, en segundo lugar, al resto de las entidades, a través de Fondo Único de Resolución y solo en última instancia y con carácter muy excepcional, por medio de recursos públicos del contribuyente.
- El otro gran cambio en nuestro marco de gestión de crisis viene de la mano de la Unión Bancaria. Y ello, por cuanto la puesta en marcha del MUS y el MUR ha supuesto un desplazamiento del centro de gravedad en la toma de decisiones en materia de gestión de crisis de todas las entidades crédito significativas. En efecto, las decisiones para la gestión de crisis bancarias del 90 por ciento del sistema financiero español ya no se adoptan en Madrid sino en Frankfurt y/o Bruselas. Lógicamente, desde Madrid participamos de manera muy activa en el proceso, pero el Banco Central Europeo y la Junta Única de Resolución – junto con, en su caso, la Comisión Europea – ostentan la competencia exclusiva en materia de supervisión prudencial, actuación temprana y resolución, en línea con la jurisprudencia del TJUE *Landeskreditbank*¹⁴. Ello añade un nivel adicional de complejidad y exige un alto grado de coordinación entre todas las autoridades públicas, nacionales y europeas, que debe abarcar todos los ámbitos del proceso, incluida la siempre delicada faceta de la comunicación pública.

3. El papel de FGD español en las crisis bancarias

Como ya he avanzado, tradicionalmente el Fondo de Garantía de Depósitos tenía, junto con el Banco de España, un papel esencial en la adopción de medidas preventivas y de saneamiento de entidades que atravesaban dificultades.

¹⁴ Sentencia del Tribunal General, de 16 de mayo de 2017 (Asunto T-122/15) y Sentencia del TJUE, de 8 de mayo de 2018 (Asunto C-450/17 P).

En la operación de saneamiento típica conforme a las normas aplicables hasta 2009, la intervención del fondo tenía lugar en el marco de un plan de actuación elaborado por la entidad y aprobado por el Banco de España, como ocurrió en Banesto y CCM.

No obstante, con la creación del FROB, el papel preponderante en la gestión de crisis fue desplazándose paulatinamente a este organismo, aunque la intervención del FGD no desapareció del todo. Así, por ejemplo, el FGD prestó apoyos financieros – señaladamente, esquemas de protección de activos – en los procesos de venta competitiva realizados por el FROB en Caja de Ahorros del Mediterráneo – CAM – y Banco CAM, S.A. – a Sabadell – y en Unnim Banc, S.A. – a BBVA –.

El régimen actual del FGD se recoge en el Real Decreto-ley 16/2011¹⁵ y en el Real Decreto 2606/1996¹⁶, en las redacciones dadas tras la transposición a nuestro ordenamiento la Directiva DGS¹⁷.

Las posibilidades de actuación del FGD vienen, por tanto, muy determinadas por la Directiva DGS, así como por las normas de resolución europeas y ayudas de Estado, que establecen límites claros a su intervención en procesos de saneamiento y reestructuración, más allá de su función primordial del pago de los depósitos garantizados cuando sea necesario.

En este sentido, la limitación más clara y común a todos los heterogéneos sistemas de garantía europeos es la aplicación del principio del menor coste (*least-cost principle*), que se concreta en que los costes afrontados por el sistema de garantía al proporcionar ayudas a una entidad en crisis no superen el importe neto de la compensación de los depósitos garantizados en la entidad de crédito afectada. Ahora bien, las particularidades nacionales de cada fondo y de las transposiciones de la Directiva DGS pueden limitar aún más sus posibilidades de actuación, como ocurre en el caso español.

Pues bien, siguiendo lo dispuesto en el artículo 11 de la citada Directiva, se prevé que la función del FGD sea garantizar los depósitos – artículo 4 del Real Decreto-ley 16/2011 – y que, en cumplimiento de esta función y en defensa de los depositantes y del propio FGDEC, pueda adoptar medidas de apoyo a la resolución de una entidad de crédito – artículo 11.2 Real Decreto-ley 16/2011 –. Esta vía de apoyo sería común en todos a los Estados miembro de la Unión Europea.

¹⁵ Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

¹⁶ Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito.

¹⁷ Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos.

Ahora bien, el artículo 11 de la Directiva prevé otras dos vías opcionales para los legisladores nacionales en las que sería posible habilitar el uso de los recursos de estos sistemas en casos de crisis de entidades de crédito:

- En primer lugar, se puede habilitar el uso de los sistemas de garantía de depósitos para financiar la liquidación y, en particular, la transferencia de elementos del activo y el pasivo, entre ellas, las carteras de depósitos – artículo 11(6) de la Directiva DGS –. Esta opción no ha sido ejercida en España, de manera que, en caso de liquidación, el FGD sólo puede proceder al pago de los depósitos garantizados, sin que se pueda hacer uso de sus recursos para financiar herramientas o una liquidación ordenada aun cuando pudiera ser menos gravoso para éste.
- Por otro lado, la Directiva permite habilitar a los fondos para financiar medidas alternativas con el fin de impedir la quiebra de una entidad de crédito, siempre que se reúnan una serie de condiciones; entre ellas, que la autoridad de resolución no haya emprendido ninguna acción de resolución – artículo 11(3) de la Directiva DGS–. Esta opción sí se ha traspuesto en España, donde se prevé que: *“Excepcionalmente, siempre y cuando no se haya iniciado un proceso de resolución, el Fondo podrá utilizar sus recursos para impedir la liquidación de una entidad de crédito”* cuando se cumplan los requisitos previstos al efecto – artículos 11.5 del Real Decreto-ley 16/2011 y 10 y 11 del Real Decreto 2606/1996 –.

Ahora bien, aun cuando se haya recogido este supuesto, en nuestro país el uso de los recursos del FGD para evitar la resolución encontraría una limitación adicional importante. Y ello, por cuanto la intervención del FGD español podría ser considerada como una ayuda financiera pública extraordinaria, tal como se define en el artículo 2(1)(28) de BRRD¹⁸. Ello conllevaría que los posibles apoyos del Fondo estarían sujetos a aprobación de la Comisión Europea conforme al marco de ayudas de Estado, lo que haría necesario un ejercicio de *burden sharing*, que afectaría, al menos, a los socios de la entidad¹⁹. Asimismo, estos apoyos del FGD, en caso de considerarse ayuda financiera pública extraordinaria, podrían desatar la inviabilidad de la entidad si no se cumplieran los requisitos del artículo 32(4)(d) de BRRD – transpuesto a la normativa nacional por el artículo 20.2.c) de la Ley 11/2015 –, a saber, que la ayuda:

¹⁸ Dicho artículo las define como “ayudas de estado según el sentido del artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o cualquier otra ayuda pública a escala supranacional que, proporcionada a nivel nacional, constituya una ayuda estatal, proporcionada con el fin de preservar o restablecer la viabilidad, la liquidez o la solvencia de alguna de las entidades o sociedades contempladas en el artículo 1, apartado 1, letras b), c) o d), o del grupo del que la entidad o la sociedad en cuestión forme parte”.

¹⁹ Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera.

- se otorgue para evitar o solventar perturbaciones graves de la economía y preservar la estabilidad financiera,
- se dé a una entidad solvente,
- sean autorizadas de conformidad con la normativa sobre ayudas de Estado,
- tenga carácter cautelar, temporal, ser proporcionadas para evitar o solventar las perturbaciones graves y no emplearse para compensar las pérdidas en las que haya incurrido o pueda incurrir la entidad,
- y su cuantía se limite a lo necesario para hacer frente al déficit de capital determinado en las pruebas de resistencia, en los exámenes de calidad de los activos o en ejercicios equivalentes realizados por el Banco Central Europeo – BCE –, la Autoridad Bancaria Europea – BCE – o las autoridades nacionales con autorización, en su caso, del supervisor competente.

Para explicar la consideración de los recursos del FGD español como ayuda de Estado, debo traer a colación el caso Tercas. Como muchos aquí recordarán, en dicho caso la Comisión consideró que la concesión de ayudas por el Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi – FITD – a uno de sus miembros constituía una ayuda de Estado no notificada. El Tribunal General, en una sentencia²⁰, que sería confirmada²¹ por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE –, anuló la decisión de la Comisión al entender la Comisión no acreditó que existiera una intervención imputable al Estado y otorgada mediante fondos estatales y, por ello, no probó que hubiera una ayuda de Estado. En particular, entre otros aspectos, el TJUE, siguiendo al Tribunal General, tuvo en cuenta que en el órgano de gobierno del fondo italiano no había representantes públicos – Banca d’Italia sólo participaba como observador –. Esta argumentación del TJUE no sería, en principio, trasladable a las posibles intervenciones del FGD español.

Es cierto que existen similitudes entre los fondos español e italiano: (i) ambos pueden participar en la financiación, con cargo al compartimento de garantía de depósitos, de los procedimientos de resolución y adoptar medidas preventivas y de saneamiento con el fin de impedir la liquidación de una entidad de crédito bajo determinadas condiciones. Además, (ii) estas operaciones han de ser aprobadas por el supervisor competente de la entidad que reciba las ayudas. Y, finalmente, (iii) la pertenencia a ambos es obligatoria. No obstante, como gran elemento diferenciador a estos efectos, hay que señalar que en la Comisión Gestora del FGD español hay una representación mayoritaria de

²⁰ Sentencia del Tribunal General de 19 de marzo de 2019.

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 2021.

autoridades públicas²², lo que en el pasado ha llevado a la Comisión Europea a entender que las medidas de apoyo del FGD sí eran imputables al Estado español. Resulta revelador que la propia sentencia del TJUE indique que la consideración como ayuda de Estado dependerá tanto de las características del sistema de garantía de depósitos como de la medida particular objeto de análisis, y que su valoración en este caso no descartaría que otras intervenciones de fondos de garantía de depósitos sí pudieran tener tal consideración y por ello desatar la inviabilidad a los efectos del artículo 32 BRRD.

Estas especificidades nacionales, junto con las limitaciones impuestas por el *least cost principle*, restan efectividad al papel de nuestro FGD en la gestión de crisis bancarias.

4. *El papel del Banco de España como prestamista de última instancia en la gestión de crisis bancarias*

Con carácter previo, conviene aclarar que el marco normativo de resolución parte de que las entidades no deberían asumir que las crisis de las entidades de crédito, ni mucho menos las situaciones de inviabilidad y resolución de estas, deban ser paliadas mediante la provisión de liquidez de los bancos centrales nacionales²³.

Precisamente para atajar algunas de estas situaciones cuando no haya alternativas privadas se estableció el Fondo Único de Resolución, cuyos recursos son financiados con contribuciones de las propias entidades, y en defecto de éste y en caso de ser necesario, se trata de una función que habrá de asumir el Estado miembro correspondiente.

No obstante, son numerosas las menciones en las normas de aplicación que tampoco descartan que pueda accederse a la liquidez de los bancos centrales en este contexto si se cumple con los límites y criterios fijados por la normativa aplicable²⁴.

Como saben, las entidades de crédito de la zona del Euro pueden recibir crédito de los bancos centrales a través de dos vías que obedecen a distintos objetivos:

- Por un lado, están las operaciones de política monetaria del Eurosistema, que persiguen principalmente la estabilidad de precios. Sin extenderme demasiado en este punto, las entidades pueden recurrir a la liquidez del Eurosistema siempre que cumplan los criterios de

²² Conforme al artículo 7 del Real Decreto-Ley 16/2011, la Comisión Gestora del FGD está integrada por once miembros: un representante del Ministerio de Economía y Competitividad, uno del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, cuatro designados por el Banco de España y cinco por las asociaciones representativas de las entidades de crédito adheridas.

²³ Véanse, por ejemplo, los artículos 10, 12, 15, 16 y 36 de BRRD.

²⁴ Véanse, por ejemplo, los artículos 5, 32 y 56, así como los considerandos 2 y 41 de BRRD.

elegibilidad de contraparte; en particular, si cumplen los requisitos de solidez financiera y cuentan con colateral adecuado – que cumpla los criterios de elegibilidad fijados por el Eurosistema – para proteger al banco central de posibles pérdidas derivadas de estas operaciones.

A este respecto, cabe mencionar además que en aplicación de la prohibición de financiación monetaria regulada en el artículo 123 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE– y el principio de independencia de los bancos centrales, se considera que estos no deben financiar a una entidad insolvente, ya que en ese caso se estaría asumiendo una función gubernamental. Por ello, resulta relevante que, como medida para evitar incertidumbre y mayores riesgos para el Eurosistema, la normativa prevé que el acceso de una entidad a los instrumentos de crédito de política monetaria del Eurosistema se “congele” en el momento en que se determina que su inviabilidad y que en este caso se puedan imponer nuevas restricciones.

- Por otro, las entidades de crédito solventes que atraviesen problemas de liquidez temporales también pueden recibir liquidez de sus bancos centrales nacionales, de forma excepcional, a través de la provisión de liquidez de emergencia – *Emergency liquidity assistance* o ELA, por sus siglas en inglés –.

Estas operaciones son una competencia nacional²⁵ y su concesión es discrecional por cada banco central nacional. Este punto es muy importante: ni existe un derecho de las entidades a obtener ELA de su banco central ni los bancos centrales venimos obligados a prestar este tipo de asistencia.

Por otra parte, dado que no se encuadran en la política monetaria única del Eurosistema, estas actividades no se encuentran reguladas ni en el TFUE ni en el Estatuto del Sistema Europeo de Bancos Centrales – SEBC – y del BCE. No obstante, en la medida en que la inyección de liquidez de un banco central podría afectar a la política monetaria, los bancos centrales nacionales están obligados a informar o, en su caso consultar al BCE las operaciones de ELA. Así mismo, conforme al artículo 14.4 de los Estatutos del SEBC, el BCE puede objetar o limitar dichas operaciones de ELA si considera que interfieren en los objetivos y tareas del Eurosistema.

Por esta razón, el BCE ha venido aprobando una serie de reglas que los bancos centrales nacionales del Eurosistema deben seguir en la provisión de liquidez de emergencia. Me refiero al denominado *Acuerdo de provisión de liquidez de emergencia*, cuya última versión es de fecha el 17 de mayo de 2017²⁶:

²⁵ En el caso del Banco de España, su fundamento legal se basa en las funciones de promoción del buen funcionamiento y la estabilidad del sistema financiero que le atribuye el apartado a) del artículo 7 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España.

²⁶ Este es el Acuerdo que se aplicó durante la crisis del Banco Popular y sigue vigente en la actualidad. Véase https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Agreement_on_emergency_liquidity_assistance_20170517.en.pdf.

En este contexto, se prevé que, en aras a respetar la prohibición de financiación monetaria y el principio de independencia, los bancos centrales nacionales solo puedan dar estos apoyos a entidades solventes.

Asimismo, la medida ha de ser temporal, con un tipo de interés penalizador respecto al de las operaciones de política monetaria y exige siempre que la entidad preste suficientes garantías – de acuerdo con los criterios fijados por el banco central nacional, que pueden ser menos restrictivos que los aplicables en el ámbito de la política monetaria –, a las que se le aplicarán los debidos recortes – *haircuts* –.

Sentado lo anterior, no hay una prohibición o imposibilidad absoluta de que los bancos centrales provean liquidez a las entidades en el marco de gestión de crisis bancarias, si bien lo cierto es que sus posibilidades de actuación en este contexto están muy limitadas por los criterios que he indicado antes y, en definitiva, por la prohibición de financiación monetaria y el principio de independencia, que impiden a los bancos centrales nacionales puedan financiar a entidades insolventes o que no estén en disposición de aportar suficientes garantías. Estos límites conllevan que haya algunas situaciones claras en las que un banco central no puede proporcionar liquidez de emergencia.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que las medidas de liquidez que se otorguen a entidad con problemas de liquidez habrán de respetar el marco de ayudas de Estado – en particular, los criterios establecidos en el apartado 65 de la Comunicación bancaria²⁷ – y, cuando corresponda (por ejemplo, por existir una garantía estatal), ser autorizadas por la Comisión Europea para que no desaten la inviabilidad de la entidad conforme al artículo 32(4)(d) BRRD, que antes he explicado en mayor detalle.

Por consiguiente, y en contra de la creencia popular, el papel de los bancos centrales como prestamistas de última instancia en los casos de crisis bancarias viene muy constreñido por el marco legal que acabo de describir.

5. El procedimiento español de liquidación concursal de entidades de crédito

Por último, no quisiera dejar de realizar una breve referencia al régimen concursal español.

Como saben, los regímenes nacionales de liquidación concursal de entidades de crédito son muy heterogéneos, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental, ya que parten de las particularidades del marco jurídico en el que se encuadran y de las distintas preocupaciones o modelos que hayan primado en cada jurisdicción.

²⁷ Véase la nota al pie número 19.

Esta heterogeneidad no se da sólo a nivel internacional sino también, como comentaba antes, entre los Estados miembros de la Unión Europea, que cuentan con distintas tradiciones concursales, societarias y, en general, de derecho privado – por no hablar, aunque sea quizás algo menos relevante en este contexto, de las diferencias institucionales y del ordenamiento administrativo y procesal de los distintos Estados –.

La convivencia de distintos modelos de liquidación de entidades de crédito ha resultado más llamativa en el ámbito de la Unión Bancaria, donde, frente a un marco armonizado de resolución, la Junta Única de Resolución y las autoridades de resolución nacionales se enfrentan a normas nacionales de insolvencia que, aunque no han de aplicar como autoridades del Mecanismo Único de Resolución, informan indirectamente sus decisiones, por ejemplo, a la hora de valorar si la liquidación de la entidad a través de los procedimientos de insolvencia ordinarios no permitiría alcanzar en la misma medida los objetivos de la resolución o para valorar posibles desviaciones del principio *no creditor worse off*.

Estas disparidades han dado lugar a que actualmente haya en curso diversas propuestas e iniciativas a nivel europeo e internacional para la homogeneización de este tipo de procedimientos, sobre las que no me extenderé, ya que serán tratadas por otros ponentes hoy. Por ejemplo, resulta muy interesante la creación del grupo de trabajo específico en Unidroit.

Volviendo a los distintos modelos de liquidación de entidades de crédito, pueden diferenciarse tres grandes categorías, si atendemos a su relación con el régimen concursal general:

- los que regulan un concurso específico para entidades de crédito – como el italiano, el griego o, fuera de la Unión Europea, el estadounidense y el canadiense –;
- los que siguen el régimen general del concurso, pero han introducido especialidades significativas – Irlanda o, fuera de la Unión Europea, Reino Unido –; y
- aquellos en los que estas especialidades son de menor relevancia – como es el caso en España, pero también Alemania o Francia –.

Por otro lado, los distintos regímenes de liquidación concursal bancaria pueden diferenciarse también atendiendo a la naturaleza de la principal autoridad responsable del procedimiento. Aunque en la práctica los modelos suelen integrar elementos de distinta naturaleza, esta distinción teórica conlleva que se suele diferenciar entre los modelos administrativos – como la *liquidazione coatta amministrativa* prevista en el Testo Unico Bancario italiano²⁸ – y los modelos judiciales como el español.

²⁸ Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.

Pues bien, como ya he avanzado, el modelo español se rige en lo fundamental por la normativa general del concurso, de manera que, sujeto a algunas especialidades procedimentales y sustantivas menores, la liquidación ordenada de las entidades españolas inviables tiene lugar ante un órgano especializado del orden jurisdiccional civil: el juez del concurso.

En esta exposición me centraré en las particularidades procedimentales del régimen concursal aplicables a las entidades de crédito por ser quizá las más interesantes a la hora de realizar un análisis del marco de gestión de crisis bancarias en España e Italia.

No obstante, cabe destacar que también se prevén especialidades sustantivas, por ejemplo, en relación, con el orden de prelación de los depósitos y los instrumentos de capital y de deuda subordinada – disposición adicional 14ª de la Ley 11/2015 – o con el tratamiento de los titulares de determinados créditos y garantías – como las constituidas a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de otros bancos centrales nacionales de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones²⁹ –.

Entre las especialidades procedimentales, destacaría las siguientes:

En primer lugar, se prevé expresamente que las entidades que no hayan sido puestas en resolución por no concurrir interés público habrán de ser liquidadas de forma ordenada con arreglo al procedimiento de liquidación previsto en la Ley Concursal³⁰ – artículo 19 bis de la Ley 11/2015 –. Esta previsión fue introducida en la norma nacional con la transposición de BRRD 2 y en particular de su artículo 32 ter – artículo 32b, en la versión en inglés –. Como recordarán, este artículo 32 ter responde a la necesidad de evitar las denominadas “situaciones limbo”; esto es, aquellos casos en los que una entidad declarada inviable que no se hubiera enviado a resolución tampoco pudiera llevarse inmediatamente a liquidación por falta de coordinación entre el marco armonizado de resolución y la normativa concursal nacional. Este fue el caso, por ejemplo, de la filial luxemburguesa del grupo ABLV, cuyo concurso no pudo ser abierto por el juez nacional hasta transcurridos casi dos años desde la determinación de su inviabilidad por la JUR.

Pues bien, el art. 32 ter de BRRD obliga a los Estados miembros a asegurarse de que las entidades declaradas inviables sin una solución privada, pero para cuya resolución no exista interés público “sean liquidadas de forma ordenada con arreglo al Derecho nacional aplicable”.

En la transposición en España de esta norma se ha optado por la liquidación de la entidad por medio de un procedimiento concursal, dejando fuera la posibilidad, que también permitiría el tenor literal esta norma, de emplear procedimientos de liquidación de naturaleza no concursal, como parece ser posible en otros Estados

²⁹ Disposición adicional 6ª de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España.

³⁰ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

miembros³¹. Por ejemplo, recientemente la entidad austriaca Sberbank Europe AG fue declarada inviable por el BCE pero, tras considerarse que no había alternativas privadas a la inviabilidad, no fue enviada a resolución por considerar el SRB que no concurría interés público. La entidad evitó el procedimiento de insolvencia y se ha sometido a una liquidación voluntaria.

Volviendo al caso español, antes de la transposición de esta norma ya era posible interpretar que la liquidación concursal debía abrirse en el caso de inviabilidad de una entidad sin que hubiera interés público en la resolución, pero el artículo 19 bis vino a aclararlo expresamente ya que, en la normativa española, a diferencia de lo que ocurre en la italiana³², los presupuestos objetivos de la resolución y del concurso no estaban formalmente alineados:

- Por un lado, la normativa general concursal prevé que el presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia actual o inminente del deudor – artículo 2 del Texto Refundido de la Ley Concursal –. A este respecto, la propia norma prevé que “se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles” mientras que “se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”.
- Estos dos presupuestos de la insolvencia concursal coincidirían con dos de las condiciones para declarar la inviabilidad conforme al artículo 32(4) de BRRD; en particular, con las previstas en sus apartados (b) “que el activo de la entidad sea inferior a su pasivo, o existan elementos objetivos que indiquen que lo será en un futuro cercano” y (c) “que la entidad no pueda hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento, o existan elementos objetivos que indican que no podrá en un futuro cercano”. No obstante, la normativa de resolución, como saben, permite declarar la inviabilidad por causas más allá de las estrictamente financieras cuando haya incumplimientos regulatorios y no se cumplan las condiciones para conservar la autorización – apartado (a) –, así como, con ciertas salvedades que luego explicaré, cuando una entidad necesite ayudas públicas – apartado (d) –. Adicionalmente, incluso en los supuestos insolvencia e iliquidez, la normativa de resolución permitiría tener en cuenta un horizonte temporal – *forward-looking* – de inviabilidad superior al previsto en la normativa concursal española. Esto sigue siendo así por lo que podría dar lugar a algún desajuste. No obstante, tras la introducción del artículo 19 bis de la Ley 11/2015, no parece que el juez español pudiera negarse a abrir el concurso, como ocurrió con ABLV.

³¹ Ver, por ejemplo, el comunicado de prensa de la FMA y el OeNB: <https://www.fma.gv.at/en/fma-oenb-insolvency-of-sberbank-averted-all-creditors-able-to-be-serviced-in-a-timely-manner/>.

³² Véase el artículo 80 del *Testo Único Bancario*.

En segundo lugar, debe reconocerse que el régimen concursal aplicable a las entidades de crédito españolas ha logrado una buena coordinación con el régimen de resolución ya que, aunque la apertura del concurso puede ser solicitada, además de por la propia entidad, por cualquiera de sus acreedores, la normativa española contempla mecanismos suficientes para asegurar que la apertura del concurso no interfiera ni perjudique la posibilidad de que las autoridades de supervisión o de resolución adopten las medidas de actuación temprana o de resolución que estimen procedentes. En concreto, desde la apertura de los procesos de actuación temprana y resolución, los jueces no pueden admitir las solicitudes de concurso de una entidad – disposición adicional 15ª, apartado primero de la Ley 11/2015 –. Por otro lado, se prevé que antes de la apertura del concurso – ya sea a instancia de la entidad o de un acreedor – haya de notificarse al supervisor y a la autoridad de resolución para que estos comuniquen si van a adoptar medidas de actuación temprana o de resolución de la entidad, en cuyo caso el órgano judicial competente no podrá admitir a trámite la solicitud – disposición adicional 15ª de la Ley 11/2015 y art. 572.2, apartado 2 del texto refundido de la Ley Concursal –.

En este orden de cosas, cabe resaltar que, en España, como en Italia³³, cualquier acreedor puede solicitar la apertura del concurso, posibilidad que no es contemplada en todas las legislaciones europeas principalmente por temor a que puede ser una fuente de inestabilidad para las entidades en dificultades. Sin embargo, ninguna entidad de crédito española ha sido nunca puesta en concurso como consecuencia de la solicitud de un acreedor. Es más, ni siquiera conocemos ningún caso en que un acreedor haya solicitado judicialmente la apertura del concurso de una entidad de crédito española.

En tercer lugar, cabe señalar como especialidad que la normativa concursal contempla que la designación del administrador concursal en caso de concurso de una entidad de crédito se realizará por el juez de entre los propuestos por el Fondo de Garantía de Depósitos³⁴ (en un futuro, será de entre los propuestos por el FROB, tal y como se prevé en una reforma de esta norma ya publicada pero pendiente de entrada en vigor).

En cuarto lugar, quisiera destacar que la normativa española contempla como causa de revocación de la licencia bancaria el que se hubiera dictado resolución judicial de apertura de la fase de liquidación en un procedimiento concursal – art. 8.1 h) de la Ley 10/2014 –. En este caso, a pesar de la revocación de la autorización, la administración concursal puede continuar realizando las

³³ Véase el artículo 82 del *Testo Unico Bancario*.

³⁴ Así se prevé en el art. 27 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal antes de su modificación por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que seguirá en vigor hasta que se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria 2ª de la Ley 17/2014 (véase la disposición transitoria única del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal).

Una vez se apruebe dicho desarrollo reglamentario, entrará en vigor el art. 574.1 del texto refundido de la Ley Concursal, según el cual el juez nombrará administrador concursal de entre las personas propuestas en terna por el FROB.

actividades de la entidad de crédito que sean necesarias para su liquidación, en los términos previamente autorizados por el Banco de España – art. 8.6 de la Ley 10/2014 –. Esta causa de revocación es una especialidad nacional no contemplada en la Directiva 2013/36/UE – CRD –. Como bien conocen, el art. 18 e) de CRD permite que las normativas nacionales de transposición contemplen causas propias de revocación adicionales a las previstas en la directiva. Pues bien, conviene tener en cuenta, no obstante, que las últimas propuestas de reforma de CRD prevén la introducción de una nueva causa de revocación de la autorización bancaria en caso de declaración de inviabilidad de una entidad sin que exista interés público en su resolución. Y ello sin perjuicio de que, bajo el marco legal actualmente en vigor, el hecho de que no se haya abierto la resolución de una entidad declarada FOLTF no impide que el supervisor competente pueda acordar la revocación de la autorización si concurren los requisitos para ello, como ha reconocido el Tribunal General, en sentencia de 6 de octubre de 2021, en los casos T-351/18 y T-584/18 – Versobank –.

Finalmente, conviene tener presente que la fase de liquidación en España consiste básicamente en una *piecemeal liquidation* dadas las limitaciones impuestas por el marco normativo vigente, que no está plenamente adaptado a la realidad del negocio bancario y no contempla actuaciones o medidas especiales que podrían ser muy útiles en estos casos.

Así, el régimen concursal español no prevé que se puedan dar ayudas públicas a la liquidación, ya sea por el Fondo de Garantía de Depósitos o por otro organismo público.

Por otro lado, el marco actual no facilita la venta del negocio en bloque por (i) la obligación de respetar el *pari passu*, (ii) la necesidad de aplicar los requisitos generales de la normativa prudencial en el marco de un procedimiento judicial – por ejemplo, los procedimientos de no objeción a la adquisición de participaciones significativas –, (iii) la falta de celeridad de este proceso judicial para la venta del negocio bancario, y, en este contexto, (iv) la imposibilidad de proporcionar liquidez mientras se lleva a cabo la venta y (v) la imposibilidad de “vender la licencia bancaria”. Todo ello, sin contar con las dificultades derivadas de escenarios de pánico y retiradas masivas de depósitos, que se derivan de la puesta de una entidad en concurso y de la dificultad de que la entidad en concurso pueda acometer nuevos negocios con terceros.

Pese a que los modelos judiciales de liquidación de entidades puedan ser más garantistas, todas estas limitaciones prácticas conllevan que la normativa española del concurso de entidades de crédito no maximiza la preservación del valor del negocio bancario ni, por ello, el valor a recuperar, y que la liquidación pueda requerir largos periodos para que los acreedores cobren sus créditos – salvo los depósitos garantizados por el FGD –.

Tal vez por esta razón el régimen concursal se ha empleado en muy pocas ocasiones para la liquidación de entidades bancarias. Es significativo que, durante la crisis que comenzó en 2008, ninguna entidad española fue sometida a liquidación

concurzal, sino que se acudió a procesos de reestructuración o resolución conforme a las normas aplicables en cada momento. Sólo Banco Madrid, en 2015, ha sido sometido a liquidación concursal y, en este procedimiento, quedaron patentes tanto la imposibilidad práctica de vender el negocio bancario en bloque como lo dilatado en el tiempo del proceso de liquidación.

Es por ello que desde el Banco de España estamos siguiendo con gran atención los trabajos que se están desarrollando en el marco de Unidroit.

6. *Conclusión*

En definitiva, el marco de gestión de crisis aplicable a las entidades de crédito españolas ha servido para resolver exitosamente las situaciones de crisis e inviabilidad que se han dado en los últimos años en España.

No obstante, es importante no perder de vista las propuestas de modificación que en este ámbito se están promoviendo a nivel comunitario e internacional, que pueden resultar de gran utilidad para valorar la oportunidad de acometer reformas legislativas que mejoren las herramientas de gestión de crisis de entidades bancarias.

**PREVENZIONE E GESTIONE DELLE CRISI BANCARIE
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO**

Olina Capolino

1. Introduzione – 2. La prevenzione delle crisi – 3. Una parentesi sulla giurisprudenza nazionale ed europea – 4. La gestione delle crisi irreversibili – 5. La liquidazione coatta amministrativa – 6. La crisi delle banche piccole e medie nel quadro europeo della risoluzione – 7. Prospettive future

1. Introduzione

En primer lugar, quisiera expresar mi gratitud a los amigos y colegas españoles que han contribuido a hacer posible esta conferencia: a los profesores de algunas prestigiosas Universidades españolas, que aceptaron participar en el debate, y a mis colegas del Banco de España y del FROB y a sus colaboradores; y quisiera dar las gracias especialmente a Lucía Arranz, Directora del Departamento jurídico del Banco de España, que compartió mi idea de reunirnos en Roma para hablar de nuestras respectivas experiencias en el ámbito de las crisis bancarias, contribuyendo con sus valiosos consejos no sólo a identificar algunos de los temas más relevantes, sino también a reunir a tantos distinguidos ponentes. Por supuesto, también me gustaria darle las gracias a mis compañeros del Banco de Italia por su ayuda a organizar la conferencia, pero creo que es mejor no atreverme más con mi español, así que lo haré más tarde en italiano.

La Banca d'Italia, che ospita questo convegno, ha una storia strettamente intrecciata a quella della soluzione delle crisi bancarie¹. La Banca nasceva, con la legge n. 449 del 10 agosto 1893, dalla fusione di altri istituti di emissione, perché occorreva un nuovo soggetto che si facesse carico della liquidazione della Banca Romana dopo lo scandalo che l'aveva travolta per le irregolarità commesse, culminate nell'emissione di banconote duplicate². Durante la crisi finanziaria del 1905-1907, la Banca d'Italia organizzò il salvataggio della Società Bancaria Italiana, una banca mista dedicata alle speculazioni in cambi, promuovendo un consorzio di fatto tra grandi banche, al quale la Banca d'Italia stessa forniva sostegno con operazioni di riscontro. Sette anni più tardi veniva creato il Consorzio per Sovvenzioni su Valori Industriali³, formato dalle grandi banche e dagli istituti di emissione e finanziato da questi ultimi, la cui Sezione Speciale Autonoma⁴ qualche anno dopo avrà il compito di finanziare il salvataggio della Banca Italiana di Sconto, nata dalle ceneri della Società Bancaria Italiana ed entrata in crisi dopo il primo conflitto mondiale a causa dell'eccessiva esposizione nei confronti dell'industria (il gruppo Ansaldo di Genova)⁵.

¹ Debbo i brevi riferimenti storici che seguono alla lettura di F. BELLÌ, *Corso di legislazione bancaria. Legislazione bancaria italiana (1861-2010)*, Pisa, 2010; E. GALANTI, *Le banche*, in E. GALANTI, R. D'AMBROSIO, A.V. GUCCIONE, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa – dall'Unità d'Italia al 2011*, Venezia, 2012; G. TONIOLO, *Storia della Banca d'Italia, Formazione ed evoluzione di una banca centrale, 1893-1943*, Bologna, 2022.

² F. BELLÌ, *Corso di legislazione bancaria*, cit., p. 97, osservava come la crisi del 1893-1894 rappresenti un "robusto (...) esempio di intreccio malavitoso tra politica e finanza".

³ Il CSVI venne istituito con R.D. 20 dicembre 1914, n. 1375. Presidente era il Direttore generale della Banca d'Italia Bonaldo Stringher.

⁴ Istituita con R.D. 4 marzo 1922, n. 233, che prorogava anche la durata del CSVI. La Sezione speciale del Consorzio fu poi soppressa con il R.d.l. 6 novembre 1926, n. 1832, che creò in sua vece un ente di diritto pubblico, denominato Istituto di Liquidazioni.

⁵ Il concordato fissò al 60% il rimborso ai creditori e venne eseguito da un soggetto creato per questo scopo, finanziato dal governo e dalla Banca d'Italia. Parallelamente la Banca d'Italia consentiva la soluzione della crisi del Banco di Roma.

Sempre col sostegno della Banca d'Italia e del Tesoro verranno poi risolte le crisi bancarie italiane collegate con la grave crisi economico-finanziaria del 1929; secondo uno schema ormai collaudato, gli interventi di salvataggio avverranno prevalentemente attraverso l'Istituto di Liquidazioni, a sua volta finanziato dalla Banca d'Italia.

Nonostante le esperienze maturate, la prima legge bancaria italiana del 1926⁶, che pure affidava compiti di vigilanza alla Banca d'Italia, non conteneva norme speciali sulla gestione delle crisi. La prevista possibilità di revocare l'autorizzazione alla raccolta dei depositi a causa di violazioni normative di eccezionale gravità era configurata come una revoca a carattere sanzionatorio, e non collocata nel quadro di una disciplina organica delle crisi bancarie⁷. Dopo la crisi del 1929, invece, la legge bancaria del 1936, se da una parte formalmente sottraeva la funzione di vigilanza alla Banca d'Italia, dall'altra disciplinava compiutamente le procedure di crisi⁸, affidandone la gestione all'autorità amministrativa anziché a quella giudiziaria, e prevedendo due tipologie di provvedimenti (amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa), attivabili non solo in caso di perdite patrimoniali, più o meno gravi, ma anche in ipotesi di irregolarità nell'amministrazione o violazioni di norme legali e statutarie: era già allora chiaro, infatti, che irregolarità e violazioni, sintomo di una cattiva *governance*, compromettono la sana e prudente gestione delle banche ed evidenziano una situazione di degrado che richiede l'immediato intervento dell'autorità di vigilanza, anche se non si è ancora riflessa in modo evidente sulla situazione patrimoniale⁹.

Le disposizioni relative alla gestione delle crisi sono sopravvissute alla legge bancaria del 1936, venendo riproposte anche, immutate nei loro elementi strutturali, nel Testo unico bancario del 1993, tuttora vigente, adattandosi via via alle novità normative successive; nel quadro attuale, esse si affiancano

⁶ R.d.l. 7 settembre 1926, n. 1511, *Provvedimenti per la tutela del risparmio*, e R.d.l. 6 novembre 1926, n. 1830, *Norme regolamentari per la tutela del risparmio*.

⁷ Art. 19 del R.d.l. 6 novembre 1926, n. 1830. Cfr. BANCA D'ITALIA, *Relazione* del Direttore generale Bonaldo Stringher all'adunanza generale ordinaria degli azionisti, 31 marzo 1927, in https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-annuale/1926/rel1926_tot.pdf: “Il nuovo provvedimento – che, in tutto il suo insieme, ha evitato norme di speciale rigore, per non recare intralcio al libero svolgersi del credito – vuole e deve avere, soprattutto, la portata di monito, il quale risvegli la coscienza delle proprie responsabilità in chiunque sia chiamato ad amministrare il risparmio del popolo italiano”.

⁸ Cfr. gli artt. 57 e ss. e 66 e ss. R.d.l. 12 marzo 1936, n. 375. Formalmente questi compiti, così come la vigilanza, venivano attribuiti ad un Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito di nuova istituzione, dipendente da un Comitato dei Ministri (“un organo burocratico alle dipendenze di un organo politico”: R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, p. 59), ma capo dell'Ispettorato era il Governatore della Banca d'Italia, e di fatto l'Ispettorato ha operato (fino alla sua soppressione con D.lgs. lgt. 14 settembre 1944, n. 226) sempre tramite gli uffici della Banca stessa. Le funzioni di vigilanza e di gestione delle crisi vennero definitivamente riconosciute alla Banca d'Italia con il D.I.C.p.S. n. 691 del 1947.

⁹ Si tratta di principi alla base anche della attuale regolamentazione delle crisi: cfr. art. 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. b) e art. 70, comma 1 TUB; art. 80 comma 1 TUB e art. 17, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 180 del 2015.

alle norme di attuazione della direttiva 2014/59/UE (*Banking Recovery and Resolution Directive*)¹⁰ e coesistono con la disciplina recata dal Regolamento europeo sul Meccanismo Unico di Risoluzione¹¹.

Nel corso degli anni in Italia sono state affrontate e risolte crisi di numerose banche, anche di grandi dimensioni (Banco di Napoli, Sicilcassa) e con ramificazioni internazionali (Banco Ambrosiano). In alcuni casi è stato necessario un sostegno pubblico¹², ma molto spesso hanno svolto un ruolo fondamentale i Fondi di garanzia dei depositi, intervenuti sia nelle crisi irreversibili (solitamente per finanziare lo sbilancio di cessione delle attività e passività), sia in via preventiva, allo scopo di sostenere banche in temporanea difficoltà, evitando esiti liquidatori.

Si noti che i due Fondi di garanzia esistenti in Italia (uno per le banche di credito cooperativo e l'altro per tutte le rimanenti banche) sono nati su base volontaria, come consorzi di diritto privato ad iniziativa delle banche aderenti, intorno agli anni '80 del Novecento¹³, e dunque ben prima che divenisse obbligatoria a livello europeo l'adesione delle banche ad uno schema di garanzia dei depositi¹⁴. Questa loro origine consortile e – potrebbe dirsi – mutualistica, ad opera delle stesse banche aderenti, ha fatto sì che la loro principale attenzione fosse volta a prevenire ed evitare le crisi o comunque a contribuire al salvataggio dei complessi aziendali, piuttosto che al mero rimborso dei depositanti.

¹⁰ D.lgs. 16 novembre 2015, “Attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento”.

¹¹ Regolamento UE n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che “fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico”.

¹² In occasione della crisi della Banca Privata Italiana di Sindona venne adottato il d.m. 27 settembre 1974 che consentiva alla Banca d'Italia di effettuare anticipazioni a tasso di favore su titoli di Stato nei confronti di banche rese cessinarie di attività e passività di aziende di credito in liquidazione, permettendo loro di coprire le perdite derivanti dal divario tra attività e passività cedute tramite la differenza di rendimento dei titoli stessi. Con la nascita dei Fondi di garanzia dei depositi, si limitò la possibilità di ricorrere a questo sistema ai “casi straordinari di rilevante interesse generale” (Delibera CICR 23 dicembre 1986); possibilità che è poi venuta definitivamente meno con il divieto di finanziamento dello Stato da parte della banca centrale previsto dall'art. 123 TFUE.

¹³ Fin dal 1978 fu fondato, su base volontaria, il Fondo Centrale di Garanzia delle Casse Rurali ed Artigiane, primo esempio in Italia di uno schema di protezione dei depositanti basato soprattutto sull'impegno di sostegno reciproco fra banche (l'attuale Fondo di Garanzia dei Depositanti del Credito Cooperativo risale al 1997). Nel 1987 fu costituito il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, un consorzio di diritto privato costituito anch'esso su base volontaria, il quale garantiva i depositi delle banche italiane diverse dalle Casse Rurali ed Artigiane (ora banche di credito cooperativo).

¹⁴ Il principio dell'adesione obbligatoria a un sistema di garanzia dei depositanti (*Deposits Guarantee Scheme*, DGS) è stato introdotto in Europa con la prima direttiva sui sistemi di garanzia dei depositi (94/19/CEE), recepita in Italia con il d.lgs. 4 dicembre 1996, n. 659. Tale principio è stato confermato dal decreto legislativo n. 30 del 15 febbraio 2016, con il quale è stata attuata la successiva direttiva 2014/49/UE (DGSD), ispirata a principi di massima armonizzazione.

2. *La prevenzione delle crisi*

Non vorrei dilungarmi oltre in ricostruzioni storiche: questo convegno è incentrato sull'attuazione nei nostri due Paesi degli attuali modelli europei di gestione delle crisi bancarie, principalmente con riguardo alle crisi bancarie irreversibili, che portano all'uscita dal mercato della banca in dissesto, e che in anni recenti hanno determinato i casi, anche giudiziari, del *Banco Popular* e di alcune banche italiane.

Quindi mi soffermerò poco sul tema della prevenzione delle crisi, anche perché in questo campo si è raggiunto un alto livello di armonizzazione in Europa. In proposito, al di là delle regole della vigilanza microprudenziale e macroprudenziale che stabiliscono requisiti e metodologie allo scopo di contenere i rischi ed evitare in radice il pericolo di dissesti, vanno menzionate, per la loro finalità preventiva rispetto all'insorgere di crisi irreversibili, le misure di intervento precoce introdotte dalla BRRD¹⁵, misure che si sono affiancate in Italia all'amministrazione straordinaria già presente nel nostro ordinamento. Va anzi sottolineato che, tra le misure previste dalla BRRD, l'amministrazione temporanea è largamente ispirata proprio all'istituto dell'amministrazione straordinaria italiana¹⁶.

Quest'ultima è destinata al superamento di crisi bancarie temporanee e reversibili¹⁷, e prevede lo scioglimento degli organi di amministrazione e di controllo della società e la nomina di un commissario straordinario, al quale compete l'accertamento delle effettive condizioni della banca e l'adozione di misure e iniziative volte alla prevenzione del deterioramento della situazione e alla ricerca di soluzioni per il risanamento. Le funzioni dell'assemblea sono sospese, ma destinate a riespandersi ove i soci siano chiamati ad approvare le misure di risanamento individuate dal commissario (ad esempio: aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione).

Allo strumento della gestione commissariale, praticamente rimasto inalterato a seguito dell'introduzione dell'amministrazione temporanea nella disciplina europea, si sono aggiunte nell'ordinamento italiano le ulteriori misure introdotte dalla BRRD¹⁸, come la rimozione collettiva dell'alta dirigenza e degli

¹⁵ Direttiva 2014/59/UE, Titolo III, artt. 27-30.

¹⁶ Art. 70 e ss. TUB. Analogamente, nell'ordinamento italiano era già presente, tra le ordinarie misure di vigilanza, il potere di convocazione degli organi con fissazione dell'ordine del giorno (art. 53 TUB, testo originario; v. ora l'art. 53-bis).

¹⁷ L'art. 72 TUB prevede che i commissari accertino la situazione aziendale, rimuovano le irregolarità e promuovano le soluzioni utili nell'interesse dei depositanti. Proprio nello svolgimento dei compiti di risanamento, i commissari potrebbero tuttavia constatare che la crisi è irreversibile, qualora le violazioni, irregolarità o perdite che hanno determinato l'amministrazione straordinaria si rivelino eccezionalmente gravi e dunque tali da richiedere l'adozione di un provvedimento di liquidazione coatta amministrativa.

¹⁸ Il considerando 40 della BRRD specifica finalità e principi che sostengono le misure di intervento precoce, individuando in particolare come preminente la finalità preventiva e l'obiettivo della tutela della stabilità finanziaria come interesse pubblico che legittima l'avvio dei programmi di intervento da parte delle autorità competenti.

organi sociali e la nomina di un commissario in temporaneo affiancamento¹⁹. La BRRD affida la gestione di queste misure di intervento precoce all'autorità di vigilanza invece che a quella di risoluzione, accentuandone in questo modo le finalità preventive; in Italia, peraltro, le due funzioni coesistono nell'ambito della stessa istituzione – la Banca d'Italia – che già tradizionalmente era responsabile sia per la vigilanza che per la gestione delle crisi bancarie, e che è stata indicata dalla legge anche come Autorità nazionale di risoluzione, garantendo la separazione tra le funzioni.

L'inquadramento dell'amministrazione straordinaria tra le misure di vigilanza ha comportato il superamento dello schema procedimentale che storicamente vedeva anche il coinvolgimento del Ministro dell'Economia (il quale adottava il provvedimento su proposta della Banca d'Italia): si tratta di una scelta coerente con la configurazione della misura come una forma di intervento dell'autorità tecnica di vigilanza, volto ad evitare il deflagrare della crisi e il conseguente rischio di impiego di risorse pubbliche. Per il resto, può dirsi che il recepimento delle previsioni della BRRD relative alle misure di *early intervention* non ha comportato uno stravolgimento dei precedenti strumenti a disposizione dell'autorità di vigilanza, ma piuttosto un arricchimento delle misure utilizzabili.

Un'analoga evoluzione è riscontrabile anche con riguardo alle misure disponibili per la soluzione delle crisi irreversibili, perché, come vedremo, agli strumenti previsti dalla BRRD e dal Regolamento sul Meccanismo Unico di Risoluzione continua ad affiancarsi in Italia la tradizionale procedura della liquidazione coatta amministrativa, sempre utilizzabile dalle autorità nazionali nei casi in cui non vengano giudicati sussistenti i requisiti per la risoluzione. In questo ambito, tuttavia, la coesistenza di diversi piani di intervento, a livello nazionale ed europeo, non è scevra da problemi riguardanti le misure adottabili, i poteri esercitabili e le soluzioni possibili.

3. Una parentesi sulla giurisprudenza nazionale ed europea

Il ricco strumentario disponibile nel quadro attuale per affrontare le crisi bancarie rappresenta un elemento di complessità per la giurisprudenza nazionale, che ha accentuato la sua attenzione sui processi di scelta delle diverse misure da parte delle autorità competenti, facendo leva in particolare sul principio di proporzionalità.

¹⁹ Cfr. l'art. 28 della direttiva 2014/59 e gli artt. 69-*octiesdecies*, 69-*vicies-semel* e 75-*bis* TUB. Il potere di rimozione collettiva era già stato disciplinato dal d.lgs. n. 72/2015 di attuazione della direttiva 2013/36 (CRD IV), che aveva introdotto nel TUB gli artt. 70-*bis* e 98-*bis* (ora abrogati). Lo stesso d.lgs. ha previsto, all'art. 53-*bis*, e dunque tra gli ordinari poteri di intervento dell'autorità di vigilanza, la possibilità di disporre la rimozione di uno o più esponenti aziendali quando la loro permanenza in carica sia di pregiudizio alla sana e prudente gestione. Si tratta di una previsione introdotta ancor prima del recepimento della BRRD, tenuto conto dell'attribuzione di tale potere alla BCE, ad opera dell'art. 16 del regolamento 1024/2013.

Con una recente sentenza, il Consiglio di Stato italiano ha ad esempio sottolineato la necessità di motivare l'adozione del provvedimento di liquidazione coatta di una SIM anche con riferimento all'impossibilità di ricorrere a soluzioni meno incisive, come l'amministrazione straordinaria sopra esaminata²⁰. In base a questa giurisprudenza, dunque, la motivazione di un provvedimento di gestione delle crisi deve sempre comprendere non solo la valutazione della effettiva sussistenza dei presupposti del provvedimento adottato, ma anche un giudizio di inidoneità e insufficienza delle altre misure astrattamente disponibili, e dunque dell'assenza dei presupposti per l'adozione di provvedimenti diversi, in ipotesi meno gravosi.

Una simile struttura del provvedimento è in effetti normativamente richiesta²¹ per l'adozione delle misure della risoluzione e della liquidazione coatta delle banche e delle imprese di investimento maggiori, ma la legge italiana non la prevede per le imprese di investimento che non sono equiparate alle banche e non assumono rischi in proprio²²: ebbene, nella sentenza in questione il Consiglio di Stato, richiamando i generali principi di proporzionalità e di adeguatezza dell'azione amministrativa, estende l'obbligo di motivare in ordine alla impraticabilità di misure diverse e meno invasive anche ai provvedimenti adottati nei confronti di tali soggetti.

L'esercizio richiesto all'autorità amministrativa dai giudici amministrativi sposta l'oggetto della verifica giudiziale sul contenuto della decisione amministrativa e rischia di porsi in contrasto con la giurisprudenza precedente, secondo cui la liquidazione coatta rappresenta l'unico esito possibile, una volta riscontrata l'esistenza dei relativi presupposti²³; potrebbe inoltre implicare una sorta di *probatio diabolica*, quando si tratti di comparare tra loro, per esprimere un giudizio prognostico, da una parte decisioni ablative urgentemente assunte in presenza di situazioni gravissime che richiedevano un intervento immediato e dall'altra l'ipotetica opera di risanamento di un commissario straordinario, che potrebbe anche durare molto a lungo grazie alle proroghe della procedura.

Un'altra sentenza del Consiglio di Stato che vorrei segnalare, anche questa molto recente²⁴, prende in esame per la prima volta la misura della rimozione di tutti i componenti degli organi di una banca (nonché del direttore

²⁰ Cons. Stato, sez. VI, 29 agosto 2022, n. 7499. In senso contrario cfr. ad es. Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2015, n. 835.

²¹ Cfr. art. 32 (1) b) BRRD; art. 18(1) b) Reg. SRM; art. 17 d.lgs. n. 180 del 2015. Sul ruolo del principio di proporzionalità nella risoluzione cfr. J-H. BINDER, *Proportionality at the Resolution Stage: Calibration of Resolution Measures and the Public Interest Test*, in *European Business Organization Law Review*, 2020, 2, pp. 453-474 <https://doi.org/10.1007/s40804-019-00143-1>.

²² Cfr. l'art. 57, comma 1, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico della finanza, TUF), che richiama l'art. 55-*bis* dello stesso TUF, nonché il regolamento UE 2019/2033 e la direttiva 2019/2034. Cfr. J-H BINDER, *Proportionality at the Resolution Stage*, cit., pp. 453 ss.

²³ Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2018, n. 6902.

²⁴ Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254.

generale) e la nomina di un commissario in temporaneo affiancamento, fino alla sostituzione degli amministratori rimossi. La sentenza, che valorizza la funzione di intervento precoce del provvedimento di rimozione²⁵, riconosce, in questo caso, il rispetto da parte dell'autorità di vigilanza di un principio di gradualità degli interventi. La sentenza inoltre supera i dubbi di costituzionalità della misura (tra l'altro osservando che l'ordinamento consente misure ben più incisive), ed esclude un suo carattere sanzionatorio, sottolineando come essa abbia non finalità afflittive nei confronti degli esponenti colpiti, ma solo lo scopo di preservare la sana e prudente gestione e la stabilità della banca, attraverso l'estromissione degli organi responsabili della crisi.

La misura della rimozione collettiva, e il suo confronto con l'amministrazione straordinaria quanto ai presupposti rispettivamente richiesti sono alla base anche della sentenza recentissima del Tribunale dell'Unione sul caso Carige²⁶. Il Tribunale UE ha annullato il provvedimento di amministrazione straordinaria di questa banca italiana, adottato dalla BCE quasi tre anni fa, per errore di diritto nell'identificazione della base giuridica, ritenendo cioè errato il riferimento nella motivazione al “*deterioramento della situazione aziendale*”, ipotesi non espressamente prevista come presupposto dell'amministrazione straordinaria dall'art. 70 del TUB, mentre è indicata dall'art. 69-*octiesdecies* dello stesso Testo unico come presupposto della rimozione collettiva. Gli artt. 28 e 29 della BRRD considerano unitariamente i presupposti delle due misure della rimozione e dell'amministrazione temporanea, prevedendo quest'ultima misura solo ove (evidentemente a parità di presupposti) risulti insufficiente la prima. Il Tribunale UE osserva tuttavia che, se è vero che la BCE nella sua azione di vigilanza applica il diritto nazionale e il diritto dell'Unione, non possono invocarsi direttamente le previsioni di una direttiva una volta che questa è stata recepita nell'ordinamento nazionale: il principio di interpretazione conforme non potrebbe spingere a negare la lettera della legge²⁷.

²⁵ Il Consiglio di Stato ribadisce infatti “*la natura di strumento di intervento precoce – in senso lato cautelare e non sanzionatorio – trattandosi (...) di un provvedimento adottabile nello stadio embrionale della crisi, al fine di scongiurare il definitivo deterioramento della situazione aziendale. Lo scopo cui mira il legislatore, invero, è arginare il processo degenerativo in corso (altrimenti destinato all'irreversibilità) e, possibilmente, ricondurre la banca ad una sana e prudente gestione, imponendo l'estromissione degli organi responsabili del declino*” e sottolinea “*il carattere spiccatamente discrezionale del provvedimento in esame, volendosi con ciò sottolineare come l'autorità vigilanza, una volta accertata l'esistenza dei presupposti oggettivi enunciati dall'art. 69-*octiesdecies*, co. 1, lett. b), TUB, sia chiamata a stabilire, sulla base di una valutazione di opportunità, se disporre la rimozione collettiva degli organi sociali, ovvero se, nello specifico caso, siano prospettabili soluzioni meno gravose (o se in ipotesi sia invece necessaria una misura ancora più incisiva)*”.

²⁶ Trib. UE, sentenza del 12 ottobre 2022 nel caso T-502/19, *Corneli*.

²⁷ La sentenza è analizzata sotto il profilo dell'interpretazione dell'art. 4(3) del regolamento 1024/2013 da F. ANNUNZIATA, T. DE ARRUDA, *The Corneli Case (T-502/19). Challenges and Issues in the Application of National law by the ECB and EU Courts*, in EU Law Live n. 131, February 18, 2023, weekend edition, <https://eulawlive.com/weekend-edition/weekend-edition-no131/>.

Avremo modo di riflettere su questa decisione e sugli sviluppi del caso²⁸, ma sembra – a una prima lettura – che il Tribunale non sia andato al di là di un approccio formalistico; non si sia cioè preoccupato di verificare in concreto se sussistessero o meno le ragioni per un commissariamento, e quindi se il provvedimento risultasse, rispetto a tali ragioni, logico, appropriato e proporzionato. Per quanto all’epoca noto, anche dalle notizie della stampa quotidiana, sembra che la banca avesse problemi patrimoniali e un serio rischio di deterioramento della liquidità, anche a seguito delle dimissioni della maggioranza degli amministratori dopo la mancata approvazione di un aumento di capitale (sussistevano perciò anche seri problemi di *governance*): quale misura di vigilanza sarebbe stata più appropriata in una simile situazione? È questo l’esercizio che, anche in un giudizio non esteso al merito, il giudice dovrebbe compiere, al fine di valutare la sussistenza dei presupposti e la legittimità del provvedimento.

Un’ultima considerazione sulle misure di intervento precoce: la storia insegna che è sempre preferibile operare allo scopo di evitare che le difficoltà di una banca sfocino in una crisi irreversibile, che comporterebbe onerosi costi diretti e indiretti per il mercato. Occorre dunque puntare sulle misure di vigilanza preventive, volte ad intercettare immediatamente i segnali di deterioramento e ad evitare il degrado ulteriore della situazione; per sostenere la soluzione anticipata delle crisi, risulta importante anche il coinvolgimento del sistema bancario, attraverso gli interventi preventivi dei Fondi di garanzia ai sensi dell’art. 11(3) della direttiva 2014/49, come è ridiventato possibile dopo le sentenze europee sul caso *Tercas*²⁹, o attraverso altre forme di intervento.

4. *La gestione delle crisi irreversibili*

Passando ad esaminare le misure destinate a fronteggiare le crisi irreversibili delle banche, va innanzitutto notato che lo scenario nell’ordinamento italiano è radicalmente cambiato, come in tutti i Paesi dell’Unione e in particolare in quelli dell’area dell’euro, con l’introduzione delle regole e dei poteri sulle misure di risoluzione e con l’istituzione dell’SRB.

²⁸ La decisione è stata impugnata in data 21 dicembre 2022 dalla BCE (per errori di diritto concernenti non solo la posizione della piccola azionista che aveva impugnato il provvedimento ma anche la sussistenza dei presupposti, stante la riconducibilità dell’espressione “*deterioramento significativo*” utilizzata nel provvedimento alle condizioni ugualmente riconosciute dalla legge e dalla giurisprudenza italiana per disporre l’amministrazione straordinaria: causa C-772/22 P, Gazzetta Ufficiale UE 20 febbraio 2023, C 63/24) e in data 22 dicembre 2022 dalla Commissione europea (tra l’altro per non avere il Tribunale interpretato la legge italiana nell’ottica di assicurare la piena applicabilità della BRRD: causa C-789/22 P, *ivi* C 63/27).

²⁹ Corte di giustizia europea (*Grand Chambre*), sentenza del 2 marzo 2021 in C-425/19 P, *European Commission v Italian Republic and Others*; Tribunale UE, casi riuniti T-98/16, *Repubblica italiana v. Commissione*; T-196/16, *Banca Tercas v. Commissione*; T-198/16, *Fondo interbancario di garanzia dei depositi and Banca d’Italia v. Commissione*. Le due sentenze hanno completamente ribaltato la prospettiva seguita dalla Commissione europea, almeno nei casi in cui i DGS non rientrano nel settore pubblico.

Diversamente da quanto avvenuto con riguardo alle misure di intervento precoce, le regole europee sulla risoluzione hanno determinato una forte discontinuità rispetto all'impostazione del Testo unico bancario, sia perché i poteri e gli strumenti introdotti dalla BRRD si differenziano rispetto a quelli previsti dalla legge nazionale per la preesistente procedura di liquidazione coatta amministrativa, sia in quanto diverso è il procedimento per l'adozione di tali strumenti, nel quale intervengono molteplici autorità e istituzioni europee.

Nel quadro normativo delineato dal TUB, i poteri dell'autorità di gestione della crisi sono molto incisivi nella fase di avvio delle procedure, ma poi si affievoliscono fino a ridursi a *moral suasion* nella fase della soluzione della crisi, che viene di fatto affidata al mercato e al successo delle iniziative dei commissari liquidatori. Le innovazioni introdotte dalla BRRD, in un quadro giuridico che privilegia decisamente l'interesse alla stabilità del sistema e la salvaguardia delle risorse pubbliche, prevedono invece strumenti molto efficaci direttamente a disposizione dell'autorità (*bail-in*, vendita coattiva delle azioni), il cui utilizzo implica deroghe consistenti al diritto comune e prevede in ogni caso il sacrificio dei soci e dei creditori.

L'introduzione dei nuovi poteri di risoluzione nell'ordinamento nazionale non ha comportato però l'accantonamento degli strumenti tradizionali di soluzione delle crisi bancarie già previsti dal TUB, perché le regole europee trovano applicazione solo in presenza di un "interesse pubblico" qualificato, e sempre che sia necessario e proporzionato ai fini della realizzazione degli obiettivi della risoluzione, come enunciati dalla BRRD³⁰. Circostanze che, nell'ambito di applicazione del Meccanismo Unico di Risoluzione, sono state finora ritenute sussistenti, come è noto, in soli tre casi³¹.

Per quanto le riforme europee in tema di crisi bancarie fossero state originariamente immaginate come applicabili a tutte le banche in crisi, indipendentemente dalle loro dimensioni o dal loro modello operativo³², in

³⁰ Cfr. gli artt. 32(5) e 31(1) della direttiva.

³¹ Da quando è stato istituito, l'SRB ha adottato tre schemi di risoluzione delle crisi e cinque decisioni di non intraprendere un'azione di risoluzione. Nel caso del *Banco Popular Español S.A.*, l'SRB ha concluso che l'azione di risoluzione sotto forma di vendita dell'attività era necessaria nell'interesse pubblico. Al contrario, l'SRB ha concluso che l'azione di risoluzione non era necessaria nell'interesse pubblico per Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca (2017), ABLV Bank AS (Lettonia) e ABLV Bank S.A. (Lussemburgo) (2018) e AS PNB Banka (2019). Più di recente, nel febbraio 2022, l'SRB ha ritenuto che la risoluzione delle filiazioni croate e slovene di Sberbank Europe AG fosse nell'interesse pubblico, mentre la casa madre austriaca del gruppo poteva invece essere assoggettata a procedure di insolvenza in base al diritto nazionale.

³² Cfr. le conclusioni dell'ECOFIN di dicembre 2010: "*the Council agrees that it [the future resolution framework] should (...) ensure that all classes of [credit] institutions are resolvable irrespective of their size and interconnectedness*" (3054th Economic and Financial Affairs Council meeting – Bruxelles, 7 dicembre 2010 (17006/1/10)), https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/118266.pdf; nonché COMMISSIONE EUROPEA, *Communication on BRRD proposal*, giugno 2012, (COM (2012) 280), secondo cui, data l'incapacità di capire in anticipo quale banca possa rappresentare una minaccia per la stabilità finanziaria, le autorità competenti dovrebbero applicare gli strumenti di risoluzione a tutte le banche, indipendentemente da aspetti quali le dimensioni o le attività.

pratica, però, l'attenzione si è concentrata solo sulle grandi banche a rilevanza sistemica. L'interpretazione finora seguita dall'SRB consente infatti una valutazione positiva sull'esistenza di un interesse pubblico solo per un numero limitato di grandi istituti³³, anche se tutte le banche sono tenute a contribuire al finanziamento del Fondo Unico di Risoluzione³⁴. L'impatto delle crisi bancarie a livello regionale non è ritenuto di per sé sufficiente a riconoscere l'esistenza di un interesse pubblico ai fini della risoluzione, a meno che non determini un rischio di contagio a livello nazionale. La stessa classificazione come banche *significant* ai fini della vigilanza diretta della BCE non si traduce in un necessario riconoscimento della sussistenza di un *public interest* alla risoluzione³⁵. Tutto ciò senza considerare che, per le banche medie e piccole, il concetto di interesse pubblico dovrebbe essere interpretato in modo diverso, concentrandosi meno sulla stabilità finanziaria del sistema nel suo complesso e più sulla necessità di proteggere l'economia locale, sulla certezza del diritto, sulla tutela del risparmio; e che anche le procedure nazionali si basano sull'esistenza di un interesse pubblico, così come le valutazioni degli aiuti di Stato da parte della Commissione³⁶.

Inoltre, la realizzazione di tali riforme ha introdotto meccanismi non consoni alla soluzione delle crisi delle banche minori³⁷, ed è ormai opinione diffusa che, in base alle regole attuali, il complesso quadro di risoluzione non sia comunque utilizzabile per le banche di piccole e medie dimensioni.

Se si confrontano i due sistemi normativi per la gestione delle crisi bancarie, quello italiano risultante dalla legislazione nazionale e quello europeo, emerge che, mentre la disciplina italiana della liquidazione coatta riguarda indistintamente

³³ Nella seconda metà del 2015 (epoca dell'entrata in vigore della BRRD) e fino all'attribuzione all'SRB delle competenze in materia nel 2016, per alcune banche *less significant* in dissesto o a rischio di dissesto (le quattro banche italiane Banca Etruria, Banca delle Marche, CariChieti e Carife, la greca Banca Cooperativa del Peloponneso e la BANIF in Portogallo), le rispettive autorità nazionali avevano considerato sussistente l'interesse pubblico richiesto come condizione per la risoluzione (art. 32 BRRD).

³⁴ Sottolineano questa circostanza I. DONATI, L. STANGHELLINI, *Il principio di proporzionalità nell'ambito del SRM: la prospettiva italiana*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *Il diritto bancario europeo*, Pisa, 2022, pp. 123 ss.

³⁵ J-H. BINDER, *Failing Banks within the Banking Union at the crossroads: Taking stock and next steps*, EBI Working Paper Series 2022, n. 115, p. 9. È quanto accaduto per le banche venete (cfr. nota n. 31).

³⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Study on the differences between bank insolvency laws and on their potential harmonisation – Final report*, novembre 2019, pp. 53-54; O. CAPOLINO, *The Single Resolution Mechanism: Authorities and Proceedings*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di) *The Palgrave Handbook of European Banking Law*, Cham, 2019, pp. 264-267; J. MENDES, *Constitutive Powers of Executive Bodies: a Functional Analysis of the Single Resolution Board*, in *The Modern Law Review*, 2021, 6, pp. 1330 ss.

³⁷ La maggior parte delle banche di piccole e medie dimensioni non sarebbe mai in grado di soddisfare il requisito del MREL: queste banche hanno un modello di attività basato su operazioni bancarie tradizionali, non sono quotate e la loro principale fonte di finanziamento è costituita da azioni e depositi. Cfr. BCE, *Contribution to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, maggio 2021, https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.consultation_on_crisis_management_deposit_insurance_202105~98c4301b09.en.pdf, p. 9: "the current resolution framework may not be suitable for banks which are heavily reliant on deposits as a source of funding".

tutte le banche, dalle più grandi alle più piccole, il sistema realizzato a livello europeo non mira ad includere la gestione di tutte le crisi bancarie. Si tratta di una scelta che appare quasi paradossale, se si pensa che, nel diritto comune, la direttiva “*Insolvency*”, riguardante le procedure di ristrutturazione preventiva e di insolvenza³⁸ e attuata in Italia con il Codice per la crisi d’impresa, fissa principi applicabili a tutte le imprese in crisi, indipendentemente dalla loro dimensione.

Per il settore bancario, che pure è oggetto di una pervasiva disciplina a livello europeo, l’orientamento seguito è invece diverso, il che trova probabilmente spiegazione nella circostanza che, in questo settore, le perdite subite dalla principale categoria di creditori (i depositanti) vanno comunque coperte, per evitare crisi di fiducia: possiamo cioè immaginare che il diverso quadro normativo europeo vigente per le banche sia, almeno in parte, il frutto di una visione ostile ad un ricorso generalizzato alla mutualizzazione delle perdite. Non a caso, risulta per il momento congelata l’ipotesi di attuazione del terzo pilastro dell’Unione Bancaria, riguardante la creazione di uno schema unico di tutela dei depositi (EDIS).

La risoluzione prevista dalla BRRD non può dunque essere considerata semplicemente una misura sostitutiva rispetto alle procedure di insolvenza nazionali; al contrario, rappresenta solo uno schema aggiuntivo, da utilizzare unicamente nelle crisi più importanti. Ne risulta quindi esclusa la gran parte delle banche europee, per le quali restano applicabili le procedure nazionali.

5. *La liquidazione coatta amministrativa*

Nell’ordinamento italiano, il recepimento della BRRD e l’attuazione del regolamento sul MRU non hanno inciso sulla procedura della liquidazione coatta amministrativa disciplinata dal Testo unico bancario, che resta pienamente utilizzabile sia quando manchino i presupposti per la risoluzione, sia anche contestualmente ad essa, per la liquidazione dei beni non trasferiti alla *bridge bank* o ad altri soggetti e per la definitiva uscita dal mercato della banca in crisi³⁹.

Come ricordato dal Governatore nel suo intervento introduttivo, nel nostro ordinamento nazionale già prima della legge bancaria del 1936 erano presenti, sia pur a livello embrionale, norme speciali per la liquidazione di alcune categorie di istituti di credito (Casse di risparmio)⁴⁰. Ma solo con la legge

³⁸ Direttiva (UE) 2019/1023 del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l’esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l’efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione.

³⁹ Sulle modalità di gestione delle crisi bancarie in Italia cfr., tra gli altri, M. BODELLINI, *The key role that deposit guarantee schemes could and should play in bank crises: a proposal to amend the European Union framework*, in BANCA D’ITALIA, *The crisis management framework for banks in the EU. How can we deal with the crisis of small and medium-sized banks?*, Seminari e Convegni, n. 24, Roma, 2021, pp. 92 ss.

⁴⁰ Legge 15 luglio 1888, n. 5546, concernente il riordinamento delle Casse di risparmio, artt. 25 e 26.

bancaria del 1936 si ebbe una disciplina organica e completa della procedura di liquidazione coatta amministrativa per la gestione delle crisi irreversibili delle banche⁴¹.

A questa disciplina si è ispirato anche il diritto concorsuale italiano. La legge fallimentare del 1942 aveva dettato infatti una serie di disposizioni generali sulla liquidazione coatta il cui archetipo è costituito proprio dalle disposizioni contenute nella legge bancaria del 1936. E questa relazione tra disciplina delle crisi ai sensi della legge bancaria e disciplina fallimentare comune permane anche nell'attuale Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza⁴², che al Titolo VII reca le norme generali sulla liquidazione coatta amministrativa, rinviando per il resto alle leggi speciali per le imprese soggette a questa procedura in luogo della liquidazione giudiziale. Il Testo unico bancario a sua volta rinvia alle singole disposizioni del Codice, dove opportuno.

La dottrina ha spesso in passato sottolineato come la liquidazione coatta, rispetto al fallimento, persegua specifiche finalità di interesse pubblico e non presupponga necessariamente la presenza di creditori insoddisfatti, e neanche di uno stato di crisi economica della banca, apprestando una tutela "anticipata" degli interessi in gioco⁴³. Finalità della liquidazione coatta è l'ordinata definizione dei rapporti giuridici facenti capo ad una banca, destinata all'espulsione dal mercato e all'estinzione come autonomo soggetto giuridico; ma è tuttavia presente anche l'obiettivo della conservazione del valore aziendale, che nella prassi ha consentito, per la quasi totalità dei casi, la prosecuzione dell'attività e la salvaguardia dei posti di lavoro.

Infatti, quale alternativa alla distribuzione atomistica dei singoli beni dopo l'accertamento del passivo, è possibile ricorrere a misure che consentono di preservare il complesso aziendale o almeno parte di esso, attraverso la cessione di attività e passività, la cessione di azienda o di rami di azienda o di beni giuridici individuabili in blocco. Tali soluzioni hanno costituito il principale strumento di attenuazione degli effetti del dissesto, insieme agli interventi finanziari dei Fondi di garanzia dei depositi.

La disciplina della liquidazione coatta amministrativa è delineata dal Testo unico bancario in pochi articoli, che dettano le regole per il procedimento amministrativo, per la nomina dei liquidatori, per l'attribuzione dei loro poteri e per la cessione delle attività e passività. Gli aspetti di diritto privato relativi

⁴¹ RDL 12 marzo 1936, n. 375, artt. 66 e ss.

⁴² D.lgs. 12 gennaio 2019, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155* e successive modificazioni.

⁴³ S. FORTUNATO, *La liquidazione coatta amministrativa*, in P. FERRO-LUZZI, G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Milano, 1996, pp. 1254 ss.; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 877. Anche nel quadro normativo italiano attuale, la dichiarazione di dissesto o di rischio di dissesto che giustifica il provvedimento liquidatorio può prescindere dalla necessità di verificare la sussistenza di un conclamato stato di insolvenza: l'art. 80 TUB definisce infatti i presupposti del provvedimento richiamando l'art. 17 del d.lgs. n. 180/2015 di recepimento della BRRD, che fa riferimento a gravissime irregolarità (e cfr. l'art. 32(3), lett. a) di quest'ultima direttiva).

ai crediti sono disciplinati invece dalle norme comuni del diritto fallimentare (ora dal Codice della crisi e dell'insolvenza) e le relative controversie sono decise dall'autorità giudiziaria.

Nell'attuale quadro della disciplina europea delle crisi, la liquidazione coatta può essere avviata, con un decreto del Ministro dell'economia su proposta della Banca d'Italia, se sono soddisfatte le stesse condizioni richieste per la risoluzione, ma è stata espressa una valutazione negativa circa la sussistenza dello specifico interesse pubblico richiesto. La Banca d'Italia nomina il liquidatore (o più liquidatori) e un comitato di sorveglianza (di tre o cinque membri). I liquidatori operano sotto la supervisione della Banca d'Italia, che può emanare direttive sullo svolgimento della procedura. I liquidatori rilevano la banca in dissesto dai suoi organi ordinari (momento dal quale la liquidazione coatta produce i suoi effetti giuridici) e hanno il potere di vendere le attività della banca, attraverso la cessione di attività e passività (art. 90 TUB), che richiama l'istituto della "vendita di attività" ora disciplinato dall'articolo 39 della BRRD (art. 24 del Regolamento SRM).

La cessione delle attività e passività viene solitamente realizzata subito dopo l'avvio della procedura di liquidazione, per garantire la continuità delle funzioni critiche (come i servizi di pagamento) e, in generale, per soddisfare gli obiettivi ora elencati nell'articolo 31 della BRRD. In concreto, il problema che si pone con riguardo allo strumento della cessione è che, a differenza del passato, non sempre vi sono soggetti interessati a rilevare le attività di una banca in crisi. Le ragioni sono molteplici: i progressi tecnologici rendono le filiali bancarie meno appetibili e l'interesse del mercato può attenuarsi o venire meno, specie in periodi di prolungata crisi economica e finanziaria.

Spesso quindi la vendita viene conclusa solo a un prezzo negativo o simbolico (*nummo uno*)⁴⁴; la cessione resta comunque possibile se interviene il finanziamento dei Fondi di garanzia⁴⁵, che consente di coprire il saldo negativo tra attività e passività, attraverso un intervento "alternativo" ai sensi dell'articolo 11(6) della direttiva 2014/49 (DGSD), nel rispetto del principio del minor onere (o anche, eccezionalmente, se interviene il sostegno pubblico, ove sia necessario e ammissibile).

6. *La crisi delle banche piccole e medie nel quadro europeo della risoluzione*

La procedura di liquidazione nazionale appena descritta conserva, nell'attuale quadro europeo di gestione delle crisi, un ambito teorico di

⁴⁴ I. VISCO, *Introductory remarks*, in BANCA D'ITALIA, *The crisis management framework for banks in the EU*, cit., p. 18.

⁴⁵ Sul ruolo che i DGS possono svolgere attraverso gli interventi "alternativi" cfr. J. EULE, W. KASTELEIN, E. SALA, *Protecting depositors and saving money*, in ECB Occasional Paper Series, n. 308, ottobre 2022.

applicazione molto esteso, considerato il limitato numero di banche finora ritenute assoggettabili a risoluzione.

Come già accennato, nei primi anni dell'Unione bancaria si è prestata poca attenzione alle banche piccole e non sistemiche, partendo dal presupposto che il loro fallimento non avrebbe determinato rischi per la stabilità finanziaria e avrebbe potuto essere gestito con le normali procedure di insolvenza a livello nazionale. L'esperienza ha dimostrato che non è così, poiché anche il fallimento delle banche piccole e medie può avere effetti dirompenti per i depositanti, gli altri creditori, le imprese finanziate, le altre parti interessate e per l'economia in generale, almeno a livello regionale. È necessario quindi creare anche per esse meccanismi adeguati e possibilmente armonizzati per affrontare le crisi.

In Europa le banche per le quali non si ritiene di poter procedere alla risoluzione sono soggette a una grande varietà di procedure nazionali. Solo in alcuni Stati membri esistono misure speciali per le banche in difficoltà, diverse dalle procedure fallimentari ordinarie applicabili a tutti i tipi di imprese. In molti Paesi, le procedure di insolvenza bancaria sono gestite dall'autorità giudiziaria, e sono finalizzate esclusivamente al soddisfacimento dei creditori, mentre si rivelano meno adatte a proteggere il valore residuo dell'impresa, nell'interesse dell'intero sistema economico; gli strumenti a disposizione delle autorità in ciascun Paese sono diversi; i Fondi di garanzia nazionali possono spesso intervenire solo per rimborsare i depositanti e non per attuare interventi preventivi e alternativi⁴⁶. Per di più, molti fondi nazionali hanno natura effettivamente pubblica, e quindi ricadrebbero nel divieto di aiuti di Stato nonostante la giurisprudenza *Tercas*.

Questa grande varietà di soluzioni non garantisce condizioni di parità, perché i creditori e i depositanti possono essere trattati diversamente nei diversi Stati membri dell'Unione europea. Soprattutto, occorre considerare che molte procedure di insolvenza nazionali comportano una liquidazione atomistica, che porta all'immediata interruzione delle attività della banca e che può quindi facilmente determinare una generale perdita di fiducia nel sistema bancario e finanziario. Il valore della continuità aziendale non viene preservato; i detentori di depositi non protetti devono affrontare lunghi ritardi per ottenere (ove possibile) un rimborso solo parziale; i soggetti finanziati, e in particolare le piccole imprese, sono esposti in modo repentino a problemi di liquidità. La fiducia nel sistema bancario e finanziario potrebbe vacillare, amplificando i rischi per l'economia in generale.

La crisi di una banca richiede soluzioni tempestive ed efficaci, per rispondere ad esigenze di tutela urgenti non solo dei creditori (e quindi *in primis* dei depositanti), ma anche dei debitori della banca, che vedono

⁴⁶ In base all'attuale quadro giuridico, l'introduzione delle misure di cui ai paragrafi (3) e (6) dell'articolo 11 della direttiva 2014/49/UE sui sistemi di garanzia dei depositi (DGSD) non è obbligatoria per gli Stati membri.

contrarsi la possibilità di ricevere credito, così come dei dipendenti e delle loro famiglie. Perciò, se la risoluzione è riservata alle banche di maggiori dimensioni, non per questo le altre banche in crisi debbono essere affidate a procedure di liquidazione “atomistiche”, con conseguenze negative per l’economia locale.

Tenendo conto di simili considerazioni, anche le istituzioni europee si stanno ora interrogando sulla coerenza del quadro normativo vigente: si comincia a sottolineare l’esigenza di una disciplina armonizzata delle crisi per le banche di piccole e medie dimensioni, che potrebbe essere attuata prevedendo – come proposto dall’Eurogruppo del giugno scorso – un’applicazione più estesa degli strumenti di risoluzione⁴⁷. Anche la prima presidente dell’SRB Elke König, la cui frase più citata è probabilmente “*Resolution is for the few, not for the many*”⁴⁸, ha più recentemente, in occasione di una conferenza congiunta della BCE e della SRB⁴⁹, convenuto sulla necessità di estendere l’ambito di applicazione della risoluzione. L’approccio generale sta quindi cambiando e si prospettano riforme del pur recente quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie.

Se comunque è ora ampiamente riconosciuto che un’applicazione più estesa degli strumenti di risoluzione potrebbe essere, come previsto dall’Eurogruppo, uno dei modi per affrontare la necessità di una disciplina armonizzata delle crisi per le banche di piccole e medie dimensioni, al tempo stesso, tuttavia, vi è anche un ampio consenso sulla considerazione che estendere a tutte le banche l’applicazione della risoluzione – così come è attualmente regolamentata – sarebbe molto difficile, in quanto la maggior parte delle banche di piccole e medie dimensioni non sarebbe mai in grado di soddisfare il requisito del MREL (in quanto queste banche hanno un modello di attività basato su operazioni bancarie tradizionali, non sono quotate in borsa e le azioni e i depositi sono le loro principali fonti di finanziamento), né di superare il *public interest test*, quantomeno nell’interpretazione finora datane dall’SRB⁵⁰.

⁴⁷ Sull’esito della riunione del 16 giugno 2022 cfr. <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/06/16/eurogroup-statement-on-the-future-of-the-banking-union-of-16-june-2022/>; <https://www.consilium.europa.eu/media/57233/peg-letter-to-pec-june-2022-final.pdf>. L’Eurogruppo ha concordato i seguenti obiettivi: una definizione dell’interesse pubblico più chiara e armonizzata; un’applicazione più ampia degli strumenti di risoluzione, che includa le banche di piccole e medie dimensioni, quando i fondi necessari sono disponibili, attraverso il MREL o fondi finanziati dall’industria; l’armonizzazione e l’espansione dell’uso dei DGS al di là della loro funzione di *paybox*, l’armonizzazione del *least-cost test* condotto dalle autorità nazionali (il focus è quindi sulla protezione dei depositi a livello nazionale); l’armonizzazione parziale delle leggi sull’insolvenza delle banche.

⁴⁸ E. KÖNIG, *Belgian Financial Forum*, 20 gennaio 2017, p. 3, https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/20012017_ek_be_financialforum_published.pdf; ID., «*Why we need an EU liquidation regime for banks*», *Eurofi*, 5 settembre 2018, <https://www.srb.europa.eu/en/content/eurofi-article-elke-konig-why-we-need-eu-liquidation-regime-bank>.

⁴⁹ SRB e ECB Joint Conference *The test of time: Banking Union a decade on*, 23 e 24 giugno 2022, <https://www.srb.europa.eu/en/content/srb-ecb-2022>.

⁵⁰ Cfr. la precedente nota 31.

Occorrerebbe quindi accompagnare l'estensione dell'ambito di applicazione della risoluzione con la revisione di alcuni aspetti dell'attuale normativa (sui quali non posso soffermarmi ora⁵¹), ma è anche il caso di domandarsi se i limitati interventi che si prevedono possano essere sufficienti anche a superare la generale complessità delle regole e delle procedure che caratterizzano la disciplina europea degli strumenti di risoluzione, o se rimarrà comunque insoddisfatta l'esigenza di una generale semplificazione. È comprensibile, d'altra parte, che l'estensione dell'applicazione della disciplina della risoluzione sia la soluzione preferita per quei Paesi che non hanno già una propria procedura amministrativa per la gestione delle crisi bancarie, e preferirebbero dunque poter contare su una soluzione normativa già disponibile, come la risoluzione.

In ogni caso, anche ove, come sembra probabile, l'ordinamento europeo dovesse evolvere verso una estensione dell'ambito di applicazione della risoluzione, si dovrebbe comunque prevedere una procedura di liquidazione amministrativa armonizzata, sia per le banche di minori dimensioni, nei cui confronti non potrebbero in ogni caso essere applicati i complessi meccanismi previsti per la risoluzione⁵², sia per liquidare le *residual entities* (affiancando così gli strumenti di risoluzione).

Il modello italiano presenta spunti interessanti ai fini di una disciplina armonizzata per la gestione delle crisi delle banche non soggette a risoluzione. Uno schema di liquidazione simile a quello italiano⁵³ potrebbe essere facilmente istituito in Europa, in quanto non richiederebbe la piena armonizzazione dei regimi nazionali di insolvenza⁵⁴, che risulterebbe tecnicamente e politicamente impegnativa, ma soltanto nuove regole comuni per consentire alle autorità

⁵¹ In dettaglio, il concetto di interesse pubblico dovrebbe essere modificato a favore di un'interpretazione più ampia dei requisiti che possono determinare un PIA positivo, considerando anche i rischi per la stabilità finanziaria limitati alla regione interessata; il bail-in non dovrebbe essere applicato, sostituito da una strategia di trasferimento in base alla quale le attività e i depositi verrebbero trasferiti a un acquirente terzo, con il supporto dei DGS; la *super-priority* nella gerarchia dei creditori ora riconosciuta ai depositi protetti (e quindi ai DGS che si surrogano ad essi) dovrebbe inoltre essere eliminata, al fine di ampliare l'ambito di intervento dei DGS stessi, nel rispetto del principio del minor onere. Per quanto riguarda quest'ultimo principio, dovrebbero essere espressamente inclusi nel calcolo non solo i costi che il DGS sosterebbe direttamente in caso di rimborso dei depositanti, ma anche quelli che sosterebbe indirettamente in caso di liquidazione atomistica (contagio, crisi di fiducia, corsa ai depositi). Calcolare esattamente questi costi può essere difficile, ma la storia delle crisi bancarie dimostra che sono sempre presenti e che possono essere significativi.

⁵² BCE, *Contribution to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, cit., pp. 3 e 10: «Widening the scope of the resolution framework does not remove the need to revisit the liquidation framework» per le piccole banche che raccolgono depositi.

⁵³ Cfr. anche l'esperienza statunitense del *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC); A. ENRIA, *Of temples and trees: on the road to completing the European Banking Union*, maggio 2022, p. 4, <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2022/html/ssm.sp220517~e33713d293.en.html>.

⁵⁴ Gli Stati Membri non dovrebbero cambiare completamente le loro procedure di insolvenza, ma solo introdurre nuove regole armonizzate per la gestione della procedura di liquidazione e per il trasferimento delle attività e passività: A. DE ALDISIO, G. ALOIA, A. BENTIVEGNA, A. GAGLIANO, E. GIORGIANTONIO, C. LANFRANCHI, M. MALTESE, *Towards a framework for orderly liquidation of banks in the EU*, BANCA D'ITALIA *Notes on Financial Stability and Supervision*, n. 15, agosto 2019, p. 11.

nazionali di avviare la liquidazione e di nominare un liquidatore incaricato di trasferire le attività e passività⁵⁵.

Per le banche minori, la procedura di liquidazione, più semplice e flessibile della risoluzione, dovrebbe essere attivabile in tempi brevi sotto la direzione di una autorità amministrativa⁵⁶, lasciando all'autorità giudiziaria la risoluzione delle controversie relative ai crediti in conformità alle leggi nazionali. La procedura dovrebbe iniziare prima che la situazione sia completamente deteriorata, come già avviene in Italia⁵⁷. I liquidatori dovrebbero avere il potere di vendere (possibilmente) tutte le attività e le passività della banca in crisi, e ciò attraverso una procedura competitiva, garantendo così la trasparenza e massimizzando il prezzo di vendita: l'offerta migliore dovrebbe essere selezionata sulla base di un'analisi comparativa e possibilmente di un prezzo minimo stabilito *ex ante*, sul quale negoziare poi con il potenziale acquirente, al fine di massimizzare il valore delle attività. Le risorse per finanziare la cessione potrebbero provenire dai Fondi di garanzia dei depositi, sempre nel rispetto del principio del minor onere⁵⁸.

Queste transazioni avrebbero il merito di contenere il costo complessivo delle crisi bancarie proteggendo i depositanti, riducendo al minimo i disagi per i clienti, preservando il valore della continuità aziendale e sostenendo la fiducia del mercato.

7. *Prospettive future*

Quale autorità potrebbe essere responsabile di una risoluzione semplificata o di una liquidazione (parzialmente) armonizzata? Dovrebbe esservi una divisione dei compiti e dei poteri come già nell'attuale Meccanismo di Risoluzione Unico, o una piena responsabilità delle autorità nazionali? Diverse soluzioni sono possibili.

Il problema andrebbe affrontato partendo dal dato (apparentemente lontano dal nostro tema) che, se ben gestita, la soluzione di una crisi bancaria richiede tempo, e dunque anche risorse adeguate. I rimborsi possono essere più elevati se l'autorità è in grado di scegliere una strategia lungimirante e i crediti deteriorati non vengono venduti rapidamente, ma trasferiti a una società di *asset management* che ne gestisca il recupero (ottenendo, nel lungo

⁵⁵ Sull'importanza di sviluppare efficaci strategie di trasferimento (delle azioni e dei beni) nella gestione delle crisi bancarie cfr. EGOV, con D. RAMOS MUÑOZ, M. LAMANDINI, *Evolving key risks in the banking sector and related priorities for the SRB: the lack of effective transfer-based bank crisis framework*, paper per l'ECON Committee del Parlamento europeo, novembre 2022.

⁵⁶ M. BODELLINI, *The key role that deposit guarantee schemes*, cit., p. 95.

⁵⁷ Cfr. l'art. 17 del d.lgs. 180/2015.

⁵⁸ In attesa dell'EDIS, i DGS esistenti dovrebbero essere armonizzati, ampliando la disponibilità di misure preventive e alternative: BCE, *Contribution to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, cit., p. 4; A. ENRIA, *Of temples and trees*, cit., p. 6.

periodo, risultati positivi)⁵⁹. Perché questa strategia sia perseguibile, lo snodo cruciale è sempre quello delle fonti di finanziamento: la possibilità di ricorrere a un contributo finanziario di terzi o a un sostegno pubblico temporaneo può determinare l'esito della crisi. Ma nell'attuale scenario le procedure di insolvenza nazionali possono fare affidamento solo sugli schemi di garanzia nazionali, i quali, in assenza di un fondo unico europeo (EDIS), continuano ad avere un ruolo cruciale. Anche gli aiuti di Stato potrebbero in qualche caso svolgere un ruolo determinante.

In questo contesto, la conclusione che posso trarre è che, finché i Fondi di garanzia e le loro risorse finanziarie saranno nazionali, le decisioni sulla soluzione delle crisi delle piccole banche dovrebbero essere ugualmente prese a livello nazionale, poiché occorre coerenza tra la responsabilità del processo decisionale e il luogo in cui vengono sostenuti i relativi costi. Il coinvolgimento di un'autorità centralizzata nella gestione delle crisi potrebbe certamente realizzarsi se le risorse fossero completamente mutualizzate a livello europeo. Ma un'autorità centralizzata non potrebbe decidere se e in che misura debba farsi ricorso alle risorse dei DGS nazionali o ad aiuti a carico delle finanze statali.

Si può citare un'altra ragione, sul piano sostanziale, per cui le autorità nazionali dovrebbero svolgere un ruolo importante nelle procedure che stiamo ipotizzando per le banche minori: si tratta della conoscenza diretta della banca in crisi e dell'economia reale del territorio, cioè del contesto economico e sociale in cui la banca opera⁶⁰. Il mercato bancario non è un mercato omogeneo e trasparente. Anche nell'era dell'*home banking* e della digitalizzazione, le attività bancarie non possono essere agevolmente trasferite da un'area all'altra, soprattutto quelle delle banche di minori dimensioni, i cui clienti sono piccole imprese, artigiani, famiglie. Anche in un contesto armonizzato, la conoscenza delle implicazioni territoriali, delle dinamiche dell'economia locale potrebbe essere fondamentale.

La BCE ipotizza invece una soluzione che fa leva sul dato formale dell'attuale divisione di competenze per la risoluzione: l'SRB dovrebbe essere provvedere per la liquidazione delle banche rientranti nella sua competenza (per le quali non sussistano le condizioni per la risoluzione) e le autorità nazionali per le rimanenti⁶¹.

⁵⁹ Cfr. anche le modalità seguite nel caso delle banche venete, divise in parti "buone" (cedute) e "cattive" (poste in liquidazione, con il compito di gestire, nei tempi necessari, i crediti deteriorati).

⁶⁰ Cfr. T.H. TRÖGER, A. KOTOVKAIA, *National Interests and Supranational Resolution in the European Banking Union*, SAFE Working Papers, n. 340, febbraio 2022, p. 19, i quali, pur affermando la necessità di una maggiore centralizzazione della gestione delle crisi, riconoscono che "*There are sound reasons for involving NRAs who retain expertise close to the ground with regard to national banking system in the nitty-gritty of resolution*". Anche lo studio della Commissione europea del 2019, pur ritenendo preferibile un'autorità unica, riconosce che "*there is definitely a need for direct contacts with the banks and national authorities on the ground*" (COMMISSIONE EUROPEA, *Study on the differences between bank insolvency laws*, cit., p. 62).

⁶¹ BCE, *Contribution to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, cit., p. 3.

Non è ancora possibile affermare con certezza quali saranno le soluzioni che verranno concretamente adottate, sia con riguardo alle nuove procedure armonizzate per le banche piccole e medie, sia sotto il profilo delle autorità competenti. In ogni caso, come è stato osservato in un precedente convegno del gennaio dello scorso anno, la disputa “*Liquidation versus Resolution*” può essere considerata solo una “*semantic dispute*”⁶²: in definitiva, ciò che realmente interessa è la futura disponibilità, per la gestione delle crisi delle banche piccole e medie, di un procedimento semplice e veloce gestito da autorità amministrative, di strumenti efficaci per il trasferimento delle attività e passività, di adeguate fonti di finanziamento.

Sono sicura che in Europa tutti possiamo convenire su un simile schema di intervento; così come possiamo convenire sul fatto che le banche hanno bisogno di procedure speciali di insolvenza anche quando la loro crisi non ha effetti sistemici, perché è comunque fondamentale preservare la fiducia del pubblico, e che, conseguentemente, è preferibile evitare di assoggettare le banche alle procedure giudiziarie di insolvenza esistenti a livello nazionale per la generalità delle imprese.

Si può essere moderatamente ottimisti per il futuro?

Vale la pena di ricordare che alcune tematiche divenute oggi ormai familiari nel dibattito europeo sarebbero state inimmaginabili solo pochi anni fa: la necessità di evitare, ove possibile, la liquidazione atomistica; la volontà di rafforzare e migliorare il quadro comune per la gestione delle crisi; l’opportunità che i DGS nazionali non si limitino a rimborsare i depositanti, ma attuino anche interventi preventivi o alternativi (un’affermazione che sarebbe stata inconcepibile prima delle sentenze della Corte di Giustizia europea nel caso *Tercas*⁶³). Ed è ormai ampiamente riconosciuta la necessità di una regolamentazione comune anche per la gestione delle crisi delle piccole banche che non soddisfano i requisiti per la risoluzione.

Aspettiamo dunque con fiducia i prossimi passi della legislazione europea, sperando di non dover attendere che sia una nuova crisi a dare impulso alle riforme future.

⁶² E. TORNESE, *Discussion*, in BANCA D’ITALIA, *The crisis management framework for banks in the EU*, cit., p. 197.

⁶³ L’attuale attenzione per gli interventi preventivi e alternativi sembra essere un effetto a lungo termine delle sentenze dei giudici europei sul caso *Tercas*. Cfr. la precedente nota n. 29.

RISOLUZIONE E LIQUIDAZIONE IN ITALIA: ESPERIENZE RECENTI

Enzo Serata

1. Introduzione – 2. I casi di crisi – 2.1 La risoluzione di quattro less significant institutions (LSIs) – 2.2 Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca – 2.3 Monte dei Paschi di Siena – 2.4 Banca Carige – 2.5 Banca Popolare di Bari – 2.6 Aigis Banca – 3. Conclusioni e prospettive di riforma

1. Introduzione

Innanzitutto ringrazio la Consulenza Legale per aver organizzato questo interessante convegno e i colleghi spagnoli per aver arricchito le nostre esperienze in materia di gestione delle crisi bancarie. In questo campo anche la casistica italiana è purtroppo piuttosto ricca. Allo scopo di contribuire al dibattito, cercherò di effettuare un complessivo e allo stesso tempo rapido *excursus* delle crisi che le autorità italiane hanno affrontato negli ultimi dieci anni.

L'approvazione della *Bank Recovery and Resolution Directive* (BRRD) del 2014, recepita in Italia con il Dlgs n. 180 e il Dlgs n. 181 dell'ottobre 2015, ha rappresentato una forte soluzione di continuità nelle modalità di gestione delle crisi nel nostro paese.

Nei decenni precedenti gli elementi di instabilità emersi nel sistema bancario sono stati affrontati, da un lato, con il supporto dello Stato per alcune banche di grandi dimensioni – specificamente, per la crisi delle banche meridionali negli anni '90 – e, dall'altro, attraverso l'intervento del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi e del Fondo di Garanzia dei Depositanti del Credito Cooperativo per facilitare cessioni di attività e passività di banche di minori dimensione. Con quest'ultima modalità sono state riassorbite oltre un centinaio di crisi bancarie nei precedenti due decenni; in un contesto di mercato in cui le attività bancarie avevano un significativo valore di avviamento, molte situazioni di grave difficoltà sono state altresì gestite *in bonis* mediante fusioni, incorporazioni e cessioni del controllo a favore di gruppi di maggiore dimensione, che in questo modo hanno ampliato progressivamente la scala produttiva e la presenza sul territorio.

L'introduzione della risoluzione e soprattutto, con specifico riferimento alle banche minori, l'introduzione della cd. *super-priority* a favore degli schemi di garanzia dei depositi (*Deposit Guarantee Schemes – DGS*) – che in questo modo in caso di rimborso di depositi protetti possono usufruire della priorità nei recuperi rivenienti dalla liquidazione rispetto alle altre categorie di creditori – hanno radicalmente cambiato gli strumenti di gestione delle crisi bancarie. Se per un verso quelli destinati ai gruppi di maggiore dimensione sono stati arricchiti e rafforzati con i *tool* della risoluzione, dall'altro lato la *super-priority* ha reso molto difficile superare il test del “minor onere”, necessario per consentire gli interventi cd. “preventivi” o “alternativi” dei DGS ex art. 11(3) e 11(6) della *Deposit Guarantee Scheme Directive* (DGSD)¹.

¹ Con il test del “minor onere” (*least cost test*) – previsto dall'art. 11 della DGSD – il fondo di garanzia deve dimostrare che l'intervento cd. “preventivo” – ossia il sostegno patrimoniale volto a facilitare la ristrutturazione e la cessione della banca in crisi ad altro intermediario prima della dichiarazione di *failing or likely to fail* (FOLTF) – ovvero l'intervento “alternativo” – tipicamente a supporto di una cessione di attività e passività in sede di avvio della liquidazione coatta amministrativa – sono meno costosi del semplice rimborso dei depositanti garantiti in caso di liquidazione ordinaria (“atomistica”). La priorità riconosciuta ai DGS che si surrogano nella liquidazione rispetto agli altri creditori fa sì che nella gran parte dei casi le stime di recupero mediante la cessione degli attivi della liquidazione siano tali da far prevedere un rimborso integrale del fondo di garanzia; in tali circostanze, l'intervento preventivo o alternativo non può essere effettuato.

Il venir meno degli strumenti tradizionalmente utilizzati dalla Banca d'Italia per la gestione delle crisi delle banche minori si è associato ad uno scenario di mercato particolarmente difficile, riflesso della crisi finanziaria globale del 2007-2008 e della crisi del rischio sovrano del 2011-12, nel quale i valori di avviamento delle attività bancarie registrati in passato dalle banche italiane sono stati sostanzialmente azzerati, in presenza di una regolamentazione e di una prassi di supervisione – anche a seguito dell'avvio dell'Unione Bancaria – sempre più attenta al rafforzamento dei requisiti patrimoniali dei gruppi bancari. I “prezzi negativi” dei complessi bancari in difficoltà hanno reso impraticabili operazioni di aggregazione di soggetti bancari in difficoltà, se non in presenza di un supporto finanziario esterno in grado di compensare quei prezzi negativi.

È in questo difficile contesto che la Banca d'Italia ha dovuto gestire dopo la BRRD rilevanti casi di crisi, utilizzando tutta la varietà di strumenti messi a disposizione dall'ordinamento, in presenza di significative complessità procedurali ed elevati rischi di esecuzione. Nel prosieguo si darà brevemente conto dell'esperienza maturata, utilizzando alcuni schemi sintetici per illustrare i tratti salienti delle singole operazioni; vicende che evidenziano le debolezze dell'attuale assetto normativo europeo e l'esigenza di una complessiva riforma del quadro normativo per la gestione delle crisi volta ad assicurare l'ordinata uscita dal mercato delle banche in difficoltà irreversibili.

2. I casi di crisi

2.1 La risoluzione di quattro less significant institutions (LSIs)

Le crisi di Banca Marche, Cassa di Risparmio di Chieti, Cassa di Risparmio di Ferrara e Banca Etruria sono emerse tra il maggio 2013 e il febbraio 2015, periodo nel quale furono poste in amministrazione straordinaria per gravi irregolarità, forti carenze dei sistemi di governo e controllo, gravi perdite patrimoniali. Nell'impossibilità di procedere operazioni di aggregazione con altri gruppi bancari, furono inizialmente previsti interventi preventivi del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD), che non fu possibile realizzare per la posizione assunta dalla Commissione europea, la quale espresse l'orientamento di qualificare aiuto di stato le risorse del FITD in quanto asseritamente sottoposte a controllo pubblico; posizione come noto superata solo a seguito della sentenza emessa per il caso Banca Tercas dal Tribunale UE nel marzo 2019 (cfr. oltre).

Il deteriorarsi delle situazioni aziendali e della posizione di liquidità impose nel novembre 2015 l'attivazione con urgenza della risoluzione delle quattro banche. Fu necessario sacrificare azionisti e sottoscrittori di titoli subordinati, in buona parte clienti al dettaglio, ma fu evitato il *bail-in* degli altri creditori, che sarebbe entrato in vigore il successivo 1° gennaio del 2016; *bail-in* che, colpendo i depositanti, avrebbe determinato impatti ben più rilevanti e una irreversibile crisi di liquidità.

Contesto	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Banche già in amministrazione straordinaria per gravi irregolarità nell'amministrazione e gravi perdite del patrimonio, con procedure avviate tra maggio 2013 e febbraio 2015. ❖ In assenza di soluzioni di mercato, inizialmente previsto intervento alternativo del DGS italiano (FITD), risultato impraticabile a causa dell'assenza <i>green light</i> della Commissione Europea (legate alla natura delle risorse del DGS, considerate pubbliche). ❖ Ottobre – novembre 2015: deterioramento della posizione di liquidità delle banche a causa del rapido ritiro di depositi. ❖ Banche dichiarate FOLTF a causa dei deficit patrimoniali e – per 3 delle 4 banche – criticità nella posizione di liquidità, inoltre assenza di soluzioni di mercato o di vigilanza.
Valutazione dell'interesse pubblico (PIA)	<ul style="list-style-type: none"> ❖ <i>Public Interest Assessment</i> positivo tenuto conto del peso congiunto delle quattro banche su scala nazionale (quote di mercato complessive pari a circa l'1% per depositi e crediti, attivo pari a circa € 30 mld, 650 sportelli), e della rilevanza regionale e locale; necessità di evitare contagio e di proteggere i fondi e le attività della clientela. ❖ Banche fortemente integrate nel sistema economico e finanziario, ruolo significativo nel finanziamento dell'economia reale, in particolare verso PMI dei mercati regionali di riferimento.

È stato verificato positivamente il criterio dell'“interesse pubblico” alla risoluzione, tenuto conto della dimensione e della quota di mercato complessiva delle quattro banche, nonché del rilevante ruolo rivestito nel finanziamento delle economie locali e, segnatamente, delle piccole e medie imprese. L'analisi congiunta dell'interesse pubblico è stata motivata dalla stretta interconnessione esistente tra le loro situazioni aziendali: essendo tutte in amministrazione straordinaria, la crisi di una avrebbe inevitabilmente determinato l'instabilità anche delle altre.

La risoluzione è stata eseguita mediante l'annullamento delle azioni e dei titoli subordinati a copertura delle perdite, la cessione delle attività e passività a quattro banche-ponte di nuova costituzione, la ricapitalizzazione di queste ultime da parte del neo-istituito Fondo Nazionale di Risoluzione (FNR), la cessione delle sofferenze ad una società veicolo – la REV S.p.a. – anch'essa neo-costituita e capitalizzata dal FNR.

Struttura operazione: risoluzione (write-down, bridge bank, AMV)	<ul style="list-style-type: none"> ❖ <i>Write-down</i> di azioni e titoli subordinati (computabili nei fondi propri) delle quattro banche. ❖ Cessione di tutte le attività e passività residue (ad eccezione dei titoli subordinati non computabili nei fondi propri) a quattro banche ponte neocostituite interamente possedute e capitalizzate dal Fondo Nazionale di Risoluzione. ❖ Cessione delle sofferenze delle quattro banche a una società veicolo per la gestione delle attività neocostituita, anch'essa interamente posseduta e capitalizzata dal Fondo Nazionale di Risoluzione (FNR). ❖ Suddivisione del costo della crisi: <ul style="list-style-type: none"> ✓ azionisti e creditori subordinati delle banche; ✓ sistema bancario (tramite le contribuzioni al FNR).
Legacy	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Costo complessivo a carico del FNR \approx 4,7 mld. di euro, ivi inclusi gli ulteriori oneri sostenuti per consentire la cessione delle banche ponte sul mercato. ❖ Significative garanzie rilasciate a favore degli acquirenti. ❖ Complessità derivanti dalla gestione della società veicolo per la gestione delle attività. ❖ Complessità connesse alle richieste di indennizzo relative alle garanzie sui rischi legali rilasciate agli acquirenti delle banche ponte (ad oggi oltre 2.000).

Oltre alle perdite a carico di azionisti e sottoscrittori di titoli subordinati, gli oneri della crisi sono ricaduti sul sistema bancario nazionale attraverso il finanziamento del FNR, per un importo pari a circa 4,7 miliardi di euro, di cui

circa 3,6 miliardi nella prima fase della risoluzione e ulteriori 1,1 miliardi di euro necessari a ridurre i rischi creditizi e ricapitalizzare le quattro banche-ponte per consentirne la cessione, avvenuta nel 2017 – entro i tempi stringenti imposti dalla Commissione europea – a favore dei gruppi bancari UBI e BPER.

A distanza di sette anni, la gestione della fase post-risoluzione di queste quattro banche ancora determina un forte impegno gestionale per l’Unità di risoluzione e gestione delle crisi della Banca d’Italia. In quanto gestore del FNR, l’Istituto è chiamato ad esercitare i poteri previsti dal Dlgs 180/2015 sulla REV S.p.a. oltre che a svolgere il ruolo di azionista unico. Inoltre, a seguito delle garanzie rilasciate dal FNR ai gruppi bancari acquirenti delle quattro banche-ponte a fronte dei rischi legali presenti in bilancio, l’Unità di risoluzione deve esaminare e valutare un rilevante numero di richieste di indennizzo (ad oggi, oltre 2.000) derivanti dai contenziosi ereditati dalle banche acquirenti.

2.2 Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca

La crisi della Banca Popolare di Vicenza e di Veneto Banca è emersa dopo le ispezioni condotte dal 2013 al 2015. Oltre ad un elevato rischio di credito, furono riscontrate gravi irregolarità segnatamente in relazione a rilevanti ammontari di azioni finanziate non dedotte dal patrimonio regolamentare, fattore che ha inciso in modo particolare sulla Popolare di Vicenza. La deduzione delle azioni finanziate ha determinato un deficit patrimoniale molto consistente, con conseguente crisi reputazionale e di fiducia. Le due banche popolari, non quotate, erano caratterizzate da un azionariato molto diffuso, in possesso di titoli sostanzialmente illiquidi. All’emergere della crisi i soci non hanno quindi potuto liquidare i loro titoli, subendo interamente le perdite connesse con la svalutazione delle azioni.

Contesto	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Elevati rischi di credito e ‘azioni finanziate’. Mancata deduzione dal patrimonio di vigilanza del capitale raccolto a fronte di finanziamenti erogati ai sottoscrittori di azioni. ❖ Successiva deduzione dai fondi propri, con conseguenti impatto patrimoniale, crisi reputazionale e di fiducia. Entrambe banche popolari non quotate: impossibilità per i soci di recuperare l’investimento in azioni. ❖ Tentativo di salvataggio da parte del Fondo Atlante (finanziato da banche e investitori istituzionali): due aumenti di capitale per complessivi € 3,4 mld, in due tranche (primo e quarto trimestre 2016). ❖ Problemi di liquidità: emissione di obbligazioni garantite dallo Stato italiano per € 8,6 mld (primo trimestre 2017). ❖ Richiesta di ricapitalizzazione precauzionale ne primo trimestre 2017, non autorizzata.
Valutazione dell’interesse pubblico (PIA)	<ul style="list-style-type: none"> ❖ PIA negativo: secondo il SRB le banche avevano un’operatività limitata solo ad alcune aree del territorio nazionale e in progressiva riduzione. ❖ Crisi da gestire a livello nazionale.

Venne effettuato un tentativo di risolvere la crisi con mezzi privatistici, attraverso la costituzione del fondo Atlante, finanziato volontariamente da un gruppo di banche italiane e da altri investitori istituzionali. Nonostante l’immissione da parte del fondo di un ingente ammontare di risorse finanziarie (3,4 miliardi di euro in due *tranche*) e il ricambio degli organi aziendali delle

due banche, il tentativo di salvataggio non è andato a buon fine. Ai problemi patrimoniali si sono associate anche criticità nella situazione di liquidità, fronteggiata con l'emissione di oltre 8 miliardi di euro di obbligazioni bancarie garantite dallo Stato, successivamente rifinanziate sul mercato.

<p>Struttura operazione: L.c.a. e intervento dello Stato</p>	<ul style="list-style-type: none"> ❖ 25.6.2017: banche poste in liquidazione coatta amministrativa. ❖ 26.6.2017: cessione di attività e passività a Intesa Sanpaolo (ISP); NPL cedute in gestione ad AMCO. ❖ Intervento dello Stato (DL n. 99/2107): <ul style="list-style-type: none"> ✓ Cassa (€ 4,8 mld): i) copertura fabbisogno capitale in capo a ISP; ii) misure di ristrutturazione aziendale ISP; ✓ Garanzie (ammontare massimo € 12,3 mld; effettivamente utilizzato per ca € 4 mld) per: <ul style="list-style-type: none"> i. rimborso credito ISP vs L.c.a. da sbilancio negativo; ii. rimborso credito ISP vs L.c.a. da retrocessione crediti «high risk»; iii) contenziosi.
<p>Legacy</p>	<ul style="list-style-type: none"> ❖ L.c.a.: massimizzazione recupero attivo (partecipazioni; recupero NPL via AMCO) e minimizzazione oneri per il miglior soddisfacimento dei creditori. ❖ Banca d'Italia: supervisione L.c.a., sulla base della specifica disciplina del D.L. 99/2017; gestione aspetti problematici (contenzioso; aspetti interpretativi) tenendo conto dell'impatto sui recuperi e sulle finanze pubbliche (credito Stato).

A seguito della mancata autorizzazione da parte della Commissione europea della ricapitalizzazione precauzionale proposta dal MEF ex art. 32, comma 4 della BRRD, nel giugno del 2017 è stato dichiarato il *likely to fail* delle due banche da parte della BCE e dell'SRB. Il *public interest assessment* condotto dall'SRB non ha riscontrato i presupposti per la risoluzione, nonostante le due banche avessero dimensioni ben superiori rispetto alle quattro banche risolte nel 2015.

La crisi è stata pertanto gestita a livello nazionale ponendo le due banche in liquidazione coatta amministrativa, con un intervento molto consistente da parte dello Stato per finanziare la cessione di attività e passività a favore di Intesa San Paolo, risultata unica offerente a seguito di una gara svolta in tempi molto ristretti. In particolare, sono state cedute la gran parte delle attività – ad esclusione di alcune poste, tra cui i *non performing loans*, rimasti in capo alla liquidazione e successivamente ceduti in gestione ad AMCO S.p.A., società di gestione controllata dalla Stato – e dell'intero passivo, ad esclusione delle componenti patrimoniali e dei prestiti subordinati, in ossequio al principio del *burden sharing* imposto a seguito dell'autorizzazione della Commissione per l'uso di aiuti di stato. Il Governo ha immesso una consistente quantità di risorse: un'erogazione per cassa a Intesa San Paolo di 4,8 miliardi di euro a copertura del fabbisogno patrimoniale connesso con l'acquisizione delle attività delle due banche venete e dei costi di ristrutturazione aziendale; garanzie fino a un massimo di 12 miliardi di euro, oggi ridottisi a circa 4 miliardi.

La Banca d'Italia continua ad essere fortemente impegnata nella gestione della fase post crisi e, segnatamente, nella supervisione delle attività liquidatorie e nelle connesse, intense interlocuzioni tra le due liquidazioni, Intesa San Paolo e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, pressoché unico creditore delle due liquidazioni.

2.3 Monte dei Paschi di Siena

Le vicende del Monte dei Paschi di Siena sono note e di stretta attualità. In estrema sintesi, i problemi di MPS sono emersi inizialmente attraverso operazioni in titoli derivati, irregolarmente rappresentate in bilancio, che hanno determinato una rilevante esposizione al rischio sovrano. Successivamente – anche al seguito del *comprehensive assessment* della BCE del 2014 – si sono evidenziati significativi problemi di qualità dell’attivo, di redditività e di incidenza dei costi, a cui si sono poi associati rilevanti rischi legali, che tuttora condizionano negativamente il processo di cessione della banca imposto dalla Commissione UE in sede di approvazione dell’aiuto di stato (cfr. oltre).

Contesto	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Criticità: rilevante esposizione al rischio sovrano tramite strumenti derivati, redditività, incidenza dei costi, scarsa qualità dell’attivo, accantonamenti per rischi legali. ❖ Ricapitalizzazione precauzionale (2017) da parte dello Stato italiano (acquisito il 64% del capitale). ❖ Trasferimento NPL ~ € 8 mld (valore lordo) ad AMCO (2020). ❖ 2021: trattative con Unicredit per la cessione della quota societaria dello Stato italiano (2021), interrotte nel quarto trimestre. ❖ <i>Shortfall</i> a fronte del requisito MREL.
Struttura operazione: Ricapitalizzazione precauzionale	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Ricapitalizzazione precauzionale per € 5,4 mld: <ul style="list-style-type: none"> ✓ € 3,9 mld sottoscritti dallo Stato italiano; ✓ € 1,5 mld via <i>burden sharing</i> (conversione strumento subordinato). ❖ Presentazione di un Piano di ristrutturazione 2017-2021, concordato con la Commissione Europea: riduzione costi operativi; dismissione attivi non strategici; riduzione NPL; dismissione della partecipazione statale.
Sviluppi	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Nuovo Business Plan 2022-2026. ❖ Rafforzamento patrimoniale per € 2,5 mld (entro fine 2022) a supporto del Business Plan 2022-2026, con partecipazione pro-quota dello Stato italiano. ❖ Revisione impegni dello Stato italiano per dismettere la partecipazione (approvata da EU COM agosto 2022).

Alla banca è stata riconosciuta la possibilità di effettuare una ricapitalizzazione precauzionale – attraverso la quale lo Stato italiano è giunto a detenere il 64% del capitale – a copertura del rilevante deficit patrimoniale emerso nello scenario avverso dello *stress test* della BCE del 2014. In conseguenza dell’aiuto di stato ricevuto la banca è stata soggetta a ripetuti interventi di ristrutturazione sotto il controllo della Commissione Europea, nell’ambito dei quali è stata ceduta nel tempo la quasi totalità degli NPL.

Da ultimo, lo scorso anno è stato effettuato un tentativo di cessione della banca senese a UniCredit per rispettare la scadenza stabilita dalla Commissione europea per l’uscita dello Stato dall’azionariato; tentativo che come noto non è andato a buon fine. La banca è allo stato impegnata nella realizzazione dell’aumento di capitale di 2,5 miliardi di euro a sostegno del piano industriale 2022-2026, predisposto dal nuovo amministratore delegato della banca, nominato all’inizio del corrente anno.

2.4 Banca Carige

I prossimi due casi – Banca Carige e Banca Popolare di Bari – sono accomunati dalla circostanza di essere stati risolti con un intervento cd. “preventivo” del Fondo

Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD) ai sensi dell'art. 11(3) della DGSD, ossia con un'immissione di risorse a sostegno della posizione patrimoniale delle due banche che ha consentito di evitare il *failing or likely to fail* e di consentire la cessione del controllo ad altri intermediari. È stato possibile riattivare tale modalità di soluzione delle crisi – ampiamente utilizzata prima dell'approvazione della BRRD – solamente dopo la cd. sentenza Tercas del Tribunale UE del marzo 2019 (poi confermata dalla Corte di Giustizia Europea) con la quale è stata riconosciuta la natura privatistica di tali interventi, a seguito del ricorso avanzato dalla Repubblica italiana, dalla Banca Popolare di Bari e il FITD, con l'intervento *ad adiuvandum* della Banca d'Italia, avverso la decisione della Commissione europea che qualificava come aiuto di stato illegittimo l'intervento del FITD a favore della Popolare di Bari per l'acquisizione di Banca Tercas.

Contesto	<ul style="list-style-type: none"> ❖ <i>Early intervention measure</i> per riduzione dello stock di NPL. ❖ Criticità: governance instabile, conflittualità azionisti-vertici aziendali, scarsa qualità degli attivi, redditività negativa, problemi di liquidità. ❖ Amministrazione straordinaria (avvio 2.1.2019) dopo bocciatura aumento capitale in assemblea e dimissioni del CdA. ❖ Emissione di obbligazioni garantite dallo Stato: € 2 mld (gennaio 2019).
Struttura operazione: intervento «preventivo» del DGS (post sentenza Tercas)	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Giu-lug 2019: piano industriale dei Commissari straordinari; interlocuzioni FITD-Cassa Centrale Banca (CCB); richiesta dei commissari per un intervento preventivo del FITD; delibera favorevole di CCB e FITD. ❖ 20.9.2019: assemblea Carige approva un rafforzamento patrimoniale € 900 mln, di cui: i) € 700 mln aumento di capitale (con partecipazione FITD per € 300 mln); ii) € 200 mln obbligazioni subordinate. ❖ Apr 2021: avvio processo di vendita della partecipazione del FITD. ❖ Feb 2022: chiusura dell'amministrazione straordinaria; delibera FITD per ulteriore intervento di supporto (€ 530 mln) in vista della vendita della partecipazione a BPER Banca. ❖ Giu 2022: cessione della partecipazione del FITD a BPER al prezzo simbolico di € 1.
Legacy	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Banca d'Italia: supervisione su processo di raccolta e reintegro risorse utilizzate da parte del FITD.

Le problematiche di Banca Carige traggono origine da ispezioni della Banca d'Italia precedenti all'entrata in vigore del *Single Supervisory Mechanism*, che hanno evidenziato una situazione tecnica fortemente condizionata da un elevato stock di NPL e da critiche condizioni di redditività. Gli interventi successivi sul capitale e sulla governance, particolarmente conflittuale, non hanno determinato un cambio di rotta. A seguito della bocciatura nell'Assemblea straordinaria di fine 2019 dell'aumento di capitale proposto dal Consiglio di Amministrazione e delle conseguenti dimissioni di quest'ultimo, la BCE ha posto la banca in amministrazione straordinaria. Le difficili condizioni di liquidità hanno reso necessario anche in questo caso l'intervento dello Stato attraverso il rilascio di una garanzia sulle obbligazioni emesse dalla banca, poi rifinanziate sul mercato.

I commissari straordinari hanno raggiunto un accordo con il Fondo Interbancario e con la Cassa Centrale Banca, capogruppo di uno dei due gruppi bancari cooperativi italiani, per la ricapitalizzazione della banca genovese, eseguita nel settembre 2019, a supporto del piano di ristrutturazione predisposto dai commissari. Il successivo processo di vendita della banca si è rivelato piuttosto complesso; a seguito del venir meno dell'interesse della Cassa Centrale, solo nel febbraio 2022 si è perfezionata la cessione alla Banca Popolare dell'Emilia

Romagna, con un ulteriore, significativo intervento di ricapitalizzazione da parte del Fondo Interbancario richiesto dall'acquirente.

2.5 Banca Popolare di Bari

La Banca Popolare di Bari è stata sottoposta ad amministrazione straordinaria a fine 2019 dopo un'ispezione avviata nell'estate dello stesso anno. Come ricordato in precedenza, anche tale crisi è stata superata grazie ad un intervento preventivo del FITD ex art. 11(3) DGSD, a supporto della cessione del controllo al Mediocredito Centrale. La matrice pubblica di quest'ultimo ha comportato intese interlocuzioni con la Commissione Europea, per assicurare che l'intervento del Mediocredito rispettasse il criterio dell'investitore privato, il cd. *market economy operator investor principle*, condizione indispensabile per evitare che l'iniziativa fosse qualificata come aiuto di stato e quindi comportasse l'obbligo di dichiarare il *failing or likely to fail* ai sensi dell'art. 32(4), lett. d) della BRRD.

Contesto	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Criticità: conflittualità governance, scarsa qualità degli attivi, insufficienti margini patrimoniali, redditività deficitaria. ❖ Ispezione avviata a giugno 2019. ❖ Avvio amministrazione straordinaria (dicembre 2019).
Struttura operazione: intervento «preventivo» del DGS (post sentenza Tercas)	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Dic 2019: ricerca partner da parte dei commissari straordinari; interlocuzioni con FITD e Mediocredito Centrale (MCC); redazione «linee guida» di strategia industriale. ❖ 31.12.2019: «accordo quadro» BPB-MCC-FITD e primo intervento-ponte FITD. ❖ Primo semestre 2020: aggiornamento «accordo quadro»; ulteriore intervento-ponte FITD; definizione del piano industriale. ❖ 27 maggio 2020: delibera FITD per intervento preventivo complessivo. ❖ 29 giugno 2020: assemblea BPB approva trasformazione in s.p.a. e rafforzamento patrimoniale di 1,6 mld con partecipazione FITD (€ 1.170 mln) e MCC (€ 430 mln, importo conforme con <i>market economy operator investor principle</i>, come richiesto dalla Commissione Europea. Contestuale cessione partecipazione del FITD a MCC al prezzo simbolico di € 1.
Legacy	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Banca d'Italia: supervisione su processo di raccolta e reintegro risorse utilizzate da parte del DGS.

La necessità di rispettare tale condizione ha determinato lunghe trattative allo scopo di ridurre la quota del Mediocredito Centrale nella ricapitalizzazione della Banca – con corrispondente aumento del tasso di remunerazione dell'investimento fino al livello ritenuto in linea con il mercato da parte della Commissione UE – e, di conseguenza, aumentare la quota di ricapitalizzazione a carico del Fondo Interbancario, la cui partecipazione è stata successivamente ceduta al Mediocredito al prezzo simbolico di un euro. Una soluzione dunque molto complessa conclusasi tuttavia con successo, riuscendo a prevenire il dissesto di una banca con una posizione di mercato molto importante nel mercato meridionale.

2.6 Aigis Banca

La crisi di Aigis Banca trae origine da una serie di gravi irregolarità e, in particolare, da rilevanti acquisti di titoli Greensill, strumenti obbligazionari di

una cartolarizzazione andata in default all’inizio del 2021 a causa dell’inesistenza dei crediti sottostanti. Questi ultimi erano relativi a imprese del gruppo facente capo al finanziere anglo-indiano Sanjeev Gupta, il quale nell’estate 2020 aveva presentato istanza per l’acquisizione del controllo di Aigis Banca. Il default dei titoli Greensill ha eroso quasi interamente il patrimonio della banca, determinandone la liquidazione coatta amministrativa.

La peculiarità di questa banca di piccole dimensioni – appena 650 milioni di euro di totale attivo – è rappresentata dalla circostanza che gran parte della provvista era costituita da depositi raccolti attraverso piattaforme on-line tedesche; depositi singolarmente al di sotto della soglia di protezione del FITD ma di fatto coordinati da un unico gestore. Tale situazione ha esposto la banca a elevati rischi di liquidità, che ha reso sconsigliabile porre la banca in amministrazione straordinaria, notizia che avrebbe con tutta probabilità determinato una fuga dei depositi.

Contesto	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Irregolarità in operazioni su titoli emerse in sede di istruttoria di un progetto di acquisizione del controllo della banca. Richiesta di ridurre l’esposizione. ❖ Ispezione avviata a dicembre 2020 e mantenuta fino all’avvio della l.c.a. ❖ Criticità: elevati rischi di liquidità a causa dell’elevato importo di depositi protetti raccolti tramite piattaforme on-line tedesche; gravi perdite patrimoniali in esito al <i>default</i> dei cennati titoli; governance inadeguata.
Valutazione dell’interesse pubblico (PIA)	<ul style="list-style-type: none"> ❖ PIA negativo per: i) assenza funzioni critiche (totale attivo € 670 mln); ii) assenza impatti significativi sulla stabilità finanziaria; potenziali impatti negativi in caso di liquidazione atomistica per contagio indiretto; iii) intervento del FITD (soddisfatto il criterio del «minor onere»); nessun impatto sulle finanze pubbliche; iv) tutela di depositi e investitori garantita dalla l.c.a. con cessione di attività e passività.
Struttura operazione: l.c.a. e intervento del DGS	<ul style="list-style-type: none"> ❖ 22 maggio 2021: banca posta in l.c.a. ❖ 23 maggio 2021: cessione di attività e passività a Banca IFIS. Intervento del FITD: <ul style="list-style-type: none"> ✓ per cassa (€ 38,6 mln) a copertura: i) dello sbilancio negativo di cessione; ii) del fabbisogno capitale in capo a Banca IFIS per le attività acquisite; iii) delle spese previste per la l.c.a.; ✓ con garanzia su crediti (€ 9 mln).
Legacy	<ul style="list-style-type: none"> ❖ L.c.a.: formazione stato passivo, massimizzazione recupero attivo (titoli, asset residui). ❖ Banca d’Italia: supervisione l.c.a. e gestione criticità.

Per altro verso, l’elevata quota di depositi protetti ha consentito al Fondo Interbancario di rispettare il criterio del “minor onere” (cfr. nota 1) consentendo al FITD di intervenire – con un contributo per cassa di circa 39 milioni di euro e garanzie per altri 9 milioni di euro – a supporto della cessione di attività e passività in liquidazione a favore di Banca IFIS.

3. Conclusioni e prospettive di riforma

Dalla rapida rassegna svolta in precedenza emerge come la soluzione delle crisi bancarie degli ultimi anni abbia richiesto l’utilizzo di strumenti piuttosto diversificati. Si potrebbe sostenere che tale apparente flessibilità rappresenti un punto di forza dell’impianto normativo comunitario, il quale pur nelle difficoltà ha consentito di gestire queste crisi senza impatti sulla stabilità finanziaria. Al contrario, l’esperienza vissuta dimostra come in realtà l’attuale *framework* regolamentare europeo presenti rilevanti criticità.

Innanzitutto, al di là della risoluzione – applicabile al limitato novero delle banche maggiori – l’assenza di collaudate e standardizzate modalità di gestione delle crisi ha costretto le autorità italiane alla ricerca di soluzioni diversificate per evitare i pesanti effetti dei dissesti sull’economia e sulla stabilità finanziaria. Ciò ha comportato rilevanti complessità e faticose interlocuzioni con una pluralità di attori istituzionali (Commissione europea, Banca centrale europea, Comitato di risoluzione unico, Ministero dell’economia e delle finanze, fondi di garanzia dei depositanti) in un contesto, quello della gestione delle crisi bancarie, in cui la variabile tempo è divenuta assolutamente cruciale. La facilità di movimentazione on-line dei depositi rende infatti sempre più significativi i rischi di liquidità in presenza della diffusione di notizie più o meno fondate sullo stato di salute degli intermediari, riducendo drammaticamente i tempi di gestione delle crisi. Non è un caso che in diverse delle vicende sopra illustrate lo Stato è dovuto intervenire con garanzie pubbliche sulle obbligazioni emesse dalle banche per assicurare il contenimento dei rischi di liquidità.

L’entrata in vigore della BRRD senza un periodo transitorio che consentisse la creazione dei presupposti per una adeguata gestione delle crisi delle banche maggiori – segnatamente con riguardo all’accumulo di sufficienti livelli di MREL (*Minimum Requirement of Eligible Liabilities*) – e in assenza di efficaci strumenti per affrontare le crisi delle banche di medie-piccole dimensioni, ha reso necessario ricorrere al supporto dello Stato per limitare gli effetti dei dissesti bancari sulla stabilità finanziaria e sul tessuto economico, con rilevanti oneri per le finanze pubbliche che la BRRD intendeva al contrario evitare.

Come ricordato in premessa, le difficoltà di gestione delle crisi derivano dalle condizioni di mercato del sistema bancario italiano nel quale gli avviamenti delle banche hanno perso valore. Per consentire la cessione del controllo o di attività e passività di banche in crisi occorre quindi un supporto finanziario esterno che copra l’assorbimento patrimoniale delle attività acquisite, i costi di ristrutturazione e i rischi legali a cui è esposto l’intermediario.

In questo quadro, risultano allo stato troppo stringenti limiti entro i quali i fondi di garanzia dei depositi possono fornire tale supporto esterno mediante gli interventi preventivi o alternativi, idonei a evitare gli impatti destabilizzanti delle liquidazioni atomistiche.

Nel caso delle quattro banche poste in risoluzione nel 2015, tale situazione fu esacerbata dalla posizione assunta dalla Commissione europea in merito alla configurazione dell’intervento del FITD come aiuto di stato, che costrinse le autorità ad applicare la risoluzione, con pesanti oneri a carico del sistema bancario. Dopo le sentenze Tercas è ora possibile tornare a utilizzare gli interventi dei DGS quando questi hanno natura privata, come nel nostro paese; tuttavia il rispetto del vincolo del “minor onere” è ancora fortemente condizionato dalla *super-priority* di cui usufruiscono i depositi protetti e i fondi di garanzia che si surrogano ad essi. In altri termini, attualmente è molto difficile riscontrare situazioni simili a quelle di Aigis Banca, in cui il Fondo Interbancario rispetta le condizioni per poter intervenire. Simulazioni condotte in Banca d’Italia

dimostrano come, con gli attuali vincoli normativi agli interventi dei DGS, la gran parte delle banche *less significant* italiane sarebbe destinata alla liquidazione atomistica, con possibili effetti contagio e rilevanti impatti sull'economia reale e sulla stabilità finanziaria.

Occorre dunque una revisione complessiva del quadro regolamentare europeo che consenta di disporre di procedure omogenee, efficaci e standardizzate per una ordinata fuoriuscita dal mercato delle banche in crisi; esigenza questa rappresentata da tempo dalla Banca d'Italia nelle sedi internazionali.

Da ultimo, l'Eurogruppo del 16 giugno 2022 – pur non registrando progressi sul completamento del terzo pilastro dell'Unione Bancaria – ha invitato la Commissione europea a presentare una proposta di revisione dell'impianto normativo in materia di gestione delle crisi e interventi dei fondi di garanzia dei depositi (cd. *Crisis Management and Deposit Insurance Framework* – CMDI), sulla base di alcune linee guida: definizione più chiara e armonizzata della valutazione dell'interesse pubblico per la risoluzione; ampliamento del perimetro di intermediari da sottoporre a risoluzione; armonizzazione nell'utilizzo dei fondi degli schemi di garanzia dei depositanti, assicurando un'adeguata flessibilità per facilitare la fuoriuscita dal mercato delle banche in crisi; armonizzazione di specifici aspetti delle procedure di insolvenza nazionale, al fine di assicurare coerenza in ambito europeo.

La proposta della Commissione europea è attesa per il primo trimestre 2023. Le visioni tra i vari paesi sono molto differenti, ad esempio tra chi è favorevole o meno ad un maggiore utilizzo dei DGS per la gestione delle crisi mediante la rimozione della *super-priority* e a una minima armonizzazione delle procedure liquidatorie delle banche, in particolare per gestire a livello amministrativo le cessioni di attività e passività in liquidazione. Al momento sembra che l'unico punto fermo sia il mantenimento in caso di risoluzione del livello minimo di *bail-in* pari all'8 per cento del totale delle passività e dei fondi propri delle banche; parametro che non appare compatibile con l'estensione della risoluzione a banche di medio-piccola dimensione, non in grado di accedere al mercato istituzionale per il collocamento di strumenti computabili nel MREL e in assenza dei quali il *bail-in* colpirebbe i depositi, pregiudicando la continuità operativa dell'intermediario post risoluzione.

Vedremo nei prossimi mesi se la Commissione europea sarà in grado di presentare una proposta che possa trovare un punto di equilibrio tra tutte le diverse posizioni dei paesi membri e, al contempo, di assicurare una maggiore efficacia nelle modalità di gestione dei dissesti bancari.

EL RÉGIMEN DE LA INVIABILIDAD BANCARIA EN LA UNIÓN EUROPEA: CUESTIONES CLAVE Y EXPECTATIVAS DE REFORMA

José Luis Colino Mediavilla

1. Introducción – 2. Aumento del ámbito de aplicación del procedimiento de resolución mediante la valoración del interés público, mantenimiento de la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia minimizando su armonización y simultáneo establecimiento de un régimen administrativo de liquidación ordenada a nivel europeo y nacional – 3. La financiación de la solución de la crisis – 3.1 Uso de los fondos de garantía de depósitos nacionales para financiar la transmisión del negocio o de activos y pasivos preservando el acceso a los depósitos y test del menor coste – 3.2 Calibración del requisito mínimo de fondos propios y pasivos elegibles, acceso al fondo de resolución y uso de fondos de los contribuyentes en la liquidación ordenada en el procedimiento nacional de insolvencia – 4. Elementos a armonizar en la regulación nacional de la liquidación en el procedimiento de insolvencia para asegurar su coherencia con el régimen administrativo de gestión de la crisis y garantía de depósitos – 5. Esquema holístico y pronóstico sobre el cumplimiento de objetivos

1. Introducción¹

La declaración del Eurogrupo sobre el futuro de la Unión Bancaria de 16 de junio de 2022 expresa hasta dónde llega, en la actualidad, el acuerdo político para fortalecer el régimen europeo de gestión de crisis bancarias y garantía de depósitos y coordinar con él las reglas sobre ayudas de Estado a los bancos en dificultades². En este ámbito, una de las materias más importantes es el régimen de la inviabilidad o probabilidad de inviabilidad insuperable con medidas previas a la aplicación del procedimiento de resolución o de la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia (FOLTF³), que constituye el objeto de este trabajo.

No pretendo un tratamiento completo de la materia. El objetivo es repasar las cuestiones clave sobre las que hay expectativas de reforma en este momento, para sugerir reflexiones. En consecuencia, no trato las opciones que la declaración del Eurogrupo excluye⁴ o pospone⁵. Además, pretendo cumplir ese objetivo con sencillez y claridad, dentro de lo posible, pues el grado de complejidad es considerable⁶. Por esto, evito exponer los detalles que no son imprescindibles, no trato casos concretos del pasado⁷ y no tengo intención de ser exhaustivo en las

¹ Dedico este trabajo al profesor Renzo COSTI.

Esta publicación tiene su origen en la ponencia realizada en el congreso *Crisis bancarias: resolución, liquidación y perspectivas de reforma a la luz de la experiencia española e italiana*, celebrado en el Banco de Italia el día 21 de octubre de 2022. Tanto la ponencia como el trabajo han sido realizados en ejecución del proyecto de investigación PID2021-123618NB-I00, titulado “La liquidación de entidades de crédito en un procedimiento de insolvencia como alternativa a la resolución: propuestas interpretativas y de política jurídica”.

Agradezco al profesor Matteo DE POLI (Universidad de Padua) sus valiosas observaciones.

² Conforme a la declaración del Eurogrupo, se espera que la Comisión Europea realice una propuesta de reforma del régimen de gestión de crisis y garantía de depósitos en los primeros meses de 2023, que el proceso legislativo pueda estar completado a principios de 2024 y que después culmine la revisión de las reglas de ayudas de Estado, para que sean coherentes con el renovado régimen de gestión de crisis y garantía de depósitos.

³ *Failing Or Likely To Fail*.

⁴ Como la gestión de todos los supuestos de FOLTF en un único procedimiento de resolución, cfr. A. GELPERN, N. VÉRON, *An effective regime for non-viable banks: US experience and considerations for EU reform*, Study requested by the ECON committee, European Parliament, julio 2019, pp. 47-53; J.C. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, *Luces y sombras del modelo europeo de resolución bancaria*, en *Regulación bancaria y actividad financiera*, dir. J.C. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.L. COLINO MEDIAVILLA, Las Rozas (Madrid), 2020, p. 366; M. SCHILLIG, *EU bank insolvency law harmonisation: What next?*, en *International Insolvency Review*, 2021, 2, pp. 239-266.

⁵ Como la creación de un sistema europeo de garantía de depósitos.

⁶ Con un planteamiento más amplio que el que adopto en este trabajo, es decir, menos ceñido a la realidad de la reforma que parece factible en este momento, se ha subrayado la necesidad de simplificar el régimen, cfr. G. MAJNONI, G. BERNARDINI, A. DAL SANTO, M. TRAPANESE, *The EU bank insolvency framework: could less be more?*, en *BANCA D’ITALIA, Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, n. 594, Banca d’Italia, febrero 2021. También advierten sobre la complejidad del régimen M.P. CHITI, V. SANTORO, *Prefazione*, en *Il diritto bancario europeo. Problemi e prospettive*, dir. EAD., Pisa, 2022, p. XII.

⁷ Lo que no impide, naturalmente, tener en cuenta la enseñanza derivada de la experiencia en la aplicación del régimen.

referencias a los muchos esfuerzos y propuestas realizados por los estudiosos y los organismos europeos e internacionales⁸.

La experiencia aplicativa muestra un problema principal⁹. En el ámbito competencial del SRB el Derecho vigente ha conducido a una fragmentación de la solución de la crisis de los bancos medianos y pequeños en distintos Estados y a un cumplimiento insatisfactorio del objetivo del menor consumo posible de recursos públicos, por tres razones:

- 1 La aplicación de la valoración del interés público (PIA¹⁰) se ha orientado hacia la exclusión de los bancos medianos y pequeños del procedimiento de resolución, optando por su salida del mercado mediante la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia¹¹.
- 2 La liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia apenas está armonizada, por lo que hay importantes diferencias en las regulaciones nacionales y muchas de ellas son ineficientes para gestionar adecuadamente las crisis bancarias¹².

⁸ Cfr. una panorámica en A. DE ALDISIO, *An overview of the workshop*, en BANCA D'ITALIA, *The crisis management framework for banks in the EU. How can we deal with the crisis of small and medium-sized banks?*, Seminari e convegni. Workshops and Conferences, n. 24, mayo 2021, pp. 7-15; D. GÓMEZ DE TOJEIRO, L. PIAZZA DOBARGANES, *Liquidación de entidades de crédito: iniciativas de reforma en el ámbito internacional*, en Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones, 2022, 8, pp. 73-112.

⁹ Cfr., entre otras muchas fuentes, los casos que se exponen en la página web de la Junta Única de Resolución (SRB, *Single Resolution Board*); *ECB Annual Report on supervisory activities*, 2017, 2018 y 2019; R.M. LASTRA, C.A. RUSSO, M. BODELLINI, *Stock take of the SRB's activities over the past years: What to improve and focus on?*, Study requested by the ECON Committee, European Parliament, marzo 2019, pp. 6-10; Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación y revisión de la Directiva 2014/59/EU (*Bank Recovery and Resolution Directive*) y el Reglamento 806/2014 (*Single Resolution Mechanism Regulation*), de 30 de abril de 2019; F. RESTOY, R. VRBASKI, R. WALTERS, *Bank failure management in the European banking union: What's wrong and how to fix it*, en Financial Stability Institute Occasional Papers, n. 15, julio 2020, pp. 11-15; *European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, realizada en la primera mitad de 2021, pp. 2 y 3.

¹⁰ *Public Interest Assessment*.

¹¹ Cfr. E. KÖNIG, *The crisis management framework for banks in the EU: What can be done with small and medium-sized banks?*, en BANCA D'ITALIA, *The crisis management framework for banks in the EU*, cit., pp. 135 y 136; *European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, cit., pp. 16 y 17.

¹² Cfr. P. BAUDINO, A. GAGLIANO, E. RULLI, R. WALTERS, *How to manage failures of non-systemic banks? A review of country practices*, en FSI Insights on policy implementation, n. 10, octubre 2018, pp. 1-31; S. BUCKINGHAM, S. ATANASOVA, S. FRAZZANI, N. VÉRON (VVA, Grimaldi & Bruegel), *Study on the differences between bank insolvency laws and on their potential harmonisation*, European Commission, november 2019, pp. 1-64 y anexos; J.-H. BINDER, *The next step: Towards harmonised frameworks for the liquidation of non-systematically relevant credit institutions in the EU? A discussion of policy choices and potential impediments*, en EBI Working Paper Series, n. 86, marzo 2021, pp. 3-8.

- 3 Las reglas sobre ayudas de Estado a bancos en crisis permiten usar fondos públicos como ayuda a la liquidación ordenada¹³ con una previa asignación de pérdidas a capital y créditos (*burden sharing*) inferior a la requerida para acceder al Fondo Único de Resolución (SRF)¹⁴. Esto ha conducido a la posibilidad de utilizar la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia para solucionar la crisis con un sacrificio de créditos menor (coste social y político) al que se habría tenido que soportar en el procedimiento de resolución para acceder a la utilización del SRF¹⁵, trasladando la asignación de parte de las pérdidas a los contribuyentes¹⁶.

A la vista de la experiencia, para mejorar, la reforma persigue los siguientes objetivos de política jurídica, principalmente destinados a los bancos medianos y pequeños¹⁷:

- 1 Evitar la fragmentación del mercado único en la solución de la situación de FOLTF de los bancos medianos y pequeños mediante la mejora de los instrumentos disponibles para gestionar su crisis, tanto aumentando el ámbito de aplicación del procedimiento de resolución, mediante la flexibilización del PIA, como ofreciendo un régimen administrativo de liquidación ordenada armonizado a nivel europeo (SRMR, SRB) y nacional (BRRD, Autoridades Nacionales de Resolución¹⁸).

¹³ Es decir, con venta del negocio o de activos y pasivos como opuesta a la liquidación ordinaria, fragmentada o atomística, cfr. Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación, desde el 1 de agosto de 2013, de reglas sobre ayudas de Estado para apoyar medidas en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera (*Banking Communication 2013*), párrafos 65 a 88. Cfr., por todos, L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato e crisi bancarie*, Torino, 2021, pp. 77-80.

¹⁴ *Single Resolution Fund*, en la Unión Bancaria. Fuera de ella, el Fondo de Resolución nacional (RF, *Resolution Fund*).

¹⁵ Arts. 44 y 101 de la Directiva 2014/59/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (BRRD, *Bank Recovery and Resolution Directive*); arts. 27 y 76 del Reglamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución (SRMR, *Single Resolution Mechanism Regulation*).

¹⁶ Recuérdese que el recurso al SRF comporta la competencia del SRB para adoptar el dispositivo de resolución, art. 7.3 del SRMR. Fuera de la Unión Bancaria también es posible elegir la liquidación en el procedimiento de insolvencia frente al procedimiento de resolución con la finalidad de acceder al uso de fondos públicos con un sacrificio de créditos inferior al que se tendría que soportar para utilizar el RF, pero en este ámbito la aplicación del PIA se ha orientado a una mayor utilización del procedimiento de resolución, que ha abarcado más bancos medianos y pequeños, cfr. *European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, cit., pp. 3, 16 y 17.

¹⁷ Cfr., por todos, la declaración del Eurogrupo sobre el futuro de la Unión Bancaria de 16 de junio de 2022. Naturalmente, las reformas para mejorar el régimen común (BRRD) también abarcan a los Estados que están fuera de la Unión Bancaria.

¹⁸ NRA, *National Resolution Authorities*.

- 2 Mejorar la asignación del coste de la solución de la crisis, tanto a los socios y acreedores (requisito mínimo de fondos propios y pasivos elegibles, MREL¹⁹) como a las redes de seguridad financiadas por la industria, es decir, a los fondos de garantía de depósitos nacionales (DGS²⁰) y al SRF/RF, con la finalidad de conseguir el menor consumo posible de recursos de los contribuyentes. Esto requiere, por un lado, aprovechar más y mejor las posibilidades de uso de los DGS nacionales y, por otro, ajustar la calibración del MREL respecto a los bancos medianos y pequeños y coordinar el acceso al SRF/RF con el uso de fondos públicos en la liquidación ordenada en el procedimiento nacional de insolvencia, admitida por las reglas sobre ayudas de Estado.
- 3 Armonizar elementos seleccionados de los procedimientos nacionales de insolvencia aplicables a los bancos, con la finalidad de asegurar su coherencia con los principios del régimen europeo de gestión de crisis y garantía de depósitos.

La estructura sistemática de este trabajo se ajusta a tales objetivos de política jurídica. Al final, formulo un esquema holístico básico sobre cómo podría quedar el régimen tras la reforma y hago un pronóstico sobre el posible cumplimiento de los objetivos perseguidos.

2. *Aumento del ámbito de aplicación del procedimiento de resolución mediante la valoración del interés público, mantenimiento de la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia minimizando su armonización y simultáneo establecimiento de un régimen administrativo de liquidación ordenada a nivel europeo y nacional*

Un cauce para evitar la fragmentación del mercado único en la solución de la situación de FOLTF de los bancos medianos y pequeños, derivada de la diversidad de regulaciones nacionales de la liquidación en el procedimiento de insolvencia, consiste en aclarar el PIA, para ganar en seguridad²¹, y flexibilizar su aplicación, para que el procedimiento de resolución (que ya

¹⁹ *Minimum Requirement for own funds and Eligible Liabilities.*

²⁰ *Deposit Guarantee Schemes.*

²¹ Cfr. R.M. LASTRA, C.A. RUSSO, M. BODELLINI, *Stock take of the SRB's activities over the past years*, cit., pp. 11, 12, 15 y 26, poniendo de manifiesto la necesidad de criterios concretos para orientar con más seguridad la aplicación del PIA, que se ha reflejado en la vigente regulación del MREL.

está armonizado) alcance a más bancos²². La precisión sobre los criterios a considerar en el PIA siempre ha de ser bienvenida, porque aumenta la seguridad jurídica. No obstante, particularmente respecto a los bancos medianos y pequeños, al comparar las soluciones posibles en los distintos procedimientos debe atribuirse la relevancia adecuada a quién asuma el coste de la solución, como luego expondré.

Desde la perspectiva que distingue entre procedimiento de resolución y procedimiento de liquidación, la consecución de una mayor armonización en el segundo, para superar la actual diversidad en las regulaciones nacionales, se ha enfocado con distintas opciones, que no siempre se presentan con nitidez. Me ha parecido identificar las siguientes, pero es posible que haya otras.

La opción más ambiciosa desde la perspectiva de la integración europea consistiría en establecer un régimen de liquidación ordenada completo a nivel nacional y europeo (BRRD y SRMR), paralelo al procedimiento de resolución. Es decir, un procedimiento administrativo de liquidación ordenada, con todos los instrumentos necesarios para su eficacia y eficiencia²³, cuya competencia se atribuiría al SRB y a las NRA y que excluiría la aplicación a los bancos de los procedimientos de insolvencia nacionales²⁴. Se trata, sin embargo, de una opción que no parece factible hoy día por las dificultades técnicas y políticas

²² Cfr. L. GARICANO, *Two proposals to resurrect the Banking Union: The Safe Portfolio Approach and SRB+*, en CEPR Policy Insight, n. 108, noviembre 2020, p. 13; A. CARRASCOSA, *How to improve small and mid-sized bank crisis management?*, en *Moving forward: Monetary Union after Covid 19. A Yearbook on the Euro 2021*, Fundación de Estudios Financieros y Fundación ICO, 2021, pp. 242, 243 y 257; *SRB response to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 13 y 25 (cuestiones 3 y 10); *SRB response to the European Commission's targeted consultation on evaluation of State aid rules for banks in difficulty*, pp. 30 y 37; Declaración del Eurogrupo sobre el futuro de la Unión Bancaria de 16 de junio de 2022; E. KÖNIG, *SRB Chair Elke König speech at the ECON Committee*, 13 de julio 2022. El SRB viene trabajando de manera continuada en la mejora del PIA y seguirá haciéndolo, precisando progresivamente los factores a tener en cuenta y los criterios a utilizar. Por ejemplo, últimamente se resalta la importancia de considerar el impacto de la crisis a nivel regional. Cfr. *Public Interest Assessment: SRB Approach*, junio de 2019; *Addendum to the Public Interest Assessment: SRB Approach*, mayo 2021; *SRB Addendum to the Public Interest Assessment – Deposit Guarantee Schemes Considerations*, mayo 2022.

²³ En particular, el instrumento de venta del negocio o transmisión activos y pasivos, pero también el sistema europeo de garantía de depósitos que la declaración del Eurogrupo de junio de 2022 ha pospuesto.

²⁴ Esto sería coherente con la línea marcada por el Derecho preconcursal general, en el que la regulación especial administrativa impide la aplicación a los bancos del régimen de los planes de reestructuración preconcursales, cfr. el art. 1.2 de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). En la misma línea, cfr. el art. 1.2 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, para la armonización de ciertos aspectos del Derecho de la insolvencia, diciembre 2022.

que comporta, por lo que se suele hacer referencia a ella como objetivo al que llegar en el futuro²⁵.

Con un enfoque diferente, cabría la posibilidad de mantener la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia como alternativa al procedimiento de resolución, armonizando lo más posible estos procedimientos, para reducir la fragmentación, pero esta opción también presenta las referidas dificultades técnicas y políticas y, además, reduciría el ámbito de aplicación del procedimiento de resolución y comportaría un aumento de la nacionalización de la solución de la crisis contrario al objetivo de la mayor integración del mercado único²⁶.

Otra opción posible consistiría en mantener la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia como alternativa al procedimiento de resolución con una armonización limitada de algunos de sus elementos, en especial el instrumento de venta del negocio o activos y pasivos, complementada por una mejora de la utilización de los DGS para financiar dicha venta²⁷.

²⁵ Cfr. INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Euro area policies. Financial sector assessment program. Technical note –Bank resolution and crisis management*, IMF Country Report n. 18/232, julio 2018, pp. 22 y 23; S. SCATIZZI, *Failing or likely to fail but no resolution – a possible point of view*, en ESCB Legal Conference (6 y 7 de septiembre de 2018), diciembre 2018, p. 153; J. PULGAR EZQUERRA, *Hacia la armonización europea de la resolución de bancos y entidades financieras: deficiencias y retos*, en La Ley Mercantil, n. 64, diciembre 2019, apartado VI, pp. 1 y 19 a 21; F. RESTOY, R. VRBASKI, R. WALTERS, *Bank failure management in the European banking union*, cit., pp. 1, 2 y 20 a 22; A. CARRASCOSA, *How to improve small and mid-sized bank crisis management?*, cit., pp. 245, 247 y 257; J.-H. BINDER, *The next step*, cit., pp. 9 a 27; E. KÖNIG, *The crisis management framework for banks in the EU*, cit., pp. 137 y 138; *SRB response to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 13, 14 y 30 a 34 (cuestiones 3 y 16 a 18); J.-H. BINDER, *Failing banks within the Banking Union at the crossroads*, cit., pp. 17 y 18. Aunque se ha iniciado el camino para superar las dificultades, parece que será necesario cierto grado de paciencia. No obstante, recuérdese que la armonización del Derecho general de la insolvencia ya ha empezado, cfr. Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, para la armonización de ciertos aspectos del Derecho de la insolvencia, diciembre 2022. Además, en el proyecto UNIDROIT sobre liquidación de bancos se está trabajando para conseguir estándares internacionales.

²⁶ Cfr., por ejemplo, INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Euro area policies*, cit., p. 22; A. CARRASCOSA, *How to improve small and mid-sized bank crisis management?*, cit., pp. 245, 248, 249 y 257.

²⁷ Cfr. S. SCATIZZI, *Failing or likely to fail but no resolution – a possible point of view*, cit., p. 153; A. DE ALDISIO, G. ALOIA, A. BENTIVEGNA, A. GAGLIANO, E. GIORGIANTONIO, C. LANFRANCHI, M. MALTESE, *Towards a framework for orderly liquidation of banks in the EU*, en BANCA D'ITALIA, Notes on financial stability and supervision, n. 15, agosto, 2019, pp. 1-16; F. RESTOY, R. VRBASKI, R. WALTERS, *Bank failure management in the European banking union*, cit., pp. 1, 2 y 16 a 20; J.-H. BINDER, *The next step*, cit., pp. 9-27, aunque subrayando las dificultades de introducir la venta del negocio o de activos y pasivos como instrumento para solucionar la crisis, en pp. 20, 25 y 26; S. BALDER, M. VANBERG, *Credibility of the crisis management for institutions: Guiding principles for reform opportunities*, en BANCA D'ITALIA, *The crisis management framework for banks in the EU*, cit., p. 167.

También cabría, como paso intermedio hacia la opción primera, armonizar mediante una directiva el establecimiento de un régimen nacional de liquidación ordenada especial, de carácter administrativo²⁸.

Finalmente, cabe la posibilidad de mantener la liquidación en los procedimientos de insolvencia nacionales limitando su armonización (BRRD) a elementos seleccionados para asegurar su coherencia con los principios del régimen europeo de gestión de crisis y garantía de depósitos y, simultáneamente, establecer un régimen administrativo de liquidación ordenada armonizado a nivel nacional y europeo (BRRD y SRMR), atribuyendo la competencia sobre el mismo al SRB y a las NRA y en el que se podría vender el negocio o realizar transmisiones de activos y pasivos para, posteriormente, realizar el activo residual y proceder a la extinción de la entidad, sacándola del mercado²⁹. Esta es la opción sobre la que parece haber acuerdo político³⁰.

En lo sustancial, parece que esta opción solo se diferencia de la primera, rechazada por dificultades técnicas y políticas, en el mantenimiento de la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia, que quedará limitada a un espacio de aplicación reducido, por la expansión del régimen administrativo europeo y nacional de gestión de la situación de FOLTF.

Si esta opción respecto a la que se dice haber alcanzado acuerdo político condujese a establecer, para los supuestos en que no se aplique el procedimiento de resolución, un procedimiento administrativo de liquidación ordenada, armonizado a nivel europeo y nacional, el régimen de los bancos en situación de FOLTF estaría compuesto por tres procedimientos³¹, lo que no parece que aporte

²⁸ Cfr. M. BODELLINI, *The key role that deposit guarantee schemes could and should play in bank crises: A proposal to amend the European Union framework*, en BANCA D'ITALIA, *The crisis management framework for banks in the EU*, cit., pp. 120 a 122.

²⁹ Cfr. A. ENRIA, *Crisis management for medium-sized banks: The case for a European approach*, en BANCA D'ITALIA, *The crisis management framework for banks in the EU*, cit., pp. 23 y 25; ECB *contribution to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 2, 3, 10 y 11; SRB *response to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 13, 14 y 30 a 34 (cuestiones 3 y 16 a 18); A. ARDA, M. DOBLER, *The role for deposit insurance in dealing with failing banks in the European Union*, en IMF WP/22/2, enero 2022, p. 13.

³⁰ Cfr. Declaración del Eurogrupo sobre el futuro de la Unión Bancaria de 16 de junio de 2022.

³¹ El de resolución; el administrativo de liquidación ordenada; y el de liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia, que puede tener carácter judicial o administrativo. Es una posibilidad que ha explorado la *European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, realizada en la primera mitad de 2021, pp. 11 y 21 (cuestiones 3 y 18.1). A la vista de la declaración del Eurogrupo de junio de 2022, en la que se afirma que hay acuerdo en ampliar la aplicación de los instrumentos de resolución en la gestión de la crisis a nivel europeo y nacional, incluso para bancos medianos y pequeños, podría pensarse que apunta hacia la creación de un nuevo procedimiento administrativo de liquidación ordenada, porque la referencia a los niveles europeo y nacional no sería necesaria si se estuviera refiriendo al procedimiento de resolución, si bien tal referencia no permite afirmar con rotundidad que se esté negando que la ampliación de la aplicación de los instrumentos de resolución pueda hacerse en el propio procedimiento de resolución.

nada significativo para la solución de la crisis de los distintos tipos de bancos³², aumentando innecesariamente la complejidad del régimen³³.

El régimen de tres piezas procedimentales podría evitarse si, dada la intención de ampliar el ámbito de aplicación del procedimiento de resolución mediante el PIA para llegar a los bancos medianos y pequeños, la liquidación ordenada administrativa se estableciese no como procedimiento diferente del procedimiento de resolución sino integrada en este. Es decir, estableciendo un nuevo instrumento en el procedimiento de resolución para, tras mantener las funciones esenciales y preservar la estabilidad financiera con otros instrumentos³⁴, liquidar la entidad residual y sacarla del mercado sin necesidad de recurrir al procedimiento nacional de insolvencia³⁵.

³² El instrumento de venta del negocio o transmisión de activos y pasivos ya existe en el procedimiento de resolución, en su caso complementado con la liquidación de la entidad residual, que se remite al procedimiento nacional de insolvencia, siendo aplicable este régimen a los bancos medianos y pequeños, por lo que duplicar el instrumento en un nuevo procedimiento administrativo no añadiría nada sustancial a lo que ya ofrece el procedimiento de resolución, salvo lo relativo a la liquidación de la entidad residual. La idea que podría fundamentar la necesidad de un tercer procedimiento, consistente en que el nuevo procedimiento administrativo de liquidación ordenada estaría justificado porque el procedimiento de resolución no es adecuado para los bancos medianos y pequeños, no parece segura respecto al régimen vigente en la Unión Europea, en el que el procedimiento de resolución, aun orientado en una parte importante de sus elementos a las necesidades que plantean los grandes bancos, tiene como objetivo esencial de su diseño la posibilidad de aplicarse a cualquier banco. Cfr. considerando 29 de la BRRD; *European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, realizada en la primera mitad de 2021, pp. 6 “*The CMDI was in particular designed with the aim of handling the failure of credit institutions of any size,...*” y 17. Este enfoque, coherentemente, se tiene en cuenta en la regulación de cuestiones concretas, por ejemplo en materia de planificación de la resolución, donde se atiende al tamaño de los bancos.

³³ Piénsese que, si se introdujese un tercer procedimiento, la actual regulación del PIA, en la planificación y en caso de FOLTF, y del principio *no creditor worse off* (NCWO), que se construye sobre la base de la existencia de dos procedimientos, tendría que ajustarse a la existencia de tres opciones. Si un Estado tiene un procedimiento de insolvencia especial de carácter administrativo para liquidar ordenadamente bancos ¿no se solaparía con el procedimiento administrativo de liquidación ordenada armonizado a nivel europeo y nacional? Si un Estado aplica a los bancos un procedimiento de insolvencia judicial, con más o menos especialidades, tendría que incorporar el procedimiento administrativo de liquidación ordenada armonizado en la BRRD ¿manteniendo como procedimiento diferente la liquidación en el procedimiento de insolvencia?

³⁴ La venta del negocio como objeto, o de activos y pasivos, o su transmisión a una entidad puente.

³⁵ Cfr. M. SCHILLIG, *EU bank insolvency law harmonisation*, cit., pp. 253-255; *SRB response to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 13, 14 y 30 a 34 (cuestiones 3 y 16 a 18); A. ARDA, M. DOBLER, *The role for deposit insurance in dealing with failing banks in the European Union*, cit., p. 13. Recuérdese que los *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, octubre de 2011, actualizados en octubre de 2014, contemplan que el procedimiento de resolución puede conducir tanto a reestructurar y mantener la entidad como a su salida del mercado mediante una liquidación ordenada. Aunque el detalle de la regulación excede del objetivo de este trabajo, no quiero dejar de señalar, por su importancia a diversos efectos, que, puesto que la previa y rápida aplicación de otros instrumentos habrá mantenido las funciones esenciales y habrá asegurado la preservación de la estabilidad financiera, ya no habrá tanta urgencia para liquidar la entidad residual, por lo que habría que establecer un trámite de formación de la masa pasiva durante un plazo razonable y sometido a un control judicial ágil, que en ningún caso afectaría a la validez y eficacia de los instrumentos previamente aplicados.

Con este nuevo instrumento de resolución se mejoraría la actual regulación de la liquidación de la entidad residual, que se hace de forma indirecta mediante su remisión a la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia³⁶, aumentando la completitud de la regulación del procedimiento de resolución y, con ello, la uniformidad e igualdad de condiciones en el mercado único. Además, la relación entre las autoridades de resolución (SRB, NRA) permitiría aumentar el ámbito territorial del mercado de búsqueda de adquirente en la venta del negocio o de activos y pasivos, lo que conduciría a la obtención de mejores precios. Otra ventaja de esa opción es que se evitarían problemas de transición entre el procedimiento de resolución y la complementaria liquidación de la entidad residual, que hipotéticamente podrían plantearse en forma similar a la llamada *limbo situation*, a la que me referiré en el apartado 4³⁷.

Se explica que esta armonización a nivel europeo y nacional de la liquidación como instrumento del procedimiento de resolución, junto a la ampliación del ámbito de aplicación de este mediante la flexibilización del PIA, permitiría que abarcase a bancos medianos y pequeños, con lo que la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia quedaría, tanto a nivel europeo como nacional, como un procedimiento residual, de uso limitado a los bancos muy pequeños, y así la fragmentación derivada de las divergencias nacionales quedaría reducida a un ámbito muy limitado y, con ello, también se reduciría el riesgo de consumo de recursos de los contribuyentes³⁸.

Sin embargo, ¿es seguro que se producirán de manera uniforme en todos los Estados la ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento de resolución (BRRD y SRMR) y la reducción al mínimo de la aplicación de la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia y del riesgo de consumo de fondos públicos?

Aunque, para favorecer la aplicación del procedimiento de resolución, la minimización de la armonización de la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia se lleve en ocasiones a extremos que parecen

³⁶ Considerandos 50, 60, 68, 87 y 95 y art. 37.6 de la BRRD y considerandos 62, 69, 74 y art. 22.5 del SRMR. Nótese que, con esta remisión, la BRRD y el SRMR hacen suyas, como parte del régimen del procedimiento de resolución, las diferentes regulaciones nacionales de la liquidación en el procedimiento de insolvencia.

³⁷ Adviértase que este nuevo instrumento de liquidación ordenada administrativa no solo sería complementario de la venta parcial del negocio o activos y pasivos, sino que también canalizaría la finalización del procedimiento de resolución con la salida del mercado de la entidad en el caso de venta total del negocio como objeto, en que la entidad en resolución recibiese el precio de la transmisión, a distribuir entre los socios.

³⁸ Cfr. *SRB response to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 13, 14 y 30 a 34 (cuestiones 3 y 16 a 18); *SRB response to the European Commission's targeted consultation on evaluation of State aid rules for banks in difficulty*, p. 30.

discutibles³⁹, los Estados no pierden su competencia para regular la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia, que pueden ejercer con mayor o menor diligencia⁴⁰.

Teniendo en cuenta que, cuando se trata de bancos medianos y pequeños, en el PIA tiene una importancia relevante la comparación entre las soluciones posibles en los distintos procedimientos, ¿la introducción de la liquidación administrativa de la entidad residual en el procedimiento de resolución a nivel europeo y nacional (SRB, NRA) puede evitar que un Estado regule la liquidación en el procedimiento de insolvencia en forma que sea muy apta para tratar la crisis, como liquidación ordenada (venta del negocio o de activos y pasivos) y de carácter administrativo, incluso duplicando la regulación de la liquidación ordenada en el procedimiento de resolución?⁴¹ ¿O se va a prohibir

³⁹ Como cuando se sostiene que entre los elementos que deben armonizarse respecto a los procedimientos nacionales de insolvencia no debe incluirse la venta del negocio o transferencia de activos y pasivos, cfr. *SRB response to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 14 y 33 (cuestiones 3 y 18). Sin embargo, esta opción en el ámbito bancario no se correspondería con el Derecho general de la insolvencia, cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, para la armonización de ciertos aspectos del Derecho de la insolvencia, diciembre 2022. Tampoco parece una idea coherente con la necesidad de preservar el mayor valor posible de los activos en la liquidación en el procedimiento de insolvencia, que se ve favorecida por la venta del negocio o activos y pasivos frente a la realización fragmentada, cfr. A. DE ALDISIO, G. ALOIA, A. BENTIVEGNA, A. GAGLIANO, E. GIORGIANTONIO, C. LANFRANCHI, M. MALTESE, *Towards a framework for orderly liquidation of banks in the EU*, cit., pp. 1-3; I. VISCO, *Introductory remarks*, en BANCA D'ITALIA, *The crisis management framework for banks in the EU*, cit., pp. 18 y 19. Además, es claro que en el supuesto de que no se armonice este elemento nada impide que los Estados lo establezcan en su regulación nacional. En fin, parece que la distribución del ámbito de aplicación entre el procedimiento de resolución y la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia no debería canalizarse fomentando la baja calidad de esta última. Hay otros cauces, que se verán. Por todo ello, parece más convincente sostener que la venta del negocio o transferencia de activos y pasivos debe estar disponible tanto en el procedimiento de resolución como en la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia, cfr. *ECB contribution to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, p. 10; I. DONATI, L. STANGHELLINI, *Il principio di proporzionalità nell'ambito del SRM: la prospettiva italiana*, en *Il diritto bancario europeo*, cit., pp. 124 a 127, concluyendo que no tiene sentido atender a la dimensión del banco para limitar la aplicación de los instrumentos más eficientes para la gestión de la crisis. Cuestión distinta es que la armonización de tal instrumento en los procedimientos nacionales de insolvencia presente dificultades, como ha señalado J.-H. BINDER, *The next step*, cit., pp. 20, 25 y 26.

⁴⁰ Mientras se mantenga la alternativa entre la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia y el procedimiento de resolución, los Estados deberían regular de la mejor forma posible la liquidación en el procedimiento de insolvencia, no para quitar espacio al procedimiento de resolución, sino porque, cuando proceda la aplicación de la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia, cuanto más ágil, eficaz y eficiente sea mayor preservación del valor de los activos conseguirá, en beneficio de los acreedores. En este sentido, parece que el procedimiento debería ser especial frente al procedimiento general de insolvencia, para atender las particularidades del tratamiento de la crisis en el sector bancario, que requiere rapidez y profesionalidad en su gestión, lo que probablemente se conseguiría mejor en un procedimiento administrativo, sin perjuicio del necesario control judicial.

⁴¹ Es decir, que los procedimientos nominados y presentados como diferentes podrían tener el mismo carácter (administrativo) y una regulación prácticamente idéntica, lo que sería artificioso, cfr. M. BODELLINI, *The key role that deposit guarantee schemes could and should play in bank crises*, cit., p. 121.

que la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia pueda ser ordenada y de carácter administrativo, para fortalecer su coherencia con el procedimiento de resolución?⁴².

¿No se deja abierta la puerta a la posibilidad de volver al pasado en alguna medida? Es decir, ¿no se estará dejando espacio a la posibilidad de que las diferencias en la regulación de la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia vuelvan a conducir a algún grado de fragmentación en la aplicación del régimen y a un indeseado consumo de fondos públicos?

Parece que, puestos a mantener como mínimo el procedimiento de resolución y el de liquidación en procedimiento nacional de insolvencia, es indispensable disponer de criterios claros y predecibles sobre el espacio aplicativo de cada uno de los procedimientos, en función de los tipos de bancos y otros factores relevantes para mantener la continuidad de las funciones esenciales y preservar la estabilidad financiera con el menor consumo posible de fondos públicos⁴³. Esto nos vuelve a conducir al PIA y a la necesidad de reconocer el papel esencial que en él desempeña la asignación del coste de la solución de la crisis en cada uno de los procedimientos: ¿quién paga?⁴⁴. Es la cuestión que se trata a continuación.

⁴² La imposición del carácter judicial de la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia evitaría el problema del consumo de fondos públicos en ellos y supondría un fortalecimiento de la regulación europea sobre la gestión de la crisis, pero a costa de limitar la eficacia y eficiencia de la liquidación de un banco en el procedimiento de insolvencia, en perjuicio de los más pequeños, a los que se aplicaría este cauce. Sin embargo, esta opción regulatoria no es necesaria, como se verá, para deslindar con seguridad el ámbito de aplicación del procedimiento de resolución y de la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia, incluso cuando estos tengan carácter administrativo. En consecuencia, aceptando que el mantenimiento de los dos procedimientos puede conducir a solapamientos e incluso duplicaciones, sería deseable la mejor regulación posible en ambos, sin ser necesario disminuir la eficacia y eficiencia de la liquidación en el procedimiento de insolvencia para fomentar la mayor aplicación del procedimiento de resolución.

⁴³ Cfr. *SRB response to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, p. 33 (cuestión 18), señalando la necesidad de clarificar el PIA, a la que me refiero a continuación, y la necesidad de clarificar la relación con el principio NCWO cuando la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia permita la venta del negocio o activos y pasivos. Esto último no plantea problemas, porque el NCWO puede ir referido a la liquidación fragmentada y a la venta del negocio o activos y pasivos, como expresan en su ámbito el considerando 52 y el art. 2.1 (6) de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

⁴⁴ La relevancia de la fuente del dinero que soporta el coste de la solución de la crisis preservando la estabilidad financiera ha sido subrayada, cfr. R.M. LASTRA, C.A. RUSSO, M. BODELLINI, *Stock take of the SRB's activities over the past years*, cit., pp. 12 y 13; M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, 2ª ed., Milano, 2020, pp. 185 y 186.

3. *La financiación de la solución de la crisis*

3.1 *Uso de los fondos de garantía de depósitos nacionales para financiar la transmisión del negocio o de activos y pasivos preservando el acceso a los depósitos y test del menor coste*

En esta materia parece existir un alto grado de acuerdo en las líneas generales que han de orientar la reforma, sin perjuicio de la existencia de matices. Parece necesario, tanto en la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia⁴⁵ como en el procedimiento de resolución⁴⁶, mejorar el uso de los DGS nacionales para financiar la transmisión del negocio o de activos y pasivos preservando el acceso a los depósitos⁴⁷, lo que depende esencialmente, por un lado, de la supresión de la superpreferencia de los depósitos garantizados y de los créditos del DGS⁴⁸, que condiciona la cuantía resultante del test de menor coste (LCT⁴⁹), y, por otro, del ajuste técnico y armonización del LCT⁵⁰.

La declaración del Eurogrupo sobre el futuro de la Unión Bancaria de 16 de junio de 2022 dice que hay acuerdo en atribuir la administración del LCT a

⁴⁵ Art. 11.6 de la Directiva 2014/49/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, sobre los sistemas de garantía de depósitos (DGSD, *Deposit Guarantee Schemes Directive*).

⁴⁶ Art. 109 de la BRRD; art. 79 del SRMR.

⁴⁷ Esta transmisión permite que la salida del mercado de la entidad se haga preservando el valor de los activos. Por esto, en el procedimiento de insolvencia tal uso no debería dejarse a la voluntad de los Estados, siendo conveniente aumentar el grado de armonización del art. 11.6 de la DGSD.

⁴⁸ Art. 108.1.b) de la BRRD. Parece razonable uniformar el tratamiento de los depósitos estableciendo una preferencia o privilegio general común para todos ellos.

⁴⁹ *Least Cost Test*.

⁵⁰ Cfr. A. GELPERN, N. VÉRON, *An effective regime for non-viable banks*, cit., pp. 48 y 53; A. DE ALDISIO, G. ALOIA, A. BENTIVEGNA, A. GAGLIANO, E. GIORGIANTONIO, C. LANFRANCHI, M. MALTESE, *Towards a framework for orderly liquidation of banks in the EU*, cit., pp. 8-10; P. BAUDINO, R. DEFINA, J.M^o. FERNÁNDEZ REAL, K. HAJRA, R. WALTERS, *Bank failure management – the role of deposit insurance*, en FSI Insights on policy implementation, n. 17, agosto 2019, pp. 1-34; EBA, *Opinion of the European Banking Authority on deposit guarantee scheme funding and uses of deposit guarantee scheme funds*, EBA/OP/2020/02, enero 2020; F. RESTOY, R. VRBASKI, R. WALTERS, *Bank failure management in the European banking union*, cit., pp. 1, 2, 15 y 17 a 19; L. GARICANO, *Two proposals to resurrect the Banking Union*, cit., pp. 13 y 14; A. CARRASCOSA, *How to improve small and mid-sized bank crisis management?*, cit., pp. 251 y 252; M. BODELLINI, *The key role that deposit guarantee schemes could and should play in bank crises*, cit., pp. 118-122; S. BALDER, M. VANBERG, *Credibility of the crisis management for institutions: Guiding principles for reform opportunities*, cit., p. 168; *ECB contribution to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 4, 5, 12 y 13; *SRB response to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 14, 15, 30 a 32, 35, 38, 51 y 52; L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato e crisi bancarie*, cit., pp. 145-152; Declaración del Eurogrupo sobre el futuro de la Unión Bancaria de 16 de junio de 2022; J. EULE, W. KASTELEIN, E. SALA, *Protecting depositors and saving money. Why deposit guarantee schemes in the EU should be able to support transfers of assets and liabilities when a bank fails*, en EUROPEAN CENTRAL BANK, Occasional Paper Series, n. 308, octubre 2022. También convendría reflexionar sobre si este uso de los DGS no podría ser considerado automáticamente compatible con las reglas sobre ayudas de Estado, cfr. A. ARDA, M. DOBLER, *The role for deposit insurance in dealing with failing banks in the European Union*, cit., p. 14.

las autoridades nacionales, para que gobiernen la utilización de los fondos de los DGS para usos distintos del reembolso de los depósitos de forma coherente, creíble y predecible. Parece que se sigue la propuesta de un sistema de gobierno que combinará dos poderes, el de la autoridad de resolución para decidir los instrumentos y procedimiento a aplicar y el de los DGS nacionales para decidir mediante el LCT la máxima cuantía de sus fondos a utilizar⁵¹, posponiéndose la atribución de mayor protagonismo al SRB⁵². La clave seguirá siendo la colaboración entre autoridades.

3.2 Calibración del requisito mínimo de fondos propios y pasivos elegibles, acceso al fondo de resolución y uso de fondos de los contribuyentes en la liquidación ordenada en el procedimiento nacional de insolvencia

Junto a la mejora del uso de los DGS nacionales para financiar la transmisión del negocio o de activos y pasivos preservando el acceso a los depósitos, la mejor asignación del coste de la solución de la crisis requiere otras medidas. Primera, parece necesario afinar la calibración del MREL cuando la estrategia de resolución sea tal transmisión⁵³. En segundo lugar, parece necesario flexibilizar los requisitos para acceder al uso del SRF/RF. Por último, parece que la posibilidad de usar fondos públicos en la liquidación ordenada en el procedimiento nacional de insolvencia, conforme a las reglas sobre ayudas de Estado, debe ajustarse al régimen europeo de gestión de la crisis y garantía de depósitos, para cumplir el objetivo del menor consumo posible de recursos de los contribuyentes.

La ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento de resolución comporta que abarque bancos medianos y pequeños con un modelo de negocio basado principalmente en los depósitos y con dificultades para acceder a los mercados de capitales para cubrir su requisito MREL con financiación distinta del capital. Esta estructura financiera hace probable que cuando se produzca la situación de FOLTF no puedan alcanzar el umbral cuantitativo de mínima absorción de pérdidas por socios y acreedores establecido como condición previa para acceder al SRF/RF o que no puedan hacerlo sin asignar pérdidas a créditos cuyo sacrificio puede no ser compatible con la preservación de la estabilidad financiera (depósitos no garantizados). Para que estos bancos puedan mantener su modelo de negocio⁵⁴, aun existiendo matices, parece haber acuerdo en la necesidad de dos medidas.

⁵¹ Cfr. A. ENRIA, *Crisis management for medium-sized banks*, cit., p. 26; *ECB contribution to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 3 y 11.

⁵² Cfr. L. GARICANO, *Two proposals to resurrect the Banking Union*, cit., p. 13; *SRB response to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 31 y 41 (cuestiones 16 y 23).

⁵³ Bancos medianos y pequeños, principalmente.

⁵⁴ Lo que es beneficioso para la competencia y, en general, para la resiliencia del ecosistema bancario.

Por un lado, la mejora de los instrumentos para ejecutar la estrategia de transferencia del negocio o activos y pasivos financiándola mediante los DGS nacionales debería reflejarse en una calibración del MREL significativamente menos exigente que la aplicada cuando la estrategia de resolución requiere la recapitalización de la entidad y su reestructuración para que continúe ejercitando su actividad. Por otro lado, si al llegar la situación de FOLTF⁵⁵, no se alcanza el umbral cuantitativo de mínima absorción de pérdidas por socios y acreedores necesario para acceder al SRF/RF sin afectar créditos cuyo sacrificio impediría preservar la estabilidad financiera (depósitos no garantizados), parece necesario flexibilizar tal acceso y permitir el uso del SRF/RF. Esta excepción debería extenderse a otros supuestos (incluida la solución de recapitalizar y reestructurar una entidad) cuando la crisis no sea individual sino sistémica o colectiva, justificando adecuadamente que la excepción es necesaria para proteger la estabilidad financiera⁵⁶.

Sin embargo, si la crisis es individual (no colectiva) no parece que haya razones para privilegiar la salida del mercado de la entidad⁵⁷ respecto a su recapitalización y reestructuración para que continúe la actividad en el largo plazo porque, con independencia de cuál sea el supuesto en que es más probable que se aplique la referida excepción, si llegada la situación de FOLTF está en juego la preservación de la estabilidad financiera, parece que no debería ser relevante cuál sea la solución ni, tampoco, el tipo de banco, debiéndose flexibilizar el acceso al SRF/RF en todos los casos en que sea necesario para tal preservación y se justifique adecuadamente⁵⁸.

⁵⁵ Pese al esfuerzo realizado en la fase preparatoria (MREL, resolubilidad).

⁵⁶ Cfr. INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Euro area policies*, cit., pp. 29-31; R. M. LASTRA, C.A. RUSSO, M. BODELLINI, *Stock take of the SRB's activities over the past years*, cit., p. 26; A. GELPERN, N. VÉRON, *An effective regime for non-viable banks*, cit., pp. 49 y 53; M. SCHILLIG, *EU bank insolvency law harmonisation*, cit., pp. 255 y 256; F. RESTOY, *Round table*, en BANCA D'ITALIA, *The crisis management framework for banks in the EU*, cit., pp. 333 a 337; A. PERRAZZELLI, *Final remarks*, en *ibidem*, pp. 340 y 341; ECB contribution to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework, pp. 10, 12 y 13; ECB contribution to the European Commission's targeted consultation on the evaluation of State aid rules for banks in difficulty, pp. 1 y 4 a 6; SRB response to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework, pp. 35, 37, 42 y 43 (cuestiones 19, 20, 24 y 25); SRB response to the European Commission's targeted consultation on evaluation of State aid rules for banks in difficulty, pp. 21, 30, 31, 33, 34, 36 y 37; A. ARDA, M. DOBLER, *The role for deposit insurance in dealing with failing banks in the European Union*, cit., p. 14; I. DONATI, L. STANGHELLINI, *Il principio di proporzionalità nell'ambito del SRM*, cit., pp. 117-119, señalando que el reflejo en el MREL del umbral cuantitativo de mínima absorción interna de pérdidas para poder acceder al SRF/RF limita la posibilidad de adaptarlo a las características de los distintos tipos de bancos, 122 y 123. Se dice que la ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento de resolución, con el uso eficiente de los DGS y del SRF/RF, abarcaría a bancos medianos y pequeños y dejaría muy poco espacio para la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia, con lo que se reduciría el riesgo de consumo de fondos públicos.

⁵⁷ Venta del negocio o transmisión a una entidad puente y liquidación de la entidad residual.

⁵⁸ Aunque en otro contexto, E. KÖNIG, *The crisis management framework for banks in the EU*, cit., p. 137, ha señalado que la igualdad requiere que el acceso a la financiación, sea del DGS sea del SRF/RF, no sea diferente para los bancos en función de su tamaño.

En cuanto a la necesidad de ajustar el uso de fondos públicos en la liquidación ordenada conforme a las reglas sobre ayudas de Estado, para que sea coherente con el régimen europeo de gestión de la crisis y garantía de depósitos, en concreto con el objetivo del menor consumo posible de recursos de los contribuyentes, hay varias opciones. A veces se sugiere que, para autorizar el recurso a fondos públicos, se ha de poder superar el sacrificio de los créditos subordinados, valorando caso por caso si el sacrificio de los ordinarios es posible o no en función de que no impida la preservación de la estabilidad financiera o sí lo haga, y excluyéndose del sacrificio a los depósitos no garantizados, salvo que incluso sacrificando a estos la estabilidad financiera no padezca⁵⁹. Otras veces se sostiene que el *burden sharing* para autorizar el uso de fondos públicos en la liquidación ordenada se debe alinear con la absorción de pérdidas por socios y acreedores exigida para acceder al SRF/RF⁶⁰.

¿Es seguro que la propuesta más dura, consistente en que los requisitos para usar fondos públicos como ayudas de Estado a la liquidación ordenada se alineen con las condiciones para acceder al SRF/RF, permite alcanzar totalmente el objetivo que se persigue? Parece que solo sí, cuando se habla de alinear condiciones, se está diciendo que, tras tal igualación, en caso de FOLTF se permitirá el acceso al SRF/RF sin cumplirlas (para preservar la estabilidad financiera) mientras que se exigirán en todo caso para las ayudas de Estado con fondos públicos a la liquidación ordenada.

Por el contrario, si la alineación es verdaderamente en igualdad de condiciones, siempre existe el riesgo de que se quiera defender que una solución en el procedimiento de insolvencia apta para preservar la estabilidad financiera utilizando recursos públicos⁶¹ satisface en igual medida los llamados objetivos de la resolución que la misma solución en el procedimiento de resolución pero sustituyendo los fondos públicos por los fondos de la industria (SRF/RF)⁶². Es decir, parece que se dejaría algo de espacio para que se pudiera producir

⁵⁹ Cfr. *ECB contribution to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 10, 12 y 13; *ECB contribution to the European Commission's targeted consultation on the evaluation of State aid rules for banks in difficulty*, pp. 1 y 4-6.

⁶⁰ Cfr. INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Euro area policies*, cit., p. 21; R.M. LASTRA, C.A. RUSSO, M. BODELLINI, *Stock take of the SRB's activities over the past years*, cit., pp. 15-18 y 26; F. RESTOY, R. VRBASKI, R. WALTERS, *Bank failure management in the European banking union*, cit., pp. 1, 13 y 16; *SRB response to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, p. 39 (cuestión 21); *SRB response to the European Commission's targeted consultation on evaluation of State aid rules for banks in difficulty*, pp. 21, indicando que podría establecerse en las reglas sobre las ayudas de Estado o en la BRRD y el SRMR, 34 y 36.

⁶¹ Mantenimiento de funciones y actividades esenciales mediante la transmisión del negocio o de activos y pasivos y asignación de pérdidas a créditos que soporten el sacrificio sin alterar la estabilidad financiera complementada con la asignación de pérdidas a fondos del presupuesto público.

⁶² Ciertamente podría considerarse un riesgo menor, porque si la solución es idéntica parece que lo normal será que se prefiera sacrificar los fondos de la industria en el procedimiento de resolución. Sin embargo, podría darse que se prefiriera utilizar fondos de los contribuyentes en la liquidación ordenada en el procedimiento nacional de insolvencia para mantener el control de la situación en el ámbito nacional (sin la intervención del SRB que acarrea la utilización del SRF) y poder ajustar al máximo la exclusión de ciertos créditos de la asignación de pérdidas.

una vuelta al pasado que se quiere evitar, pudiéndose volver a fragmentar la aplicación del régimen en los distintos Estados no solo por las diferencias en la regulación de la liquidación en el procedimiento de insolvencia sino principalmente por el desigual recurso a los fondos de los contribuyentes. Esto sería un retorno no deseado a la nacionalización de la gestión de la crisis.

El ajuste de las reglas sobre ayudas de Estado para su coordinación y coherencia con el régimen europeo de gestión de la crisis y garantía de depósitos, ¿no permite llevar la alineación al máximo? ¿no podría llevarse al extremo de negar la posibilidad de utilizar fondos de los contribuyentes en la liquidación ordenada en los procedimientos nacionales de insolvencia? ¿No sería tal opción la más coherente (más alineada) con la asignación de pérdidas en cascada que caracteriza esencialmente al régimen europeo de gestión de la crisis y garantía de depósitos⁶³, y con el hecho de que la admisión de ayudas de Estado en la liquidación ordenada es anterior a dicho régimen y se fundó en que no existía un procedimiento de resolución ni un SRF/RF⁶⁴, que ahora ya existen?⁶⁵.

Si la asignación de pérdidas a fondos de la industria ha de ser previa a la utilización de fondos de los contribuyentes, que ha de ser el último recurso para preservar la estabilidad financiera y, por ello, se ha de utilizar en la menor medida posible, de forma temporal y con intención de recuperación, parece razonable que en la liquidación ordenada en el procedimiento de insolvencia, en la que no hay acceso al SRF/RF, no se puedan utilizar fondos públicos. En consecuencia, al realizar el PIA, si la solución de la situación de FOLTF requiere ir más allá del apoyo del DGS, siendo necesaria financiación externa adicional, la necesidad de recurrir al SRF/RF antes que a los fondos públicos debería

⁶³ Socios-acreedores-fondos de la industria-fondos públicos.

⁶⁴ El párrafo 66 de la *Banking Communication* 2013 dice: “La Comisión reconoce que, debido a las peculiaridades de las entidades de crédito, y en ausencia de mecanismos que permitan su resolución sin poner en peligro la estabilidad financiera, podría no ser posible liquidar una entidad de crédito aplicando procedimientos ordinarios de insolvencia. Por esta razón, las medidas estatales en apoyo de la liquidación de entidades de crédito en dificultades pueden considerarse ayuda compatible a condición de que se cumpla la exigencia especificada en el punto 44”. La Comunicación bancaria de 2013 ya tenía a la vista la propuesta sobre el régimen de gestión de las crisis bancarias, lo que explica la referencia al procedimiento de resolución.

⁶⁵ Cfr. un enfoque similar en A. GELPERN, N. VÉRON, *An effective regime for non-viable banks*, cit., pp. 49-53. También, F. RESTOY, R. VRBASKI, R. WALTERS, *Bank failure management in the European banking union*, cit., porque aunque en las pp. 13 y 16 sostiene la necesidad de alinear los requisitos para acceder a fondos públicos en la liquidación ordenada en los procedimientos nacionales de insolvencia con los que se exigen para acceder al SRF/RF en el procedimiento de resolución, en la p. 1, de la mano de la necesidad de armonizar algunos aspectos de los procedimientos de insolvencia, dicen “...including the conditions for the availability of public support (if any)”. ¿Un paréntesis lleno de contenido? Véase, además, A. CARRASCOSA, *How to improve small and mid-sized bank crisis management?*, cit., pp. 256 y 258, quien dice: “As State aid implies the involvement of taxpayers, it should be reduced as much as possible, given that the resolution framework has been developed precisely to avoid this involvement”; y J.-H. BINDER, *The next step*, cit., p. 22, sosteniendo que en todo régimen de insolvencia bancaria se debería, como uno de sus elementos caracterizadores mínimos, evitar la necesidad de ayudas de Estado.

llevar a un PIA positivo, es decir, a la solución de la crisis en el procedimiento de resolución⁶⁶. Aunque esta idea ya forma parte del régimen europeo vigente, sería conveniente plantearse si es necesario dejarla clara en la reforma de la BRRD y el SRMR, para facilitar la posterior coordinación de las reglas sobre ayudas de Estado.

Nótese que esto no supondría excluir la posibilidad de ayudas con fondos públicos a la liquidación ordenada sino aplicarlas en el procedimiento de resolución, en el que es posible la salida del mercado de entidades que no procede reestructurar⁶⁷. La ayuda con fondos públicos operaría, si fuese necesario, como complemento del SRF/RF para aplicar los instrumentos de resolución necesarios para mantener la continuidad de las funciones esenciales y preservar la estabilidad financiera, liquidándose después la entidad residual, lo que mejoraría el actual uso de fondos públicos en la liquidación ordenada en el procedimiento nacional de insolvencia, que puede hacerse sin haber utilizado antes el SRF/RF. El conjunto del régimen ganaría en coherencia, alineándose el interés público cualificado que llama la aplicación del procedimiento de resolución (PIA y estabilidad financiera) y el interés público que justifica la autorización de ayudas de Estado (excepcional perturbación de la economía)⁶⁸.

⁶⁶ Y no solo en situación de FOLTF sino también en fase de planificación, pues al llevar a cabo el PIA preliminar y elegir la estrategia de resolución se puede contar con el uso del SRF/RF, pero no con el uso de fondos públicos, cfr. art. 10.3 a) de la BRRD y art. 8.6 del SRMR.

⁶⁷ Aunque es frecuente oponer procedimiento de resolución a liquidación, en realidad en el primero hay soluciones que, tras el mantenimiento de la continuidad de las funciones esenciales y la preservación de la estabilidad financiera mediante la aplicación de los instrumentos de resolución que correspondan (reestructuración del negocio, objetiva), terminan con la liquidación de la entidad residual (extinción del sujeto). Por ejemplo, una venta del negocio, o una transmisión a una entidad puente, seguida de la liquidación de la entidad residual, sea remitiéndola a otro procedimiento (como hace el Derecho vigente al remitirla al procedimiento nacional de insolvencia), sea regulándola como instrumento de resolución complementario, como sería conveniente que se hiciera en la reforma. La vaguedad de contenido del término liquidación ha sido resaltada por R.M. LASTRA, R. OLIVARES-CAMINAL, C.A. RUSSO, *The provision of critical functions at global, national and regional level – Is there a need for further legal/regulatory clarification if liquidation is the default option for failing banks?*, en In-depth analysis requested by the ECON committee, European Parliament, noviembre 2017, p. 7. Cfr. también M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, cit., p. 199: “Attention should be paid on this: the BRRD concerns on (core) activities performed by distressed legal entities themselves. The latter, therefore, may also cease their life and be liquidated. The important thing is that the core activities that these entities carried out are saved”.

⁶⁸ Sobre la necesidad de tal alineación, cfr. F. RESTOY, R. VRBASKI, R. WALTERS, *Bank failure management in the European banking union*, cit., p. 13; *SRB response to the European Commission’s targeted consultation on evaluation of State aid rules for banks in difficulty*, pp. 37 y 38. Hablando de coordinación de las reglas sobre ayudas de Estado con el régimen europeo de gestión de crisis y garantía de depósitos, el SRB ha propuesto simplificar la gestión y ahorrar tiempo eliminando la necesidad de autorización conforme a las reglas sobre ayudas de Estado para el uso del SRF por el SRB. Esta eliminación estaría justificada porque las normas ya regulan los requisitos a cumplir para utilizar el SRF y por la implicación de la Comisión Europea en la adopción del esquema de resolución, que puede aprovecharse para, caso de ser necesario (sobre todo en el supuesto de reestructuración), exigir medidas para evitar distorsiones de la competencia, por ejemplo la venta de ciertas actividades o activos o la prohibición de prácticas comerciales agresivas, cfr. *ibidem*, p. 21.

4. *Elementos a armonizar en la regulación nacional de la liquidación en el procedimiento de insolvencia para asegurar su coherencia con el régimen administrativo de gestión de la crisis y garantía de depósitos*

La minimización de la armonización de la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia se concreta en la selección de aquellos elementos de las regulaciones estatales de la insolvencia bancaria cuya armonización es necesaria para asegurar su coherencia con los principios del régimen europeo de gestión de crisis y garantía de depósitos⁶⁹.

Parece imprescindible una mayor armonización de la jerarquía de créditos en el ámbito de los procedimientos nacionales de insolvencia, incluido el establecimiento de una preferencia general común para todos los depósitos, y una mayor alineación de esta jerarquía con la que se aplica en el procedimiento de resolución, lo que mejorará la coherencia del régimen en la aplicación del principio NCWO⁷⁰.

Otro elemento importante a armonizar es el correcto acceso a la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia cuando se decida no aplicar el procedimiento de resolución. El problema se produjo en la realidad (*limbo situation*)⁷¹ y dio lugar a la introducción del art. 32 ter en la BRRD⁷², que se titula “procedimientos de insolvencia en relación con entidades y sociedades que no sean sometidas a un proceso de resolución” y establece que los Estados se asegurarán de que cuando el PIA conduzca a no aplicar el procedimiento de resolución las entidades “sean liquidadas de forma ordenada con arreglo al Derecho nacional aplicable”, pero hay margen para mejorar⁷³.

⁶⁹ Declaración del Eurogrupo sobre el futuro de la Unión Bancaria de 16 de junio de 2022.

⁷⁰ Cfr., entre otros, F. RESTOY, R. VRBASKI, R. WALTERS, *Bank failure management in the European banking union*, cit., pp. 12 y 16; A. CARRASCOSA, *How to improve small and mid-sized bank crisis management?*, cit., p. 246; J.-H. BINDER, *The next step*, cit., pp. 23 y 24; *European Commission’s targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, cit., pp. 30 a 32; *ECB contribution to the European Commission’s targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 4, 12 y 13; *SRB response to the European Commission’s targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 49 y 50; M. LAMANDINI, F. PELLEGRINI, *Il completamento dell’Unione Bancaria e le prospettive di ulteriori riforme*, en *Il diritto bancario europeo*, cit., p. 312, señalan las dificultades de la armonización de la jerarquía de créditos.

⁷¹ Cfr. E. YOO, *Failing or likely to fail but no resolution – what then?*, en ESCB Legal Conference (6 y 7 de septiembre de 2018), diciembre 2018, pp. 139 a 147.

⁷² Mediante la Directiva (UE) 2019/879 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, por la que se modifica la Directiva 2014/59/UE en relación con la capacidad de absorción de pérdidas y de recapitalización de las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

⁷³ Cfr. *European Commission’s targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, cit., p. 18; *ECB contribution to the European Commission’s targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 2 y 8; *SRB response to the European Commission’s targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 26 a 28 (cuestiones 11 a 13).

El problema deriva de la relación entre tres elementos. Por un lado, las diferencias en los Estados miembros en la regulación de las condiciones para acceder a los procedimientos de insolvencia, en especial las variaciones en el concepto de insolvencia, tanto en relación con su referencia al desbalance o a la incapacidad de pago, como en relación con la necesidad de su existencia actual, inminente o probable. Por otro, la amplitud del concepto FOLTF, que no solo abarca situaciones de crisis patrimonial y financiera, sino también otros incumplimientos, o probables incumplimientos, de requisitos regulatorios que justifiquen la retirada de la autorización para el ejercicio de la actividad y que, cuando se refiere a situaciones de crisis patrimonial y financiera, abarca no solo la insolvencia, de balance y de incapacidad de pago, sino también dificultades menos graves, por lo que ¿hay supuestos de FOLTF que podrían quedar fuera del ámbito de la liquidación ordenada en los procedimientos nacionales de insolvencia y podrían someterse a otros procedimientos de liquidación? En tercer lugar, la falta de previsión a nivel comunitario de la determinación de la situación de FOLTF con decisión (PIA) de que no existe interés público que justifique la aplicación del procedimiento de resolución como causa para que la autoridad competente pueda retirar la autorización para el ejercicio de la actividad⁷⁴, lo que da lugar a diversas regulaciones en los Estados.

La solución al problema podría articularse mediante la combinación de las siguientes ideas. En primer lugar, sería necesario introducir en el art. 18 de la Directiva 2013/36/UE la declaración de FOLTF con decisión (PIA) de que no existe interés público que justifique la aplicación del procedimiento de resolución como causa que permita a la autoridad competente retirar la autorización para el ejercicio de la actividad⁷⁵.

En segundo lugar, una vez declarado el estado de FOLTF y decidida la no aplicación del procedimiento de resolución, la solución no debe depender de la voluntad de la propia entidad y ha de consistir en que salga del mercado mediante su liquidación ordenada, lo que ya exige el art. 32 ter de la BRRD⁷⁶.

⁷⁴ Art. 18 de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

⁷⁵ Cfr. *ECB contribution to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, pp. 2, 3 y 9. Ya se ha iniciado el proceso para introducir esta norma, cfr. art. 1 (3) de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2013/36/UE, en lo referente a las facultades de supervisión, las sanciones, las sucursales de terceros países y los riesgos ambientales, sociales y de gobernanza, y la Directiva 2014/59/UE. Nótese que en la versión española de la Propuesta hay un error en el punto iii del apartado g): la causa consiste en que NO se cumple la condición establecida en el art. 32.1 c) de la BRRD y en el art. 18.1 c) del SRMR, es decir, no se aplica el procedimiento de resolución.

⁷⁶ Cfr. *ECB contribution to the European Commission's targeted consultation on the review of the crisis management and deposit insurance framework*, p. 8.

En tercer lugar, en cuanto al tipo de procedimiento que debe aplicarse para la liquidación ordenada, parece que debería ser siempre un procedimiento colectivo de insolvencia, sin permitir la posibilidad de aplicar un procedimiento de liquidación no colectivo. La razón es que incluso en los supuestos de probabilidad de crisis financiera y patrimonial o incumplimiento, o probable incumplimiento, de un requisito regulatorio que justifique la retirada de la autorización, y sea cual sea la mayor o menor amplitud del concepto de insolvencia en la legislación estatal, la situación de FOLTF con decisión de no aplicar el procedimiento de resolución debe permitir la retirada de tal autorización, que conducirá a que la entidad no podrá atender a sus pagos o no podrá hacerlo de manera inminente, lo que constituye estado de insolvencia. Además, parece que esta opción es la que mejor satisface la necesidad de que la liquidación sea ordenada (con venta del negocio o transmisión de activos y pasivos) para preservar el valor de la entidad, así como la necesidad de proteger los múltiples intereses afectados cuando una entidad se halla en situación de FOLTF, sin que se impida que, si la situación patrimonial de la entidad lo permite, se llegue a satisfacer todos los créditos⁷⁷.

En este sentido, parece que la articulación técnica de una mayor armonización en la exigencia de llevar a cabo la liquidación ordenada cuando el PIA conduzca a la no aplicación del procedimiento de resolución debería realizarse con una norma más dura que el vigente art. 32 ter de la BRRD. Quizá debiera establecerse que, una vez declarada la situación de FOLTF y descartada la aplicación del procedimiento de resolución, la autoridad nacional correspondiente deberá abrir rápidamente⁷⁸ la liquidación ordenada en el procedimiento de insolvencia si, a la vista de la circunstancias, verifica que la entidad no puede cumplir sus obligaciones o es probable que no pueda hacerlo próximamente, o está en desbalance o lo estará próximamente.

5. Esquema holístico y pronóstico sobre el cumplimiento de objetivos

En conjunto, asumiendo el mantenimiento de la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia con una armonización mínima⁷⁹, parece que la forma más sencilla de conseguir los objetivos de la reforma consistiría en:

⁷⁷ En esta línea, cfr. A. CARRASCOSA, *How to improve small and mid-sized bank crisis management?*, cit., p. 246. Nótese que el art. 32.5 de la BRRD y el art. 18.5 del SRMR regulan el PIA como una alternativa entre el procedimiento de resolución y la liquidación en los procedimientos ordinarios de insolvencia nacionales. Además, aunque el art. 32 ter de la BRRD, para abarcar los diferentes supuestos posibles conforme a la regulación de los Estados, es más abierto en la redacción de la norma, hablando de liquidación de forma ordenada con arreglo al Derecho nacional aplicable, en el título no puede evitar referirse a “procedimientos de insolvencia en relación con entidades y sociedades que no sean sometidas a un proceso de resolución”.

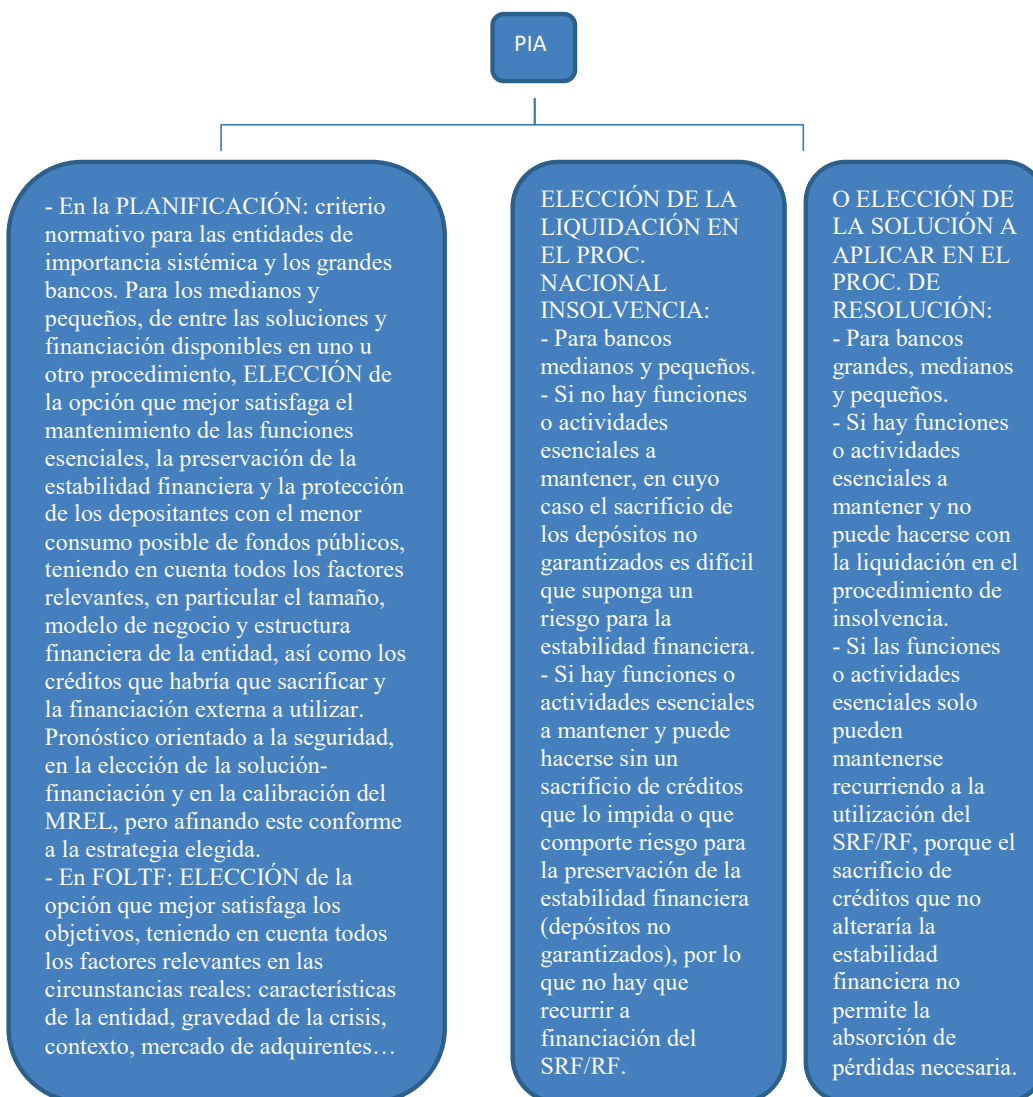
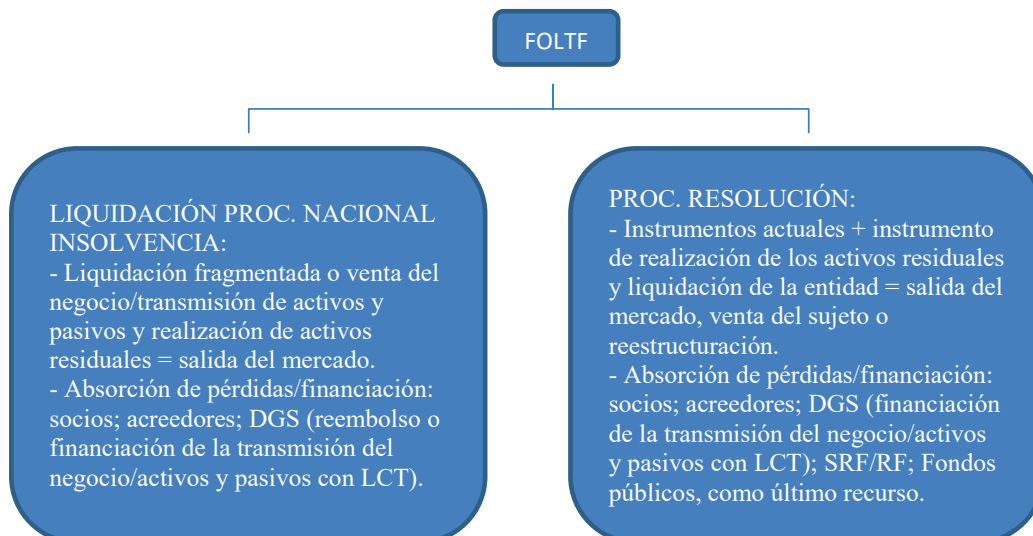
⁷⁸ Por ejemplo, en un plazo máximo de ¿dos o tres días? y sin perjuicio de la posibilidad de recurso.

⁷⁹ Declaración del Eurogrupo sobre el futuro de la Unión Bancaria de 16 de junio de 2022.

- 1 Incorporar al procedimiento de resolución un instrumento de liquidación aplicable después de haber asegurado el mantenimiento de las funciones esenciales y la preservación de la estabilidad financiera mediante la aplicación de otros instrumentos de resolución (BRRD y SRMR).
- 2 Generalizar la posibilidad de usar los DGS para financiar la transmisión de activos y pasivos (o del negocio) en la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia y favorecer este uso, en el procedimiento de insolvencia y en el procedimiento de resolución, suprimiendo la superpreferencia de los depósitos garantizados y los créditos de los DGS y mejorando el ajuste técnico y armonización del LCT (BRRD, SRMR y DGSD).
- 3 Afinar la calibración del MREL cuando la estrategia de resolución sea la transmisión del negocio o de activos y pasivos, y permitir el acceso al SRF/RF sin cumplir el requisito cuantitativo de previa absorción interna de pérdidas cuando, llegada la situación de FOLTF, sea necesario para preservar la estabilidad financiera y se justifique adecuadamente (BRRD y SRMR).
- 4 Impedir la utilización de fondos públicos como ayudas de Estado en la liquidación ordenada en el procedimiento nacional de insolvencia, ubicando exclusivamente en el procedimiento de resolución su posible utilización (previo uso del SRF/RF) para, tras mantener las funciones esenciales y preservar la estabilidad financiera mediante la transmisión del negocio o de activos y pasivos, liquidar la entidad residual y sacarla del mercado (BRRD, SRMR y reglas sobre ayudas de Estado). Adviértase que no se excluye la posibilidad de utilizar fondos públicos como ayuda a la liquidación ordenada, pero tal uso debe realizarse en el procedimiento de resolución⁸⁰.
- 5 Armonizar los elementos de los procedimientos nacionales de insolvencia que sea necesario para asegurar su coherencia con los principios del régimen europeo de gestión de crisis y garantía de depósitos, sin descartar la armonización de otros que sean beneficiosos para mejorar la preservación del valor de los activos en beneficio de los acreedores (venta del negocio), dejando lo demás a la competencia legislativa de los Estados (BRRD).

El esquema holístico del régimen de la situación de FOLTF podría quedar así:

⁸⁰ Cfr. apartado 3.



Con estas reformas del régimen de la situación de FOLTF, parece que puede realizarse el siguiente pronóstico sobre el cumplimiento de objetivos:

- 1 Habría un conjunto de instrumentos y financiación eficaces y eficientemente proporcionados para solucionar con flexibilidad (reestructuración del negocio y salida del mercado del sujeto mediante liquidación, transmisión del sujeto o reestructuración del sujeto) la situación de FOLTF de cualquier tipo de banco, también los medianos y pequeños, manteniendo las funciones esenciales, preservando la estabilidad financiera y protegiendo a los depositantes con el menor consumo posible de fondos públicos. En particular, por la mejora de los instrumentos de resolución mediante el impulso de la venta del negocio combinado con el instrumento de liquidación de la entidad residual, a nivel europeo (SRMR, SRB) y nacional (BRRD, NRA). Por la mejora en la utilización de los DGS para financiar la transmisión de activos y pasivos (o del negocio) en la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia y en el procedimiento de resolución. Por la posibilidad de acceder al SRF/RF sin cumplir el requisito cuantitativo de previa absorción interna de pérdidas cuando esté justificado por la necesidad de preservar la estabilidad financiera⁸¹. Y por la limitación del uso de fondos públicos al procedimiento de resolución, exigida por la necesidad de sacrificar previamente los fondos que la industria aporta al SRF/RF⁸².

⁸¹ Lo que no supone una renuncia al objetivo de dar una solución con el menor consumo posible de fondos públicos, ni una vuelta al *moral hazard* reduciendo la disciplina de mercado, sino solo que, cuando pese a haberse planificado lo necesario para evitarlo, es necesario recurrir a apoyos externos para preservar la estabilidad financiera, no hay más remedio que hacerlo, empezando por los fondos aportados por la industria. No parece que estemos como en 2008 sino bastante mejor, como se dice en *SRB response to the European Commission's targeted consultation on evaluation of State aid rules for banks in difficulty*, p. 51, y, además, nunca se ha pretendido una exclusión de apoyos externos sino minimizar el consumo de recursos de los contribuyentes, sin poder descartarse la necesidad de recurrir a ellos.

⁸² Que los depósitos no garantizados puedan ser sacrificados en la liquidación en el procedimiento de insolvencia si el banco es muy pequeño y tal sacrificio no afecta a la estabilidad financiera y, al contrario, se protejan del sacrificio para preservar la estabilidad financiera cuando el banco tenga un tamaño superior es una diferencia que parece poder considerarse proporcionalmente justificada, por ser situaciones diferentes en relación con la protección de la estabilidad financiera. Desde luego, puede ser un incentivo para que algunos depositantes elijan un banco no tan pequeño. Pero en otros aspectos del régimen el tamaño pequeño permite acceder a ajustes proporcionales a los fines perseguidos, como en la planificación simplificada o en la calibración del MREL, cfr. M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, cit., p. 185. La diversidad de tipos de bancos, con diferentes tamaños y modelos de negocio, es buena para la competencia, para los distintos tipos de clientes y para la fortaleza del conjunto del sistema bancario, lo que justifica diferencias regulatorias conforme a la proporcionalidad razonable, cfr. I. DONATI, L. STANGHELLINI, *Il principio di proporzionalità nell'ambito del SRM*, cit., pp. 110-124, señalando que hay margen para mejorar.

- 2 Se evitaría en un grado razonable la fragmentación del mercado único⁸³ respecto a los bancos medianos y pequeños, mejorando la igualdad de condiciones⁸⁴. La ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento de resolución, derivada del reflejo en el PIA de la imposibilidad de recurrir a fondos públicos en la liquidación ordenada en el procedimiento de insolvencia y de la ampliación de los instrumentos de resolución mediante la incorporación de la liquidación de la entidad residual, dejaría limitada la aplicación de la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia a supuestos de bancos muy pequeños, en los que si hubiese necesidad de mantener alguna función o actividad pudiese hacerse sin necesidad de apoyo del SRF/RF. Así, la falta de uniformidad en la aplicación del régimen quedaría restringida a aquello que él mismo permite, es decir, a las diferencias que existan, dentro de la armonización mínima, en la regulación estatal de la liquidación ordenada en el procedimiento de insolvencia, y con una importancia relativa, porque siempre serán supuestos en que no se gastan fondos de los contribuyentes⁸⁵.
- 3 Se reduciría la posibilidad de consumir recursos de los contribuyentes, anteponiendo en todo caso la utilización del SRF/RF, con lo que se haría realidad el objetivo de que su uso ha de ser un último recurso, en la menor medida posible, temporal y con intención de recuperación, evitándose distorsiones en la competencia. Además, al anteponerse el uso del SRF/RF al recurso a fondos estatales se reduciría el nexo entre los bancos y la deuda soberana.
- 4 Se conseguiría una articulación correcta de las relaciones entre la liquidación en los procedimientos nacionales de insolvencia y el procedimiento de resolución, aumentando la coherencia del conjunto del régimen.
- 5 Se aumentaría la claridad del régimen y la predictibilidad de las soluciones, con la consiguiente mejora de la seguridad jurídica en beneficio del buen funcionamiento del mercado, bancario y de capitales.

⁸³ En la Unión Bancaria y fuera de ella.

⁸⁴ *Level playing field*.

⁸⁵ Además, si la regulación de la liquidación en el procedimiento nacional de insolvencia de un Estado es de baja aptitud para solucionar la crisis entrará en juego el procedimiento de resolución, a nivel europeo o nacional.

**PRESUPPOSTI PER LA RISOLUZIONE E INTERESSE
PUBBLICO NELLA GESTIONE DELLE CRISI BANCARIE**

Marcello Clarich

1. Premessa sulla nozione di interesse pubblico – 2. Il quadro normativo europeo – 3. La definizione di interesse pubblico – 4. I momenti della valutazione – 5. I soggetti e il coordinamento – 6. Criticità e proposte

1. *Premessa sulla nozione di interesse pubblico*

La scelta attribuita alla competenza delle autorità europee tra messa in risoluzione di una banca in crisi e la sua liquidazione secondo le regole ordinarie nazionali dipende anche dalla sussistenza o meno di un interesse pubblico collegato alle finalità dell'istituto della risoluzione che sono connesse principalmente all'esigenza di assicurare la stabilità finanziaria, di tutelare i depositanti e di garantire la continuità di servizi essenziali prestati dall'istituto da risolvere.

L'accertamento di un siffatto interesse, che compete a una pluralità di istituzioni europee all'interno di una sequenza procedimentale con tempistiche serrate, pone questioni delicate di prevedibilità *ex ante* degli esiti, e dunque di certezza per gli operatori del settore, di coerenza delle decisioni, nonché di garanzie per gli enti destinatari di queste ultime.

Per introdurre in termini generali il tema, va ricordato sinteticamente in premessa che l'interesse pubblico costituisce per così dire la "stella polare" dell'azione degli apparati pubblici in tutti gli ambiti nei quali la legge attribuisce ad essi poteri autoritativi atti a incidere nella sfera giuridica dei destinatari¹.

In base al principio di legalità, che costituisce uno dei cardini dello Stato di diritto, i presupposti per l'esercizio dei poteri funzionalizzati alla cura di un interesse pubblico devono essere definiti nel modo il più preciso possibile dalla norma che li attribuisce alla competenza di un'autorità amministrativa.

La massima garanzia della legalità coincide con la previsione normativa di poteri rigidamente vincolati. Questi ultimi non lasciano all'amministrazione alcuno spazio di valutazione che vada al di là dell'operazione quasi meccanica della sussunzione del fatto nella norma, cioè dell'accertamento dei presupposti per l'esercizio del potere. Nel caso dei poteri vincolati, la cura dell'interesse pubblico è garantita per così dire *ipso facto*, nel senso che non richiede da parte dell'autorità amministrativa alcuna valutazione autonoma, distinta dall'accertamenti dei presupposti vincolati del potere. La conformità dell'atto emanato alla legge realizza di per sé l'interesse pubblico.

Tuttavia l'attribuzione di poteri vincolati si scontra con l'esigenza, in molti contesti, di rimettere alle autorità amministrative una pluralità di opzioni operative per tener conto della varietà e mutevolezza delle situazioni concrete presenti e future nelle quali sono chiamate a intervenire per curare l'interesse pubblico di cui esse sono portatrici e che non possono essere prefigurate in modo esaustivo dal legislatore.

¹ Sulla nozione di interesse pubblico, inteso come interesse "*a priori*", cioè definito a livello normativo, o "*a posteriori*", cioè "attraverso la verifica che l'amministrazione compie sulle caratteristiche della situazione concreta e alla luce di tutti gli interessi in gioco" cfr., da ultimo, A. TRAVI, *Pubblica amministrazione. Burocrazia o servizio al cittadino*, Milano, 2022, pp. 34 ss. il quale sottolinea che essa "presenta sempre profili rilevanti di ambiguità o di incertezza e perciò suscita molti dubbi sul piano generale e applicativo" (p. 37 per entrambe le citazioni testuali) e involge giudizi di valore demandati all'amministrazione competente.

Per questa ragione i presupposti per l'esercizio del potere sono definiti dalla norma di conferimento attraverso il ricorso a clausole generali o a concetti giuridici indeterminati². Gli spazi di valutazione dell'autorità amministrativa titolare del potere diventano così via via più ampi, man mano che aumenta il grado di opinabilità dei giudizi legati all'accertamento del presupposto definito attraverso un concetto giuridico indeterminato alla luce di conoscenze e di criteri tecnici o scientifici che non sono in grado di fornire risposte univoche nei casi singoli.

Interviene qui la cosiddetta discrezionalità tecnica o, con terminologia più corretta, l'ambito delle valutazioni tecniche. In relazione ad esse è discusso nei vari ordinamenti giuridici in che misura debbano essere rimesse alla competenza esclusiva dell'amministrazione o, viceversa, entro quali limiti possano essere sottoposte a un sindacato giurisdizionale. Come nel caso dei poteri vincolati, anche le valutazioni tecniche non involgono di per sé l'apprezzamento di alcun interesse pubblico poiché esse attengono al momento dell'accertamento dei presupposti di fatto definiti dalla norma attributiva dei poteri sulla base di canoni tecnici e scientifici connotati da opinabilità. Il giudice amministrativo, pur senza potersi sostituire la propria valutazione a quella operata dall'amministrazione, può tuttavia sindacarne l'attendibilità.

La valutazione dell'interesse pubblico, che connota il potere esercitato come discrezionale in senso proprio, può intervenire invece solo là dove la norma attributiva del potere rimette all'amministrazione non solo un ambito di valutazione tecnica nell'apprezzamento della situazione di fatto concreta, ma anche la scelta della misura da adottare tra quelle astrattamente compatibili con la norma medesima che sia in grado di soddisfare al massimo grado tale interesse³.

Una siffatta scelta, come ha chiarito ormai da molto tempo la dottrina, deve essere operata in base a una ponderazione o bilanciamento tra tutti gli interessi pubblici e privati che rilevano nella situazione concreta, primo fra tutti il cosiddetto interesse pubblico primario, corrispondente al fine posto dalla norma di conferimento del potere. Dal punto di vista dei portatori degli interessi privati diventano essenziali le modalità attraverso le quali essi possono rappresentare il proprio punto di vista all'interno del procedimento (garanzie partecipative e diritto al contraddittorio) e gli strumenti di tutela giurisdizionale e non giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti emanati nei loro confronti. Il giudice amministrativo

² Sui concetti giuridici indeterminati e sulle nozioni di discrezionalità amministrativa e tecnica cfr. M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali. Un dialogo*, Pisa, 2021 anche per ulteriori riferimenti alla dottrina e giurisprudenza sul tema. Per quanto riguarda il diritto europeo cfr. J. MENDES, *Executive discretion in the EU and the outer boundaries of law*, in Id. (ed), *EU Executive discretion and the limits of law*, Oxford, 2019, pp. 11 ss. Con esempi di "indeterminate legal concepts" tratti dalla disciplina bancaria.

³ Anche a livello europeo è emersa la distinzione tra discrezionalità amministrativa (*discretion proper* o *power of appraisal*) e discrezionalità tecnica (*technical discretion* o *margin of appraisal*): cfr. M. PREK, S. LEFEVRE, "Administrative discretion", "power of appraisal" and "margin of appraisal" in *Judicial review proceedings before the General Court*, in *Common Market Law Review*, 2019, 2, pp. 339 ss.

può sindacare la scelta discrezionale sotto il profilo dell'eccesso di potere, in tutte le sue figure sintomatiche, ma non può oltrepassare il confine del merito.

Nelle decisioni relative alla messa in risoluzione delle banche in crisi emergono in modo emblematico le complessità derivanti dalla compresenza di valutazioni tecniche e valutazioni discrezionali rimesse ad autorità europee dotate ciascuna di un ambito di competenze proprie e connotate variamente quanto a natura tecnica o politica.

Per inquadrare in modo più specifico il requisito dell'interesse pubblico posto dalla disciplina europea della risoluzione delle crisi bancarie conviene ricostruirne brevemente i dati normativi più rilevanti.

2. *Il quadro normativo europeo*

La normativa europea in materia di risoluzione delle crisi bancarie è incentrata sulla Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 (c.d. BRRD – *Bank Recovery and Resolution Directive*) e sul Regolamento (EU) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 luglio 2014 (c.d. Regolamento SRM – *Single Resolution Mechanism*). La Direttiva persegue l'obiettivo di armonizzare le norme nazionali in tema di risoluzione delle crisi bancarie. Il Regolamento prevede la centralizzazione del processo decisionale in materia di risoluzione istituendo il Comitato di risoluzione unico (*Single Resolution Board*, di seguito Comitato)⁴.

I due testi normativi, dal contenuto molto simile, seguono l'impostazione secondo la quale la regola generale è che in caso di crisi bancaria l'ente in dissesto dovrebbe essere liquidato con procedura ordinaria di insolvenza (considerando n. 45 della Direttiva)⁵.

⁴ Per un inquadramento generale, cfr. S. DEL GATTO, *Il Single Resolution Mechanism. Quadro d'insieme*, in M. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pisa, 2016, pp. 267 ss.; O. CAPOLINO, *The Single Resolution Mechanism: Authorities and Proceedings*, in M. CHITI, V. SANTORO (eds), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, London, 2019, pp. 247 e ss. anche per un'analisi dei primi casi di applicazione della disciplina europea; A. DE ALDISIO, *La gestione delle crisi nell'Unione bancaria*, in Banca Impresa Società, 2015, 3, pp. 391 ss. Di seguito nel testo si farà riferimento prevalentemente alle disposizioni del Regolamento.

⁵ Direttiva 2014/59/UE, Considerando n. 45: "Per evitare l'azzardo morale, un ente in dissesto dovrebbe essere in grado di uscire dal mercato, a prescindere dalle sue dimensioni e interconnessioni, senza provocare perturbazioni sistemiche. In linea di principio, un ente in dissesto dovrebbe essere liquidato con procedura ordinaria di insolvenza. Tale procedura, tuttavia, potrebbe compromettere la stabilità finanziaria, interrompere la prestazione di funzioni essenziali e pregiudicare la tutela dei depositanti. In tal caso, è altamente probabile che sarebbe di pubblico interesse sottoporre l'ente a risoluzione e applicare strumenti di risoluzione anziché avvalersi della procedura ordinaria di insolvenza, con l'obiettivo quindi di garantire la continuità delle funzioni essenziali, di evitare effetti negativi sulla stabilità finanziaria, di tutelare i fondi pubblici riducendo al minimo il ricorso al sostegno finanziario pubblico straordinario per gli enti in dissesto e di tutelare i depositanti e gli investitori protetti, i fondi e le attività dei clienti".

La messa in opera degli strumenti di risoluzione che garantiscono la continuità operativa e la sopravvivenza nel mercato dell'ente è ammessa in via eccezionale solo ove sussistano tre condizioni, disciplinate dall'art. 32 della Direttiva e dall'art. 18, comma 1, del Regolamento, dal medesimo contenuto: "a) l'entità è in dissesto o a rischio di dissesto; b) considerate la tempistica e altre circostanze pertinenti, non si può ragionevolmente prospettare che qualsiasi misura alternativa per l'entità in questione, incluse misure da parte di un IPS, sotto forma di intervento del settore privato o di azione di vigilanza, tra cui misure di intervento precoce o la svalutazione o la conversione dei pertinenti strumenti di capitale ai sensi dell'articolo 21 adottate nei confronti dell'entità, permetta di evitare il dissesto dell'entità in tempi ragionevoli; c) l'azione di risoluzione è necessaria nell'interesse pubblico a norma del paragrafo 5" (art. 18, comma 1, Regolamento (EU) n. 806/2014).

Il paragrafo 5 considera l'azione di risoluzione di interesse pubblico se essa è necessaria al conseguimento di uno o più obiettivi della risoluzione (elencati, come si vedrà, all'art. 14 del Regolamento), se è ad essi proporzionata e se la liquidazione dell'ente con la procedura ordinaria di insolvenza non consentirebbe di realizzare tali obiettivi nella medesima misura.

L'accertamento della sussistenza in concreto delle tre condizioni avviene nell'ambito di un procedimento articolato, che si svolge in tempi brevissimi (tipicamente nel corso di un fine settimana, a mercati chiusi) e che ha per oggetto anche il programma di risoluzione contenente le misure ritenute idonee a superare la crisi.

In particolare, le prime due condizioni sono accertate dal Comitato, oltre che dalla Banca Centrale Europea (BCE) per quanto riguarda il dissesto, mentre alla valutazione della terza condizione, relativa all'interesse pubblico, concorrono anche la Commissione e il Consiglio, che possono esercitare potere di obiezione⁶.

Il Regolamento prevede che se sono soddisfatte tutte le condizioni il Comitato adotta un programma di risoluzione e lo trasmette alla Commissione, la quale entro 24 ore lo approva o obietta a esso. In ogni caso il programma di risoluzione può entrare in vigore solo se il Consiglio o la Commissione non hanno espresso obiezioni entro un periodo di 24 ore dopo la trasmissione da parte del Comitato. Se entro tale termine il Consiglio o la Commissione non esprimono obiezioni opera un meccanismo di silenzio assenso e il programma di risoluzione adottato dal Comitato può entrare in vigore.

⁶ In base al Trattato sull'Unione europea il Consiglio, com'è noto, composto da un rappresentante di ciascuno Stato membro a livello ministeriale, è un organo politico che esercita congiuntamente al Parlamento europeo la funzione legislativa e la funzione di bilancio, nonché di definizione delle politiche e di coordinamento in base ai trattati (art. 16).

Nell'ordinamento italiano gli istituti di risoluzione delle crisi sono stati disciplinati con il D.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, che ha recepito la direttiva BRRD, attribuendone i relativi poteri alla Banca d'Italia⁷.

3. *La definizione di interesse pubblico*

Quanto alla definizione di interesse pubblico, una questione preliminare è se si tratti di un solo interesse pubblico o di interessi pubblici molteplici, cioè se si tratti di un interesse pubblico unitario o di una pluralità di interessi pubblici che devono essere in qualche modo ponderati e valutati in modo comparativo. A tal riguardo, si è parlato di interesse pubblico “speciale” e la domanda è allora perché tale interesse debba essere definito “speciale” rispetto ai tanti interessi pubblici dei quali si occupano variamente le pubbliche amministrazioni e le autorità bancarie⁸.

Il problema è innanzitutto definitorio in quanto la normativa collega l'interesse pubblico agli obiettivi della risoluzione⁹. Tali obiettivi sono enunciati, come anticipato, dall'art. 14 del Regolamento, il quale vi include “a) garantire la continuità delle funzioni essenziali; b) evitare effetti negativi significativi sulla stabilità finanziaria, in particolare attraverso la prevenzione del contagio, anche delle infrastrutture di mercato, e con il mantenimento della disciplina di mercato; c) salvaguardare i fondi pubblici riducendo al minimo il ricorso al sostegno finanziario pubblico straordinario; d) tutelare i depositanti disciplinati

⁷ D.lgs. n. 180/2015, art. 20, comma 2: “La risoluzione è disposta quando la Banca d'Italia ha accertato la sussistenza dell'interesse pubblico che ricorre quando la risoluzione è necessaria e proporzionata per conseguire uno o più obiettivi indicati all'articolo 21 e la sottoposizione della banca a liquidazione coatta amministrativa non consentirebbe di realizzare questi obiettivi nella stessa misura”. Art. 32: “Quando, nei casi previsti dall'articolo 7 paragrafo 3, lettera e), del regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, risultano accertati i presupposti indicati all'articolo 20, commi 1, lettera b), e 2, la Banca d'Italia, previa approvazione del Ministro dell'economia e delle finanze, dispone l'avvio della risoluzione con un provvedimento che contiene: a) l'indicazione dei presupposti per l'avvio della risoluzione; b) il programma di risoluzione [...] L'approvazione del Ministro dell'economia e delle finanze è condizione di efficacia del provvedimento. La Banca d'Italia, ricevuta la comunicazione dell'approvazione del Ministro dell'economia e delle finanze, determina la decorrenza degli effetti del provvedimento, anche in deroga all'articolo 21-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241”.

⁸ Si è anche prospettato, alla luce dei primi casi di applicazione del Regolamento, che in realtà in occasione delle crisi bancarie emerge una triplice dimensione dell'interesse pubblico valutata dal Comitato nell'ambito del procedimento di risoluzione, dalla Commissione in relazione alla disciplina degli aiuti di Stato, e dalle autorità nazionali, considerato che anche le procedure di insolvenza ordinarie sono finalizzate alla cura di un interesse pubblico: cfr. O. CAPOLINO, *The Single Resolution Mechanism: Authorities and Proceedings*, cit., pp. 264 ss. traendo spunto dai casi della crisi delle banche Venete (Veneto Banca e Banca Popolare di Vicenza) e di ABLV Bank A.S., ai quali si accennerà in seguito.

⁹ Regolamento (EU) n. 806/2014, art. 18, comma 5: “Ai fini del paragrafo 1, lettera c), del presente articolo, l'azione di risoluzione è considerata nell'interesse pubblico se è necessaria al conseguimento di uno o più obiettivi della risoluzione di cui all'articolo 14 ed è ad essi proporzionata e se la liquidazione dell'ente con procedura ordinaria di insolvenza non consentirebbe di realizzare tali obiettivi nella stessa misura”.

dalla direttiva 2014/49/UE e gli investitori disciplinati dalla direttiva 97/9/CE; e) tutelare i fondi e le attività dei clienti”. Gli interessi in questione “rivestono pari importanza e sono ponderati come opportuno a seconda della natura e delle circostanze di ciascun caso” (art. 14, par. 2).

Queste disposizioni formulate secondo la tecnica dei concetti giuridici indeterminati rimettono alle autorità europee amplissimi spazi di valutazione tecnica e discrezionale¹⁰. In ogni caso alcuni obiettivi indicati dalle disposizioni possono porsi in tensione tra loro, come nel caso dell’obiettivo di minimizzare l’impiego di risorse pubbliche rispetto a quello di garantire la stabilità finanziaria¹¹.

Inoltre, dall’analisi di tale elenco emerge che ciascuno degli obiettivi indicati ha in realtà la consistenza di un interesse pubblico autonomo. Ciò è evidente, per esempio, nel caso della stabilità finanziaria, che nel D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (T.U.B.), art. 5, viene indicata come una delle finalità principali della disciplina bancaria¹². Oltretutto si potrebbe ritenere a rigore che non sussista neppure una differenza tra finalità e interesse pubblico. I fini pubblici concorrono infatti a definire la “missione” affidata a un soggetto pubblico che consiste nella cura di un determinato interesse pubblico individuato dalla legge.

Quanto poi all’esigenza di ridurre al minimo il ricorso al sostegno finanziario pubblico, essa è connessa a un interesse pubblico per eccellenza quale l’interesse erariale dello Stato relativo agli oneri che nell’ambito della risoluzione potrebbero ricadere in ultima analisi in capo ai cittadini-contribuenti.

La nozione di interesse pubblico posta dal Regolamento sembra includere dunque sia elementi di valutazione tecnica, come la garanzia della continuità delle funzioni aziendali, sia elementi discrezionali in senso proprio con una forte connotazione politica specie con riguardo alla tutela degli interessi erariali dello Stato, tenuto anche conto che gli oneri potrebbero ricadere, in ultima analisi, anche sui cittadini-contribuenti di uno Stato diverso da quello in cui ha sede e opera la banca in crisi. Il considerando n. 29 del Regolamento sottolinea infatti che le decisioni di risoluzione possono avere un impatto notevole, oltre che sulla stabilità finanziaria dell’intera Unione e degli Stati membri, anche sulla sovranità di bilancio di quest’ultimi ed è questa la ragione per la quale spetta a un organo politico sovranazionale, qual è il Consiglio, la valutazione di ultima istanza circa la sussistenza dell’interesse pubblico.

¹⁰ Cfr. D. ROSSANO, *L’esclusione dell’interesse pubblico nell’interpretazione delle Autorità europee*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, 2017, 3, pp. 93 ss.

¹¹ Cfr. G. MARRA, *Il concetto di interesse pubblico dall’esperienza italiana alla prospettiva europea della resolution*, in M. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *Il diritto bancario europeo. Problemi e prospettive*, Pisa, 2022, p. 261 il quale ricorda tra l’altro che, da un punto di vista storico istituzionale, la legge bancaria del 1936 definiva l’attività bancaria come “funzione di interesse pubblico”.

¹² D.lgs. n. 385/1993, art. 5: “Le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all’efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all’osservanza delle disposizioni in materia creditizia. La vigilanza si esercita nei confronti delle banche, dei gruppi bancari, degli intermediari finanziari, degli istituti di moneta elettronica e degli istituti di pagamento. Le autorità creditizie esercitano altresì gli altri poteri a esse attribuiti dalla legge”.

A tal riguardo, rileva anche il considerando n. 58 del Regolamento, che nel definire i contenuti dell'interesse pubblico sottolinea l'esigenza di "limitare l'azzardo morale riducendo al minimo il ricorso al sostegno finanziario pubblico per le entità in dissesto".

Il considerando successivo (considerando n. 59) chiarisce poi il rapporto tra liquidazione dell'entità insolvente con procedura ordinaria e procedura di risoluzione, precisando che "Si dovrebbe comunque vagliare sempre l'ipotesi della liquidazione dell'entità insolvente con procedura ordinaria di insolvenza prima di prendere la decisione di mantenerla in attività".

Tale rapporto si configura dunque come un rapporto tra regola ed eccezione, nel quale la risoluzione non viene vista come la procedura ordinaria, tanto è vero che in base all'art. 18, comma 5, del Regolamento con riferimento al contenuto della valutazione, come già anticipato, "l'azione di risoluzione è considerata nell'interesse pubblico se è necessaria al conseguimento di uno o più obiettivi della risoluzione di cui all'articolo 14 ed è ad essi proporzionata e se la liquidazione dell'ente con procedura ordinaria di insolvenza non consentirebbe di realizzare tali obiettivi nella stessa misura". La valutazione dell'interesse pubblico richiede dunque l'applicazione di un test di proporzionalità rispetto agli obiettivi della risoluzione, nonché una comparazione tra livello di raggiungimento degli obiettivi, da un lato, da parte dell'azione di risoluzione secondo le regole europee, dall'altro, da parte della messa in opera della procedura di insolvenza disciplinata dal diritto nazionale.

4. I momenti della valutazione

Un tema da approfondire è quello relativo al momento in cui interviene la valutazione dell'interesse pubblico. In proposito, il primo momento in cui il Comitato valuta tale interesse è antecedente al manifestarsi della crisi bancaria ed è quello della pianificazione della risoluzione (art. 8 e seguenti del Regolamento) che è considerata uno strumento essenziale ai fini dell'efficacia della risoluzione (considerando 46).

I piani di risoluzione, elaborati con l'ausilio delle autorità nazionali di risoluzione e se necessaria con l'assistenza degli istituti bancari, contengono infatti già le opzioni per l'applicazione degli strumenti di risoluzione e identificano eventuali ostacoli che si possono frapporre alla risoluzione. I piani mettono così a disposizione delle autorità europee informazioni dettagliate sulla struttura e sulle attività di ciascuna banca così da agevolare le valutazioni richieste nel caso in cui essa si dovesse trovare in una situazione di crisi¹³.

¹³ Cfr. E. AVGOULEAS, C. GOODHART, D. SCHOENMAKER, *Bank Resolution Plans as a catalyst for global financial reform*, in *Journal of Financial Stability*, 2013, 2, pp. 296 ss. In generale sugli strumenti di pianificazione previsti anche dalla Direttiva BRRD cfr. M. RISPOLI FARINA, L. SCIPIONE, *Recovery and Resolution Planning*, in M. CHITI, V. SANTORO (eds), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, cit., pp. 270 s.; A. DE ALDISIO, *La gestione delle crisi nell'Unione bancaria*, cit., pp. 400 ss.

La disciplina prevede anche ampi poteri per rendere percorribile la “risolvibilità” dell’ente inclusi, da un alto, quello di richiedere di modificare la struttura legale e operativa dei gruppi allo scopo di semplificarla e di separare e isolare le funzioni critiche, dall’altro, di procedere all’emissione di passività suscettibili di essere assoggettate al *bail-in*.

Il Comitato, in consultazione con le autorità nazionali competenti e con la BCE, in sede di elaborazione e adozione dei piani di risoluzione deve valutare *ex ante* in quale misura sia possibile la sua risoluzione, cioè risulti fattibile e credibile liquidare la società con la procedura ordinaria di insolvenza, oppure occorra procedere alla risoluzione, evitando quanto più possibile conseguenze negative quali in particolare situazioni di instabilità finanziaria sistemica e la prospettiva di assicurare la continuità delle funzioni aziendali (art. 10, par. 3). Come si vede si tratta di componenti coerenti con i fini della risoluzione elencati all’art. 14 i quali, come già sottolineato, concorrono a sostanziare la nozione di interesse pubblico di cui all’art. 18, comma 5¹⁴.

In definitiva, vi è un momento preliminare in sede di pianificazione in cui già si valuta l’interesse pubblico anche se tale valutazione deve essere poi adattata al momento in cui si verifica l’evento che porta alla decisione se mettere in risoluzione o meno l’ente. E ciò anche se, come chiarisce il documento *Public Interest Assessment: SRB Approach*, elaborato dal *Single Resolution Board*, la decisione in ordine alla messa in risoluzione “*builds upon the outcome of the public interest assessment performed in the planning phase and follows similar steps*”¹⁵.

In sede di pianificazione non potrebbe comunque cristallizzarsi definitivamente la sussistenza o meno dell’interesse pubblico alla risoluzione in quanto le situazioni evolvono con il trascorrere del tempo e possono intervenire fattori imprevedibili e dunque il momento in cui si compie un’ultima valutazione è necessariamente quello in cui si manifesta la crisi¹⁶.

¹⁴ Regolamento (EU) n. 806/2014, art. 18, comma 5, art. 10, comma 3: “Al momento di elaborare un piano di risoluzione, il Comitato valuta in quale misura sia possibile la risoluzione di tale entità in conformità del presente regolamento. La risoluzione di un’entità si intende possibile quando al Comitato non risulta fattibile e credibile liquidare l’entità con procedura ordinaria di insolvenza, oppure procedere alla risoluzione applicando all’entità gli strumenti di risoluzione ed esercitando nei suoi confronti i poteri di risoluzione, evitando nel contempo quanto più possibile conseguenze negative significative, comprese situazioni di instabilità finanziaria più ampia o di eventi a livello sistemico, per i sistemi finanziari dello Stato membro in cui l’entità è situata o di altri Stati membri o dell’Unione e nella prospettiva di assicurare la continuità delle funzioni essenziali svolte dall’entità”.

¹⁵ Cfr. *Single Resolution Board, Public Interest Assessment: SRB Approach*, pubblicato nel 2019, reperibile sul web con gli addenda successivamente approvati.

¹⁶ Per la tesi secondo la quale “*resolution planning and public interest should match*”, nel senso che in linea di principio ove in sede di pianificazione si pervenga alla conclusione che non sussista un interesse pubblico, lo stesso giudizio dovrebbe valere nel momento in cui si manifesta la crisi cfr. D. FREUDENTHALER, P. LINTNER, *Conditions for taking resolution action and the adoption of a resolution scheme*, in WORLD BANK GROUP (FINSAC), *Understanding Bank Recovery and Resolution in the EU: a guidebook to the BRRD*, Vienna, 2017, p. 108.

5. *I soggetti e il coordinamento*

Uno degli aspetti più delicati è quello dei soggetti che intervengono nella valutazione dell'interesse pubblico e quindi del coordinamento tra questi ultimi all'interno del procedimento delineato dall'art. 14 del Regolamento.

In origine, la proposta di Regolamento del 2013 prevedeva, oltre a quello della BCE, l'intervento di due sole autorità: il Comitato e la Commissione (art. 16)¹⁷.

In particolare, alla BCE era attribuito un potere di iniziativa, peraltro non esclusivo, e la valutazione della situazione di dissesto o di probabilità di dissesto (cosiddetto *likely to fail*) era condivisa tra Commissione europea e Comitato unico di risoluzione. La valutazione operata dal Comitato, che poteva agire su impulso della Commissione o su iniziativa propria, non era propedeutica a una determinazione finale, ma soltanto a una raccomandazione alla Commissione ed era poi la Commissione a emanare la decisione.

La ragione dell'intervento della Commissione emerge dal considerando n. 16 della Proposta di Regolamento, il quale afferma esplicitamente che la Commissione, nel decidere se assoggettare o meno l'ente alla risoluzione, deve tenere conto "della necessità di equilibrare i diversi interessi in gioco". Pertanto, il considerando conferma incidentalmente la tesi sopra rappresentata secondo la quale l'espressione "interesse pubblico" andrebbe intesa come sintesi di una pluralità di interessi. La necessità che fosse la Commissione a operare questo bilanciamento di interessi deriva anche dai principi europei e dalla dottrina Meroni, che, com'è noto, limita l'attribuzione di poteri discrezionali ad organi dell'Unione europea non previsti dai Trattati¹⁸.

Nel passaggio dalla proposta al Regolamento poi approvato si è aggiunto un terzo soggetto titolare della competenza, cioè il Consiglio, introducendo dunque un soggetto avente, come si è già anticipato, una connotazione prettamente politica, tenuto conto della composizione a livello ministeriale in rappresentanza degli Stati membri e delle funzioni ad esso attribuite dal Trattato sull'Unione europea (art. 16).

A livello di disciplina nazionale il D.lgs. n. 180/2015 prevede che sebbene la decisione di risoluzione spetti alla Banca d'Italia, questa sia poi sottoposta all'approvazione del Ministro dell'economia e delle finanze, cioè di un organo avente natura politica. Il testo stabilisce anche che la decisione della Banca d'Italia non ha efficacia senza tale approvazione. Oltretutto, non è previsto neppure il silenzio assenso, quindi l'approvazione deve essere esplicita, mentre l'art. 18 del Regolamento prevede un sistema nel quale nel giro di 24 ore può realizzarsi un doppio silenzio assenso sulla valutazione positiva del Comitato.

¹⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, 10 luglio 2013, COM(2013) 520 final.

¹⁸ Sulla dottrina Meroni, dalla nota sentenza della Corte di giustizia, 13 giugno 1958 in causa-C-9/56, applicata al procedimento di risoluzione delineato dal Regolamento cfr. M. MACCHIA, *Il Single Resolution Board*, cit., pp. 322 ss.

Va sottolineato inoltre che nel coordinamento tra i tre soggetti, cioè il Comitato, la Commissione e il Consiglio, la valutazione dell'interesse pubblico assume una dimensione atipica. Infatti se il Comitato valuta che non sussistano i tre presupposti, incluso quello dell'interesse pubblico, l'ente viene rimesso alla procedura ordinaria di liquidazione, senza possibilità di appello o di una rivalutazione d'ufficio da parte della Commissione e del Consiglio. Non è previsto cioè alcun meccanismo (anche sottoforma di silenzio assenso) che consenta alla Commissione o al Consiglio di rivedere la valutazione negativa operata dal Comitato¹⁹. Al contrario, se il Comitato ritiene soddisfatti i tre presupposti, subentra la valutazione degli altri due soggetti circa la sussistenza dell'interesse pubblico, espressa anche nella forma del silenzio assenso.

In tal modo, si crea una situazione asimmetrica: se l'interesse pubblico viene valutato negativamente quella del Comitato diventa una competenza esclusiva, se viene valutato positivamente, dopo la seconda valutazione della Commissione, interviene il Consiglio, che, come già precisato, è un organo prettamente politico. A quest'ultimo non compete invece la valutazione di tipo tecnico del requisito dello stato di dissesto o rischio di dissesto e della non percorribilità di soluzioni alternative alla crisi, ma soltanto una valutazione di tipo squisitamente discrezionale amministrativo, se non addirittura di tipo politico²⁰.

Che il Comitato e il Consiglio si occupino soprattutto dell'aspetto delle ricadute finanziarie e dei rapporti fra Stati membri emerge anche dal considerando n. 49, secondo il quale in relazione all'obbligo di predisporre piani di risoluzione il Comitato deve tenere conto dei possibili effetti negativi della liquidazione sui mercati finanziari, su altri enti, sulle condizioni di finanziamento o sull'economia in generale²¹. Il tema è infatti quello della solidarietà o meno fra Stati in caso di crisi bancarie, che costituisce uno degli ostacoli principali al sistema di garanzia dei depositi a livello europeo.

¹⁹ Questa soluzione renderebbe più conforme alla dottrina Meroni la procedura delineata dal Regolamento.

²⁰ L. SCIPIONE, *L'affaire "popolari venete" e il modello italico di gestione delle crisi bancarie. Ricadute applicative e profili di incoerenza sistemica*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2018, 3-4, pp. 569 ss. Per l'osservazione che il Consiglio può obiettare alla valutazione positiva dell'interesse pubblico allo scopo di "*block its undesirable political consequences*", cfr. J. MENDES, *Constitutive Powers of Executive Bodies: a functional analysis of the Single Resolution Board*, in *Modern Law Review*, 2021, 6, p. 1354.

²¹ Regolamento (EU) n. 806/2014, considerando n. 49: "In relazione all'obbligo di predisporre piani di risoluzione è opportuno che il Comitato o, laddove pertinente, e autorità nazionali di risoluzione nel contesto dei piani di risoluzione e in sede di ricorso ai vari poteri e strumenti a loro disposizione, tengano conto del tipo di attività di un'entità, della struttura azionaria, della forma giuridica, del profilo di rischio, delle dimensioni, dello status giuridico e delle interconnessioni con altri enti o con il sistema finanziario in generale, nonché dell'ambito e complessità delle sue attività, dell'eventuale appartenenza a un sistema di tutela istituzionale (IPS) o ad altri sistemi di solidarietà cooperativa, dell'eventuale esercizio da parte dell'ente di attività o servizi di investimento e della probabilità che il suo dissesto e la sua successiva liquidazione secondo la procedura ordinaria di insolvenza possano avere un effetto negativo significativo sui mercati finanziari, su altri enti, sulle condizioni di finanziamento o sull'economia in generale, assicurando che il regime sia applicato in modo appropriato e proporzionato e che gli oneri amministrativi inerenti agli obblighi di predisposizione del piano di risoluzione siano il più possibile ridotti".

In definitiva a livello normativo emerge all'interno di questa complessa sequenza procedimentale una commistione di elementi tecnico-discrezionali, amministrativi in senso proprio, e forse anche una dimensione propriamente politica.

Nel coordinamento procedimentale delineato dall'art. 18 del Regolamento, il ruolo del Consiglio tende peraltro a rimanere sullo sfondo, poiché il suo intervento nella fase decisionale è soltanto eventuale e serve a garantire una legittimazione di tipo politico visto che di esso fanno parte i rappresentanti di tutti gli Stati membri a livello ministeriale. Come già osservato, il collegamento di tipo politico è più marcato nella normativa nazionale che, come visto, richiede l'approvazione della messa in risoluzione da parte del Ministero dell'economia e delle finanze.

Il Regolamento prevede meccanismi di coordinamento tra i soggetti titolari delle competenze, oltre che a livello procedimentale, anche a livello organizzativo. Infatti, alle sessioni in cui il Comitato decide partecipa un rappresentante della Commissione e della BCE (art. 43, comma 3)²². Pertanto, nel momento in cui il Comitato valuta per la prima volta i tre presupposti l'esito di tale di valutazione viene trasferito per così dire in tempo reale agli altri due soggetti.

6. Criticità e proposte

Le criticità del modello sono varie.

Tra queste vi è anzitutto l'amplessima discrezionalità e, di conseguenza, l'assenza di certezza *ex ante*. Ridurre tale discrezionalità risulta particolarmente difficile in questa materia²³. Essa non può essere assicurata dall'adozione dei piani di risoluzione che comunque appare utile a questo fine, visto che in qualche modo, come si è detto, essa già contiene una prima delibazione dell'esistenza di un interesse pubblico.

Neppure il già citato documento *Public Interest Assessment: SRB Approach*, elaborato dal *Single Resolution Board*, che fornisce indicazioni relative alla metodologia e la sequenza nella valutazione, non è in grado di eliminare del tutto la componente discrezionale. Si tratta infatti di valutazioni di tipo qualitativo, che, come tali, escludono che vi sia certezza *ex ante*.

Per risolvere il problema si prospettano diverse soluzioni, tra le quali, per esempio, quella di individuare magari all'esito della valutazione di piani di

²² Regolamento (EU) n. 806/2014, art. 43, comma 3: "La Commissione e la BCE designano ciascuna un rappresentante che ha il diritto di partecipare alle riunioni delle sessioni esecutive e delle sessioni plenarie in qualità di osservatore permanente".

²³ S. GRUNEWALD, *Legal challenges of bail-in*, in European Central Bank, Eurosystem. ECB Legal Conference 2017. *Shaping a new legal order for Europe: a tale of crises and opportunities*, 4-5 September 2017, Frankfurt am Main, 2017, pp. 287 ss.

risoluzione un elenco di banche suscettibili di essere poste in risoluzione che pongono problemi sistemici, ma si tratterebbe di un modello completamente diverso, o di definire parametri normativi che rendano più precisa la nozione di interesse pubblico²⁴.

In realtà, è in qualche misura inevitabile che si debba convivere con la discrezionalità. Da un lato infatti in tutti i contesti nei quali una pubblica amministrazione è chiamata a intervenire per far fronte a emergenze non prevedibili *ex ante* nella loro dimensione e nel loro impatto (come nel caso di alluvioni, terremoti o altre catastrofi naturali, emergenze sanitarie, ecc.), le misure da adottare non possono che essere rimesse ad apprezzamenti caso per caso, pur sindacabili *ex post* sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità. Inoltre, la valutazione dell'interesse pubblico varia necessariamente a seconda del decisore. Nel caso della crisi delle banche venete, per esempio, che avevano un impatto limitato al mercato italiano, la valutazione del Comitato è stata negativa²⁵, mentre nel caso del Banco Popular Español positiva²⁶. Il problema è che quando esiste un decisore di ultima istanza e c'è discrezionalità, la valutazione è rimessa sostanzialmente al decisore ultimo, senza alcuna garanzia di una coerenza assoluta nelle decisioni.

Ciò consente tra l'altro al decisore di ultima istanza di optare per un'interpretazione più o meno estensiva della nozione di interesse pubblico. E secondo alcuni, quella operata dal Comitato nella prassi applicativa (in particolare con riferimento alla crisi di ABLV Bank), sembra essere stata troppo restrittiva, ciò in contrasto con la disciplina europea contenuta nel Regolamento volta a promuovere un'integrazione a livello europeo attraverso l'adozione di un modello accentrato e integrato di stretta cooperazione tra autorità europee e nazionali²⁷. È stato anche sottolineato che un'interpretazione troppo restrittiva potrebbe indurre le banche a intraprendere percorsi di aggregazione al solo fine di poter soddisfare tale requisito con effetti potenzialmente restrittivi della concorrenza dovuti alla riduzione del numero degli enti creditizi operanti nel mercato²⁸.

²⁴ EUROFI, *Medium sized bank resolution: challenges and tools*, settembre 2019; L.S. MORAIS, *Lessons from the first resolution experiences in the context of Banking Recovery and Resolution Directive*, in M. CHITI, V. SANTORO (eds), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, cit., p. 390; D. ROSSANO, *L'esclusione dell'interesse pubblico nell'interpretazione delle Autorità europee*, cit., p. 100.

²⁵ Cfr. Decisioni del *Single Resolution Board*, 23 giugno 2017, SRB/EES/2017/11 e SRB/EES/2017/12.

²⁶ Cfr. Decisione del *Single Resolution Board*, 7 giugno 2017, SRB/EES/2017/08.

²⁷ Cfr. M. MACCHIA, *Unione bancaria e competenza della Banca d'Italia come autorità di vigilanza e risoluzione*, in M. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *Il diritto bancario europeo*, cit., p. 242 secondo il quale "interpretando in modo restrittivo la nozione di interesse pubblico, il Board sembra abdicare alla sua missione, rinunciando alla necessità di una procedura veramente europea".

²⁸ Cfr. B. CELATI, *Fondo interbancario di tutela dei depositi divieto di aiuti di stato e principio di proporzionalità*, in *Rivista di diritto bancario*, 2020, 2, p. 349. Auspica un allargamento della nozione di interesse pubblico M. ARRIGONI, *Verso la fine del bail-in? Una critica al regime europeo di gestione delle crisi bancarie*, in *Banca Impresa Società* 2021, 1, p. 74.

Un'altra questione è quella della doppia dimensione dell'interesse pubblico, di livello europeo e di livello nazionale o regionale²⁹.

In particolare, nel caso della Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e di Veneto Banca S.p.A., con le decisioni del 23 giugno 2017, il Comitato aveva ritenuto, sempre in base a un'interpretazione restrittiva delle regole europee, non sussistente il requisito dell'interesse pubblico a livello europeo, date le particolari caratteristiche delle banche e la loro situazione finanziaria ed economica che le connotava come banche aventi una rilevanza essenzialmente locale³⁰.

A valle della decisione di non sottoporre le due banche venete a risoluzione, è intervenuto il decreto-legge 25 giugno 2017, n. 99 che ha disposto la liquidazione coatta amministrativa delle banche e disciplinato le modalità e le condizioni delle misure a sostegno di queste ultime, rilevando un interesse pubblico con riferimento al contesto locale, considerata la "straordinaria necessità e urgenza di adottare disposizioni volte a consentire l'ordinato svolgimento delle operazioni di fuoriuscita dal mercato delle banche ed evitare un grave turbamento dell'economia nell'area di operatività delle banche in questione". Nell'ambito della procedura la Commissione ha approvato il 25 giugno 2017 sotto il profilo degli aiuti di Stato la concessione di un intervento di sostegno pubblico per attenuare le conseguenze economiche negative a livello regionale, rilevando dunque l'esistenza di un interesse pubblico a dimensione locale, e per rendere possibile la cessione dei rami d'azienda in bonis a favore di Banca Intesa San Paolo³¹.

In questo modo, com'è stato osservato, attraverso l'impiego di una doppia nozione di interesse pubblico si è introdotto una sorta di regime intermedio tra la risoluzione e procedura di insolvenza, cioè l'insolvenza con aiuti di stato alla liquidazione³².

Una possibile soluzione, secondo alcuni, potrebbe essere quella di unificare la nozione di interesse pubblico attribuendo al Comitato un potere di valutazione riferito a tutte le banche, anche a quelle non significative il cui fallimento non potrebbe avere un impatto sistemico e ciò al fine di ridurre di accrescere la certezza legale e la trasparenza³³.

²⁹ P. NICOLAIDES, *State aid after the Banking Union: serious disturbance and public interest*, in *Journal of Banking Regulation*, 2021, 23, pp. 79 ss., M. MACCHIA, *Unione bancaria e competenza della Banca d'Italia come autorità di vigilanza e risoluzione*, cit., pp. 225 ss.

³⁰ Cfr. A. MAGLIARI, *Salvataggi bancari, concorrenza e stabilità finanziaria tra disciplina europea ed esperienza nazionale*, in M. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *Il diritto bancario europeo*, cit., p. 101.

³¹ L'intervento dello Stato si è realizzato con la partecipazione diretta agli oneri di ristrutturazione per 4,7 miliardi di euro e a mezzo di garanzie per 750 milioni di euro e con la partecipazione indiretta per 5,5 miliardi di euro di finanziamento per la liquidazione e la liquidazione ordinata della parte restante. La cessione è poi avvenuta per la cifra simbolica di un euro.

³² Cfr. S. GRUNEWALD, *Legale challenges of bail-in*, cit., p. 308.

³³ Cfr. M. SCHILLIG, *EU Bank insolvency law harmonisation: what next?*, in *International Insolvency Review*, 2021, 2, p. 256.

Un ulteriore elemento di criticità del sistema è che in base alle definizioni della nozione di interesse pubblico contenute nel Regolamento e già esaminate, viene richiesto al Comitato di valutare anche l'efficacia dei sistemi nazionali di liquidazione ordinaria, ciò che richiede dunque una conoscenza approfondita dei regimi nazionali, non solo delle norme ma anche delle prassi, che non è facile acquisire a livello centralizzato³⁴.

Sono state poi formulate varie proposte su come individuare standard predefiniti per valutare la sussistenza di un interesse pubblico, ma si pone in ogni caso il problema del soggetto che dovrebbe definirli. Infatti, se si deve valutare l'interesse pubblico tale soggetto non potrebbe essere un organo tecnico, ma dovrebbe essere il decisore di ultima istanza e cioè l'organo politico costituito dal Consiglio, a definire e ad autovincolarsi a tali standard, il che forse non sembra facilmente ipotizzabile.

Sono state segnalate nel dibattito ulteriori criticità come quella relativa all'esigenza di armonizzare i sistemi nazionali di gestione delle crisi, che potrebbe rendere più agevole e coerente la valutazione relativa alla preferenza da attribuire alla messa in risoluzione piuttosto che alla liquidazione secondo le procedure nazionali³⁵. L'obiettivo non è semplice da conseguire attesa la profonda diversità delle normative nazionali, sostanziali e processuali, e delle prassi consolidate.

Un ulteriore elemento di criticità è costituito dall'assenza di garanzie procedurali a favore dell'istituto oggetto della procedura di risoluzione. Essa si giustifica in considerazione dell'urgenza estrema ad assumere la decisione e, come già sottolineato, le tempistiche delineate dal Regolamento per le valutazioni operate dai soggetti titolari delle competenze sono estremamente serrate. Non sembra dunque possibile introdurre una fase ulteriore di contraddittorio procedimentale e del resto, com'è noto, anche nell'ordinamento italiano esigenze particolari di celerità consentono all'amministrazione che avvia un procedimento di non procedere alla comunicazione agli interessati in modo da metterle in condizione di esercitare i diritti di partecipazione³⁶.

Problematica è infine anche l'intensità del sindacato giurisdizionale che può effettuare il giudice europeo, atteso che in presenza di valutazioni così ampiamente discrezionali, al limite del politico, il controllo non può essere altro che "debole", limitato cioè a casi di macroscopica illogicità o non proporzionalità.

³⁴ Cfr. J. MENDES, *Constitutive Powers of Executive Bodies: a functional analysis of the Single Resolution Board*, in *Modern Law Review*, 2021, 6, pp. 1346 ss.

³⁵ Cfr. A. DE ALDISIO, *La gestione delle crisi nell'Unione bancaria*, cit., p. 441 che, tenuto conto delle difficoltà di operare una piena armonizzazione, ritiene che per assicurare la parità delle condizioni concorrenziali e per evitare effetti di *spill-over* nell'Unione sarebbe quanto meno necessario assicurare una omogeneità di trattamento dei creditori armonizzando la gerarchia dei crediti che derivano dall'attività di raccolta delle banche; L.S. MORAIS, *Lessons from the first resolution experiences in the context of Banking Recovery and Resolution Directive*, cit., p. 389.

³⁶ Cfr. art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

A tal riguardo, la Corte di giustizia ha infatti riconosciuto una “*wide discretion enjoyed by the Commission*”³⁷, trattandosi di valutazioni aventi a oggetto “*complex economic and social assessments*”³⁸ o “*choices of a technical nature*”³⁹. In ogni caso la decisione del giudice interverrebbe quasi sempre *ex post*, tenuto conto dei tempi fisiologici processuali anche per la tutela cautelare, cioè per così dire “a cose fatte” e situazione ormai irrimediabilmente compromessa⁴⁰.

³⁷ CGUE, 30 settembre 2003, C-57/00 e C-61/00, *Freistaat Sachsen e altri*, par. 99.

³⁸ CGUE, 19 luglio 2016, C-526/14, *Kotnik e altri*, par. 38.

³⁹ CGUE, 16 giugno 2015, *Gauweiler e altri*, par. 68.

⁴⁰ Sull’approccio della Corte di giustizia dell’Unione europea in materia di vigilanza bancaria e di risoluzione delle crisi bancarie cfr. V. BORGER, *Central Bank Independence, discretion, and judicial review*, in J. MENDES (ed), *EU Executive discretion and the limits of law*, cit., pp. 124 ss.; M. CHITI, *The European Banking Union in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, in M. CHITI, V. SANTORO (eds), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, cit., pp. 127 ss.; S. ANTONIAZZI, *Il controllo amministrativo e giurisdizionale sulle decisioni delle autorità europee di regolazione e di vigilanza bancaria*, in *Banca Impresa Società*, 2021, 2, pp. 189 ss.

**UNIDROIT'S PROJECT ON BANK INSOLVENCY:
HOW TO DEAL WITH THE FAILURE OF
SMALL- AND MEDIUM-SIZED BANKS**

Ignacio Tirado, Myrte Thijssen

*1. Introduction – 2. Origin of Unidroit's Project on Bank Insolvency
– 3. Working Group on Bank Insolvency and methodology – 4. The future instrument
– 4.1 Format – 4.2 Scope – 4.3 Frameworks for bank failure management
– 4.4 Institutional arrangements – 4.5 Tools and funding – 4.6 Other subtopics
(by way of example) – 5. Concluding remarks*

1. Introduction

Despite the significant progress made in establishing a framework for dealing with financial firms that are in systemic failure, the international legal architecture lacks guidance on how to effectively deal with failing small and medium-sized banks, and residual parts of systemic banks, following a resolution process. Unidroit's Bank Insolvency Project, in collaboration with the Bank of International Settlements' Financial Stability Institute, aims to address that gap.

An international Working Group of experts in the field – representing over 25 jurisdictions – is working towards the development of a soft law instrument that will provide guidance to legislators and policy makers seeking to reform their bank liquidation regime, both in developing and developed economies. Building on existing standards, the future instrument is expected to provide guidance on topics such as institutional arrangements (the role of administrative authorities and courts), grounds for initiating bank failure management proceedings, tools, funding, matters of creditor hierarchy, specificities of groups and cross-border aspects. Such guidance is expected to play a key role in helping domestic proceedings become more efficient and better able to preserve the value of the bank, and to help ensure consistent and effective management of bank failures, irrespective of their size or business model.

In the following paragraphs we will provide an illustration of Unidroit's Project on Bank Insolvency and how this global project relates to existing frameworks for managing bank failures, including in Italy and Spain. We will first explain the origin of the project (Section 3) and the evolution of the project so far (Section 4). We will then touch upon the anticipated outcome of the project – the development of a soft law instrument on bank liquidation – and some of the substantive issues under discussion by the Working Group (Section 5).

2. Origin of Unidroit's Project on Bank Insolvency

As is well known, the Great Financial Crisis and the subsequent sovereign debt crisis in Europe have demonstrated that ordinary insolvency regimes are not necessarily well suited to address the particular risks and public interest concerns that arise when a bank fails. Banks provide services that are essential to the functioning of the real economy, such as deposit-taking, the granting of loans and the processing of payments. Banks also play a key role in the transmission of monetary policy. At the same time, the maturity mismatches on the balance sheet of banks make them susceptible to liquidity constraints, bank runs and loss of public confidence. The core features of ordinary insolvency regimes, such as the grounds for insolvency, the tools available, the procedural roles and rights of creditors, as well as the institutional framework within which the process takes place, are not tailored to the specific characteristics of banks.

At global level, the Financial Stability Board (FSB) adopted the *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* (Key Attributes)¹, a framework to manage the failure of financial institutions that could have a systemic effect, in a manner such as to preserve financial stability while minimising the risk of loss to public funds. This has informed the adoption of bank “resolution regimes” in jurisdictions around the world. In the European Union (EU), the Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD) was adopted in 2014. In the same year, with the adoption of the Single Resolution Mechanism Regulation (SRMR), a common resolution mechanism was established for the EU countries that are part of the Banking Union.

Despite this significant progress, however, critical gaps remain. In the pursuit of addressing the “too-big-to-fail” issues exposed by the Great Financial Crisis, priority was given to systemic, large financial institutions with the capacity to cause damage beyond the boundaries of a single jurisdiction. Less attention was devoted to the management of failures of small and medium-sized banks, even if those are the predominant type of banks in most jurisdictions around the world. Managing the failure of smaller banks was assumed to be a topic of domestic relevance which could be dealt with under ordinary insolvency procedures. Hence, no large-scale international action was undertaken.

Consequently, national legislators and policymakers may now access substantial information on international best practices regarding the crisis of systemic banks and the avoidance of financial contagion, but there is no international standard or guidance on the design of regimes for managing the failure of smaller banks, to which the resolution tools and arrangements proposed by the *Key Attributes* might not always apply. In addition, guidance is lacking on effective liquidation procedures for parts of banks that are wound up following a resolution process.

In the absence of specific and complete international guidance, the design and effectiveness of bank liquidation laws varies substantially across countries. This may lead to an undesirable destruction of value and may have broader adverse effects, for instance, in jurisdictions that do not have bank-specific insolvency rules or that lack the appropriate tools to address bank failures. The absence of guidance may also make it difficult to identify adequate procedures to deal with the failure of banks that are too significant to be subject to regular (i.e., corporate) insolvency procedures, but too small or traditional to satisfy the requirements for resolution (“middle-class issue”). Furthermore, the co-existence of a common resolution framework with a constellation of different insolvency regimes, as is the case for the EU’s Banking Union, has the potential to cause issues, not the least because national insolvency laws are the counterfactual for the application of the “no creditor worse off than

¹ FSB, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, revised (2014), available at [Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions \(fsb.org\)](https://www.fsb.org/wp-content/uploads/Key-Attributes-of-Effective-Resolution-Regimes-for-Financial-Institutions.pdf).

in liquidation” safeguard². Moreover, the lack of international guidance and cooperation mechanisms may make it challenging to effectively cooperate in bank liquidation proceedings with a cross-border element.

Against this background, in the run-up to the drafting of Unidroit’s Work Programme for 2020-2022, the Secretariat received two separate but congruent proposals concerning work in the field of bank insolvency, one from the Bank of Italy and the other from the European Banking Institute (EBI)³. Unidroit’s governing bodies recognised the importance of the topic and the high potential impact of the work to be conducted, and agreed to include a Project on Bank Insolvency to the Institute’s Work Programme.

Initially, there had been some hesitation on whether a project on bank liquidation would fit a private law organisation like Unidroit (or any organisation outside Basel for that matter) given the interplay with banking regulatory law. However, many stakeholders, including key international financial institutions, expressed a strong interest in the project and supported Unidroit leading its development. Importantly, the Bank for International Settlements’ Financial Stability Institute (FSI) demonstrated a keen interest in the topic and showed willingness to assist in the project’s development, working hand in hand with the Unidroit Secretariat. The primary mandate of the FSI, which is jointly formed by the BIS and the Basel Committee, is to assist supervisors around the world in improving and strengthening their financial systems. The importance of this institution’s commitment to the project cannot be overstated.

Following a joint Unidroit-FSI exploratory workshop on bank liquidation in June 2021⁴ and additional research by the Unidroit Secretariat, Unidroit’s governing bodies recognised the need for international guidance – even more so in light of the possible consequences of the COVID-19 pandemic – and agreed to assign a high priority status to the project. This allowed the Secretariat to establish a Working Group of experts to kick-off the development of a soft law instrument on bank liquidation⁵.

² See Key Attribute 5.2: “Creditors should have a right to compensation where they do not receive at a minimum what they would have received in a liquidation of the firm under the applicable insolvency regime (“no creditor worse off than in liquidation” safeguard”).

³ See UNIDROIT 2019 – C.D. (98) 14 rev. 2, Annex 4 (Proposal Bank of Italy) and Annex 6 (Proposal EBI).

⁴ See the Summary Report of the Exploratory Workshop on Bank Liquidation (7 and 8 June 2021), available at <https://www.unidroit.org/work-in-progress/bank-insolvency>.

⁵ See UNIDROIT 2021 C.D. (100) B.4; UNIDROIT 2021 C.D. (100) B.24; and UNIDROIT 2021 A.G. (80) 10.

3. Working Group on Bank Insolvency and methodology

Unidroit is an international intergovernmental organisation and, as such, even if the Bank Insolvency Project had a European origin, the project has a global scope. This is reflected in the composition of the Working Group. As per Unidroit's practice, the Working Group that was established is composed of international experts and stakeholders representing different legal systems (common and civil law) and geographical regions. The members of the Working Group – 10 in total – have been selected for their expertise in the fields of insolvency and banking law and crisis management. Pursuant to Unidroit's Statute, the working group conducts its work under the leadership of a member of Unidroit's Governing Council, in this case Professor Stefania Bariatti. The members of the Working Group participate in the project in a personal capacity.

In addition to appointing members of a Working Group, relevant institutional stakeholders were invited to participate in the Working Group as observers. This further ensures that different points of view are taken into account in the development of an instrument. Although the name might suggest otherwise, observers are entitled to full participation in the Working Group's discussions and deliberations, and are considered an integral part of the working team. Observer organisations may also assist in the promotion, dissemination and implementation of the instrument once it has been adopted.

In the case of the Bank Insolvency Project, Unidroit and the FSI benefit from the participation of over 35 observers from all 6 continents (for the full list of Working Group participants categorised by region please see the Annex). These include the key international organisations in the area of bank failure management and insolvency law, such as the International Monetary Fund (IMF), the World Bank, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the International Insolvency Institute, or the International Association of Deposit Insurers (IADI). Relevant regional organisations and bodies such as the European Commission, the European Central Bank and the Single Resolution Board (SRB) are involved as well. In addition, given the importance of banking and regulatory law for this project, a significant number of national banking supervisors, resolution authorities and deposit insurers participate in the Working Group as institutional observers. Their knowledge and expertise – and, importantly, their practical experience with bank failures – are proving crucial for the project.

The Working Group on Bank Insolvency generally meets twice a year, at the premises of Unidroit or at the seat of participating organisations (for instance, the third Working Group meeting was hosted by the SRB in Brussels). At the time of writing, three sessions of the Working Group have been held since the establishment of the Working Group end-2021. It is anticipated that the Working Group will meet at least twice in 2023, with a view to finalise the instrument in the course of 2024.

Given the participation of a large number of financial regulators in the Working Group and the sensitive nature of the issues to be discussed, some

specificities were introduced in the working methodology for this project. For instance, certain meeting documents are kept confidential and the sessions are conducted under Chatham House rules to encourage an open discussion among all the participants.

In between Working Group meetings, intersessional work is conducted with the support of the Secretariat. Given the large number of issues to consider and the significant number of Working Group participants, it was decided to establish three thematic Subgroups to advance the project in between sessions. These three Subgroups hold virtual meetings and participants provide written input on the issues allocated to them:

Subgroup 1 is focused on the scope of the future instrument and definitions; objectives of bank liquidation; institutional arrangements (e.g., analysing the possible role of administrative authorities and/or courts in the process); and procedural and operational aspects, such as the remuneration of the liquidator and the role of creditors in the proceedings.

Subgroup 2 is concentrated on the grounds for opening bank liquidation proceedings; possible preparatory work, including cooperation between relevant stakeholders such as the banking supervisor, the deposit insurer and the competent liquidation authority; tools and powers to deal with failing banks; and funding.

Subgroup 3 conducts work on creditor ranking, with a specific focus on the ranking of depositors; the treatment of banking groups and other networks; and cross-border aspects such as international cooperation, recognition and support.

Moreover, the Secretariat has been conducting a stock-taking exercise during the intersessional periods to collect information on existing bank insolvency laws across the world and the application of such frameworks in practice. A comprehensive survey has been developed, with questions on a number of subtopics that are being considered by the Working Group, such as experiences with court-based and administrative-based institutional models; information and data on actual bank crises where different strategies have been pursued; current rules and practices on cross-border aspects; etc. The empirical input that has been collected through the survey – from over 20 jurisdictions across the world – ensures that the Working Group has a comprehensive overview of the different possible approaches to the various issues and the relevant implications thereof – which will be considered in the final instrument.

4. The future instrument

It is envisaged that the future instrument will provide guidance on the key aspects of laws governing the failure of smaller banks. This section elaborates on the format and scope of the future instrument, and provides examples of some of the substantive issues being considered by the Working Group.

4.1 *Format*

The results of discussions with stakeholders and within Unidroit's governing bodies have clearly indicated that, regardless of its possible abstract suitability to deal with the current *status quo*, developing a hard law instrument – such as a convention or treaty – on this subject matter would be neither feasible in the short/midterm nor politically realistic. It was therefore decided that the type of instrument that would best meet the needs of the existing loophole in the area of bank failure management was a soft law instrument instead.

Unidroit has a broad experience in the production of soft law instruments, such as (i) Model Laws; (ii) Principles; (iii) Legislative Guides; and (iv) Legal Guides. For this project, the aim is to develop a Legislative Guide: an instrument with guidance addressed to legislators and policy makers to help countries make their bank liquidation frameworks more effective.

Banking sectors and the legal frameworks governing the management of distressed banks differ across jurisdictions. The Guide will acknowledge such differences, and offer guidance that can be implemented in any jurisdiction in a way that takes account of local specificities. Based on a thorough analysis of the different comparative systems, it will discuss key aspects of bank liquidation laws and provide a variety of possible solutions to help the reader evaluate different approaches and choose the most suitable solution depending on the context. Where there is a clear consensus on the best solution, the Guide will provide a recommendation; and where several options may work adequately depending on the factual context, the instrument will simply reflect and explain the different options. It is important to highlight that the instrument will not just be a catalogue of different models, but rather it will seek to identify best practices.

4.2 *Scope*

The Bank Insolvency Project, at least in this initial stage, focuses on banks only, although some support was expressed for the inclusion of insurance companies in the scope during the preparatory stage of the project. Arguments in favour sustained that the same or similar public interest considerations were relevant when dealing with the failure of a bank and of an insurance company, as opposed to failure of a regular company; further, banks and insurance companies occasionally use and offer similar financial products and can play analogous functions; and several jurisdictions are in the process of developing “resolution” and insolvency regimes for insurance companies that are similar to those for banks. However, the consensus was to limit the scope of the project to banks given that several issues may deserve specific attention when dealing with insurance companies, tools and insolvency techniques may need to be different from those used for banks, as well as considering the fact that international

discussions on how to effectively manage the failure of insurance companies is still at a relatively early stage.

The aim is to fill the gaps in the existing international legal framework (see Section A above). Therefore, the main focus of the project is on non-systemic banks in financial – or economic – distress that do not fall within the scope of special resolution regimes implementing the *Key Attributes* or do not require the use of resolution tools or cannot feasibly be resolved in such way. At the same time, the guidance that the Working Group is developing will, to some extent, be useful for systemic banks as well, if parts of such banks are wound up following a resolution process. Of course, the instrument will be fully respectful of, and consistent with, existing instruments such as the *Key Attributes* and IADI's *Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems*.

During the Working Group sessions, one of the relevant questions on scope has been whether to follow a “regulatory” approach – in short, focusing on licensed banks – or a “functional approach”, whereby the instrument would apply to all entities performing specified “bank-like” activities and functions, irrespective of their regulatory classification and whether they are within the regulatory perimeter of the jurisdiction where they are established. In this context, the Working Group is considering the different definitions of “bank” across jurisdictions and different licensing regimes as well as, for instance, the role of FinTechs in the banking sector and the possible consequences of enlarging the scope of bank failure management frameworks beyond traditional banks. The Working Group has since expressed itself in favour of tailoring the guidance to traditional, licensed bank, while leaving flexibility to jurisdictions to adapt the scope of their framework as appropriate.

4.3 Frameworks for bank failure management

One of the major differences across jurisdictions is the design of their legal framework for dealing with bank failures. Broadly speaking, jurisdictions may either have an integrated framework to address any bank failure, usually involving a single lead authority (e.g., in the United States) or they may distinguish conceptually between “resolution”, on the one hand, and “liquidation” or “ordinary/normal insolvency proceedings”, on the other hand (e.g., in the European Union). Furthermore, the “insolvency” track may be governed by a specific liquidation law for banks and other financial companies – as is the case e.g., in Italy (Compulsory Administrative Liquidation or CAL) – or the ordinary insolvency law may apply to banks, perhaps with modifications or special provisions to account for the special nature of banks, as is the case, e.g., in Spain. Jurisdictions also have different approaches to the scope of their “resolution” framework, e.g., limiting it mainly to systemic banks or choosing to apply the same tools and powers also to smaller banks. All these aspects are being considered by the Working Group and it is anticipated that a functional approach will be taken in the instrument, allowing jurisdictions to decide how to implement the future guidance in their own laws and broader legal system.

4.4 Institutional arrangements

Another key aspect on which approaches differ across jurisdictions is the institutional set-up for dealing with bank failures. The *Key Attributes* require an administrative authority to be responsible for exercising resolution powers over financial institutions within the scope of that regime (KA 2.1). Approaches to the institutional arrangements to address the financial distress of smaller banks, to which the *Key Attributes* would not feasibly be applied, and parts of banks that would need to be wound up following the application of some of the resolution tools, vary considerably.

In some jurisdictions, an administrative authority (usually, a banking supervisor, deposit insurer or resolution authority) is in charge of managing any bank failure, with no immediate role for judicial authorities or a limited role. For instance, in Italy, the Bank of Italy may be seen as the lead authority under the CAL framework, although the court plays a role in some specific steps of the procedure. In other jurisdictions, (including e.g., Spain), the court is primarily in charge of opening and conducting bank liquidation proceedings. Depending on the legal framework, such primarily court-led proceedings may apply only to smaller banks and/or may focus mainly on winding-up a residual entity following a resolution procedure. Both in court-based and administrative-based models, administrative authorities tend to be involved in the proceedings. This may be seen as a reflection of the need for a timely intervention and specialised expertise, given the complexity of banks' activities (and in some cases structures) and their particular role in the economy and the society at large.

The Working Group has discussed how bank failures need to be managed in a timely manner to reduce the destruction of value, protect depositors and maintain confidence in the banking sector. Administrative authorities generally have the necessary expertise, experience and decision-making speed to determine whether and when an intervention is necessary – considering both private and general interests. Furthermore, the existing channels of cooperation of administrative authorities with other financial sector authorities may help to effectively take preparatory steps, which are needed particularly if the strategy consists of transferring parts of the banking business to another bank. Such a transfer-based strategy may raise complex issues regarding the perimeter to be transferred, the banking authorisation and the treatment of different claims (e.g. deposits and financial contracts), for which technical expertise more likely to be found in a financial sector authority than in a court, will be required. On the other hand, the ordinary court process may work well when the liquidation proceedings are limited to selling the assets of a former bank business (piecemeal liquidation) or to distributing the proceeds.

The Working Group is considering the advantages and drawbacks of different institutional models, including possible “hybrid” options. Factors such as timeliness, expertise, cooperation, independence, transparency and accountability may be relevant to inform the choice and design of the

institutional set-up. Generally, an administrative regime in which a number of functions are concentrated in a single public authority with appropriate powers is being deemed as beneficial. However, it is also recognised that, ultimately, the suitability and effectiveness of any chosen institutional model will depend on jurisdiction-specific factors, such as the legal tradition, constitutional constraints, as well as the efficiency, capacity and expertise of courts and administrative authorities in a specific jurisdiction.

4.5 Tools and funding

The range of tools available to deal with failing non-systemic banks varies across jurisdictions. In some countries, only a “piecemeal” liquidation is possible, whereby the bank’s operations are disrupted immediately, customer relationships are resolved, assets and collateral are sold, and creditors’ claims are settled against the proceeds from the liquidation. In other jurisdictions, the bank failure management regime provides for a broader toolkit in order to minimise the destruction of value and to support the continuity of relevant functions of the failing bank (e.g., by transferring part of the bank’s business to another bank or a bridge bank). In the Bank Insolvency Project, special consideration is given to the application of transfer strategies to small and medium-sized banks.

The discussion on tools is connected to the funding options under the applicable framework. Following experiences during the Great Financial Crisis, where public funds were used to manage a number of large bank failures, a primary aim of the *Key Attributes* is to reduce loss exposure of the taxpayer by removing the reliance on public funding in managing the failure of financial institutions. Vital economic functions need to be protected through mechanisms that make it feasible for shareholders and the more junior classes of creditors to absorb losses in a manner that respects the hierarchy of claims in liquidation.⁶ The bail-in tool is the primary example of such mechanism in resolution frameworks.

While there is a consensus on the need to minimise costs for taxpayers, jurisdictions take different approaches to “bailing in” creditors. For instance, the EU resolution framework contains a minimum loss absorption requirement of 8% of the failing bank’s total liabilities, including own funds, as a precondition to access industry-funded resolution funds. Such a requirement does not exist in several other jurisdictions. This may arguably be explained by the set-up of resolution financing arrangements under the EU Single Resolution Mechanism, whereby national resolution funding is gradually mutualised in the Single Resolution Fund – with the result that a bank in a specific EU jurisdiction may be resolved with money provided, in part, by banks in other jurisdictions. Furthermore, experience shows that, in the past, bank failures were dealt with

⁶ *Key Attributes*, Preamble, p. 3. Key Attribute 6.1 also specifies that “Jurisdictions should have statutory or other policies in place so that authorities are not constrained to rely on public ownership or bail-out funds as a means of resolving firms”.

through the temporary, instrumental use of public funding, and, ultimately, costs for taxpayers were nevertheless limited (or even ended up amounting to zero). This limited, temporary, instrumental use of public financing through large scale assistance programmes is nevertheless seen with scepticism and existing precedents treated, at times, as something of the past, very much the result of a particular context.

For the failure of smaller banks, the deposit insurance system (DIS) will often play a crucial role. The use of DIS resources may be limited to the pay-out of insured depositors (pay-box function) or the mandate of the deposit insurer may be broader. Allowing the use of deposit insurance resources for measures beyond a pay-out to insured depositors may help achieve the objective of minimising the use of public funds when a transfer strategy would best achieve the objectives of the liquidation (but a funding gap prevents the transfer without external funding).

Approaches to the use of DIS funding to facilitate transfer strategies differ across jurisdictions. The possibility of the deposit insurer to contribute funding is influenced by factors such as the ranking of depositors and the deposit insurer, the deposit insurance coverage level and applicable quantitative constraints on the use of deposit insurance resources (e.g., the “least-cost” principle). For instance, within the EU, the amount of DIS funds available for transfer strategies in liquidation, in Member States where such option is available, is subject to a financial cap: the cost to the DIS must not exceed the costs that it would have incurred by paying out covered deposits, net of recoveries from subrogation to the depositors’ claims in insolvency. The combination of this cap and the super-preference for covered deposits in the EU has had the effect of limiting the amount of DIS funding that would be available to fund transfer strategies. The Working Group has examined the different approaches across jurisdictions concerning depositor ranking and related aspects, and aims to provide legislators with an overview of possible solutions. A clear recommendation/preference has not yet been identified by the Working Group.

4.6 Other subtopics (by way of example)

In addition to providing explanations and guidance on the aforementioned topics (institutional models, tools, and funding), the future Guide is expected to discuss the objectives of bank liquidation, procedural and operational aspects, the grounds for opening liquidation proceedings, preparation for liquidation, creditor hierarchy, specificities for banking groups (and other networks), and cross-border aspects.

As regards objectives, value maximisation – a core objective of business insolvency laws – is deemed relevant, but other objectives, more traditionally part of the banking regulatory system, may also play a very important role. For instance, maintaining financial stability is generally an overarching objective of banking supervision and regulation, and it is often an explicit part of the mandate of administrative authorities (e.g., banking supervisors) that may be involved

in bank failure management. It is linked to the special nature of banks and their interplay with the financial sector and the real economy. The potential relevance of a financial stability objective and the relationship with value maximisation has been the subject of discussion within the Working Group.

With respect to banking groups, the Working Group has addressed the acknowledged fact that banks are often part of a group in rules of prudential supervision and bank resolution, and the contrast with the often entity-centric nature of business insolvency laws. Specific rules on the treatment of groups in liquidation are generally lacking, which may lead to challenges in cooperation (for instance, if several entities within a banking group are subject to liquidation proceedings) and may even lead to value destruction. Issues under discussion by the Working Group include, for instance, the possibility of opening a single set of proceedings for the whole group or ensuring procedural coordination, and providing guidance on the treatment of cooperative banks in liquidation.

Cross-border considerations also form a crucial part of the project. Jurisdictions often lack a reliable and comprehensive framework for cross-border recognition of bank insolvency, which makes cross-border cooperation uncertain and, in some cases, non-existent. The Working Group is focusing on aspects such as cooperation and the exchange of information across borders, the recognition of foreign proceedings and assistance and relief, as well as safeguards that are important to create a fair and effective cross-border regime.

The Working Group can still decide to examine additional matters in the project. For example, some discussion has taken place on whether the future Guide should provide guidance on voluntary liquidation (or whether this should be left within the remit of general company law), and on specific categories of banks, such as Islamic banks.

5. Concluding remarks

With its project on Bank Insolvency, Unidroit aims to fill an important gap in the international framework for bank failure management, focusing on the development of laws to effectively deal with the failure of small and medium-sized banks. This may be particularly relevant for developing countries, which at times currently lack effective tools for dealing with the failure of such banks, but it is expected to be just as relevant for developed countries seeking to reform their bank liquidation laws (including e.g., the EU, which is currently reforming its bank crisis management and deposit insurance framework).

ANNEX

PARTICIPANTS IN THE WORKING GROUP OF BANK INSOLVENCY

INTERNATIONAL ORGANISATIONS:

Financial Stability Institute (FSI)
International Association of Deposit Insurers (IADI)
International Insolvency Institute
International Monetary Fund (IMF)
United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)
World Bank Group

AFRICA

Ghana Bank of Ghana
Nigeria Central Bank of Nigeria
 Nigeria Deposit Insurance Corporation (NDIC)
South Africa South African Reserve Bank (SARB)

ASIA-PACIFIC

Australia Australian Prudential Regulation Authority (APRA)
China People's Bank of China
Hong Kong Hong Kong Monetary Authority
India Reserve Bank of India (RBI)
Japan Deposit Insurance Corporation Of Japan (DICJ)
 Financial Services Agency of Japan (JFSA)
Malaysia Perbadanan Insurans Deposit Malaysia (PIDM)

EUROPE

Belgium National Bank of Belgium (NBB) / Banque Nationale de Belgique
France Banque de France / Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR)
Germany Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)
Greece Mr Christos Hadjiemmanuil, Professor, University of Piraeus
Italy Ms Stefania Bariatti, Professor, University of Milan (Member
 of Unidroit Governing Council and Chair of the Working Group)
 Mr Marco Lamandini, Professor, University of Bologna
 Ms Concetta Brescia Morra, Professor, Roma Tre University
 Banca d'Italia
 Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS)

Moldova	National Bank of Moldova
The Netherlands	Mr Matthias Haentjens, Professor, University of Leiden De Nederlandsche Bank
Spain	Mr David Ramos Muñoz, Associate Professor, University Carlos III of Madrid Banco de España Fondo de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito
Switzerland	Reto Schiltknecht, Doctor of Laws, Attorney-at-law, Lecturer and Research Associate Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA)
Ukraine	Ms Kateryna Yashchenko
United Kingdom	Ms Rosa Lastra, Professor, Queen Mary University of London Ms Irit Mevorach, Professor, University of Nottingham Mr Marco Bodellini, Associate Lecturer, Queen Mary University of London Bank of England
Europe / EU	European Banking Institute (EBI) European Central Bank (ECB) European Commission Single Resolution Board (SRB)

NORTH AMERICA

Canada	Ms Janis Sarra, Professor, University of British Columbia
United States of America	Ms Anna Gelpern, Professor, Georgetown Law Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) Federal Reserve Bank of New York

LATIN AMERICA

Argentina	Central Bank of Argentina
Brazil	Central Bank of Brazil
Colombia	Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafín) Superintendencia Financiera de Colombia (SFC)
Paraguay	Central Bank of Paraguay

QUADERNI PUBBLICATI

- n. 1 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Evoluzione tecnica e disciplina giuridica dell'intermediazione finanziaria*, ottobre 1985 (esaurito).
- n. 2 – FRANCESCO CARBONETTI, *Moneta*, dicembre 1985.
- n. 3 – PIETRO DE VECCHIS, *L'istituto di emissione*, febbraio 1986 (esaurito).
- n. 4 – GIUSEPPE CARRIERO, *Governo del credito e Regioni a statuto speciale: il quadro istituzionale*, aprile 1986.
- n. 5 – GIORGIO OPPO, *Una svolta dei titoli di massa (il progetto Monte Titoli)*, aprile 1986.
- n. 6 – LUIGI DESIDERIO, *Le norme di recepimento della Direttiva comunitaria n. 780/77 in materia creditizia*, maggio 1986 (esaurito).
- n. 7 – GIORGIO SANGIORGIO – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La legge bancaria: evoluzione normativa e orientamenti esegetici*, giugno 1986.
- n. 8 – VINCENZO MEZZACAPO, *L'attività bancaria nell'ambito dei movimenti di capitali nella CEE*, giugno 1986 (esaurito).
- n. 9 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le gestioni bancarie di patrimoni mobiliari*, luglio 1986.
- n. 10 – FRANCESCO CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, settembre 1986.
- n. 11 – *La legge bancaria*, ottobre 1986.
- n. 12 – CARMINE LAMANDA, *L'evoluzione della disciplina del controllo sul sistema creditizio dalla legge bancaria ad oggi*, dicembre 1986 (esaurito).
- n. 13 – GIOVANNI IMPERATRICE, *L'accertamento dell'illecito amministrativo nel diritto valutario e nel diritto tributario*, marzo 1987.
- n. 14 – GIORGIO SANGIORGIO, *Profilo istituzionale della disciplina pubblicistica del credito*, maggio 1987.
- n. 15 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, (a cura di) *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, luglio 1987.
- n. 16 – CARLO TAGLIENTI, *Il credito documentario: nozione, fondamento, problematica*, settembre 1987.
- n. 17 – PIETRO DE VECCHIS, *Aspetti legali delle crisi bancarie in Italia*, gennaio 1988.
- n. 18 – VINCENZO MEZZACAPO, *Il mercato secondario organizzato dei titoli emessi o garantiti dallo Stato*, agosto 1988.
- n. 19 – FRANCESCO CARBONETTI, *Il controllo della Banca d'Italia sulle emissioni di titoli atipici*, ottobre 1988.
- n. 20 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le polizze di credito commerciale*, dicembre 1988.
- n. 21 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La responsabilità penale del banchiere: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, dicembre 1989 (esaurito).
- n. 22 – MARCELLO CONDEMI, *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, aprile 1991.
- n. 23 – MARCO MANCINI – MARINO PERASSI, *I trasferimenti elettronici di fondi*, maggio 1991.

- n. 24 – ENRICO GALANTI, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, giugno 1991.
- n. 25 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Note introduttive alla disciplina delle s.i.m. e dell'organizzazione dei mercati finanziari*, giugno 1991.
- n. 26 – AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, gennaio 1992.
- n. 27 – GIORGIO SANGIORGIO, *Le Autorità creditizie e i loro poteri*, marzo 1992.
- n. 28 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Il recepimento della seconda direttiva Cee in materia bancaria. Prime riflessioni*, febbraio 1993.
- n. 29 – *Il Sistema dei pagamenti. Atti del Convegno giuridico* (Perugia S.A.Di.Ba., 23-24 ottobre 1992), settembre 1993.
- n. 30 – OLINA CAPOLINO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nella giurisprudenza*, ottobre 1993.
- n. 31 – P. FERRO-LUZZI – P. G. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, dicembre 1993 (esaurito).
- n. 32 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, marzo 1994.
- n. 33 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. The 1993 Banking Law*, marzo 1994.
- n. 34 – GIUSEPPE CARRIERO, *Struttura ed obiettivi della legge sui fondi immobiliari chiusi*, novembre 1994.
- n. 35 – LUCIO CERENZA, *Profilo giuridico del sistema dei pagamenti in Italia*, febbraio 1995.
- n. 36 – GIOVANNI CASTALDI, *Il riassetto della disciplina bancaria: principali aspetti innovativi*, marzo 1995.
- n. 37 – VINCENZO PONTOLILLO, *L'evoluzione della disciplina dell'attività di emissione di valori mobiliari*, giugno 1995.
- n. 38 – O. CAPOLINO – G. CARRIERO – P. DE VECCHIS – M. PERASSI, *Contributi allo studio del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dicembre 1995.
- n. 39 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e Testo Unico bancario*, dicembre 1995 (esaurito).
- n. 40 – MARINO PERASSI, *L'attività delle banche in "securities" e la disciplina dei contratti-derivati in Giappone*, aprile 1996.
- n. 41 – ENRICO GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, novembre 1996.
- n. 42 – M. PERASSI – R. D'AMBROSIO – G. CARRIERO – O. CAPOLINO – M. CONDEMI, *Studi in materia bancaria e finanziaria*, novembre 1996.
- n. 43 – *Convegno Per un diritto della concorrenza* (Perugia, giugno 1996), dicembre 1996.
- n. 44 – *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, marzo 1997.
- n. 45 – DONATELLA LA LICATA, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco" nell'art. 58 del T.U. bancario*, aprile 1997.
- n. 46 – PAOLO CIOCCA – ANTONELLA MAGLIOCCO – MATILDE CARLA PANZERI, *Il trattamento fiscale dei rischi sui crediti*, aprile 1997.

- n. 47 – P. DE VECCHIS – G.L. CARRIERO – O. CAPOLINO, M. MANCINI, R. D'AMBROSIO, *Studi in materia bancaria e finanziaria 1996*, settembre 1997.
- n. 48 – GIUSEPPE CARRIERO, *Il credito al consumo*, ottobre 1998 (esaurito).
- n. 49 – *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, marzo 1999.
- n. 50 – A. MAGLIOCCO – D. PITARO – G. RICOTTI – A. SANELLI, *Tassazione del risparmio gestito e integrazione finanziaria europea*, settembre 1999.
- n. 51 – ENRICO GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, gennaio 2000.
- n. 52 – *Bankruptcy Legislation in Belgium, Italy and the Netherlands* (Brussels, 7 July 2000), giugno 2001.
- n. 53 – VINCENZO TROIANO, *Gli Istituti di moneta elettronica*, luglio 2001.
- n. 54 – STEFANO CAPIELLO, *Prospettive di riforma del diritto di recesso dalle società di capitali: fondamento e limiti dell'autonomia statutaria*, luglio 2001.
- n. 55 – BRUNA SZEGO, *Il venture capital come strumento per lo sviluppo delle piccole e medie imprese: un'analisi di adeguatezza dell'ordinamento italiano*, giugno 2002.
- n. 56 – AA.VV., *Diritto Societario e Competitività in Italia e in Germania*, luglio 2003.
- n. 57 – GIANMARIA MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, giugno 2004.
- n. 58 – ENRICO GALANTI E MARIO MARANGONI, *La disciplina italiana dei Covered Bond*, giugno 2007.
- n. 59 – MARCO MANCINI, VINCENZA PROFETA E NICOLA DE GIORGI, *La Centrale d'Allarme Interbancaria nella disciplina sanzionatoria dell'assegno*, settembre 2007 (esaurito).
- n. 60 – MARCELLO CONDEMI E FRANCESCO DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, febbraio 2008.
- n. 61 – BRUNA SZEGO, *Le impugnazioni in Italia: perché le riforme non hanno funzionato?*, luglio 2008.
- n. 62 – RENZO COSTI E FRANCESCO VELLA, *Banche, governo societario e funzione di vigilanza*, settembre 2008.
- n. 63 – MARCO MANCINI E MARINO PERASSI, *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, dicembre 2008.
- n. 64 – ENRICO GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, giugno 2009.
- n. 65 – DAVID PITARO, *Le disposizioni italiane di contrasto all'elusione fiscale internazionale*, luglio 2009.
- n. 66 – CRISTINA GIORGIANTONIO, *Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management*, settembre 2009.
- n.66en – CRISTINA GIORGIANTONIO, *Civil procedure reforms in Italy: concentration principle, adversarial system or case management?*, September 2009.

- n. 67 – OLINA CAPOLINO E RAFFAELE D'AMBROSIO, *La tutela penale dell'attività di Vigilanza*, ottobre 2009.
- n. 68 – GIUSEPPE BOCCUZZI, *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, settembre 2010.
- n. 69 – AA.VV., *Insolvency and Cross-border Groups. UNCITRAL Recommendations for a European Perspective?*, febbraio 2011.
- n. 70 – BRUNO DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, giugno 2011.
- n. 71 – GIUSEPPE BOCCUZZI, *Towards a new framework for banking crisis management. The international debate and the italian model*, ottobre 2011 (esaurito).
- n. 72 – *Legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa: la storia, il presente, il futuro*. Atti della conferenza tenutasi a Roma il 14 ottobre 2011, ottobre 2012.
- n.72app – ENRICO GALANTI, *Cronologia della crisi 2007-2012*, maggio 2013.
- n. 73 – MARCO MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, settembre 2013.
- n. 74 – RAFFAELE D'AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, dicembre 2013.
- n. 75 – *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*. Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, marzo 2014.
- n. 76 – GIUSEPPE NAPOLETANO, *Legal aspects of macroprudential policy in the United States and in the European Union*, giugno 2014.
- n. 77 – NICOLA DE GIORGI E MARIA IRIDE VANGELISTI, *La funzione di sorveglianza sul sistema dei pagamenti in Italia – Il provvedimento della Banca d'Italia del 18.9.2012 sui sistemi di pagamento al dettaglio*, settembre 2014.
- n. 78 – RAFFAELE D'AMBROSIO, *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, gennaio 2015.
- n. 79 – MARCO LAMANDINI – DAVID RAMOS MUÑOZ – JAVIER SOLANA ÁLVAREZ, *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, novembre 2015.
- n. 80 – LUIGI DONATO, *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, febbraio 2016.
- n. 81 – RAFFAELE D'AMBROSIO, *Scritti sull'Unione Bancaria*, luglio 2016.
- n. 82 – Gustavo Bonelli, *Un giurista in Banca d'Italia*, dicembre 2017.
- n. 83 – *Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, aprile 2018.
- n. 84 – *Judicial review in the Banking Union and in the EU financial architecture. Conference jointly organized by Banca d'Italia and the European Banking Institute*, giugno 2018.
- n. 85 – *The role of the CJEU in shaping the Banking Union: notes on Tercas (T-98/16) and Fininvest (C-219/17)*, maggio 2019.
- n. 86 – *A 20 anni dal TUF (1998-2018): verso la disciplina della Capital Market Union?*, agosto 2019.

- n. 87 – FABRIZIO MAIMERI E MARCO MANCINI, *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, criptovalute e rivoluzione digitale*, settembre 2019.
- n. 88 – RAFFAELE D’AMBROSIO, *Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, aprile 2020.
- n. 89 – LUIGI DONATO, *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, giugno 2020.
- n. 90 – RAFFAELE D’AMBROSIO E STEFANO MONTEMAGGI, *Private and public enforcement of EU investor protection regulation*, ottobre 2020.
- n. 91 – RAFFAELE D’AMBROSIO E DONATO MESSINEO, *The German Federal Constitutional Court and the Banking Union*, marzo 2021.
- n. 92 – RAFFAELE D’AMBROSIO, FRANCESCO PAOLO CHIRICO, LEONARDO DROGHINI E GIUSEPPE PALA, *Pandectae. Digest of the case-law on the Banking Union – Jan-Jun 2022*, dicembre 2022.
- n. 93 – VINCENZA PROFETA, *Competition and Payment Services. Conference Papers*, dicembre 2022.
- n. 94 – GIUSEPPE NAPOLETANO, *An EU Legal Framework for Macroprudential Supervision through Borrower-Based Measures. Conference Papers*, febbraio 2023.

