

España crea la deuda ordinaria no preferente (Senior non preferred debt)

Mediante el Real Decreto-ley 11/2017, de 23 de junio, de medidas urgentes en materia financiera ("**RDL 11/2017**") se ha creado en España la categoría de la "deuda ordinaria no preferente" (*senior non-preferred debt*). A partir del 25 de junio de 2017, fecha de entrada en vigor del RDL 11/2017, y en caso de concurso de entidades de crédito o empresas de servicios de inversión ("**entidades**"), los créditos ordinarios se clasificarán en créditos ordinarios preferentes y créditos ordinarios no preferentes, teniendo los no preferentes un rango inferior a los preferentes. Un crédito ordinario solo podrá ser considerado como no preferente si reúne todas las condiciones previstas a tal efecto en el RDL 11/2017.

Contenido:

- Se ha creado en España la categoría de la "deuda ordinaria no preferente" (*senior non-preferred debt*).
- En caso de concurso de entidades de crédito o empresas de servicios de inversión, los créditos ordinarios se clasificarán en créditos ordinarios preferentes y créditos ordinarios no preferentes, teniendo los no preferentes un rango inferior a los preferentes.
- Un crédito ordinario solo podrá ser considerado como no preferente si reúne todas las condiciones previstas en el RDL 11/2017.
- Se brinda reconocimiento legal expreso a la posibilidad de las entidades españolas de emitir instrumentos senior que cumplan con el requisito de subordinación.

Origen

Uno de los principales objetivos de la Directiva 2014/59/UE de 15 de mayo de 2014 por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de las entidades ("**BRRD**") (y, por tanto, de la Ley 11/2015, de 18 de junio, y el Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, que trasponen la BRRD en España), es facilitar la absorción de pérdidas por el sector privado en caso de crisis bancaria. Para alcanzar este objetivo, los bancos están obligados a cumplir un requisito mínimo de fondos propios y pasivos admisibles (*Minimum Requirement for own funds and Eligible Liabilities*,

"**MREL**") con el fin de asegurar que se disponga de recursos suficientes para su amortización o conversión en capital en caso de aplicación del instrumento de recapitalización interna (*bail-in*). En el marco de la BRRD no se impone una obligación general de subordinación de los instrumentos admisibles a efectos de MREL. En la práctica, esto significa que, en un procedimiento concursal, un pasivo admisible a efectos de MREL puede tener el mismo rango (*pari passu*) que otros pasivos que estén expresamente excluidos de la recapitalización interna o que sean excluidos por decisión de la autoridad de resolución en circunstancias excepcionales. Esto podría dar lugar a que los

titulares de pasivos utilizados en una recapitalización interna reclamen una indemnización por haber sido peor tratados en el marco de un procedimiento de resolución de lo que lo habrían sido en un procedimiento concursal. Para evitar este riesgo, se está considerando que las autoridades de resolución puedan exigir que el requisito de MREL se cumpla con instrumentos que, en caso de concurso, tengan un rango inferior al de otros pasivos que legalmente no pueden servir para una recapitalización interna o cuya recapitalización interna sea difícil («requisito de subordinación»).

El Consejo de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Board*) publicó el 9 de noviembre de 2015 el "*Total Loss-absorbing Capacity (TLAC) Term Sheet*" ("**estándar TLAC**"), que impone a los bancos de importancia sistémica mundial la obligación de mantener un importe mínimo suficiente de pasivos con gran capacidad de absorción de pérdidas («requisito mínimo de TLAC») con el fin de facilitar la rápida absorción de pérdidas y la recapitalización en los procedimientos de resolución. El estándar TLAC establece que únicamente podrán contabilizarse a tales efectos pasivos que en un procedimiento de insolvencia o resolución deban dedicarse a la absorción de pérdidas antes que otros pasivos «preferentes» que son excluidos explícitamente a efectos de TLAC, tales como derivados, depósitos garantizados y pasivos fiscales. El estándar TLAC establece, por tanto, un requisito de subordinación sujeto a ciertas exenciones, aunque no prescribe la manera de cumplirlo.

Con la finalidad de incorporar el estándar TLAC al Derecho de la Unión Europea, el 23 de noviembre de 2016 la Comisión Europea aprobó, entre otras, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la BRRD en lo que respecta al orden de prioridad de los instrumentos de deuda no garantizada en caso de insolvencia (la "**Propuesta de Directiva**"). La Propuesta de Directiva prevé la creación de una nueva clase de deuda de rango superior «no preferente» que solo debería ser objeto de recapitalización interna en los procedimientos de resolución después de los instrumentos de capital y de la deuda subordinada que

no sea capital adicional de nivel 1 ó 2, pero antes que otros pasivos de rango superior. Las entidades conservarían la libertad de emitir deuda de ambas categorías, pero únicamente la categoría de rango superior «no preferente» será admisible a efectos de cumplir el requisito de subordinación, bien a efectos de TLAC o a efectos de MREL.

RDL 11/2017

España ha creado la nueva categoría de deuda ordinaria «no preferente» con carácter previo a la aprobación de la Propuesta de Directiva, haciendo uso de la posibilidad contemplada en la Propuesta que permite a los Estados Miembros adaptar sus derechos nacionales al estándar internacional, en lo que respecta al orden de prioridad de los instrumentos de deuda no garantizada en caso de insolvencia, antes de la fecha de aplicación de la Directiva.

Así, el RDL 11/2017 modifica el párrafo segundo de la Disposición Adicional 14 de la Ley 11/2015, a fin de incluir los créditos ordinarios no preferentes, que serán aquellos que resulten de instrumentos de deuda que cumplan las siguientes condiciones:

- a) que hayan sido emitidos o creados con plazo de vencimiento efectivo igual o superior a un año;
- b) que no sean instrumentos financieros derivados ni tengan instrumentos financieros derivados implícitos; y
- c) que los términos y condiciones y, en su caso, el folleto relativo a la emisión, incluyan una cláusula en la que se establezca que tienen una prelación concursal inferior frente al resto de créditos ordinarios y que, por tanto, los créditos derivados de estos instrumentos de deuda serán satisfechos con posterioridad a los restantes créditos ordinarios.

Los créditos ordinarios no preferentes que reúnan las condiciones indicadas tendrán una prelación inferior al resto de los créditos ordinarios previstos en el artículo 89.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y superior a los créditos subordinados incluidos en el

artículo 92 de dicha Ley y serán satisfechos con anterioridad a estos.

Con la creación de esta nueva categoría, se brinda reconocimiento legal expreso (hasta ahora puramente contractual) a la posibilidad de las entidades españolas de emitir instrumentos senior que cumplan con el requisito de subordinación, y, por tanto, admisibles a efectos de MREL y, en su caso, a efectos de TLAC. No obstante, el RDL 11/2017 no establece el resto de requisitos con los que dichos instrumentos tendrán que cumplir para constituir pasivos admisibles. A estos efectos, es necesario tener en cuenta el borrador actual del artículo 72 ter de la Propuesta de Reglamento por el que se modifica el Reglamento (UE) nº. 575/2013, Propuesta conocida como CRR2.

Asimismo, el RDL 11/2017 modifica el artículo 217.3 de Ley del Mercado de Valores para dar la consideración de instrumentos financieros complejos a bonos, obligaciones y otros valores análogos que sean pasivos admisibles para la recapitalización interna.

Como cualquier otro decreto-ley, el RDL 11/2017 tendrá que ser convalidado por el Congreso de los Diputados dentro del plazo de los 30 días siguientes a su promulgación. De no producirse dicha convalidación, el RDL 11/2017 quedará derogado.

Contactos: Departamento de Mercado de Capitales



Yolanda Azanza
Socia

E: yolanda.azanza
@cliffordchance.com



José Manuel Cuenca
Socio

E: josemanuel.cuenca
@cliffordchance.com



Francisco Pizarro
Abogado

E: francisco.pizarro
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046 Madrid, Spain
© Clifford Chance 2017
Clifford Chance S.L.P.

Abu Dhabi • Amsterdam • Bangkok • Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • Jakarta* • London • Luxembourg • Madrid • Milan • Moscow • Munich • New York • Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo • Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.