

Swaps y concurso: una nueva vuelta de tuerca por parte del Tribunal Supremo

En su sentencia de 18 de noviembre de 2015, el Tribunal Supremo ha descartado la posibilidad de aplicar a los créditos por swaps el régimen especial del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo (el «RDL 5/2005»), retornando a la teoría de la Audiencia Provincial de Barcelona de que un acuerdo de compensación contractual presupone la existencia de varias operaciones bajo la cobertura de un acuerdo marco.

I. El RDL 5/2005, como legislación especial frente a la Ley Concursal

El RDL 5/2005 regula el tratamiento de los créditos nacidos del swap y el régimen de terminación de estos contratos en la hipótesis de concurso, como norma especial que desplaza el régimen concursal general.

La norma especial, que presupone que una de las partes es una entidad financiera (u otra entidad de las definidas por esta norma), 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 solo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de esas operaciones».

Contenido

- I. El RDL 5/2005, como legislación especial frente a la Ley Concursal
- II. El artículo Decimosexto del RDL 5/2005
- III. La jurisprudencia entorno a los créditos nacidos del swap
- IV. La situación actual
- V. La sentencia de 18 de noviembre de 2015

II. El artículo Decimosexto del RDL 5/2005

El artículo Decimosexto del RDL 5/2005 se refiere a la «liquidación anticipada» del acuerdo de compensación contractual (terminación, en sentido amplio) y al tratamiento concursal de los créditos nacidos del swap. También limita las acciones de reintegración al supuesto en que «se demuestre perjuicio en la contratación». Esta disposición ha sido modificada en varias ocasiones.

La redacción inicial sólo decía que el saldo resultante de la terminación del acuerdo de compensación contractual sería un crédito o una deuda en el concurso. En 2011 se aclaró que, en tanto que el acuerdo se mantenga vigente tras la declaración de concurso, le será de aplicación el régimen previsto en la Ley Concursal para los contratos con obligaciones recíprocas. Y, si el acuerdo se resuelve después del concurso, será de aplicación el régimen concursal sobre resolución, que establece que la indemnización dependerá del momento en que se hubiera producido la causa: si la resolución es consecuencia del incumplimiento del concursado previo a la declaración de concurso (o de la declaración de concurso, que la ley asimila al caso anterior) se generará un crédito concursal. Si el hecho desencadenante se hubiera producido después, el crédito será contra la masa (con prioridad de pago sobre los créditos concursales).

El derivado que se mantiene en vigor después de la declaración de concurso recibe el trato propio de los contratos generadores de obligaciones recíprocas. Las liquidaciones sucesivas que sean a pagar por el deudor serán créditos contra la masa. Cabe además resolver el contrato en interés del concurso; en tal caso la cantidad resultante será un crédito contra la masa.

En 2011 el legislador incorporó al RDL 5/2005 el tratamiento que dispensa la Ley Concursal a los contratos en los que, tras la declaración de concurso, están pendientes obligaciones recíprocas a cargo de las dos partes. La doctrina se dividió entonces entre los que entendían que el legislador se había limitado a recordar lo que son las cosas y los que entendieron que la reforma cambiaba el tratamiento de los swaps. Sea como fuere, lo cierto es que desde 2011 el RDL 5/2005 dispensa a los acuerdos de compensación contractual el mismo régimen jurídico que la Ley Concursal refiere a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por las dos partes.

III. La jurisprudencia entorno a los créditos nacidos del swap

El Tribunal Supremo había dictado varias sentencias a partir de la redacción del artículo Decimosexto anterior al año 2011. Esta jurisprudencia aplicaba a los swaps el régimen de la Ley Concursal y entendía que estos contratos no generan obligaciones recíprocas para las partes: en consecuencia, las deudas que puedan surgir del swap que se mantiene en vigor tras la declaración de concurso serían siempre créditos concursales.

La tesis del Tribunal Supremo se resume en las Sentencias de 8 y 9 de enero de 2013: del swap «no derivan obligaciones funcionalmente recíprocas, ya que nada más surgen obligaciones para una de las partes». El Tribunal entendió que el intercambio de flujos da lugar a una única obligación, a pagar por uno o por otro. No existiría, por tanto, reciprocidad.

Si el swap no se considera un contrato con obligaciones recíprocas, en los términos de la Ley Concursal, su tratamiento en el concurso sería análogo al de un préstamo: en líneas generales, el proveedor del derivado tendría un crédito concursal.

La Audiencia Provincial de Barcelona había añadido un argumento que permitía situar a la mayor parte de los swaps al margen del RDL 5/2005: entendía que sólo cabe hablar de un acuerdo de compensación contractual cuando existen varias operaciones, bajo la cobertura de un contrato marco, cuyas liquidaciones pueden ser *neteadas* entre sí.

Así lo había razonado, entre otras, en la Sentencia de 14 de mayo de 2013: «Entendemos que la existencia de una pluralidad de operaciones financieras es un requisito esencial y estructural para la aplicación de las normas relativas al acuerdo de compensación contractual. La compensación a la que alude el art. 5 del RDL 5/2005 no es la compensación entre saldos o interna dentro de una misma operación de swap, sino la compensación entre operaciones distintas».

Sin embargo, el Tribunal Supremo rechazó expresamente la tesis de la operación única en su sentencia de 2 de septiembre de 2014 (con un voto particular): en ese momento, afirmó el Tribunal que la tesis de

que no es acuerdo de compensación contractual aquél que tiene por objeto una única operación financiera «no nos parece adecuada en una interpretación finalista de la norma del art. 5 del RDL 5/2005, a la luz de que la misma es aplicable siempre que la operación objeto del acuerdo, aunque sea única, genere obligaciones para las dos partes susceptibles de compensación». Y añadió que esta conclusión la reafirma la actual redacción del RDL 5/2005, que se refiere al importe neto de la «operación u operaciones» amparadas en el acuerdo de compensación contractual.

En cualquier caso, aplicando todavía la redacción del RDL 5/2005 anterior a 2011, el Tribunal seguía considerando que el swap no genera obligaciones recíprocas: «no hay duda de que de dicho contrato nacen obligaciones para las dos partes, pero con ello no basta para considerarlas recíprocas, en el sentido expuesto, dado que —pese a su usual denominación de permuta— las prestaciones debidas por cada contratante no constituyen contraprestación de la debida por la otra, que puede incluso no ser exigible nunca».

IV. La situación actual

Desde 2011, el RDL 5/2005 establece para los derivados, de forma inequívoca, el tratamiento propio de los contratos con obligaciones recíprocas, con expresa remisión a la Ley Concursal. Esta consideración tiene consecuencias tanto en lo que se refiere a la terminación del contrato marco, como al tratamiento en el concurso de los créditos nacidos del contrato que se mantiene en vigor.

En este último aspecto, en la medida en que sea aplicable a estos productos el RDL 5/2005, no habría forma de evitar el reconocimiento de los créditos nacidos del mismo como créditos contra la masa.

En esta línea se pronunciaron dos sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 y 18 de mayo de 2015. Partiendo de lo que el Tribunal Supremo había manifestado en su Sentencia de 2 de septiembre de 2014, antes citada (descartando la tesis de la operación única) concluyeron que los derivados que se mantienen en vigor tras la declaración de concurso generan créditos contra la masa.

V. La sentencia de 18 de noviembre de 2015

Sobre la base de que la redacción actual del RDL 5/2005 llevaría de forma inexorable a reconocer créditos contra la masa, en la Sentencia de 18 de noviembre de 2015 el Tribunal Supremo ha retornado a la teoría de la Audiencia Provincial de Barcelona, según la cual cuando se haya concertado una sola operación bajo un contrato marco no estaríamos dentro del ámbito de aplicación del RDL 5/2005.

Es necesario señalar que esta Sentencia no parece aplicar la redacción actual del artículo Decimosexto del RDL 5/2005 (dado que los hechos son anteriores a su entrada en vigor). Por tanto, no cabe descartar la posibilidad de que la doctrina del Tribunal sea diferente cuando se trate de aplicar la actual redacción del precepto.

También hay que tener en cuenta que la Sentencia se limita a tratar del régimen concursal de los créditos nacidos de un contrato que se mantiene en vigor tras la declaración de concurso. No cabe, por tanto, dar por hecho que el Tribunal también excluiría del régimen del RDL 5/2005 la "operación única" cuando lo que se enjuicie sea la terminación del contrato marco tras la declaración de concurso.

En cualquier caso, resulta sorprendente que el Tribunal haya cambiado el criterio que expuso en la Sentencia de 2 de septiembre de 2014, sin siquiera explicar las razones. Ahora se limita a apuntar que la sentencia de 10 de julio de 2014 pudo suscitar dudas. Pero no era esa sentencia la que había descartado la tesis de la operación única, sino la de 2 de septiembre de 2014 que afirmó con rotundidad que no había razones para exigir una pluralidad de operaciones a efectos de aplicar el RDL 5/2005.

En definitiva, el Tribunal Supremo parece hacer un nuevo quiebro al legislador. Frente a las sucesivas reformas del artículo Decimosexto, encaminadas a aplicar a los swaps el régimen de los créditos contra la masa, el Tribunal insiste en situar a los swaps (aquellos en los que hay una única operación, a efectos de clasificar los créditos que origina en el futuro) al margen del ámbito de aplicación del RDL 5/2005.

No es la primera vez que nos encontramos en esta materia ante una interpretación judicial que trata de preservar la masa activa del concurso, evitando reconocer un crédito contra la masa, aunque el fundamento jurídico sea más que discutible.

Tal y como demuestra esta reciente resolución, la distancia que media entre el criterio del legislador y el del Tribunal Supremo hace imprescindible una nueva intervención legislativa que aclare de una vez por todas el régimen de los swaps en el concurso.

Contactos

Clifford Chance

Paseo de la Castellana, 110
28046 Madrid
T: +34 91 590 75 00

Iñigo Villoria

Socio Insolvencia y Reestructuración
T: +34 91 590 94 03
E: Inigo.Villoria@cliffordchance.com

José Manuel Cuenca

Socio Mercado de Capitales
T: +34 91 590 94 90
E: JoseManuel.Cuenca@cliffordchance.com

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

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046 Madrid, Spain
© Clifford Chance 2015
Clifford Chance S.L.

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

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.