

Tratamiento concursal de los contratos de permuta financiera

POR BEGOÑA SALAS Abogada de Corporate de Pérez-Llorca

Son varias las cuestiones que se han planteado en los últimos años en relación con el tratamiento concursal de los créditos derivados de los contratos de permuta financiera o 'swaps'. El objetivo de este artículo es resaltar las conclusiones a las que el TS ha llegado en esta cuestión en la sentencia 630/2015, de 18 de noviembre, y que ha zanjado la disparidad de criterios existente en las Audiencias Provinciales. Como introducción, recordamos a los lectores que un contrato de permuta financiera o 'swap' suele definirse como un contrato bilateral en virtud del cual cada una de las partes se obliga a entregar a la otra, de conformidad con los términos pactados, sumas de dinero determinadas o determinables según parámetros objetivos y calculadas sobre un capital de referencia invariable.

culadas sobre un capital de referencia invariable. Los swaps pueden concertarse bien para cubrir operaciones de pasivo, o bien de forma autónoma, como mera inversión. En cualquier caso, estos contratos se consideran autónomos, independientes y con propia causa.

El TS resuelve en la sentencia sobre la clasificación concursal de un crédito derivado de un swap de inflación suscrito entre una persona jurídica y una entidad financiera en el contexto del procedimiento concursal iniciado en relación con la persona jurídica. El crédito derivado del swap suscrito, con liquidación a favor de la entidad financiera, fue clasificado como crédito ordinario por la administración concursal.

La entidad financiera sostuvo que debían clasificarse como crédito contra la masa las liquidaciones del 'swap' favorables a la misma y posteriores a la declaración de concurso. Su pretensión a lo largo del procedimiento resuelto en la STS se basa en la aplicación de los artículos, de sobra conocidos y estudiados de forma general por su importancia, que se mencionan en los párrafos siguientes.

Por un lado, en el artículo 84.2 6º de la LC, en virtud del cual se clasifican como crédito contra la masa los créditos derivados de "prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso". La entidad relaciona este artículo con el 61.2 de la misma norma, que dispone que deben satisfacerse con cargo a la masa las prestaciones a que esté obligado el concursado derivadas de contratos con obligaciones recíprocas que no se extingan por la declaración de concurso.

Por otro lado, la representación de la entidad financiera, busca la aplicabilidad de determinadas disposiciones del RDL 5/2005, en concreto: (i) su artículo 5 que será de aplicación a "operaciones financieras que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual" y 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 anticipa-

Los contratos de permuta financiera no vinculados a otra operación no son contratos con obligaciones recíprocas

Si el 'swap' contiene un único derivado, no resulta de aplicación el régimen concursal regulado por el RD 5/2005

do, las partes sólo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de dichas operaciones"; y (ii) su artículo 16, que establece que si el acuerdo de compensación se resuelve con posterioridad a la declaración del concurso por incumplimiento del concursado posterior, el importe resultante del acuerdo de compensación debe satisfacerse con cargo a la masa.

Aun presentando las anteriores alegaciones, el TS desestima de una forma muy clara la apelación de la entidad financiera y rechaza la aplicabilidad de los mencionados preceptos al supuesto de hecho de la sentencia. Las cuestiones que resuelve deben tenerse en cuenta en el estudio y contratación futura de los swaps:

(i) Los contratos de permuta financiera no vinculados a otra operación no son contratos con obligaciones recíprocas, puesto que sólo se derivan obligaciones para una de las partes -sin perjuicio del riesgo bilateral inherente a la aleatoriedad de los swaps-. Al no existir reciprocidad en un swap no vinculado, no resulta de aplicación el artículo 61.2 LC y el crédito derivado del swap no puede considerarse como crédito contra la masa. Además, el TS recuerda que el crédito derivado de swap está apartado del fundamento que la LC le da a los créditos contra la masa, puesto que el swap: (i) no supone utilidad para la tramitación del concurso; y (ii) no contribuye a la continuación de la actividad del concursado.

(ii) Si el swap contiene un único derivado no resulta de aplicación el régimen concursal regulado en el RDL 5/2005. En este caso, el contrato se limita a establecer las cláusulas de liquidación por compensación del propio derivado y este flujo de pagos no se considera un "acuerdo de compensación contractual" a los efectos del RDL 5/2005. En el mismo, se hace referencia a una pluralidad de operaciones cuyas liquidaciones se compensan para dar lugar a un saldo neto único. El TS aclara que en las liquidaciones que resultan de una única operación financiera no hay compensación, sino una simple operación aritmética de liquidación y da así respuesta a la interpretación que debe hacerse al art 16 de la norma en relación con el art. 5, en su contenido introducido por Ley 7/2011, de 11 de abril. En base a esto, no resulta aplicable el mencionado RDL 5/2005 y las liquidaciones del swap de inflación serán créditos concursales independientemente de que las liquidaciones sean anteriores o posteriores a la declaración de concurso.

Como se describe anteriormente, las conclusiones del TS son muy claras, y despejan las dudas en cuanto al tratamiento concursal de los swaps. Sin embargo, en el estudio de estas conclusiones, habrá que tener en cuenta las limitaciones que se derivan de la concreción del supuesto de hecho sobre el que resuelve la sentencia, en el que el contrato de permuta financiera sólo incluye una operación de derivado.

En las liquidaciones que resultan de una única operación financiera no hay compensación, sino una simple operación aritmética de liquidación. En base a esto, no resulta aplicable el mencionado RDL 5/2005 y las liquidaciones del 'swap' de inflación serán créditos concursales independientemente de que las liquidaciones sean anteriores o posteriores a la declaración de concurso. Como se describe anteriormente, las conclusiones del TS son muy claras, y despejan las dudas en cuanto al tratamiento concursal de los 'swaps'. Sin embargo, en el estudio de estas conclusiones, habrá que tener en cuenta las limitaciones que se derivan de la concreción del supuesto de hecho sobre el que resuelve la sentencia, en el que el contrato de permuta financiera sólo incluye una operación de derivado.