Informe sobre retroactividad de la STS 241/2013 sobre cláusulas suelo

I) Objeto del informe

La Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (en adelante, STS), puso fin al procedimiento iniciado por una asociación de usuarios de banca contra tres entidades financieras, que pretendía la declaración de las cláusulas suelo como nulas por considerarlas abusivas.

Aunque la STS consideró que las cláusulas suelo son intrínsecamente lícitas, en la forma y modo en la que se utilizaban por las entidades demandadas las declaró nulas por abusivas y decretó el cese de sus efectos económicos por la falta de transparencia a la hora de incorporarlas en los contratos.

Por otra parte, la STS, en consonancia por lo solicitado por el Ministerio Fiscal, declaró procedente la aplicación del principio de irretroactividad, lo que suponía que la sentencia no tendría efectos para los pagos ya efectuados hasta la fecha de publicación.

Al justificar su decisión, y entre otros aspectos, la STS se pronuncia en el sentido de que la aplicación del principio de irretroactividad es coherente con el riesgo que puede suponer para la estabilidad financiera ("riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico") la eliminación retroactiva de los efectos económicos de las cláusulas suelo.

El presente informe tiene por objeto valorar la razonabilidad económica del argumento utilizado por la STS en relación con los efectos eventuales sobre la estabilidad financiera que hubiera tenido la aplicación retroactiva del contenido de la STS. Esta valoración consiste en un análisis retrospectivo de las consecuencias que para las entidades financieras y el sistema financiero español hubiera supuesto la aplicación retroactiva de la citada sentencia. Para realizar esta valoración es necesario situarse en la fecha en la que el TS emitió su fallo, esto es, mayo de 2013.

II) Contexto histórico

En el siguiente epígrafe se analiza el contexto económico y financiero en el que se produjo el fallo del TS.

Proceso de recapitalización y reestructuración del sistema bancario español

Después de un largo periodo de crisis, durante 2012 y el primer semestre de 2013 se produjeron avances muy significativos en el proceso de saneamiento, recapitalización y reestructuración del sistema bancario español.

Este proceso fue el resultado de la puesta en marcha del programa de asistencia financiera solicitado por el Gobierno de España y que quedó plasmado en el Memorando de Entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera (en adelante, ME), firmado el 20 julio de 2012. En dicho documento se recogían las medidas concretas que se debían adoptar en los casos de entidades que requiriesen ayudas públicas, y medidas dirigidas al sector financiero en su conjunto.

Entre los meses de junio y septiembre de 2012 las autoridades españolas encargaron la realización de pruebas de resistencia a expertos independientes, con el fin de determinar las necesidades de capital de cada entidad. Los resultados arrojaron unas necesidades adicionales de 57.000 M€. Algunas entidades cubrieron el déficit por sus propios medios mediante ampliaciones de capital, recompras de deuda subordinada y ventas de activos. El resto de entidades, que contaron con ayudas públicas, aplicaron una serie de medidas en línea con los acuerdos recogidos en el ME, entre las que se incluyen: la asunción de pérdidas por parte de accionistas y tenedores de instrumentos híbridos, el traspaso de activos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) y la desinversión en otros activos.

Tras los ajustes citados las necesidades finales de capital ascendieron a 39.000 M€, que fueron cubiertas mediante ayudas públicas aportadas por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) y financiadas a través del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), en el marco del programa de asistencia financiera aprobado. La ejecución del proceso de recapitalización comenzó en diciembre de 2012 y se extendió hasta abril de 2013.

No obstante, la concesión de ayudas públicas conllevaba una estricta condicionalidad. Por ello, las entidades beneficiarias presentaron planes de reestructuración que fueron aprobados por las autoridades europeas y españolas. Dichos planes contemplaban medidas para la reducción del número de oficinas y empleados, venta de activos no estratégicos, la reorientación del modelo de negocio, etc. Por lo que hace a las autorizaciones de la Comisión Europea, es de recordar que estas se justificaron en razones de estabilidad financiera al amparo

de lo previsto en el artículo 107.3.b) TFUE, que contempla la posibilidad de declarar compatibles con la legislación europea aquellas ayudas de Estado "destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro", situación en la que se encontraba en aquellos momentos el Estado español.

Uno de los compromisos asumidos en el ME era la reducción de la exposición de los balances de las entidades al sector inmobiliario. En cumplimiento del ME, en diciembre de 2012 se constituyó la SAREB. Las entidades que recibieron ayudas públicas tuvieron que transferir a dicha sociedad todos los activos adjudicados y créditos a promotores cuyo valor neto contable superara los 100.000 y los 250.000 €, respectivamente. Anteriormente, los RD-l 2/2012 y 18/2012 habían contribuido al saneamiento de las exposiciones relacionadas con el sector inmobiliario mediante un incremento sustancial de las provisiones exigidas. En febrero de 2013 se completó la transferencia de los activos a la SAREB.

En paralelo al proceso de reestructuración del sistema financiero, el Gobierno de España seguía ejecutando la amplia agenda de reformas estructurales con el fin de impulsar el crecimiento económico y la creación de empleo: reforma del sector público, medidas de impulso de la actividad económica, medidas de consolidación fiscal y estabilidad presupuestaria, etc. Todo ello con el objetivo último de recuperar la confianza en la economía española así como en el sistema financiero español y en su capacidad para afrontar el futuro tras una crisis de dimensiones extraordinarias.

Mercados financieros

Las dudas sobre la solvencia del sistema bancario español y sobre la sostenibilidad de las finanzas públicas, así como un contexto macroeconómico adverso con elevado desempleo y la economía en recesión, fueron factores que contribuyeron a apuntalar un entorno de incertidumbre, que alcanzó cotas muy elevadas en 2012.

La crisis de confianza sobre la economía española se agravó en verano de ese año y afectó a la capacidad de financiación de las entidades financieras españolas. De hecho, la prima de riesgo de España se mantuvo en cotas muy elevadas durante todo el año 2012 y alcanzó su máximo nivel en julio, 638 puntos básicos, lo que indicaba el grado desconfianza por parte de inversores y analistas en la economía y en el sistema financiero españoles.

En el contexto internacional, la crisis generada por la posible salida de Grecia de la UME y la consiguiente incertidumbre sobre el euro llevaron al Banco Central Europeo a ejecutar medidas de urgencia de provisión de liquidez. En agosto de 2012 el BCE intensificó su actuación en el ámbito de las medidas no convencionales de política monetaria, mediante el anuncio de un programa de compra de bonos soberanos.

El año 2013 supuso un importante cambio de tendencia en la evolución del sector bancario español. La culminación de la reestructuración del sector y los avances en los procesos de reforma en España, junto con la reducción de las tensiones financieras sobre el euro, contribuyeron a reducir el coste de la deuda pública española y a la reapertura de los mercados para las entidades españolas. Así, en el periodo comprendido entre julio de 2012 y mayo de 2013 la prima de riesgo de España descendió de forma considerable, hasta el nivel de los 293 puntos básicos. Aunque este indicador de mercado era todavía elevado, su importante caída reflejaba la recuperación de la confianza como consecuencia de la buena valoración exterior sobre el diseño, desarrollo y ejecución del programa de recapitalización y reestructuración del sector financiero español.

III) Impacto hipotético de la aplicación de la STS con carácter retroactivo y eliminación de las cláusulas suelo

La eventual atribución de carácter retroactivo a la STS de 9 de mayo de 2013 por parte del TS, sólo unos días después de la fecha en que se había cerrado el proceso de recapitalización, habría tenido sin ningún género de dudas efectos sumamente nocivos sobre la estabilidad financiera en España, tal como recogió la propia STS. En este apartado se analizan los efectos que razonablemente se habrían producido.

Efectos directos

La recapitalización del sector bancario español bajo el ME se ejecutó a partir de las necesidades de capital identificadas mediante la realización de un ejercicio de resistencia. Dichas necesidades fueron el resultado de un análisis detallado del valor de las carteras crediticias y activos adjudicados y de la capacidad de las entidades para absorber pérdidas en un escenario adverso en un horizonte de tres años. Dicha capacidad de absorción de pérdidas fue estimada a partir de la posición de capital de las entidades al inicio del ejercicio y del margen de intereses previsto en el citado horizonte, sin tener en cuenta los eventuales efectos derivados de la eliminación de las cláusulas suelo.

Por otra parte, la estimación del valor económico de las entidades realizada por expertos independientes para determinar el precio de adquisición o suscripción por el FROB de las acciones o aportaciones al capital social de las entidades de crédito tampoco ponderaron los efectos que se hubieran derivado de una eventual eliminación retroactiva de las cláusulas suelo.

Por tanto, esta eventual eliminación habría puesto en duda la validez de las cifras de capital determinadas en el ejercicio de resistencia y reabierto el debate sobre la necesidad de ayudas públicas adicionales.

La concesión de ayudas públicas incluía la obligación de las entidades de presentar un plan de reestructuración o de resolución. Dichos planes tenían como objeto principal garantizar la viabilidad de las entidades y definir la hoja de ruta sobre la estrategia de salida del capital por parte del FROB. Estos planes fueron diseñados con determinadas hipótesis sobre el nivel de capital al inicio y con proyecciones de márgenes de beneficios.

Por tanto, la eliminación retroactiva de las cláusulas suelo hubiera afectado a las hipótesis sobre las que se diseñaron los planes de reestructuración y resolución, y podría haber puesto en entredicho el cumplimiento de sus objetivos. Es razonable suponer que el mercado no se hubiese limitado a estimar un impacto sobre las tres entidades directamente afectadas por la sentencia sino que habría calculado un impacto para el sistema en su conjunto.

En términos cuantitativos, en el caso de que se hubieran eliminado las cláusulas suelo con carácter retroactivo, el impacto en mayo de 2013 habría sido aproximadamente de 5.000 M€ en el sistema, lo que representa un 12,8% de las ayudas públicas concedidas en 2012/2013 y, para la mayoría de las entidades significativas, un importe superior o muy cercano al beneficio antes de impuestos registrado en el año 2013.

Aunque, como se ha dicho, en este informe se sigue un enfoque retrospectivo en el análisis de las consecuencias que para las entidades financieras y el sistema financiero español hubiera supuesto la eliminación retroactiva de las cláusulas suelo y, por tanto, la cuantificación anterior tiene como fecha de referencia mayo de 2013, hay que tener en cuenta que, según las estimaciones realizadas, el impacto para el período comprendido entre mayo de 2013 y diciembre de 2015 ascendería a unos 2.600 M€ adicionales.

Si se analizara el efecto entidad a entidad, se habría evidenciado: a) la necesidad de una inyección de capital adicional en determinadas entidades que acababan

de recibir ayudas públicas; b) que algunas entidades con déficit de capital, que no habían recibido ayudas públicas por haber abordado su recapitalización por medios privados, habrían pasado a engrosar el grupo de entidades que precisaban una inyección de capital de carácter público.

Por tanto, la supresión de dichas cláusulas en 2013 habría implicado la insuficiencia del proceso de recapitalización y reestructuración.

Efectos indirectos

Las dudas generadas por esta insuficiencia habrían alimentado un nuevo repunte de la incertidumbre sobre el futuro del sector bancario español, tras el enorme esfuerzo de recuperación de la confianza en dicho sistema realizado en 2012 y principios de 2013.

En este contexto, se habría producido una revisión a la baja de la valoración de las entidades por parte de analistas e inversores y una revisión de las calificaciones de las entidades por parte de las agencias de calificación, con el consiguiente incremento para aquellas del coste de capital y de las restricciones para acceder a la financiación mayorista a un coste razonable. Dichas restricciones habrían inducido un efecto de sobrerreacción en los mercados, al verse forzadas las entidades a vender importantes volúmenes de deuda pública de sus carteras para hacer acopio de la liquidez necesaria, y se habría producido un efecto contagio en la prima de riesgo de España, y un incremento de la dependencia en la financiación del Banco Central Europeo.

Además la eventual supresión retroactiva de las cláusulas suelo habría exacerbado otros efectos: reducción de la capacidad de autocapitalización de las entidades, por la reducción de márgenes, implicaciones sobre las titulizaciones de préstamos afectados y restricciones o encarecimiento del crédito por el incremento de los diferenciales, con implicaciones sobre el crecimiento económico.

IV) Conclusiones

La eventual supresión retroactiva de las cláusulas suelo habría supuesto en mayo de 2013 una probable reapertura del proceso de recapitalización tras haberse dado por cumplidos los hitos previstos en el ME y, sobre todo, una pérdida de confianza y credibilidad de nuestro sistema financiero, cuya recuperación, iniciada con enorme esfuerzo, estaba aún pendiente de consolidación. Frente a ello, la fijación de los efectos de la sentencia a partir de su publicación permitió centrar los mismos en el impacto sobre los beneficios futuros de las entidades, sin

comprometer las necesidades en las que se basó el programa de recapitalización en curso.

Como conclusión, la aplicación retroactiva de la sentencia podría haber minado la capacidad del sistema bancario español de contribuir a la recuperación económica y al bienestar de los ciudadanos, con negativas consecuencias desde el punto de vista de la estabilidad financiera y del crecimiento de la economía en España.