

NOTA A LA SENTENCIA *ICESAVE* DEL TRIBUNAL
DE LA ASOCIACIÓN EUROPEA DE LIBRE COMERCIO
(AELC) DE 28 DE ENERO DE 2013. GARANTÍA
DE DEPÓSITOS BANCARIOS, DISCRIMINACIÓN
TERRITORIAL Y DEUDA SOBERANA TRAS
LA CRISIS FINANCIERA EN ISLANDIA

M.^a ELVIRA MÉNDEZ PINEDO *

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. RESPUESTA DE ISLANDIA ANTE LA CRISIS FINANCIERA Y PROBLEMAS DERIVADOS.
 1. LA LEY DE EMERGENCIA DE 2008.
 - A. *Diferenciación entre los propietarios/ inversores de los bancos y los ahorradores con depósitos.*
 - B. *Diferenciación entre depósitos domésticos y no-domésticos.*
 2. LA SAGA *ICESAVE*.
 - A. *Reclamaciones contra Islandia por el Reino Unido y los Países Bajos.*
 - B. *La Autoridad de Vigilancia de la AELC, con el apoyo de la UE, demanda a Islandia ante el Tribunal AELC por incumplimiento del Acuerdo EEE.*
 - C. *El Tribunal de la AELC reconoce los argumentos jurídicos de Islandia.*
- III. LA SENTENCIA *ICESAVE* DEL TRIBUNAL AELC.
 1. NO EXISTE UNA OBLIGACIÓN JURÍDICA DE CONVERTIR LA DEUDA PRIVADA EN DEUDA SOBERANA CON ARREGLO A LA DIRECTIVA 94/19/EC.
 2. LA LEY DE EMERGENCIA ISLANDESA NO CONSTITUYE UN CASO DE DISCRIMINACIÓN POR SITUARSE FUERA DEL ÁMBITO DE LA DIRECTIVA 94/19/CE.
 3. ISLANDIA NO VIOLA EL PRINCIPIO GENERAL DE NO DISCRIMINACIÓN PROHIBIDO POR EL ARTÍCULO 3 ACUERDO EEE POR FALLAR EL TEST DE COMPARACIÓN.
- IV. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA Y LA SAGA *ICESAVE*.
- V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

* Catedrática de Derecho Europeo. Facultad de Derecho. Universidad de Islandia.
Correo electrónico: mep@hi.is

I. INTRODUCCIÓN

A finales de enero de 2013, Islandia celebra una victoria judicial única en su historia. El Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) dictamina a su favor y en contra de los argumentos defendidos por la Autoridad de Vigilancia del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante ESA)¹, la Comisión Europea, el Reino Unido y Holanda en una sentencia firme que zanja por fin la difícil disputa Icesave. La sentencia es firme y contundente. No existe una obligación en el Derecho europeo de convertir la deuda privada de los bancos en deuda soberana. Es necesario diferenciar entre la obligación estatal de crear un sistema de garantía de depósitos bajo la Directiva europea 94/19/CE relativa a los esquemas de garantía de depósitos («la Directiva»)² y las obligaciones del Estado al liquidar y reorganizar su sistema bancario tras una crisis financiera sistémica.

El marco jurídico del asunto Icesave es el instaurado por el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo (en adelante EEE)³ firmado en Oporto el 2 de Mayo de 1992⁴ así como el acuerdo paralelo sobre supervisión y control judi-

¹ En inglés EFTA Surveillance Authority (ESA).

² Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30.5.1994 sobre sistemas de garantía de depósito DOCE L 135 de 31.5.1994 modificada por Directiva 2009/14/EC del Parlamento Europeo y del Consejo DOCE L 68 de 13.3.2009 a incorporada al ordenamiento jurídico del Espacio Económico Europeo por Decisión del Comité Conjunto EEE No 18/94 de 28.10.1994 que modifica el Anexo IX del Tratado EEE (Servicios Financieros).

³ El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) amplía el ámbito territorial del mercado interior creado por la Comunidad Europea (CE) (ahora Unión Europea o UE) y sus Estados miembros a países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Este Acuerdo entró en vigor a principios de 1994 y se aplica a 30 de Junio de 2013 a 27 Estados miembros de la UE y a 3 Estados miembros de la AELC: Islandia, Liechtenstein y Noruega. Suiza, aunque es miembro formal de la AELC, no forma parte del EEE ya que su electorado lo rechazó en un referéndum ad hoc celebrado en diciembre de 1992. Suiza se rige por un sistema de relaciones bilaterales con la UE. Tras su adhesión a la UE el 1 de Julio de 2013, Croacia deberá ingresar igualmente en el EEE. Véase Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, Diario Oficial CE (*DOCE L 1* de 03.01.1994).

⁴ La literatura actual sobre el Derecho del EEE en inglés es escasa y una gran mayoría de obras están redactadas en lenguas islandesa y noruega. Para un análisis detallado del marco jurídico institucional aún vigente, véase los manuales clásicos NORBERG, S. y OTROS, *The European Economic Area. EEA Law. A Commentary on the EEA Agreement*, Fritzes, Estocolmo, 1993; Blanchet, T, Piipponen, R and Westman-Clément, M, *The Agreement on the European Economic Area (EEA)*, Oxford University Press, 1994. Más recientemente véase Norberg, S, «Perspectives on the Future Development of the EEA»,

cial de este ordenamiento jurídico⁵ aún más «sui generis» si cabe que el Derecho de la Unión Europea (en adelante UE). Si bien se establece un mercado único que cuenta con 31 países, se crean dos ordenamientos jurídicos diversos que funcionan en paralelo sobre la base de un derecho sustantivo en común. El Acuerdo EEE es un tratado internacional que instaura una «homogeneidad legislativa» (reglas UE uniformes en todo el territorio EEE sobre el mercado interior así como derechos similares para ciudadanos y operadores económicos) y una relativa «homogeneidad judicial» (aplicación e interpretación similar de las mismas normas). El control sobre la aplicación del Derecho EEE está organizado sobre la base de un sistema con dos pilares, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) en el pilar UE y el Tribunal AELC en el pilar del EEE⁶. Ambos

en D.P. Björgvinsson y otros. (eds.), *Afmalisrit Þór Vilhjálmsson sjötugur*, Bókaútgáfa Orators, Reykjavík, 2000, pp. 367-379; Johansson, M., Wahl, N. y Bernitz, U., (eds), *Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg*, Bruylant, Bruxelles, 2006; Monti, M., Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein, Vesterdorf B., Westbrook, J., y Wildhaber, L., (eds), *Economic Law and Justice in Times of Globalisation, Festschrift for Carl Baudenbacher*, Nomos-Verlag, Baden-Baden, 2007. Sobre la naturaleza y efectividad del Derecho del EEE y la protección de los derechos individuales véase MÉNDEZ-PINEDO, M.E., *The effectiveness of European law: A comparative study of EC and EEA Law*, Europa Law, Groningen, 2009. Sobre la incorporación del Acuerdo EEE al ordenamiento jurídico islandés, véase Stefánsson, S.M., *The EEA Agreement and its Adoption into Icelandic Law*, Centre for European Law, University of Oslo, 1997. Más recientemente se puede apreciar la discusión sobre pluralismo constitucional en el marco EEE en Harbo, T-I., «The European Economic Area Agreement: A Case of Legal Pluralism», *Nordic Journal of International Law* (78), 2009, pp. 201-223.

⁵ Acuerdo entre los Estados de la AELC sobre la creación de un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia, DOCE L 344 de 31.1.1994, p. 3 así como diarios oficiales de los países de la AELC.

⁶ Así pues no existe un tribunal único con jurisdicción para dirimir conflictos entre Estados miembros de la UE y Estados miembros del EEE-AELC. El Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) es competente en última instancia para resolver conflictos de Derecho comunitario para 28 países de la UE y el Tribunal de la AELC es competente para el ordenamiento creado por el EEE para 3 países AELC-EEE. supone, de derecho, una obligación para el Tribunal de Justicia de la AELC de seguir la interpretación del Derecho comunitario establecida por el TJUE anterior a la firma del Acuerdo EEE y; de hecho, una simple obligación de tomarla en cuenta como fuente de derecho posteriormente a esa fecha. Cuando el asunto no tiene un precedente similar ante el TJUE, obviamente la libertad de interpretación del Tribunal AELC es mayor. Véase artículos 105 y 106 del Acuerdo EEE y artículo 3.2. del Acuerdo paralelo sobre la creación de un Tribunal AELC que persiguen un sistema de información y coordinación entre los dos tribunales sin limitar la exclusiva competencia del TJUE en su aplicación/interpretación del Derecho comunitario. Véase asimismo opiniones 1/91 y 1/92 del TJUE de 14 de Diciembre de 1991 y de 10 de Abril de 1992 sobre los límites del pilar jurisdiccional del EEE.

están ubicados en Luxemburgo y su relación mutua se articula sobre el principio de homogeneidad, lo que ha dado lugar a un importante diálogo judicial⁷. El sistema de dos pilares se aplica igualmente para el marco institucional de supervisión: los Estados miembros de la UE son supervisados por la Comisión Europea, mientras que Islandia, Liechtenstein y Noruega son supervisados por el Órgano de Vigilancia de la AELC (ESA), con sede en Bruselas.

II. RESPUESTA DE ISLANDIA ANTE LA CRISIS FINANCIERA Y PROBLEMAS DERIVADOS

En otoño de 2008, durante un punto álgido de la crisis financiera mundial, Islandia se enfrenta a una situación excepcional. En menos de unas semanas, los tres bancos comerciales principales del país que representan el 85% del sector bancario islandés afrontan la bancarrota. Es necesario adoptar medidas de emergencia para que el Estado y la máxima Autoridad de Supervisión Financiera mayor (FME) recuperen el control de la situación.

1. LA LEY DE EMERGENCIA DE 2008

A. *Diferenciación entre los propietarios/inversores de los bancos y los ahorradores con depósitos*

Según declara su artículo 1, el objetivo principal de la ley de Emergencia de Islandia de 2008 («Ley de Emergencia») fue proteger a la nación de la bancarrota, preservar los ahorros de los tenedores de depósitos o cuentas co-

⁷ Sobre el Tribunal AELC, ver Baudenbacher, C., «Between Homogeneity and Independence: The Legal Position of the EFTA court in the European Economic Area», *Columbia Journal of European Law*, 3(2), 1996, pp. 169-227; «The EFTA Court: An Actor in the European Judicial Dialogue», *Fordham International Law Journal* (28), 2005, pp. 353-392; «The EFTA Court, the ECJ, and the Latter's Advocates General —a Tale of Judicial Dialogue», in A Arnull et al (eds) *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford University Press, 2008, pp. 90-122. Sobre el diálogo judicial entre el TJUE y el Tribunal AELC ver además Graver, H.P., «The EFTA Court and the Court of Justice of the EC: Legal Homogeneity at stake?», *EEA-EU-Relations*, Berlin, Berlin-Verlag Spitz, 1999, pp. 31-67 and «What cares these roarers for the name of king? To cabin! Silence! Trouble us not. Community law, judicial activism and liquid rules —an EEA perspective», in Henrik, Bull & Carl, Baudenbacher (eds.), *European integration through interaction of legal regimes*, Universitetsforlaget, 2007, pp. 99-131.

rrientes⁸ y garantizar la existencia de un sector financiero doméstico en el territorio islandés⁹. La normativa islandesa respeta la legislación europea sobre insolvencias bancarias con una dimensión transfronteriza¹⁰, que reconoce al país de origen (donde se sitúa la matriz y actividad económica de la sociedad) la competencia para sanear o liquidar entidades bancarias¹¹.

B. Diferenciación entre depósitos domésticos y no-domésticos

En base a la autorización estatutaria otorgada por la Ley de Emergencia, la autoridad FME toma el control sobre los tres bancos islandeses comerciales más importantes (Glitnir/ Íslandsbanki, Kaupthing/Arion y Landsbanki)¹². Dado que la crisis financiera fue global o sistémica, el Fondo de Garantía de Depósitos islandés (TIF) —constituido con las aportaciones de un pequeño porcentaje de las cuentas o libretas— simplemente no pudo cumplir con su

⁸ Artículo 1 de la Ley nº 125 de 7 de octubre de 2008 disponible en la base de datos del Parlamento islandés <http://www.althingi.is/altext/136/s/0085.html>. El Informe del Comité Especial de Investigación para el Parlamento islandés sobre el colapso de los bancos publicado en Abril de 2010 confirma igualmente este objetivo. Véase <http://www.rna.is/eldrifndir/addragandi-og-orsakir-falls-islensku-bankanna-2008/skyrsla-nefndarinnar/english/>

⁹ Para una aproximación detallada a la Ley de Emergencia véase Gunnarsson, E. «The Icelandic regulatory responses to the financial crisis», *European Business Organization Law Review*, 2011, pp. 1–39.

¹⁰ Según el marco europeo entonces en vigor, corresponde al Estado miembro de origen adoptar medidas de saneamiento o liquidación de una institución financiera en una situación de quiebra o bancarrota (procedimiento de liquidación). Directiva 2001/24/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 4.4.2001 relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito. DOCE L 125 de 5.5.2001, p. 15. Ver especialmente Artículo 3. Véase asimismo sentencia del TJUE de 24 de octubre de 2013, asunto Societé landsbanki Islands HF C-85/12 y nota 37 infra.

¹¹ Según este modelo, la competencia del país de origen para sanear, liquidar o reestructurar bancos o entidades financieras es consistente con la norma del «pasaporte único» que permite ofrecer servicios bancarios en todos los países del EEE con una licencia en el Estado de origen. Esta licencia o pasaporte único permite a una entidad financiera o de crédito con autorización para operar en un Estado miembro del EEE la posibilidad de abrir filiales y sucursales en el resto de los países EEE sin necesidad de solicitar otro permiso en el país de acogida.

¹² Decisión de la Autoridad de Supervisión Financiera (FME) de 9 de Octubre de 2008 sobre la redistribución de activos y pasivos del banco Landsbanki declarado en quiebra al nuevo Landsbanki. Véase <http://www.fme.is/utgefid-efni/frettir-og-tilkynningar/frettir/nr/443> y comentario por Gunnarson, supra nota 9.

misión ya que técnicamente se encontró en bancarrota. Un anuncio de carácter político formulado por el entonces Primer Ministro Geir H. Haarde aseguró que todos los depósitos o cuentas de residentes en los bancos comerciales y cajas de ahorros (matrices, filiales y sucursales) situados en el territorio de Islandia estaban completamente seguros¹³. Este anuncio, que intentaba prevenir una retirada de depósitos masiva, se explicaba por el proceso de recapitalización doméstica de los bancos que la Ley de Emergencia impulsó, cuyo coste (ficción virtual en un principio) fue asumido por el Estado islandés. Sin embargo, la metodología utilizada para garantizar y reembolsar posteriormente las cuentas o depósitos a los ahorradores de entidades fuera de la jurisdicción islandesa fue distinta¹⁴. Esto fue lo que provocó problemas con los gobiernos afectados por la disputa Icesave que concluyeron rápidamente que 1) los residentes de una jurisdicción en particular (Islandia) habían recibido un trato de favor especial comparado con los no-residentes (británicos y holandeses) y 2) que eso constituía una violación del principio de no-discriminación por motivos de nacionalidad prohibida por el Derecho europeo.

Sin embargo, el objetivo de la Ley de Emergencia no fue una discriminación manifiesta o encubierta (directa/indirecta) entre nacionales y no-nacionales prohibida por el Derecho europeo¹⁵ sino preservar la existencia y el funcionamiento del sistema financiero doméstico asegurando el reembolso sin límite de las cantidades adeudadas a los ahorradores, tanto residentes como

¹³ Discurso del Presidente de Gobierno Sr. Geir Haarde de 6 de Octubre de 2008 a la nación en todos los medios de comunicación de Islandia.

¹⁴ Tras dificultades financieras previas, como una crisis anterior en Semana Santa de 2006, el banco Landsbanki había abierto sucursales en el Reino Unido y Países Bajos ofreciendo un producto de ahorro bajo la marca Icesave (cuenta corriente remunerada en internet) al que no se opusieron las autoridades financieras en esos países y sobre el que se faltó supervisión por ser una situación transfronteriza (entre otros motivos). La lógica del sistema de pasaporte bancario que rige en el mercado interior es que los depósitos en las sucursales británicas y holandesas gozaban de la protección del Fondo de Garantía de Depósitos del país de origen, el país donde el banco tiene su matriz y actividad central, es decir, Islandia.

¹⁵ La legislación de emergencia nunca supuso discriminación directa por razón de nacionalidad puesto que el criterio determinante fue la conexión de la actividad de la sucursal bancaria con el territorio islandés y la economía islandesa. De hecho, la nacionalidad o residencia del titular del depósito era irrelevante a los efectos de la Ley de Emergencia en tanto en cuanto que afectaba igualmente a nacionalesEEE/no nacionalesEEE, residentes fiscales o no-residentes fiscales. Ciudadanos islandeses, europeos y no europeos sufrieron una solución «islandesa» y ciudadanos islandeses, europeos y no-europeos sufrieron una solución «internacional».

no-residentes, por medio de una metodología diversa¹⁶. El Estado aseguró así una actividad bancaria doméstica esencial a la vida económica y financiera del país pero tomó la decisión soberana de no socializar la deuda privada externa de los bancos¹⁷.

2. LA SAGA ICESAVE

A. Reclamaciones contra Islandia por el Reino Unido y los Países Bajos

Así las cosas, debido a estas medidas regulatorias que se adoptaron en un estado de máxima emergencia, los clientes del banco Landsbanki en la sucursal Icesave perdieron el acceso a sus ahorros en el otoño de 2008. Con el fin de evitar el inicio de un pánico bancario debido a una retirada de depósitos masiva ya en marcha, los gobiernos del Reino Unido y los Países Bajos actuaron con rapidez pero de forma independiente sin coordinación con Islan-

¹⁶ La resolución de entidades bancarias y reestructuración posterior se hizo mediante un criterio de territorialidad diferenciando entre el sistema financiero doméstico y no doméstico. Los depósitos domésticos (cuentas o libretas de ahorro situadas en las entidades financieras instaladas en territorio islandés) se transfirieron a nuevos bancos creados ex novo, sin ningún límite de cantidad. Así, un depósito doméstico de un residente en Islandia en el antiguo Landsbanki fue transferido por el mismo valor nominal al «nuevo Landsbanki». Por otra parte, a los depósitos no domésticos (ahorros en las cuentas ubicadas en las sucursales que los bancos que tenían en el extranjero) se les dio la máxima prioridad de cobro en el procedimiento de insolvencia bancaria. Esta medida significaba en la práctica que los titulares de los depósitos no domésticos (tanto personas privadas como entes jurídicos u otras asociaciones de todo tipo) recibirían una indemnización por el total de sus depósitos, en sus propias monedas (en divisas extranjeras como euros y libras) y sin ningún límite de cantidad. Una protección, en definitiva, superior a la otorgada por la Directiva europea de sistema de garantía de depósitos.

¹⁷ Esta metodología heterodoxa se fundaba en la decisión política de no instrumentalizar la ayuda a los ahorradores a través del Fondo de Garantía de Depósitos sino de iniciar el proceso de resolución de entidades bancarias y de recapitalizar nuevas entidades de ámbito doméstico. Serían los propios activos de los bancos los destinados a reembolsar el pago de la deuda externa mientras que los contribuyentes sufragarían los costes de la eventual deuda doméstica. Esto significaba trasladar las pérdidas de la deuda externa Icesave a los dueños de los bancos, accionistas, inversores, y bonistas quienes debían asumir las consecuencias de los riesgos tomados. Si bien la metodología para los depósitos domésticos se ejecutó inmediatamente, la metodología para los depósitos no-domésticos, debido a su diferente naturaleza, era una estrategia basada con otro enfoque muy importante: el tiempo necesario para liquidar a buen precio de mercado los activos bancarios del banco Landsbanki.

dia¹⁸. Las autoridades británicas y holandesas intervinieron directamente a través de sus propios sistemas de garantía de depósitos para compensar a los depositantes en sus países de origen. El Reino Unido no estableció ningún límite, pero los Países Bajos limitaron la devolución de la garantía a los depósitos inferiores a 100.000 euros.

El Reino Unido y Países Bajos solicitaron posteriormente a Islandia el reembolso del importe total de las cantidades avanzadas más los intereses (aproximadamente 4.000 millones de euros o 12.000 € por habitante islandés). Su reclamación se basaba en el Derecho europeo y las obligaciones para Islandia de su pertenencia al EEE. Según estos gobiernos, el TIF o Fondo de Garantía de Depósitos islandés hubiera debido asumir sus obligaciones reembolsando la garantía mínima por persona e institución de acuerdo con las normas y los plazos que figuran en la Directiva 94/19/CE ya mencionada que Islandia incorporó a su ordenamiento doméstico. En aquel momento la cantidad asegurada era de 20.887 EUR por persona y por institución¹⁹. Sostenían, de forma paralela, que las medidas reglamentarias adoptadas por Islandia constituían una discriminación indirecta o encubierta hacia los ahorradores británicos/holandeses; discriminación por razón de nacionalidad prohibida por los Tratados UE y el Acuerdo EEE.

En pocas palabras, estos son los hechos que llevaron a la firma de tres acuerdos sucesivos Icesave entre los gobiernos de Reino Unido, Países Bajos e Islandia (la «saga Icesave»). El Parlamento islandés aprobó el acuerdo Icesave I con reservas por lo que no fue aceptado por el Reino Unido y los Países Bajos. Debido a la fuerte presión de la sociedad civil y, a pesar de la aprobación del Parlamento islandés, los acuerdos Icesave II y III no fueron sancionados por el Presidente de Islandia²⁰ y fueron rechazados posteriormente en dos plebiscitos nacionales (2010 y 2011)²¹.

¹⁸ El 8 de Octubre de 2008 el Gobierno británico invocó la Ley anti-terrorista y de seguridad contra el crimen de 2001 para congelar los activos de Landsbanki, el Banco Central de Islandia y el Gobierno de Islandia en el Reino Unido. Esta acción fue muy criticada en Islandia por la asociación Indefence (www.indefence.is) que presentó 83.000 firmas al Parlamento del Reino Unido para protestar por esta medida estigmatizadora.

¹⁹ Directiva 94/19/CE sobre sistemas de garantía de depósitos (ver supra. nota 2), en especial artículo 7. Es importante destacar que los beneficiarios de los derechos son presuntamente personas individuales, no las autoridades tributarias u otros fondos de garantía de depósitos de los Estados Miembros de la UE o EEE.

²⁰ El artículo 26 de la Constitución islandesa prevé un referéndum nacional si el Presidente decide no sancionar con su firma un proyecto de ley aprobado por el Parlamento.

²¹ Véase más información sobre la cuestión sometida al plebiscito de 2010 en la página <http://thjodaratkvaedi.is/2010/atkvaedagreidslan.html> y sobre el de 2011 en

B. La Autoridad de Vigilancia de la AELC, con el apoyo de la UE, demanda a Islandia ante el Tribunal AELC por incumplimiento del Acuerdo EEE

Tras el fracaso de la negociación por vía diplomática y de los dos plebiscitos negativos, los tres gobiernos no vieron otra opción que aceptar la conclusión del referéndum de 2011: que la disputa legal fuera resuelta como un procedimiento ordinario de infracción del Derecho europeo en virtud del Acuerdo EEE²². En este sentido, la ESA había presentado ya una demanda contra Islandia ante el Tribunal de la AELC solicitando una declaración de incumplimiento del Acuerdo EEE y, más en concreto, por la violación de sus obligaciones derivadas de la Directiva 94/19/CE²³. La ESA afirmaba que Islandia estuvo obligada a asumir la responsabilidad última del sistema de garantía de depósitos, respondiendo de las cantidades adeudadas y había discriminado a los depositantes que tenían ahorros en las sucursales Icesave de Lansbanki en el exterior²⁴. La demanda fue apoyada activamente por la Comisión Europea como parte coadyuvante, lo cual es único en la historia del EEE²⁵. Islandia argumentaba que, tras una crisis financiera sistémica, la actuación del Estado había trascendido de los límites previstos por el sistema de garantía de depósitos armonizado por la Directiva europea escapando a su control²⁶.

<http://thjodaratkvaedi.is/2011/en/thereferendum.html>. Los resultados de 2010 se pueden consultar en http://www.mfa.is/media/MFA_pdf/Fact-Sheet—The-Icesave-Issue-June.pdf y los resultados de 2011 en <http://eng.forsaetisraduneyti.is/news-and-articles/nr/6724>.

²² Todos los documentos relativos a la disputa Icesave pueden encontrarse en la página del Ministerio islandés de Asuntos Exteriores <http://www.mfa.is/tasks/icesave/documents/>

²³ En particular se alegaba incumplimiento de los artículos 3, 4, 7 and 10 de la Directiva 94/19/CE sobre sistemas de garantía de depósitos (primera cuestión de la demanda, ver supra. nota 2) y del artículo 4 del EEE que prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad (segunda y tercera cuestiones de la demanda, ver supra. nota 3).

²⁴ La demanda se basaba en el hecho de que Islandia no había garantizado la devolución del importe mínimo de garantía a los depositantes del banco Icesave en los Países Bajos y el Reino Unido dentro de los plazos fijados.

²⁵ El Principado de Liechtenstein, el Reino de Países Bajos, el Reino de Noruega y el Reino Unido también presentaron observaciones sobre la primera cuestión de la demanda.

²⁶ Islandia defendía que la metodología para reembolsar a los depositantes tras una crisis financiera sistémica no estaba regulada por el Derecho europeo en aquel momento. Por ello era permisible seguir una doble metodología, utilizar la recapitalización de los nuevos bancos para los depósitos domésticos y el orden de prelación de los créditos en el procedi-

C. El Tribunal de la AELC reconoce los argumentos jurídicos de Islandia

El 28 de enero de 2013, el Tribunal de la AELC exime a Islandia de todos los cargos por la supuesta infracción del Derecho del EEE²⁷. Al desestimar la solicitud de la ESA, la sentencia significaba en la práctica que el Reino Unido y los Países Bajos perdieron la base jurídica para reclamar la devolución del importe total reclamado con una garantía del Estado islandés. Sin embargo, esto no significaba en absoluto la condonación del principal de la deuda sino que se aceptaba una metodología distinta para su devolución —aquella articulada por la Ley de emergencia²⁸. Las conclusiones del Tribunal AELC y los fundamentos de derecho de la sentencia se resumen a continuación.

III. LA SENTENCIA ICESAVE DEL TRIBUNAL AELC

1. NO EXISTE UNA OBLIGACIÓN JURÍDICA DE CONVERTIR LA DEUDA PRIVADA EN DEUDA SOBERANA CON ARREGLO A LA DIRECTIVA 94/19/EC

En primer lugar, el Tribunal AELC señala que el conflicto ha de resolverse sobre la base de la Directiva 94/19/EC tal y como estaba en vigor en el EEE el momento en que ocurrieron los hechos. Añade que, si bien el marco regulatorio del sector bancario ha sido actualizado y modificado posteriormente a nivel europeo para aumentar la estabilidad financiera tras la crisis y mejorar así la protección de los depositantes; el principio de legalidad obliga.

miento de resolución/quiebra de entidades bancarias para los depósitos situados en el extranjero. Véase Carta del Gobierno de Islandia a la ESA de 2 de Mayo de 2011 en <http://www.mfa.is/media/icesave-2011-12/Response-of-the-Government-of-Iceland-to-the-Authoritys-letter-of-formal-notice.pdf>

²⁷ Tribunal AELC, Sentencia de 28 de enero de 2013, Asunto E-16/11 *EFTA Surveillance Authority v Iceland («Icesave»)* (en adelante sentencia Icesave). DOCE C 132 de 09.05.2013 p. 11 no publicada todavía en Repertorio del Tribunal.

²⁸ Las consecuencias de la sentencia se referían a una cuestión de metodología: cómo y quién era responsable de dicha deuda y con qué garantías y procedimiento debía satisfacerse. Como la Ley de Emergencia determinó, el pago de los depósitos no domésticos y situados en el extranjero ya se había iniciado a través de la liquidación de los activos del banco Landsbanki. En enero de 2013 se estimaba que un 50% de los depósitos habían sido ya reembolsados mediante el proceso de liquidación de los activos del banco Landsbanki. Hay que señalar que los depósitos se devolvían en su importe íntegro sin atender al importe máximo garantizado por la Directiva 94/19/EC de 20.887 €.

En cuanto a las obligaciones particulares de Islandia como miembro del EEE, el Tribunal resuelve que la naturaleza del resultado que ha de lograrse bajo la Directiva 94/19/CE se determina por sus disposiciones sustantivas²⁹. Una conclusión importante es que la Directiva no impuso una obligación automática para los Estados del EEE de garantizar en último recurso la solvencia del Fondo de Garantía de Depósitos (una obligación de resultado asimilable a una garantía última de responsabilidad estatal). La obligación se limita al establecimiento de un sistema efectivo de garantía de depósitos pero no impone la conversión de la deuda privada de un banco en proceso de resolución, liquidación o quiebra en deuda soberana de la nación. Bajo la Directiva 94/19/EC los Estados del EEE no son legalmente responsables en última instancia de garantizar los activos/pasivos del Fondo de Garantía de Depósitos tras una crisis financiera. Sobre la base de este sólido argumento legal, el Tribunal concluye, por lo tanto, que los artículos 7 y 10 de la Directiva ya citada no obligan al Estado islandés a garantizar el pago a los depositantes de las sucursales Icesave (Landsbanki) en los Países Bajos y el Reino Unido. También toma en cuenta el hecho de que la crisis alcanzase una magnitud sistémica (como un argumento económico y financiero adicional a la ausencia de una responsabilidad general automática del Estado)³⁰. En este sentido, el Tribunal clarifica que la Directiva europea 94/19/CE no regula ni armoniza de forma ‘taxativa’ la indisponibilidad de los depósitos³¹. Los Estados están obligados sin duda a introducir un sistema de garantía de depósitos y a garantizar su supervisión, pero no asumen la obligación de resultado sobre el pago de los depósitos «en todas las circunstancias»³². El Tribunal reconoce que, debido a que el sistema de garantía de depósitos fue incapaz de hacer frente a sus obligaciones de pago, se creó una laguna jurídica. La Directiva ni daba respuesta ni armonizaba la actuación posible de las autoridades públicas en esas circunstancias, dejando su margen de actuación fuera del ámbito del Derecho del EEE³³.

²⁹ Tribunal AELC, Sentencia Icesave, apartado 119.

³⁰ Ibid. Ver apartados 117, 144, 148, 150, 153, 158, 166, 178 y 227 de la sentencia Icesave del Tribunal AELC.

³¹ Ibid. Véase apartado 134 de la sentencia Icesave del Tribunal AELC. Ver también TJUE, Opinión del Abogado General Stix-Hackl de 25 de Noviembre de 2003 y la sentencia de 12 de octubre de 2004 *Peter Paul y otros v Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-222/02, Rec. I-9425, punto 117.

³² Ver apartados 135, 144 y 147 de la sentencia Icesave del Tribunal AELC.

³³ El único artículo relevante y sustantivo que trata del impago en la Directiva 94/19/CE es el artículo 7(6). Esta disposición otorga a los ahorradores o depositantes la posibilidad de iniciar una acción ante el Fondo de Garantía de Depósitos pero no ante el Estado.

La conclusión es clara en cuanto a la obligación de resultado. En el contexto de una crisis financiera de calibre como la que afectó a Islandia, la Directiva 94/19/CE³⁴ no impone una responsabilidad automática estatal y deja libre a los Estados miembros del EEE la metodología para compensar los depósitos de los ahorradores. Es por ello que una devolución de los depósitos realizada fuera del marco de la Directiva no viola el Acuerdo EEE.

2. LA LEY DE EMERGENCIA ISLANDESA NO CONSTITUYE UN CASO DE DISCRIMINACIÓN POR SITUARSE FUERA DEL ÁMBITO DE LA DIRECTIVA 94/19/CE

La diferente metodología adoptada por la Ley de Emergencia islandesa para situaciones que no son comparables (depósitos domésticos y no domésticos) nos lleva a la segunda cuestión planteada por la demanda y fundamentada en el principio de no discriminación. La pregunta se refiere a la naturaleza y al ámbito de aplicación de la prohibición de no-discriminación por razón de nacionalidad impuesta por el Acuerdo EEE. ¿Obliga esta prohibición a un mismo tratamiento para los depositantes o ahorradores dentro y fuera de la jurisdicción territorial islandesa? En este caso, el Tribunal de la AELC aclara una cuestión importante³⁵. El principio de no discriminación exige que no haya diferencia en el tratamiento de los ahorradores por parte del propio sistema de garantía de depósitos, y en la forma en que utiliza sus fondos. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la Directiva prohíbe la discriminación bajo esta forma³⁶. Sin embargo, observa que la respuesta regulatoria islandesa se articuló mediante una serie de medidas de reorganización de entidades bancarias articuladas en la Ley de Emergencia³⁷. En Islandia nunca se activó el sistema de garantía de depósi-

³⁴ El Tribunal apoya su lectura e interpretación del Artículo 7 de la Directiva 94/19/CE en la revisión de la norma por la Directiva 2009/14 adoptada posteriormente tras la crisis. Esta última ofrece una redacción mucho más decisiva de las obligaciones de los Estados Miembros con respecto a los sistemas de garantía de depósitos.

³⁵ Véase apartados 216, 226 and 229 de la sentencia Icesave del Tribunal AELC.

³⁶ Véase apartado 210 de la sentencia Icesave del Tribunal AELC.

³⁷ La reciente sentencia del TJUE de 24 de octubre de 2013, *Société Landsbanki Islands HF* C-85/12, confirma la competencia del legislador islandés sobre la resolución de Landsbanki y los efectos jurídicos (retroactivos) en Francia de la moratoria de pagos islandesa adoptada en el marco de la Directiva 2011/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2011 sobre saneamiento y liquidación de entidades de crédito, DO L 125, pp. 15-23.

tos organizado bajo la Directiva. Dado que la Directiva no se activó para los depositantes nacionales de Landsbanki, el Tribunal deduce que no ha lugar alegar una infracción de la Directiva a la luz del artículo 4 del EEE que prohíbe la discriminación por nacionalidad. En pocas palabras, no puede haber discriminación de la Directiva 94/19/CE ya que esta legislación nunca se aplicó en Islandia. La decisión de la FME para reorganizar y liquidar los bancos islandeses diferenciando entre un sector financiero doméstico y otro no doméstico se adoptó mucho antes de que se pudieran activar obligaciones contra el Fondo de Garantía de Depósitos nacional (TIF).

Por ello, el Tribunal llega a la conclusión de que la transferencia de los depósitos nacionales a nuevos bancos no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva —«ya conduzca por lo general a un trato desigual o no»³⁸.

3. ISLANDIA NO VIOLA EL PRINCIPIO GENERAL DE NO DISCRIMINACIÓN PROHIBIDO POR EL ARTÍCULO 3 ACUERDO EEE POR FALLAR EL TEST DE COMPARACIÓN

En cuanto a la tercera alegación analizada para dirimir si Islandia tenía la obligación específica de garantizar los pagos a los depositantes de Icesave en los Países Bajos y el Reino Unido por la cantidad mínima exigida por la Directiva³⁹, hay que decir que el Tribunal de la AELC sigue el enfoque clásico utilizado en materia de no-discriminación.

Llega a la conclusión de que la Directiva 94/19/CE, incluso interpretada a la luz del artículo 4 del EEE, no impone esa obligación de resultado para asegurar una responsabilidad última del Estado cuando todo lo demás falla. En un breve párrafo, zanja el argumento de que ni siquiera esto es necesario en virtud del principio de no discriminación (Artículo 4 Acuerdo EEE)⁴⁰. Es

³⁸ Véase apartado 216 de la sentencia Icesave del Tribunal AELC donde la Corte declara (en inglés): «Consequently, the transfer of domestic deposits – whether it leads in general to unequal treatment or not – does not fall within the scope of the non-discrimination principle as set out in the Directive».

³⁹ En este sentido hay que destacar que la ESA había limitado expresamente la violación del principio de discriminación al marco fijado por la Directiva 94/19/CE. En la demanda Icesave esta autoridad de vigilancia no solicitó al Tribunal AELC analizar la obligación de devolución de depósitos más allá de este mínimo.

⁴⁰ El Tribunal AELC exige un test inspirado por la justicia Aristotélica: que las situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que las situaciones diferentes

decir, la desigualdad de trato entre los depositantes del banco doméstico y de los depositantes en otras sucursales del Landsbanki en otros Estados del EEE no viola el principio de no discriminación ya que la regla de comparación falla. Los titulares de depósitos domésticos y no domésticos (ya sean o no nacionales y/o residentes en Islandia) no se encontraban en situaciones comparables.

Y para eliminar cualquier duda en este aspecto relativa a la propia formulación limitada del ámbito de la demanda presentada por la ESA; el Tribunal añade que, aunque se hubiese formulado la alegación de una manera diferente, sin limitarse exclusivamente al ámbito de la Directiva 94/19/CE, y sobre la base del Derecho europeo en general; el resultado habría sido el mismo debido al margen de discrecionalidad del que gozan los Estados en estas circunstancias extremas⁴¹.

Por último, pero no menos importante, es un punto de la sentencia relativo al concepto de riesgo moral. Contrariamente al TJUE que nunca se refiere explícitamente a trabajos doctrinales, el Tribunal AELC hace una breve referencia al considerando 16 del preámbulo de la exposición de motivos de la Directiva 94/19/CE y al Premio Nobel Prof. Joseph Stiglitz, apuntando que en materia de riesgo moral «menos es más»⁴². El Tribunal lo explica así. El legislador europeo, en su día, no consideró apropiado imponer un nivel de protección «que en algunos casos podría tener el efecto de alentar una gestión poco segura de las entidades de crédito». Ello implica que, en el ámbito de los servicios financieros, los individuos y las empresas no deban recibir

no sean tratadas de igual manera. Véase apartado 226 de la sentencia Icesave donde declara: «Article 4 EEA requires that comparable situations must not be treated differently. A specific obligation upon the defendant that, in any event, would not establish equal treatment between domestic depositors and those depositors in Landsbanki's branches in other EEA States cannot be derived from that principle. Consequently, this plea cannot succeed on the basis of Article 4 EEA».

⁴¹ En el apartado 54 de la sentencia Icesave del Tribunal AELC, éste hace referencia a la sentencia anterior de 14 de diciembre de 2001, asunto *Sigmarsson*, E-3/111 [2011] Rec. 432 donde se declaran las restricciones al movimiento de capitales introducidas en Islandia tras la crisis financiera compatibles con el Acuerdo EEE. Según el Tribunal AELC: «54. [...] Los Estados EEE gozan de un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones fundamentales de la política económica en el caso específico de una crisis sistémica, siempre que concurren determinadas circunstancias debidamente probadas. Esto tendría que ser tomado en cuenta como un posible motivo de justificación» (traducción de la autora).

⁴² Véase apartado 167 de la sentencia Icesave del Tribunal AELC.

una garantía pública automática que actúe como un incentivo para evitar la responsabilidad de sus acciones.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA Y LA SAGA ICESAVE

En definitiva, la sentencia Icesave declara que la Directiva 94/19/CE no impone una obligación de resultado similar a una responsabilidad automática del Estado en caso de quiebra (técnica o real) de un sistema o fondo nacional de garantía de depósitos⁴³. Se reconoce así en primer lugar que, desgraciadamente, el nivel ideal de protección de los depósitos de los consumidores alcanza sus límites naturales en el caso de una crisis sistémica⁴⁴. Al aludir a la situación de emergencia, el Tribunal de la AELC no contradice directamente lo dispuesto por el TJUE en el asunto anterior *Peter Paul*⁴⁵ de 2004. En segundo lugar, no hay discriminación de depositantes con cuentas en las sucursales Icesave del Reino Unido y Países por tres motivos: el sistema de reposición de depósitos organizado bajo la Directiva no se activó en el territorio islandés, la Ley de Emergencia islandesa precedió en el tiempo su even-

⁴³ Sin embargo, el TJUE ha fallado de forma diversa en la sentencia de 25 de Abril de 2013, *Hogan y otros*, C 398/11, aún no publicada en la Rec., con respecto a la Directiva 2008/94/CE en materia de protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario con respecto a planes de pensiones privados. Aquí reconoce ciertas obligaciones del Estado para garantizar un nivel mínimo de protección (50%) en caso de insuficiencia de recursos que no admite derogación por la crisis económica. La diferente solución puede deberse al hecho que, como señala en el apartado 52 de la sentencia, la naturaleza y el alcance de la obligación que incumbe a los Estados miembros en virtud del artículo 8 de la Directiva 2008/94, que tiene por objeto conferir derechos a los particulares, eran claras y precisas a partir de su sentencia de 25 de enero 2007, en el asunto *Robins y otros*, C 278/05, Rec. p. I 1053.

⁴⁴ Ver sentencia del TJEU de 13 de mayo de 1997, *Alemania / Parlamento y Consejo*, C-233/94, Rec. I-2441-2470, apartado 48, p. I-2459 donde el Tribunal clarifica el objetivo de la Directiva 94/19/CE.

⁴⁵ Véase apartados 142 y 143 de la Sentencia del Tribunal AELC de 28 de Enero de 2013, Asunto E-16/11 *EFTA Surveillance Authority v Iceland («Icesave»)*. Ninguna de las directivas europeas en materia bancaria otorga derechos individuales a personas físicas o jurídicas en contra de un Estado UE/EEE (en caso de supervisión financiera deficiente, por ejemplo) en tanto en cuanto que reciban la compensación prescrita por la Directiva sobre sistemas de depósitos. Véase en este sentido la sentencia final del TJUE de 12 de Octubre de 2004, *Paul y otros*, C-222/02, Rec. I-9460.

tual aplicación, y tampoco existe discriminación a la luz del Artículo 4 del Acuerdo EEE por fallar el test de comparación.

El Tribunal, sin embargo no ilumina con su razonamiento jurídico tres cuestiones esenciales: 1) los límites de la prohibición del principio de no discriminación por razón de nacionalidad inherentes al Derecho de la UE/EEE, 2) la distribución de competencias que los Estados y la Unión Europea/EEE comparten en materia de mercado interior de servicios financieros y que suponen, en último extremo, la competencia exclusiva de los Estados para resolver una cuestión tan grave de orden público como es una crisis sistémica financiera; y 3) la ficción sobre la que se basa el propio sistema financiero.

En primer lugar hay que apuntar que, si bien la discriminación por razón de la nacionalidad está prohibida por los Tratados de la UE/EEE⁴⁶, tiene unos límites claros determinados por su propio ámbito de aplicación. La discriminación por razón de la nacionalidad no es equivalente a la discriminación por razón de la residencia en el territorio ni a la discriminación por actividad económica relacionada con la jurisdicción de un Estado. La legislación europea no prohíbe toda discriminación basada en la residencia, que se acepta en el ámbito del ordenamiento jurídico fiscal o seguridad social⁴⁷. La Ley de Emergencia islandesa no discrimina por razón de nacionalidad, sino que limita su objeto (creación de nuevos depósitos en un proceso de reorganización de entidades bancarias) a un ámbito natural de aplicación territorial. El legislador autoriza el proceso de liquidación de las entidades bancarias y la reorganización del sector financiero en su dimensión estrictamente doméstica. Si hay discriminación, el criterio determinante es el territorial. Esta discriminación territorial es una categoría distinta que no está prohibida por el Derecho UE/EEA. Si bien puede dar lugar un caso de discriminación indirecta por

⁴⁶ El Artículo 4 del Acuerdo EEE tiene una redacción similar al Artículo 18 TFUE en materia de prohibición de discriminación: «En el ámbito de aplicación de este Acuerdo, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad» (supra nota 3).

⁴⁷ Lo que se prohíbe en el Derecho europeo es una discriminación manifiesta o encubierta (directa o indirecta) basada en la nacionalidad. Las diferentes imposiciones fiscales sobre residentes y no residentes no constituyen automáticamente un caso de discriminación cuando no se encuentran en situaciones comparables. Un ejemplo claro es el Artículo 65(1)(a) TFUE donde se permite la diferenciación fiscal entre residentes y no residentes que no se encuentran en situaciones comparables. Ver asimismo sentencia del TJUE de 6 de Junio de 2006, *Conijn*, C-346/04, *Rec I*-6137.

razón de la nacionalidad, no está prohibida per se y podría admitir una justificación por razones de orden público económico⁴⁸.

En segundo lugar, una crisis sistémica requiere una actuación inmediata y efectiva por parte del Estado en el uso de sus competencias y poderes exclusivos no cedidos a la UE/EEE. En este sentido, es importante recordar que la primacía del Derecho de la UE y la cuasi-primacía del Derecho EEE sobre la legislación nacional se aplica sólo allí donde la Unión/EEA tiene competencias (competencias de soberanía legislativa consentidas por los Estados miembros de la UE en virtud de los Tratados o competencias en materia de cooperación económica autorizadas por los Estados miembros del EEE). Tanto en uno u otro caso, las competencias no atribuidas a la Unión Europea o las instituciones del EEE permanecen en poder de los Estados⁴⁹. Dado que la legislación bancaria europea entonces en vigor dejaba intactos los poderes soberanos y presupuestarios de los Estados de la UE/EEE, las medidas de emergencia adoptadas por Islandia cayeron fuera del ámbito de aplicación del Derecho europeo. No se trata de una cuestión de margen de discrecionalidad estatal, como indica el apartado 227 de la sentencia, sino de una competencia claramente no cedida al ordenamiento supranacional europeo (de cooperación en el caso EEE).

En tercer lugar, aunque este asunto escape del ámbito propio del Derecho, es importante aclarar que la falta de claridad de la legislación bancaria europea sobre la responsabilidad del Estado del sector bancario y financiero privado tiene su razón de ser. Aparte de constituir una ayuda de Estado prohibida por el Derecho de competencia europeo, el Gobierno no puede garantizar automáticamente la ficción sobre la que se basa el sistema financiero y el propio negocio bancario. La creación de masa monetaria secundaria o deuda se realiza por las entidades de crédito sobre la base de depósitos

⁴⁸ Tal justificación podría ser, por ejemplo, los límites del poder recaudatorio del Estado y la capacidad de financiar vía impuestos y vía un presupuesto público la recapitalización del sistema financiero tras una crisis sistémica.

⁴⁹ El Tribunal AELC en su sentencia Icesave no elabora razonamiento alguno sobre esta cuestión. En este sentido no menciona las palabras «competencia» ni «poderes» en relación con los Estados y/o la UE en ningún momento. Por su parte, la Constitución islandesa de 1944 excluye implícitamente la transferencia de cualquier tipo de competencia legislativa a organizaciones internacionales tipo UE/EEA ya que queda estrictamente reservada para el Parlamento y el Presidente. Véase MÉNDEZ-PINEDO, M.E., «(De)(Re) constructing the primacy of Union law», en MÉNDEZ-PINEDO, M.E. y HANNESSON, O.I., *The authority of European Law: Exploring primacy of EU law and effect of EEA law from European and Icelandic perspectives*, Codex, Reykjavík, 2012, p. 126.

salvaguardando un mínimo de liquidez disponible calculado en base a reservas fraccionarias y aportando un porcentaje al Fondo de Garantía de Depósitos. La emisión de moneda por los bancos centrales y el funcionamiento del sistema bancario y financiero se basa en el presupuesto que los depositantes no reclamarán sus depósitos a la vez. Los bancos centrales sólo proveen la masa monetaria primaria (papel moneda) necesaria para mantener esta ficción. Ningún gobierno, banco central ni sistema de garantía de depósitos puede garantizar el 100% de las cantidades adeudadas ante una crisis sistémica.

Estas cuestiones son esenciales porque suponen, en definitiva, el límite a la efectividad del Derecho europeo que el Tribunal AELC ha ido construyendo sobre la estela de la jurisprudencia del TJUE para asegurar la protección de derechos individuales⁵⁰ y que incluye la responsabilidad estatal por violación del Derecho europeo. La doctrina de la eficacia o efectividad del Derecho europeo necesita, en primer lugar, dar el efecto y fuerza jurídica al que están destinadas las normas. Contrariamente a la posición de la ESA y de la Comisión Europea en la demanda contra Islandia, esta doctrina no puede extenderse ilimitadamente en circunstancias de crisis sistémica para imponer la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho UE/EEA como obligación de resultado más allá del ámbito armonizado del Derecho bancario europeo.

El Tribunal de la AELC evita entrar directamente en estas cuestiones difíciles y prefiere ceñirse a una interpretación de la legislación del EEE sobre las únicas disposiciones de la Directiva 94/19/CE. Tampoco considera necesario mencionar las consecuencias negativas de la legislación de emergencia para los depósitos domésticos,⁵¹ ni menciona otras consideraciones últimas de filosofía

⁵⁰ MÉNDEZ-PINEDO, M.E., *The effectiveness of European law*, (op. cit. supra nota 4).

⁵¹ Otro tema de interés muy relacionado con el argumento de la discriminación entre depositantes es que el Tribunal AELC no menciona las consecuencias negativas de la crisis financiera y la regulación de emergencia para los depositantes en entidades domésticas. A pesar de contar con nuevos depósitos en los nuevos bancos con un valor nominal idéntico, no se puede afirmar que los ahorradores domésticos salieran especialmente favorecidos más que por el factor tiempo (transferencia en tiempo real de sus cuentas a otras nuevas entidades). Si bien los montantes en moneda nacional son idénticos, Islandia sufre tras la crisis una devaluación de la corona islandesa frente al euro (50 por ciento) y se imponen además duras restricciones de cambio de divisas y a la libre circulación de capitales. Esta situación excepcional rige aún a día de hoy sin que sea posible ver un plazo final para revertir esta situación por la escasa confianza que el capital extranjero atrapado en Islandia otorga a su micro-moneda. En realidad, si se toma en cuenta el valor o poder de compra internacional de los ahorros, los depositantes en entidades no do-

política y económica. Sin embargo, los documentos aportados durante el proceso judicial por todas las partes confirman las tesis avanzadas por juristas islandeses y valoradas por la opinión pública del país⁵². La demanda contra Islandia de conversión de deuda privada en deuda soberana no sólo no encuentra una base jurídica en los tratados de la UE/EEE sino que choca con principios fundamentales de su marco jurídico así como otros valores europeos. Tal y como el Derecho de la UE/ EEE ley se encontraban en 2008, los Estados no estaban obligados a cubrir las pérdidas de la banca privada vía impuestos y a atender a las necesidades financieras de otros individuos, entidades u Estados más allá del mínimo armonizado por la Directiva⁵³. Suponiendo que la eficacia del Derecho europeo (deducida de una interpretación teleológica y extensiva de la Directiva 94/19/CE) requiriese la conversión de la deuda privada de los bancos en deuda automática del Estado como obligación de resultado ¿cuáles serían los límites? El poder financiero estatal, aún en un contexto europeo, no tiene efectos extraterritoriales ya que la recaudación de ingresos y la atención de gastos se desarrollan normalmente dentro de su territorio. Para condenar a Islandia se necesitaría contar con una auténtica unión bancaria, un sistema europeo de resolución de entidades de crédito transfronterizo, un sistema de garantía de depósitos europeo, así como una unión fiscal entendida como solidaridad europea⁵⁴.

místicas fueron beneficiados al ser rescatados en 2008 por sus fondos nacionales y en su moneda de origen ya que la opción «islandesa» (trato idéntico de depósitos domésticos y no-domésticos) hubiera significado ver reducidos sus ahorros al menos a la mitad (retribución en coronas islandesas conforme a ley doméstica) y quedar atrapados en Islandia con las restricciones de cambio y movimiento de capital vigentes. La devaluación de la corona islandesa con respecto a otras divisas alcanzó el 80%. Ver informe del Ministerio de Asuntos Exteriores islandés sobre las cifras de la disputa Icesave http://www.mfa.is/media/MFA_pdf/Fact-Sheet—The-Icesave-Issue—Key-Figures-June.pdf

⁵² Véase colección de artículos publicados en prensa islandesa e internacional por los juristas Lárus L. Blöndal y Stefán Már Stefánsson accesible a través del Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad de Islandia <http://lagastofnun.hi.is/icesave>. En particular, y en lengua inglesa, véase Legal Opinion of 7 January 2011, requested by the Budget Committee of Althingi on 22 December 2010, by Stefán Már Stefánsson, professor, Benedikt Bogason, district court judge and associate professor, Dóra Guðmundsdóttir, adjunct, and Stefán Geir Þórisson, Supreme Court attorney on the draft agreements on the so-called Icesave accounts in the branches of Landsbanki Íslands hf. in the UK and the Netherlands.

⁵³ Ver Carta del Gobierno de Islandia a la ESA de 2 de Mayo de 2011 (supra nota 26).

⁵⁴ Hoy por hoy, la solidaridad europea económica no existe más allá de una cierta solidaridad nacional. Véase Irina Domurath, «The Three Dimensions of Solidarity in the EU Legal Order: Limits of the Judicial and Legal Approach», *Journal of European Integration* vol. 35 (4), 2013, pp. 459-475.

El nudo del asunto Icesave constituye una cuestión presupuestaria esencial situada —todavía hoy— fuera del ámbito del Derecho UE/EEE⁵⁵. Una cuestión que, según el Tribunal constitucional alemán, es una «zona tabú de la legislación europea»⁵⁶. El Tribunal de la AELC evita cuidadosamente asumir una posición directa sobre estas cuestiones a pesar de que han sido discutidos ampliamente por la opinión pública islandesa⁵⁷.

Desde el punto de vista del procedimiento, es muy importante señalar que la disputa Icesave se intentó dirimir sin éxito primero fuera del ordenamiento jurídico europeo UE/EEE y por medio de negociaciones diplomáticas, un enfoque que esta autora criticó públicamente desde la perspectiva del acceso a la justicia por los efectos jurídicos *erga omnes* de una u otra opción⁵⁸. Mientras que un fallo del TJUE o del Tribunal de la AELC son fuente del Derecho europeo, un acuerdo diplomático entre dos/tres países fuera del orden de la UE/EEE no produce efectos jurídicos para todos los demás⁵⁹. Otro efecto colateral y negativo importante de la saga Icesave es que provocó un vuelco en la opinión pública sobre las virtudes del proceso de integración

⁵⁵ Ver áreas fuera del alcance del Derecho de la Unión Europea en la sentencia del Tribunal constitucional alemán de 30 de Junio 2009, 2 BVE 2/08, Absatz-NR. (1–421) en su apartado 343. Véase la traducción inglesa de la sentencia en http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html435.

⁵⁶ Tal y como Chalmers ha resumido esta es la lista más extensa y explícita jamás realizada de los poderes nacionales reservados para el Estado, «this is the most extensive and most explicit list of national reserved powers ever put forward». Chalmers, D. y otros, *European Union Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 219–220. Véase asimismo Pernice, I., «The role of Germany in the EU after the Lisbon judgment of its federal constitutional court (motor or brake?)» en Beneyto Perez, J.M. y Pernice, I. (eds), *Europe's Constitutional Challenges in the Light of the Recent Case Law of National Constitutional Courts. Lisbon and Beyond*, Nomos, 2011, pp. 355–390, especialmente p. 355.

⁵⁷ La referencia elíptica al margen de actuación del Estado en una crisis financiera sistémica en el apartado 227 de la sentencia Icesave del Tribunal AELC es muy breve en comparación con el nivel de exploración de estas cuestiones en artículos publicados en prensa y documentos enviados al Parlamento islandés y accesibles de forma pública (ver supra notas 22 y 52).

⁵⁸ MÉNDEZ-PINEDO, M. E., «The Icesave dispute and other national measures in response of the financial crisis», *European Journal of Risk Regulation* 3/ 2011, pp. 354–369.

⁵⁹ Sobre las fuentes del Derecho de la UE véase por ejemplo: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114534_en.htm and http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_1.2.1.pdf

⁶⁰ Junto con la crisis financiera, el euro y la deuda soberana en Europa, Icesave se convirtió así en la crónica perfecta de una muerte política anunciada (ó como los ciudadanos perdieron el interés en la adhesión a la UE). La población entendió perfectamente

europea⁶⁰ para un país tan escasamente poblado como Islandia y situado en los confines del continente europeo bajo el Círculo Polar Ártico.

De todas maneras, la cuestión esencial de la sentencia Icesave fue formulada en su día por Martin Wolf, editor del periódico *Financial Times*. La pregunta que lanzó desde su tribuna fue la clave para entender la victoria de Islandia ante el Tribunal de la AELC⁶¹: Dado que los activos del banco Landsbanki en proceso de resolución son suficientes para compensar a los depositantes y cubrir el 100 por ciento de los 4 millones de euros en obligaciones, ¿por qué es necesaria una garantía soberana de Islandia?

Esta cuestión es aún más relevante hoy en medio de la crisis del euro y de deuda soberana que está afectando a la periferia de Europa y en un contexto de ausencia de una unión bancaria. Simplemente, cuando los bancos comerciales privados afrontan la quiebra, no existía fundamento en los Tratados UE/EEE para imponer al Estado una responsabilidad de garante en última instancia vis-a-vis la deuda generada por activos de banqueros, inversores y accionistas. En cuanto a los depósitos, y con la normativa europea de 1994 reformada en 2009, la obligación de proteger a los ahorradores con depósitos hasta 100.000 euros no impone una deuda soberana. La metodología para cumplir con esta obligación no significa necesariamente una responsabilidad del Estado automática y / o una socialización de esa deuda (excluyendo así la responsabilidad de los banqueros e inversores). Esta ha sido la ecuación más difícil de la crisis⁶². Hasta el momento, los diferentes ejemplos de Islandia, Irlanda y Chipre mostraban diferentes enfoques adoptados en el marco de la UE y EEE en materia de supervisión bancaria, seguro de

la gravedad del problema y se opuso directamete a la socialización de la deuda privada (al menos en su dimensión externa) e indirectamente a la UE por la presión ejercida sobre Islandia. MÉNDEZ-PINEDO, M.E., «Iceland and the EU: Bitter lessons after the bank collapse and the Icesave dispute», *Contemporary Legal and Economic Issues III*, University of Osijek, Croatia, 2011, pp. 9–42. Tras elecciones generales el 27 de abril de 2013, el nuevo Gobierno de Islandia decide reconsiderar las negociaciones de adhesión con la Unión Europea.

⁶¹ Ver artículo de Martin Wolf, «How the Icelandic Saga should end», *Financial Times*, 14 de Enero de 2010 y un sumario de otros artículos aparecidos en la prensa internacional y recopilados por el grupo *Indefence* en el sitio de internet <http://www.advice.is/?p=708>.

⁶² La ecuación consiste en la resolución del problema de la garantía de depósitos en un contexto de fuga de capitales agravado por libre circulación de capital con las siguientes incógnitas: (x) activos/pasivos del sistema (nacional) de garantía de depósitos = (z1) rescate del sector financiero con activos bancarios + (z2) con fondos públicos financiados por contribuyentes y/o deuda pública (soberana) emitida/a emitir por Estado.

depósitos y resolución de bancos insolventes y un liderazgo político a remolque de los acontecimientos. Junto a la solución de esta difícil cuestión, se necesita más investigación académica y reflexión sobre otras opciones de filosofía política y economía política como son la privatización de los beneficios en sectores de importancia estratégica como la banca, la socialización de los riesgos y las pérdidas, las teorías del riesgo moral y la justicia económica global. En este sentido son posibles diferentes enfoques según se adopte distintas teorías filosóficas⁶³.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La disputa Icesave sacó a la luz una cuestión muy compleja creada por el mercado interior de servicios bancarios y financieros en el Derecho europeo: la implícita garantía del Estado hacía el sector bancario y el enfoque regulatorio adecuado durante y después de una crisis financiera sistémica nacional de dimensiones transfronterizas. A la luz de la inexistencia de una unión bancaria europea, así como de un fondo de garantía europeo, de un procedimiento común de resoluciones bancarias y de una unión (solidaridad) fiscal... cuando el sector financiero se desploma de forma global y un sistema nacional de garantía de depósitos, basado —como todo sistema de seguro— en la ley de probabilidad, llega a la situación de bancarrota y es incapaz de indemnizar el total a cada depositante: ¿qué actuación de los poderes públicos es exigible desde el Derecho UE/EEE? ¿Qué límites tiene el poder soberano de un país para reorganizar su economía y su sistema financiero tras una crisis sistémica de este calibre? ¿Cuáles son sus obligaciones hacia los depositantes domésticos y no domésticos a la hora de reestructurar las entidades de crédito?

La saga Icesave ejemplifica perfectamente la tensión entre la eficacia necesaria del Derecho y la protección de los derechos individuales que incluye en ocasiones una responsabilidad del Estado por violación del Derecho europeo con los límites de un ordenamiento jurídico que va a remolque de los acontecimientos. A esto se añade la independencia económica soberana de una nación como Islandia definida por sus límites territoriales y sus limitados recursos humanos y de capital y un marco jurídico diverso como es el EEE.

⁶³ Véase diferentes modelos de justicia económica internacional (comunitario, liberal y cosmopolita) en Kapstein, E.B. *Economic Justice in an Unfair World: Toward a Level Playing Field*, Princeton University Press, 2007, p. 7.

La crisis financiera en Islandia muestra el paradigma clave a resolver en la unión bancaria europea. La cuestión clave de la responsabilidad del Estado y sus obligaciones ante un sector financiero que afronta la bancarrota fue inicialmente malentendida por el resto de 28 Estados miembros de la EU al comienzo de la disputa. Desgraciadamente, a medida que la crisis se fue extendiendo al resto de la periferia europea, la necesidad de acordar una posición común fue más evidente día a día. Los sucesivos rescates tras las crisis financieras de Irlanda, Grecia, Portugal y sobre todo Chipre...mostraron la divergencia de actuaciones y de criterios.

La unión bancaria que ahora proyecta la UE precisa de tres pilares: supervisión, liquidación y garantías. En octubre de 2008 esos pilares eran nacionales, no europeos. El sistema de garantía de depósitos europeo y el papel de los Estados y de la UE como garantes en última instancia de los ahorros depositados en los bancos constituyen el nudo gordiano de la unión bancaria que está por venir. La UE va avanzando en esta dirección muy lentamente para despejar de la ecuación la discriminación territorial inherente a los sistemas nacionales que hoy supervisan, liquidan y aseguran la actividad bancaria y financiera en última instancia.

La paradoja del asunto Icesave es que, casi cinco años más tarde, el 27 de junio de 2013, el Consejo Europeo acuerda apoyar una directiva de resolución bancaria para la liquidación de entidades inspirada por la solución islandesa y en su orden de prelación de prioridades: los depósitos están garantizados sin quitas (en mayor o menor medida con la referencia de 100.000•) pero los acreedores y los accionistas serán los primeros en asumir pérdidas. Sólo en circunstancias excepcionales se autoriza la socialización de la deuda de entidades de crédito y el uso de fondos públicos nacionales y europeos para rescatar a «bancos a la deriva». La UE instaura así un sistema de rescate privado de bancos (bail-in) siguiendo a Islandia y Chipre y dejando atrás el modelo de Irlanda, Grecia y Portugal (bail-out). Sin embargo, Europa está aún lejos de la unión bancaria que se estima necesaria. Las propuestas de la Comisión Europea de 10 de julio de 2013 afrontan un destino diverso. Si bien el Banco Central Europeo se convertirá en regulador/supervisor común a finales de 2014 (primer pilar); el mecanismo de resolución única que otorga a una autoridad común la competencia para liquidar bancos con problemas en un contexto europeo, rompiendo el ‘círculo vicioso’ entre deuda soberana y deuda privada (segundo pilar), no cuenta con el apoyo de Alemania que pide que sean modificados los Tratados de la Unión. Por último, varios países parecen oponerse frontalmente a un sistema común de garantía de depósitos (tercer pilar).

NOTA A LA SENTENCIA ICESAVE DEL TRIBUNAL DE LA ASOCIACIÓN
EUROPEA DE LIBRE COMERCIO (AELC) DE 28 DE ENERO DE 2013.
GARANTÍA DE DEPÓSITOS BANCARIOS, DISCRIMINACIÓN TERRITORIAL
Y DEUDA SOBERANA TRAS LA CRISIS FINANCIERA EN ISLANDIA

RESUMEN: La cuestión clave decidida por el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) en su sentencia *Icesave* fue si la legislación bancaria europea obligaba en 2008 a los Estados miembros de la Unión Europea (EU) y por ende del Espacio Económico Europeo (EEE) a nacionalizar la deuda dejada por el colapso del banco Landsbanki en el Reino Unido y los Países Bajos (sucursales Icesave) cuando esta deuda carecía de una conexión con la economía de Islandia y su territorio. ¿Imponía el Derecho europeo (UE / EEE) en aquel momento y lugar la obligación de convertir parte de esa deuda bancaria privada (depósitos garantizados) en deuda soberana? La respuesta, al menos en el caso islandés y por acontecimientos juzgados en el marco de la anterior Directiva 94/19/CE sobre sistemas de garantía de depósitos, es negativa. El Tribunal estima además que tampoco existió discriminación ni bajo el ámbito de la Directiva en cuestión (que no se aplicó siquiera) ni bajo la prohibición general de discriminación del Artículo 4 Acuerdo EEE (por fallar el test de comparación). Este artículo argumenta que, si bien la conclusión del Tribunal es acertada, deja sin elaboración jurídica dos cuestiones jurídicas esenciales. En primer lugar, la discriminación por territorio es una categoría distinta que no está prohibida por el Derecho UE/EEA. En segundo lugar, estamos ante una cuestión de competencias reservadas de forma exclusiva al Estado. Dado que la legislación bancaria europea entonces en vigor dejaba intactos los poderes soberanos fiscales y presupuestarios de los Estados de la UE/EEE, las medidas de emergencia adoptadas por Islandia cayeron fuera del ámbito de aplicación del Derecho europeo. La efectividad del Derecho europeo no puede extenderse ilimitadamente para imponer la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho UE/EEA en estas circunstancias.

PALABRAS CLAVE: Islandia; Espacio Económico Europeo; Tribunal EFTA - Icesave; Directiva 94/19/CE Garantía Depósitos

NOTE TO ICESAVE JUDGMENT OF THE COURT OF THE EUROPEAN
FREE TRADE ASSOCIATION (EFTA) OF JANUARY 28, 2013. ON DEPOSIT-
GUARANTEE SCHEMES, DISCRIMINATION BASED ON TERRITORY AND
SOVEREIGN DEBT AFTER THE FINANCIAL CRISIS IN ICELAND

ABSTRACT: The key issue decided by the EFTA Court in its judgment *Icesave* was whether the European banking legislation in 2008 required European Union (EU) Member States and therefore also Member States of the European Economic Area (EEA) to nationalize private debt left by the bankruptcy of Landsbanki bank in the UK and the Netherlands (*Icesave* branches) when this debt lacked a connection to the Icelandic economy and territory. Did European law (EU / EEA) require at the time and place to convert part of that private bank debt (guaranteed deposits) into sovereign debt? The answer, at least for events in Icelandic adjudicated under the earlier Directive 94/19/EC on deposit guarantee schemes is negative. The Court further finds that there was no

discrimination neither under the scope of the directive in question (which was not even applied) nor under the general prohibition of discrimination under Article 4 EEA Agreement (failure of comparison test). This article argues that while the Court's conclusion is accurate, its legal reasoning leaves two legal essential questions unanswered. Firstly, discrimination on the grounds of territory is a separate category that is not prohibited by EU/EEA law. Secondly, this is a question of powers reserved exclusively to the State. Given that the European banking legislation then in force left intact the fiscal and budgetary sovereign powers of the EU/EEA States, the emergency measures adopted by Iceland fell outside the scope of the harmonized European law. The effectiveness of European law cannot be extended indefinitely to impose State responsibility for breach of law EU / EEA in these circumstances.

KEY WORDS: Iceland; European Economic Area; EFTA Court - Icesave; Directive 94/19/EC on deposit-guarantee schemes.

NOTE SUR L' ARRET ICESAVE DE LA COUR DE L'ASSOCIATION EUROPEENNE DE LIBRE ECHANGE (AELE) DE 28 JANVIER 2013. SUR LES SYSTÈMES DE GARANTIE DES DÉPÔTS, LA DISCRIMINATION TERRITORIALE ET LA DETTE SOUVERAINE APRÈS LA CRISIS FINANCIÈRE EN ISLANDE

RÉSUMÉ: La question clé tranchée par la Cour AELE dans son jugement Icesave était de savoir si la législation bancaire européenne en 2008 imposait aux États membres de l'Union européenne (UE) et donc de l'Espace économique européen (EEE) l'obligation de nationaliser la dette privée laissé par l'effondrement de la banque Landsbanki au Royaume-Uni et les Pays-Bas (branches Icesave) alors que cette dette n'avait pas de lien avec l'économie et le territoire islandais. Imposait le Droit européen (UE / EEE) en vigueur au moment des faits une obligation de convertir une partie de la dette d'une banque privée (dépôts garantis) en dette souveraine? La réponse, au moins pour les événements islandais jugés en vertu de la directive 94/19/CE alors en vigueur sur les systèmes de garantie des dépôts est négative. La Cour estime en outre qu'il n'y a pas eu lieu de discrimination ni sous le champ d'application de la directive en question (qui n'a pas été appliquée en pratique) ni en vertu de l'interdiction générale de discrimination sous l'article 4 de l'accord EEE (échec du test de comparaison). Cet article soutient que, bien que la conclusion de la Cour soit correcte, le raisonnement juridique laisse deux questions juridiques essentielles sans réponse. Tout d'abord, la discrimination en raison du territoire est une catégorie distincte qui n'est pas interdit par la législation de l'UE / EEE. Deuxièmement, il s'agit d'une question de pouvoirs réservés exclusivement à l'État. Étant donné que la législation bancaire européen alors en vigueur laissait intacts les pouvoirs souverains fiscaux et budgétaires des États de l'UE/EE; les mesures d'urgence et les règlements adoptés par l'Islande ne tombaient pas sous le champ d'application du Droit européen. L'efficacité du droit européen ne peut être prolongée indéfiniment pour imposer la responsabilité de l'État pour violation du droit de l'UE / EEE dans ces circonstances.

MOTS CLÉS: Islande; Espace Economique Européen; Cour AELC - Icesave; Directive 94/19/CE sur les systèmes de garantie des dépôts.

