

TRATAMIENTO CONCURSAL DE LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS CONFIRMADOS EN EL MARCO DE UN ACUERDO DE COMPENSACIÓN CONTRACTUAL.

SEMINARIO DE JUECES DE MERCANTIL DE 21 DE ENERO DE 2010 y 1 DE FEBRERO DE 2010.

SUSCRIBEN LAS PRESENTES CONCLUSIONES

Enrique Grande Bustos, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona

José María Ribelles Arellano, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona

José María Fernández Seijo, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona

Luis Rodríguez Vega, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona

Daniel Irigoyen Fujiwara, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona

Francisco Javier Fernández Álvarez, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona

Raúl García Orejudo, Magistrado, Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona.

Marta Cervera Martínez, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona.

Juan Manuel de Castro Aragonés, Magistrado Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona

Carlos Núñez López, Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona.

Nuria Lafort Aguiar, Magistrado Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona.

Eduardo Gómez López, Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona.

En tanto que no existan resoluciones de tribunales superiores, el objeto de este acuerdo es homogeneizar la práctica sobre el reconocimiento y la clasificación concursal de los créditos derivados de instrumentos financieros realizados en el marco de un acuerdo de compensación contractual entre la entidad de crédito y el concursado.

Para las entidades de créditos estos acuerdos de compensación constituyen técnicas de reducción de riesgos, así lo prevé el art. 47 del RD 216/2008 de 15 febrero 2008 de recursos propios de las entidades financieras (en desarrollo de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y

obligaciones de información de los intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero), en el que se dice que:

“En los términos y con los requisitos que determine el Banco de España, las entidades de crédito podrán utilizar como técnicas de reducción del riesgo de contraparte los acuerdos de compensación contractual siguientes: contratos bilaterales de novación entre una entidad de crédito y su contraparte, otros acuerdos bilaterales de compensación entre la entidad de crédito y su contraparte y acuerdos de compensación contractual entre productos”.

El Banco de España en su Circular 3/2008, de 22 de mayo, en desarrollo de esa normativa, en la norma Septuagésima Sexta, que lleva por rúbrica: acuerdos de compensación contractual admisibles, nos dice que:

“(…) las entidades de crédito podrán utilizar, como técnicas de reducción del riesgo de contraparte, los acuerdos de compensación contractual que se enuncian a continuación: (...) Contratos bilaterales de novación entre una entidad de crédito y su contraparte, en virtud de los cuales los derechos y obligaciones recíprocos queden automáticamente unidos, de tal forma que la novación determine un importe único neto cada vez que se aplique la novación y se cree así un nuevo y único contrato jurídicamente vinculante que extinga los contratos anteriores”.

Los acuerdos de compensación contractual financieros, a los que nos referimos vienen, regulados principalmente en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (RDL 5/2005).

Para que les sea aplicable ésta legislación especial, es imprescindible, en primer lugar, que una de las partes del contrato sea un entidad de crédito, art. 3 a) y art. 4.1 c) RDL 5/2005, mientras que la otra puede de ser una persona jurídica o física, art. 4.2 y art. 4.3 (RDL 5/2005).

Uno de los objetivos del RDL 5/2005 es regular los efectos que la declaración de concurso produce en las operaciones financieras y en los acuerdos de compensación que les sirven de marco, art. 2 del RDL 5/2005. En su art. 5.1 establece que:

“Este capítulo se aplicará a las operaciones financieras que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con él, siempre que el acuerdo prevea la creación de una única obligación jurídica que abarque todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo y en virtud de la cual, en caso de vencimiento anticipado, las partes sólo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de dichas operaciones. El saldo neto deberá ser calculado conforme a lo establecido en el acuerdo de compensación contractual o en los acuerdos que guarden relación con este”.

Estos acuerdos, pues, tienen por objeto principal regular convencionalmente la compensación de los créditos y las deudas resultantes de diversas operaciones financieras, pendientes entre la entidad de crédito y su cliente (el deudor

concurado), en el caso de que de declare su vencimiento anticipado, de tal manera que, en dicho supuesto, las partes solo tiene derecho a exigirse el saldo neto producto de dicha compensación.

Se trata de un supuesto de compensación voluntaria o convencional, un contrato por el cual las partes "acuerdan ir compensando sucesivamente las operaciones que entre ella se realicen y quedar solo obligados al saldo resultante en el momento de cierre del ejercicio"ⁱⁱ

Como toda compensación, legal o voluntaria, aun cuando nuestro Código Civil en su art. 1156 la configura con una causa de extinción de la obligaciones, la doctrina la ha considerado un subrogado o sustitutivo del cumplimiento, "la compensación es un medio de librarse de la deuda, que se produce por una mutua neutralización de dos obligaciones, cuando quien tiene que cumplir es al mismo tiempo acreedor de quien tiene que recibir satisfacción"ⁱⁱⁱ.

Por ello, como regla general, el art. 58 LC establece que "declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado; pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración".

Las operaciones financieras que pueden incluirse en este tipo de acuerdos, entre otras, están: "c) Las operaciones financieras realizadas sobre los instrumentos financieros previstos en el párrafo segundo del art. 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, incluidos los derivados de crédito, las compraventas de divisa al contado, los instrumentos derivados sobre materias primas y los instrumentos derivados sobre los derechos de emisión regulados en la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero".

Según el art. 2.2 de la Ley 24/1988 citado quedan comprendidas dentro de dichas operaciones: "contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo".

Así pues, quedan incluidos dentro del ámbito de los acuerdos de compensación financieros las permutas financieras de intereses, conocidos como "swaps" o permutas financieras de intereses concertados entre el Banco y la concursada.

El swap es "un contrato bilateral en virtud del cual cada una de las partes se obliga a entregar a la otra, en los términos pactados, sumas de dinero determinadas o determinables según parámetros objetivos, y calculadas sobre un capital de referencia invariable".

De los diferentes tipos posibles de swap, el que ahora en general el que se suele presentar es el "swap de intereses o permuta financiera de intereses". Este tipo viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca y Confederación Española de Cajas de Ahorro (Anexo II pág. 12) como "aquella operación

(léase contrato) por la que las partes acuerdan intercambiarse ente si pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada”.

El art. 16 apartado primero RDL 5/2005 comienza diciendo que:

“La declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente de las operaciones financieras realizadas en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con este no podrá verse limitada, restringida o afectada en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa”.

Para continuar en su apartado segundo diciendo que:

“En los supuestos en que una de las partes del acuerdo de compensación contractual se halle en una de las situaciones previstas en el apartado anterior, se incluirá como crédito o deuda de la parte incurso en dichas situaciones exclusivamente el importe neto de las operaciones financieras amparadas en el acuerdo, calculado conforme a las reglas establecidas en él.

En caso de concurso, en tanto se mantenga vigente el acuerdo de compensación contractual, será de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del art. 61.2 de la Ley Concursal. Si el acuerdo fuese resuelto con posterioridad a la declaración de concurso, será de aplicación lo establecido en el art. 62.4 de la Ley Concursal”.

En su apartado primero, lo que el art. 16 prohíbe es que el vencimiento, resolución o ejecución de las operaciones financieras, realizadas en el marco de uno de estos acuerdos de compensación, se vea afectado por la declaración de concurso de formar individual y al margen de acuerdo de compensación, de tal manera que impide que se pudieran vencer anticipadamente o resolver alguna de dichas operaciones y mantener vigentes otras, sin respetar los términos del acuerdo de compensación concursal.

En el segundo apartado, que tiene dos párrafos, nos dice cuales son los efectos de la declaración de concurso de una de las partes sobre el acuerdo de compensación.

En el primer párrafo del apartado segundo nos dice que declarado el concurso “se incluirá como crédito o deuda de la parte incurso en dichas situaciones exclusivamente el importe neto de las operaciones financieras amparadas en el acuerdo, calculado conforme a las reglas establecidas en él”.

Esta parte del precepto parecería dar a entender que declarado el concurso vencen anticipadamente todas las operaciones financieras, se compensan créditos y deudas derivados de ellas, y se computa únicamente el saldo neto, de tal manera que se incluiría en la lista de acreedores o en el inventario la deuda o el crédito respectivamente del concursado.

Apoyaría esta interpretación, en primer término, el texto literal de la norma, ya que nos dice que en “los supuestos en que una de las partes del acuerdo de

compensación contractual se halle en una de las situaciones previstas en el apartado anterior, se incluirá ...". Una de las situaciones previstas en el párrafo anterior es la declaración de concurso. El precepto sigue diciendo que, en tales supuestos, "se incluirá como crédito o deuda de la parte incurso en dichas situaciones". Pues bien, conforme a la legislación concursal, los créditos del concursado deben incluirse en la masa activa, art. 76 LC, y, en documento que la relaciona, el inventario, art. 82 LC, y las deudas deben hacerse en la masa pasiva, art. 84.1 LC, y en la lista de acreedores, art. 94 LC.

En segundo término esa interpretación vendría abonada por la propia finalidad de los acuerdos de compensación contractual. Estos acuerdos tienen por objeto principal, como he dicho, regular en el caso de vencimiento anticipado la compensación entre los saldos de las operaciones financieras pendiente de la entidad de crédito y sus clientes, vencimiento que, entre otros motivos, se puede producir por la declaración de concurso de una de las partes (ver el modelo protocolizado en Acta autorizada por el Notario de Madrid, Don Ricardo-Isaías Pérez Ballarín con fecha 14 de julio de 2009, con el número 1743 de su Protocolo por la AEB y CECA). Por ello sería lógico pensar que si la Ley prevé que se incluya en el concurso el saldo neto de todas las operaciones, es porque presupone que se ha producido el vencimiento anticipado de todas las operaciones financieras de forma automática causa de la compensación entre todas ellas siguiendo lo pactado en el acuerdo de compensación contractual.

En tercer lugar, el art. 58 LC prohíbe la compensación diciendo que "declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado; pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración". Si uno de los efectos de la declaración de concurso es prohibir la compensación, los convenios de compensación deben extinguirse, procediendo a su liquidación a la fecha de declaración.

El art. 49 LC establece, como uno de los efectos esenciales de la declaración de concurso, la integración de todos los acreedores del concursado en la masa pasiva, el pago de cuyos créditos queda sujeto a las normas concursales. Esas normas prohíben la compensación, como una forma de liberación de una obligación, ya que, por una parte, el crédito, del a su vez deudor del concursado, se vería satisfecha antes que los demás acreedores, y a su vez el crédito del concursado contra su deudor (recíprocamente acreedor) solo aprovecharía a éste, rompiendo el principio "par conditio creditorum". Esta prohibición se debería aplicar tanto a la compensación legal como a la convencional ya que la naturaleza y los efectos son exactamente los mismos.

Sin embargo, a pesar de los anteriores argumentos, esa interpretación no es compatible con el párrafo segundo de este mismo apartado del art. 16 RDL 5/2005, introducido por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

Ese segundo párrafo prevé expresamente la vigencia de estos acuerdos después de declarado el concurso, por lo que resulta evidente que la declaración de concurso no puede producir de forma automática el vencimiento

anticipado de las operaciones financieras en aplicación del acuerdo de compensación contractual.

Así pues, dejando al margen supuestos de vencimiento anticipado por causas objetivas sobrevenidas y en interés del concurso, y centrándonos en las causas imputables al concursado, las operaciones financieras o el acuerdo de compensación solo pueden vencerse a instancias de la entidad de crédito.

Partiendo de la premisa general que las operaciones financieras, realizadas en el marco del acuerdo de compensación, sólo pueden ser resueltas, por causas imputables al concursado, a instancia de la entidad de crédito, resultan tres opciones: la primera, que las operaciones haya sido vencidas anticipadamente por la entidad crediticia antes de la declaración del concurso; la segunda, que las operaciones se han declarado anticipadamente vencidas con ocasión de la declaración de concurso; y, tercera, que la entidad de crédito inste el vencimiento anticipado de las operaciones por incumplimiento producido después de la declaración de concurso.

Vencimiento anticipado de las operaciones financieras realizadas en el marco del acuerdo de compensación anterior o por incumplimiento anterior a la declaración de concurso.

En el primero, caso, es indiscutible declarado el vencimiento anticipado por incumplimiento de la concursada antes de la declaración del concurso, el saldo neto resultante habrá de clasificarse como un crédito concursal e incluirse en la lista de acreedores. Lo mismo ocurre, si, declarado el concurso, la entidad de crédito se ve en la necesidad de acudir al incidente previsto en el art. 62 LC para resolver el contrato, alegando y probando un incumplimiento anterior a la declaración, conforme el art. 62.4 LC al que se remite el citado art. 16.2 RDL 5/2005, ya que, lógicamente no puede depender de la voluntad de la entidad de crédito la calificación de su crédito ejercitado oportunamente la acción de vencimiento anticipado antes o después de la declaración, cuando se basa en un hecho anterior a la misma.

Vencimiento anticipado de las operaciones financieras realizadas en el marco del acuerdo de compensación con ocasión o con motivo de la declaración de concurso

En el segundo caso, cuando la entidad de crédito opte por vencer anticipadamente las operaciones financieras pendientes con motivo de la declaración de concurso, igualmente, el saldo neto, caso de ser negativo para el concursado, habrá de incluirse como un crédito concursal, no contra la masa. Habría que destacar en este punto, que la nota que caracteriza este supuesto es que la resolución se produzca con ocasión de la declaración de concurso, aun cuando la decisión de la entidad de crédito sea posterior o se comunique después de la declaración de concurso, no un incumplimiento anterior o posterior a la declaración. Esta es la interpretación que permite atribuir sentido al párrafo primero del apartado segundo del art. 16 RDL 5/2005. Pero es que además resulta sistemáticamente coherente con el párrafo segundo que se refiere exclusivamente a los contratos de compensación que se mantengan vigentes después de la declaración de concurso. En este supuesto, hay que

aplicar las normas de la legislación especial, art. 63 LC, como el RDL 5/2005, que tiene tal consideración como prevé la DA segunda, 2, i) LC.

Nuevamente parece razonable que la calificación del crédito no quede al albur de la entidad de crédito y el momento que elija para instar el vencimiento anticipado cuando se alega como causa la declaración del concurso.

Vencimiento anticipado de las operaciones financieras realizado en el marco del acuerdo de compensación por incumplimiento posterior a la declaración de concurso.

El tercer supuesto, se refiere a los incumplimientos posteriores a la declaración de concurso. El art. 16 apartado 2 párrafo segundo, se remite al apartado primero del art. 61.2 en el que se dice que:

<<La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.>>.

El acuerdo de compensación financiero, es un contrato de prestaciones recíprocas, ya que para que opere, es imprescindible que, como en la compensación legal, el acuerdo, en los términos pactados, consiste en compensar los créditos y las deudas de las que sea recíprocamente titulares las partes. Pero es que además, la propia Ley, en el párrafo segundo del apartado segundo del art. 16 RDL 5/2005, nos remite a su régimen.

En este tercer supuesto, tal y como dice la norma, las prestaciones que en su caso corresponda al concursado se deben satisfacer con cargo a la masa, art. 84.2.6º LC, y si se produce un incumplimiento posterior al concurso, la entidad de crédito, conforme el art. 62, puede instar la resolución del contrato y la aplicación de las cláusulas de compensación previstas en el acuerdo marco. Nuevamente la Ley nos recuerda, que si el incumplimiento alegado es anterior a la declaración del concurso, el crédito será concursal, y si el incumplimiento es posterior a la declaración el mismo será con cargo a la masa, art. 62.4 LC, incluyendo la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Vencimiento anticipado de las operaciones financieras realizadas en el marco del acuerdo de compensación en interés del concurso.

Examinados los supuesto de resolución del contrato por incumplimiento del concurso a instancias de la entidad de crédito, hay que destacar que, mientras el contrato siga vigente declarado el concurso, el mismo, puede y debe de ser resuelto a instancia del concursado o de la administración concursal, según los supuestos (intervención o suspensión), si así lo exige el interés del concurso, como cualquier otro contrato con obligaciones recíprocas, ya que la remisión que hace el RDL 5/2005 al párrafo primero del art. 61.2 no excluye la aplicación del resto del precepto ni lógica ni sistemáticamente.

Creo que es importante insistir en que el acuerdo marco de compensación contractual tiene por única finalidad, legalmente reconocida, reducir todas las operaciones a una única obligación, cuyo importe viene determinado por al

saldo neto de todas ellas, pero su objetivo no es garantizar que el ese saldo se cobre contra la masa en el caso de declaración de concurso. La resolución del acuerdo marco en interés del concurso, lo que supone el vencimiento anticipado de todas las operaciones financieras y su compensación, garantiza aquella finalidad, pero no genera privilegios injustificables, como sería que debiera exclusivamente de la voluntad de la entidad de crédito resolver el contrato.

Por lo tanto, la administración concursal debe de estudiar con detalle dichas operaciones, para instar su resolución en interés del concurso cuando este vigentes después de la declaración y no haya existido incumplimientos anteriores.

Régimen Transitorio.

Por último queda por plantearse la posibilidad de un régimen transitorio después de la publicación de la Ley 16/2009 de 13 noviembre 2009, sin embargo, creemos que la nueva norma no prevé un nuevo régimen jurídico para este tipo de contratos, sino que interpreta y aclara cual es el régimen que se les debe dar a los contratos vigentes.

Tratamiento Especial de las Permutas Financieras de Intereses.

Operaciones vinculadas

El supuesto en que las únicas operaciones realizadas, en el marco del contrato de compensación, sean permutas financieras de intereses solo debe merecer un tratamiento especial en aquellos casos en los que se pueda probar por la administración concursal, responsable del reconocimiento y clasificación de los créditos, la vinculación directa de este tipo de operaciones y operaciones de pasivo suscritas con el concursado.

En tal caso, en virtud de lo establecido en el art. 59 (suspensión del devengo de intereses) el contrato se extingue y la administración concursal debería calificar el crédito como concursal y subordinado por tratarse de intereses.

La entidad de crédito debería proceder a la liquidación de la deuda y la comunicación de su crédito.

En el caso de que conste la existencia de la deuda (art. 86 LC), pero no se haya liquidado por el agente liquidador, la administración concursal deberá proceder a su determinación conforme lo previsto en el art. 88.3 y 4 LC, para incluir el crédito como concursal y subordinado.

La entidad de crédito o el concursado puede impugnar la valoración de la administración concursal mediante el correspondiente incidente.

Operaciones no vinculadas

Caso que no se deban vincular las operaciones en los términos señalados, declarado el concurso, si el acuerdo marco de compensación sigue vigente, el concursado y la administración concursal deberán examinar inmediatamente si debe proceder resolver el acuerdo marco en interés del concurso, conforme al régimen general antes expuesto.

ⁱ Diez-Picazo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol II, 5^º edición, Madrid 1996, pag. 538.

ⁱⁱ Diez-Picazo, idem, pag. 538.