

UN INTENTO DE ARMONIZACION EN LA CALIFICACION CONCURSAL DE LOS CREDITOS DE PERMUTAS FINANCIERAS.

Ricard Tàsies

Publicado en la revista *Economist & Jurist* mayo 2010.

Los Jueces de lo Mercantil de Barcelona han celebrado un seminario en el que se han elaborado unas conclusiones que pretenden unificar los criterios sobre la calificación jurídica de los créditos swap, hasta en tanto no existan resoluciones de tribunales superiores que consoliden una doctrina jurisprudencial que confiera seguridad jurídica a los numerosos litigios habidos en esta materia. Tales conclusiones coinciden en lo sustancial con lo expuesto en nuestro trabajo publicado en esta misma revista¹ (aunque redactado con anterioridad a aquellas conclusiones), y contienen, además, unas interesantes reflexiones que por su acertado enfoque doctrinal merecen ser comentadas.

1.- Compensación de créditos.

Las conclusiones ponen énfasis en dos aspectos principales, a saber, la posibilidad de la compensación de crédito en el concurso y su calificación.

En cuanto al carácter compensable de los flujos de pagos en sede concursal, se admite como algo ineludible teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto Ley de 5/2005 de 11 de marzo de reformas urgentes para el impulso de la productividad y mejora de la contratación pública. Dicha norma considera a estos productos financieros como unas «técnicas de reducción de riesgo»; se les denomina, en una expresión algo críptica, «riesgos de contraparte», y de hecho parece que se protegen con más denuedo los riesgos de la entidad financiera que los del cliente o consumidor.

¹ *Economist & Jurist*, abril 2010, núm 139, pág. 66.

Los jueces admiten sin ambages la compensación de tales flujos de pagos una vez declarado el concurso, de forma y manera que el crédito que figure en la lista de acreedores será el saldo neto que se derive de la liquidación.

Los contratos de permuta financiera, pues, se «infiltran» en el concurso de acreedores tanto a través del artículo 205.1 LC (cuando la ley que «rige el crédito del concursado» lo permita), cuanto por regirse por una «ley especial» en virtud de la disposición adicional 3ª del Real Decreto 5/2005, antes citado, que modifica a su vez la disposición adicional 2ª.c, LC. Conclusión fundamental: el artículo 58 LC que proscribe la compensación no rige para estos supuestos.

2.- La calificación de los créditos derivados de permutas financieras.

También en este aspecto la opinión de los jueces de lo mercantil es acertada. Las conclusiones estudian de manera pormenorizada los diferentes supuestos de resolución contractual, centrándose en los casos de vencimiento anticipado por causas imputables al concursado, y sintetizando tres posibles situaciones: que el contrato haya vencido anticipadamente antes del concurso; que lo haya sido «con ocasión de la declaración del concurso»; y, por último, que lo sea por incumplimiento postconcurzal.

En el primer caso el crédito es, obviamente, concursal, de conformidad al artículo 62.4 LC, como también será crédito concursal en el caso de que se resuelva anticipadamente con motivo de la declaración de concurso.

Los incumplimientos posteriores la declaración de concurso, en cambio, deben calificarse como crédito contra la masa, al entrar en juego el artículo 61.2 LC, es decir, que las prestaciones dimanantes de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento una vez declarado el concurso deben satisfacerse con cargo de la masa, con independencia de que provengan de una prestación única o periódica, o de una liquidación, como es el caso de los swap. Nótese, asimismo, que cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, el crédito puede conllevar, además, el «resarcimiento de daños y perjuicios» a la entidad financiera, ex artículo 62.4 LC.

3.- La calificación del crédito como subordinado.

Los jueces también abren una interesante —y justa, hay que decirlo— perspectiva: la posible subordinación del crédito swap. En efecto, el concursado tiene la facultad —con los administradores concursales— de resolver el contrato después del concurso y en interés de éste, en cuyo caso el saldo liquidatorio, de ser desfavorable al concursado, debería calificarse como subordinado siempre que esté directamente vinculado a otras operaciones realizadas con la entidad financiera.

Se admite que, por mor de la suspensión del pago de intereses del artículo 59 LC y de la taxatividad del artículo 92.3 LC, el crédito resultante habrá de ser inexorablemente crédito concursal subordinado. Decimos que esta conclusión de los jueces es certera por cuanto se cohonest a la perfección con el carácter accesorio que la E.M de la Ley Concursal otorga a los intereses al postergarlos como crédito subordinado; y, además, es justa por cuanto circunscribe esta situación al supuesto de que los swap estén directamente vinculados con otras operaciones con la entidad financiera.

Pero no podemos orillar las dificultades de prueba que ello supone y que, a nuestro modo de ver, hacen imprescindible una recta aplicación del artículo 217.6 LEC en orden a facilidad probatoria de las partes en conflicto; en orden a la carga de la prueba no se puede soslayar que estamos ante un contrato de adhesión en el que no se negocia más que el tipo de interés y los plazos, quedando el grueso de los pactos en manos de la entidad financiera, y alguno de ellos tan exorbitante como el de ser «agente liquidador» en exclusiva en caso de vencimiento anticipado.

Otra consideración final: si bien los swap pueden referirse a multitud de índices referenciales (materias primas, tipos de interés, cotizaciones, etc.) el más usual, con diferencia, es el de la permuta financiera de tipos de interés. Y a nadie se le oculta que su comercialización no ha resultado todo lo transparente que debiera haber sido. Los swap se han mercadeado como una «operación de aseguramiento» de los vaivenes del tipo de interés del préstamo que el deudor solicitaba a la entidad financiera. Si bien ambos contratos —préstamo y swap— son «formalmente autónomos», podemos

afirmar que en todos y cada uno de los casos que hemos tratado profesionalmente, éstos siempre han estado vinculados a un crédito hipotecario, préstamo mutuo o póliza de crédito, aunque su vinculación jurídica lo sea a través de un tenue hilo, a menudo de prueba dificultosa, suspendido de los indicios que proporcionan las coincidencias en la contratación y la declaración personal de los implicados.