

LOS CONTRATOS SWAP EN EL PROCESO CONCURSAL

Ricard Tàsies

Ponencia dictada en el Seminario "Swaps, estrategias judiciales", celebrado en el Iltre. Colegio de Abogados de Barcelona el 26 de noviembre de 2010.

1.- Tratamiento concursal de los swap: efectos del contrato, su resolución y acciones de impugnación.

La importancia del swap en el concurso de acreedores es indudable. Casi en todos los concursos de sociedades existen en el pasivo deudas nacidas de un swap.

La variante que ha tenido mayor incidencia en los tribunales mercantiles ha sido la modalidad swap de permuta financiera de tipos de interés. Y esta elevada litigiosidad no ha contribuido precisamente a clarificar la naturaleza jurídico-concursal del crédito, sino a patentizar una notable discrepancia entre los juzgados mercantiles, dictando sentencias dispares y contradictorias.

Efectivamente, algunos tribunales consideran aquellos créditos como concursales ordinarios, mientras que otros se decantan por calificarlos como créditos contra la masa, sin faltar resoluciones que abogan resueltamente por calificarlos como créditos subordinados; también hemos visto alguna opinión extravagante que los consideran como créditos extraconcursoales contra la masa, aunque de naturaleza contingente y sin cuantía propia. Y ello sin tener en cuenta las acciones de nulidad, escasamente tratadas en sede concursal.

El tipo de contrato swap de permuta financiera es un contrato ajeno a nuestro ordenamiento y tradición jurídicas. Suele definirse como una transacción de tipo financiero establecida entre dos partes, para intercambiarse recíprocamente flujos de pagos durante un tiempo determinado, calculados en

base a unos índices de referencia objetivos, conocidos y aceptados por los contratantes. Es una especie de «juego financiero» basado en la incertidumbre y aleatoriedad, apostando ambos a un «pago-cobro» de intereses según evolucione el tipo básico de referencia.

De ahí que la tesis del carácter subordinado de dichos créditos en sede concursal sea la que nos merezca mayor solvencia, no tanto por tratarse de «intereses puros» (y por ello subordinables) sino por la fuerte connotación especulativa del swap, claramente incompatible con la “*comunidad de pérdidas*” que comporta cualquier situación concursal.

La primera cuestión que debe estudiarse es si el swap de permuta financiera de tipos de interés cae dentro del ámbito del *Real Decreto Ley 5/2005 de 11 de marzo de reformas urgentes para el impulso de la productividad y mejora de la contratación pública*, y si le es aplicable su artículo 16, que advierte que el vencimiento anticipado del contrato o su resolución no resulta limitada por la declaración de concurso, debiéndose incluir como crédito o deuda, según el caso, el importe neto del saldo resultante de la liquidación.

Los swap de tipos de interés —de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la *Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores*— quedan incluidos en el ámbito de lo que se denomina genéricamente «instrumentos financieros», cuya ley regula la negociación y emisión de los contratos de opciones, futuros, permutas y otros instrumentos financieros derivados, incluidos los relativos a materias primas.

Después de dos reformas sucesivas (la primera mediante la *Ley 37/1988 de 16 de noviembre*, y la segunda a través de la *Ley 47/2007 de 19 de diciembre*), aquel artículo 2 engloba de forma extensa todos los valores negociables, cualquiera que sea el emisor, acciones cuotas participativas en Cajas de Ahorros, bonos, letras del Tesoro, warrants, contratos de opciones, futuros y derivados, entre otros mucho productos financieros. Es decir, la totalidad de los instrumentos financieros, negociables o no. Por tanto, incluido el swap.

2.- Calificación del crédito derivado de un swap en el dictamen de la Administración concursal.

Antes de la promulgación de la Ley 16/2009 de 13 de noviembre de servicios de pago que existía una especie de «blindaje» a los acuerdos de compensación ya que entraba en conflicto con la LC. Por tanto, en el supuesto de resultados de liquidaciones negativas para el deudor eran considerados como créditos concursales ordinarios a efectos de su clasificación mientras que otras sentencias se decantaban por considerarlos como créditos contra la masa o contingentes sin cuantía

Dentro del amplio abanico de opiniones jurisprudenciales cabe citar aquellas que se decantan por calificar los créditos swap como créditos contra la masa. (SJM 8 de Barcelona de 29 de octubre de 2009), fundamentada en que el CMOF es un contrato independiente y no vinculado a ninguna otra operación. Esta sentencia, además, efectúa una alambicada especulación distinguiendo entre créditos contra la masa «por sí mismos» (gastos judiciales, remuneración de administradores, alimentos, etc.) y aquellos que lo son «por la continuidad» (conservación del patrimonio, por ejemplo).

Estos gastos contra la masa «por la continuidad» son necesarios para satisfacer a los acreedores por obligaciones contraídas durante el procedimiento, pero no nos parece acertado incluir entre ellos a los swap; aquí lo que se intercambia (las prestaciones recíprocas, en definitiva) son puros intereses, negocio especulativo y aleatorio, ajeno, incluso, al nocional sobre el que vienen referenciados. Este «juego financiero» es claramente incompatible con los principios concursales de conservación del patrimonio, del pago a los acreedores, de la comunidad de pérdidas en base a la *pars conditio*.

Los créditos derivados de las liquidaciones de *resolución* de los swap no son créditos contra la masa, ya que no entra en los supuestos del artículo 84.2 LC. No resulta razonable otorgar el carácter de crédito contra la masa a unas obligaciones derivadas de un pacto esencialmente especulativo; si ello fuera así se estaría dando un tratamiento más beneficioso a estos contratos frente al simple préstamo (en el que sí ha habido transferencia de capital, no se olvide) y cuyos intereses quedan siempre y en todo caso subordinados.

Otras resoluciones sostienen que las liquidaciones devengadas con posterioridad al concurso (no de resolución o liquidación) constituyen un crédito contra la masa, por aplicación del artículo 62.4 LC, al tratarse de obligaciones pendientes de vencimiento, es decir, prestaciones a cargo del concursado de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúan en vigor tras la declaración de concurso.

¿Tiene fundamento considerar a los swap como un crédito subordinado? Entendemos que es posible, y en base a dos líneas de razonamiento independientes, a saber:

Los flujos de pagos de los swap tienen su anclaje en el compromiso de pagarse recíprocamente la cantidad resultante de aplicar un determinado tipo de interés, fijo o variable, a un capital conocido de antemano. Por tanto, los flujos de pagos, sea quien sea el beneficiario, tienen la consideración jurídico-económica de intereses porque son retribuciones del capital (se haya este entregado o no: en el primer supuesto es una operación financiera; en el segundo una operación especulativa). Y no se puede perder de vista que el nominal del swap coincide normalmente con el nominal de una operación de crédito con la que está vinculado (SJM 4 de Barcelona de 29 de septiembre de 2009).

Es, en definitiva, un «recíproco juego de intereses», y lo cierto es que tanto si se opta por la tesis de la vinculación al contrato principal como por su autonomía contractual, las liquidaciones son intereses devengados y nada más, por lo que deben ser calificados como subordinados de acuerdo con los artículos 59 y 92.3 LC

No se puede perder de vista que si el concursado fuere el beneficiario de los intereses, el banco pagador podría compensarlos a tenor del artículo 16 del Real Decreto Ley 5/2005. Pero la reciprocidad de los flujos de pago no altera su naturaleza jurídica, porque incluso en el supuesto de no resolución (artículo 61 LC), los respectivos pagos lo son en concepto de intereses del capital, y su tratamiento no puede ser otro que el de crédito concursal subordinado.

Otra tesis jurisprudencial (SJM 1 de Lleida de 17 de noviembre de 2008) considera al CMOF y su confirmación como un contrato sometido a una condición suspensiva: los efectos jurídicos del contrato se dilatan en el tiempo y quedan sometidos al albur de la evolución de los tipos de interés de referencia y de si éstos se encuentra por encima o por debajo de un límite concreto, procediéndose, en el momento de la liquidación, a la compensación de los diferenciales.

El cumplimiento de la condición suspensiva tiene lugar en el preciso instante en que una de las partes procede a la reclamación de los flujos de pago; y, mientras ello no se produce, el crédito tiene la calificación concursal de contingente y sin cuantía propia, de acuerdo con el artículo 87.3 LC. Acaecida la condición suspensiva, el crédito adquiere entidad económica propia, pero en forma alguna se debe considerar como postconcursal, lo que impide *a fortiori* que pueda calificársele como crédito contra la masa, sino más bien como subordinado.

Una perspectiva diferente y novedosa es la posible subordinación del crédito swap como consecuencia de la resolución del contrato facultad del deudor junto con el administrador concursal— 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.

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. 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.- Criterios a tener en cuenta desde la promulgación de la Ley 16/2009 de 13 de noviembre de servicios de pago. Giro espectacular.

La situación ha sufrido un giro espectacular desde la entrada en vigor de la citada Ley; no obstante, siguen produciéndose sentencias contradictorias por lo que atañe a la calificación del crédito swap en el concurso.

Los jueces de lo mercantil de Barcelona promulgaron una serie de conclusiones en el Seminario de Jueces de lo Mercantil el 1 de febrero de 2010 denominado: *«Tratamiento concursal de los créditos derivados de instrumentos financieros confirmados en el marco de un acuerdo de compensación contractual»*.

Se trata de unas conclusiones prácticas encaminadas a orientar y unificar los criterios para calificar y reconocer los créditos derivados de instrumentos financieros hasta en tanto no haya una jurisprudencia homogénea. Su ámbito espacial es reducido —únicamente Barcelona— y su influencia en el conjunto nacional escasa, pero es significativa la uniformidad con se han aplicado estos criterios en los juzgados mercantiles de Barcelona.

4.- Los acuerdos de compensación a la luz del Real Decreto Ley 5/2005 («ley especial»).

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 de 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 virtud de lo dispuesto en la disposición adicional 3ª del Real Decreto Ley 5/2005, la Ley del Mercado de Valores tiene carácter de «ley especial» a efectos concursales, lo que quiere decir que las permutas de tipo de interés están dentro de los supuestos en los que es posible la compensación de saldos y, por tanto, excluidos del régimen restrictivo del artículo 58 LC.

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.

El artículo 3 a) y el artículo 4.1. c) del Real Decreto Ley 5/2005 determina que, mientras una de las partes puede ser una persona jurídica o física, como legislación especial exige que la otra parte sea necesariamente una entidad de crédito

El objetivo central del real Decreto Ley tiene como objeto los acuerdos de compensación y los efectos que produce en los contratos de permuta financiera la declaración de concurso. Véanse en este sentido los artículos 2 y 5.1 de la citada norma. El pacto expreso de compensación de los créditos derivados de las operaciones financieras con la entidad de crédito determina que, para el supuesto de declararse el vencimiento anticipado, solo resulta exigible el saldo neto que se derive de la compensación.

5.- La compensación en sede concursal.

La compensación en sede concursal está prohibida; el problema es analizar en qué medida afecta el Real Decreto a la posibilidad de compensación en sede concursal y los efectos que conlleva. Como establece el artículo 58 LC «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».

Para el artículo 1156 CC la compensación es determinante de la extinción de las obligaciones, o sea, un medio de extinguir la deuda neutralizándose las exigencias recíprocas entre quien es a la vez deudor y acreedor. En el concurso de acreedores, la compensación es inadmisibles como norma general, si bien en el caso de que el deudor se encuentre en el supuesto del artículo 205 LC (que le sea aplicable una ley especial), se permite la compensación.

El alcance efectivo del Real Decreto Ley 5/2005 es bastante más amplio, porque no tan sólo permite la compensación sino que prohíbe la rescisión de los contratos celebrados dos años antes de la declaración del concurso perjudiciales para la masa activa, en base al artículo 71.5 LC, que queda fuera de aplicación a los contratos de permutas financieras de tipos de interés.

En cuanto al carácter compensable de los flujos de pagos en sede concursal, debe admitirse como algo ineludible teniendo en cuenta lo establecido en el Real Decreto Ley de 5/2005. 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.

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 divisas 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 del Mercado de Valores, quedan comprendidas dentro de dichas operaciones los «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.

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 como «aquella operación por la que las partes acuerdan intercambiarse entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada» (según modelo protocolizado en Acta autorizada por el Notario de Madrid, Don Ricardo-Isaías Pérez Ballarín con fecha 14 de julio de 2009, en sustitución de otro modelo anterior que no contenía una cláusula de exoneración tan completa, cláusula 16).

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.

6.- El concurso no afecta al vencimiento del swap.

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 forma 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 el 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...» Y 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 la legislación concursal, los créditos del concursado debe incluirse en la masa activa (artículo 76 LC e inventario del artículo 82 LC), mientras que las deudas de-

ben hacerlo en la masa pasiva (artículo 84.1 LC y lista de acreedores del artículo 94 LC).

Otra tesis favorable al vencimiento anticipado del swap vendría abonada por la propia finalidad de los acuerdos de compensación contractual. Estos acuerdos tienen por objeto principal regular en el caso de vencimiento anticipado la compensación entre los saldos de las operaciones financieras pendientes entre 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.

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.

Otro argumento sería el del artículo 58 LC que 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 su liquidación a la fecha de declaración.

Los créditos del deudor concursado deben integrar la masa pasiva del concurso según ordena el artículo 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. Si se admitiese la compensación, el crédito del deudor del concursado se pagaría antes que los demás acreedores, quebrándose el principio «par conditio creditorum».

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.

El vencimiento anticipado del contrato, por tanto, no es compatible con el párrafo 2º del apartado 2º del artículo 16 del RDL 5/2005, «introducido» por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

7.- La resolución del contrato.

Como criterio general hay que dejar sentado que el swap solo puede resolverse por causas imputables al concursado y a instancias de la entidad de crédito. De ello derivan tres posibles situaciones, a saber:

Vencimiento anticipado o a causa de incumplimiento anterior a la declaración de concurso. En este caso, el saldo neto será un crédito concursal e igualmente lo será en el caso de que se acuda al incidente del artículo 62 LC para resolver el contrato, si el incumplimiento es anterior a la declaración de concurso.

Vencimiento anticipado con ocasión o con motivo de la declaración de concurso, que se producirá cuando la entidad de crédito opte declarar el vencimiento anticipado del swap, quedando el saldo neto como crédito concursal, no contra la masa, según lo previsto artículo 16 del Real Decreto Ley 5/2005 como ley especial según dispone la adicional 2ª 2.i) LC).

Vencimiento anticipado por incumplimiento posterior a la declaración de concurso, a cuyo supuesto se refiere el artículo 16, 2, segundo párrafo del Real Decreto cuando se remite al artículo 61.2 LC. Por ello, si el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso, se tratará de un crédito concursal, siéndolo contra la masa si el incumplimiento es posterior.

Un supuesto especial lo constituye el vencimiento anticipado en interés del concurso a instancias del concursado, a valorar por la administración concursal y consiguiente declaración judicial.

Consideración especialísima: si el swap resulta ser una operación vinculada a otras operaciones de pasivo del concursado, no parece haber duda de que, a tenor de lo preceptuado por el artículo 59 LC, dejan de devengarse intereses y el crédito debe tratarse como concursal y subordinado.

8.- Acciones de nulidad en sede concursal.

La jurisprudencia no está consolidada y es de momento contradictoria, pero la acción de nulidad de los contratos swap por error en el consentimiento es preferible ejercitarla ante la jurisdicción civil y no a la mercantil.

Para que una demanda pueda plantearse ante la jurisdicción mercantil es necesario que la misma se funde, además de los vicios o errores en el consentimiento, en alguna infracción de la Ley de Protección de Consumidores y Usuarios o de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, motivo por el cual, alegándose también estas circunstancias, ya sea de forma principal o subsidiaria, entraría de lleno en la competencia de los jueces mercantiles al amparo de lo dispuesto en el artículo 86.2 LOPJ ya que tanto la Ley General de Publicidad como la Ley de Condiciones Generales de la Contratación otorgan al juez la posibilidad de fiscalizar las cláusulas nulas, ya sea a través del ejercicio de acciones colectivas como desde el punto de vista de las acciones individuales.

De esta manera, puede plantearse ante los juzgados de lo mercantil las acciones de nulidad basadas en estos preceptos legales siempre y cuando se aleguen infracciones de dichas leyes, ya se ejerzan acumuladamente o de forma principal o subsidiaria.

Si el deudor ha planteado una demanda de nulidad antes del concurso tanto en la jurisdicción mercantil como en la civil, el pleito seguirá su tramitación hasta la firmeza de la sentencia, pasando luego a la jurisdicción del juez mercantil, como norma general. Pero nada impide que iniciada la demanda en otra jurisdicción antes de la tramitación del concurso, se pueda acumular concurso de acreedores, sustrayéndose al conocimiento de la jurisdicción civil por mor de lo establecido en el artículo 51 LC.

Una vez iniciado el concurso, el ejercicio específico de la acción de nulidad entra en una órbita diferente, como veremos posteriormente.

En la práctica hemos visto reiteradamente que la Administración concursal se resiste en todos los casos a autorizar la interposición de una demanda de nulidad, alegando que la jurisprudencia sobre la misma no está plenamente consolidada, y que podría perjudicarse los intereses de la masa de acreedores a través de la desestimación de la demanda y de la condena en costas de la entidad concursada. De hecho tenemos numerosas pruebas de esta actitud de la Administración concursal que bloquea en la práctica el ejercicio de esta acción.

La acción de nulidad es obviamente distinta de la acción de resolución que pueda plantear tanto el concursado como la Administración concursal en interés del concurso si del análisis de los contratos swap se llega al convencimiento de que son perjudiciales.

Pero la acción específica la nulidad contractual planteada en el seno del concurso adquiere una problemática peculiar, y es la de que no hay un cauce específico más allá del genérico al artículo 54 LC, que se refiere al ejercicio de las acciones del concursado. A este respecto hay que tener en cuenta que si se trata de un caso de suspensión las facultades de administración, es decir aquellas que las asume completamente la Administración concursal, es ésta la única legitimada para el ejercicio de tales acciones.

En el caso de intervención, es decir cuando el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, necesita obligatoriamente la conformidad de la Administración concursal para interponer la demanda por lo que si esta se niega a deducirla solo quedará recurrir a la solicitud de autorización judicial para interponerla.

El único cauce mediante el cual creemos que no existe inconveniente alguno en plantear la demanda de nulidad en sede concursal es cuando la entidad financiera procede a impugnar la lista de acreedores, a través del incidente establecido en el artículo 96 LC, ya sea por la falta de inclusión del crédito derivado del contrato swap o por no estar de acuerdo con la calificación establecida en el dictamen de la Administración concursal.

En este caso se acciona no planteando directamente el incidente sino por vía reconvencional contra la entidad financiera, independientemente de la postura que adopte la Administración concursal. Es una oportunidad única que debe aprovechar el deudor para pedir la nulidad del contrato, porque puede que no le tenga otra salida en toda la tramitación del concurso.

Por lo que respecta a la posible falta de legitimación para el ejercicio de las acciones por vía reconvencional, se admite por parte de alguna sentencia que es una cuestión vidriosa y no debidamente resuelta en la ley concursal (SJM 2 Bilbao de 15 de marzo de 2010).

Cumplido el requisito de la conexión íntima entre las pretensiones de la demanda principal y la reconvención que exige el artículo 406 LEC, vemos que no existe en la ley concursal ninguna norma que prohíba el ejercicio de esta reconvención, por lo que en favor del principio *pro actione* y de la tutela judicial efectiva, y teniendo presente que hay una relación directa con el patrimonio del concursado, debemos concluir que no se puede impedir el ejercicio del derecho de defensa consistente en el ataque de la nulidad del contrato dentro del mismo procedimiento.

De hecho la limitación del ejercicio de acciones no es absoluta en la legislación concursal, ya que en la demanda de calificación se puede efectuar una auténtica oposición frente a la calificación de la Administración concursal o frente al Ministerio Fiscal, incluso hallándose sus facultades suspendidas.

Otro cauce no tan utilizado en la práctica (de hecho no conocemos ninguno), aunque posible desde el punto de vista dogmático, es la petición de nulidad a través de un incidente derivado de la aplicación del artículo 154 LC es decir, del precepto legal que regula el pago de los créditos contra la masa.

En el supuesto de que se procediere al pago de créditos contra la masa derivados con contrato swap cuya nulidad pretende, la concursada podría plantear su oposición al pago alegando nulidad del contrato. Se trata de un cauce notoriamente estrecho pero que podría llegar a ser eficaz en determinadas circunstancias en las que no exista otra oportunidad para que la concursada pueda solicitar dicha nulidad.

En cualquier caso, queda completamente descartada la posibilidad de solicitar la restitución de las prestaciones no a través de una demanda de nulidad sino de reintegración en base a lo dispuesto en el artículo 71 LC, es decir, la impugnación de los actos perjudiciales para la masa realizadas por el deudor dentro de los dos años anteriores aunque no haya existido intención fraudulenta debiendo en este caso demostrarse el perjuicio a la masa.

Estas acciones corresponde ejercitarlas a la Administración concursal o a los acreedores si la administración no lo realiza dentro de los dos meses siguientes al requerimiento que se le practique.

Al margen del problema de legitimación activa, el conocimiento de estas demandas queda vedado por cuanto el párrafo 5.2 del artículo 71 LC indica que no podrán ser objeto de rescisión, en ningún caso, los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pago y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados es decir, los artículos 15 y 16 del Real Decreto 5/2005.

9.- Conclusiones.

- El swap se contempla en el concurso bajo la «protección» del Real Decreto Ley 5/2005.
- No puede resolverse el swap a causa del concurso. Lo hace la entidad financiera y si hay incumplimiento.
- El deudor y la Administración concursal deben solicitar, si cabe, la resolución del swap en interés del concurso.
- Sentencias variadas sobre la calificación. Cierta uniformidad después de la Ley 16/2009.
- La compensación de los saldos resultantes de las liquidaciones es indiscutible en sede concursal.
- El incumplimiento antes del concurso es crédito concursal; con ocasión del concurso es crédito concursal, y posterior al concurso es crédito contra la masa.
- La resolución o el vencimiento anticipado en interés del concurso es de obligada observancia.
- Subordinación del crédito derivado de las liquidaciones en caso de resolución del swap como operación vinculada.
- Acción de nulidad: antes del concurso, recomendable jurisdicción civil ordinaria; después del concurso, en los juzgados mercantiles por vía de reconvención o en base al artículo 54 LC. Los fundamentos en sede concursal pueden referirse indistintamente al error en el consentimiento, a infracción de leyes específicas competencia de la jurisdicción mercantil o a ambas cosas a la vez.

