

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Laríos, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués del
Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (32) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250 - 140 Lisboa

ALGUNOS PROBLEMAS CON LA SHARING CLAUSE EN LOS CRÉDITOS SINDICADOS

Ángel Carrasco Perera

*Catedrático de Derecho Civil
Consejero Académico de Gómez-Acebo & Pombo*

La formulación

En su formulación estándar la cláusula que nos ocupa se expresa, traducida ordinariamente del inglés, de esta forma: «Si un banco recibe un pago mayor que su porcentaje en el crédito, pagará inmediatamente el exceso al agente, que distribuirá este exceso pro rata al resto de los bancos, que a su vez subrogarán al primero en sus derechos por la proporción en que hayan sido pagados».

Las siguientes son formulaciones usuales de las cláusulas en contratos españoles:

1. Si cualquier entidad acreditante recibiese, *por cualquier causa, cantidades procedentes del acreditado* en concepto de pago de obligaciones derivadas de este contrato *o percibiese del agente, por razón del crédito, cantidades superiores* a las que proporcionalmente le correspondieran, estará obligada a entregar al agente el exceso de fondos recibidos para que éste lo distribuya con la misma fecha de valoración de su percepción entre las demás entidades acreditantes, *salvo en el caso en que la recepción de esas cantidades se deba al ejercicio del derecho de resolución parcial del contrato por alguna entidad acreditante.*

Las entidades acreditantes podrán aplicar al pago de cualquier cantidad debida y no pagada por el acreditado por razón del presente contrato cualquier saldo existente a su favor. *Aquellas cantidades obtenidas mediante la compensación mencionada anteriormente* serán entregadas al agente por la entidad acreditante que las hubiese obtenido para que aquél proceda al reparto proporcional mencionado en el párrafo anterior.

Los posibles derechos de las entidades acreditantes a obtener pagos del acreditado *basados en otras causas y obli-*

gaciones distintas a las contenidas en el presente contrato no resultarán afectados por lo previsto en él.

2. *Todos los pagos* que reciban las entidades financiadoras en virtud del presente contrato, tanto por conducto del agente como en su caso *de cualquier otro modo*, habrán de ser *proporcionales* a su respectiva participación en cada uno de los tramos en cada momento. Cualquier entidad financiera *que reciba pagos* por razón del presente contrato pondrá las cantidades recibidas a disposición del agente a los efectos de la oportuna redistribución.

Quedan excluidos de la cláusula anterior los siguientes supuestos: a) los pagos que reciba una entidad financiadora en los casos de reclamación individual (extrajudicial o judicial con los requisitos establecidos en la cláusula XXX) previstos en el presente contrato [...].

Todos los créditos, saldos o activos que sean susceptibles de compensación [...] que la prestataria tenga u ostente en virtud de cuentas, depósitos o por cualquier otro título, ahora o en el futuro, frente a las entidades financiadoras o en ellas serán susceptibles de ser aplicados en pago de sus respectivas responsabilidades [...]

Devolución de las cantidades cobradas en exceso sin perjuicio de otras relaciones. No obstante lo dispuesto en la cláusula [de reparto], si, como consecuencia de las operaciones previstas en la presente cláusula, alguna entidad financiadora llegase a cobrar una cantidad superior a la que correspondiera proporcionalmente a sus créditos frente a la prestataria en virtud de este contrato, tal entidad estará únicamente obligada a *poner el exceso* a disposición del agente para su distribu-

ción entre el resto de las entidades (...) o a devolver el exceso a la prestataria (...)

El significado de la *sharing clause*

- a) Esta cláusula no se limita a considerar el evidente y obvio caso de que, por cualquier razón (pero normalmente por un pago indebido por error), una entidad reciba mayor cantidad que la que le es debida. La cláusula se extiende igualmente al caso de que un banco reciba él solo (o junto con otros, pero no todos) cualquier cantidad que le sea debida y (los) otros no reciban nada, en cuyo caso el primero ha obtenido un pago (en sentido amplio) mayor que el porcentaje de sindicación que le corresponde. Esta circunstancia puede producirse, como ocurrió con la deuda pública internacional argentina, que durante la guerra de las Malvinas se pagaba ordinariamente a los acreedores, salvo a los británicos.
- b) La cosa empieza a complicarse en casos como el siguiente, que tomo de WOOD (*Internacional Loans, Bond, Guarantees, Legal Opinions*, 2007, pág. 133). El banco A tiene un crédito en sindicación por valor de 100 y un depósito en garantía del deudor por valor de 140. El banco compensa por imputación y deja el depósito con 40. No constan pagos al otro banco, B. El banco A ha recibido 100 más que B y debe entregar estos 100 al agente para que distribuya pro rata (incluido el banco A). Siendo dos bancos, debe entregar 50 a B. Pero es claro que A ha pagado de sus propios fondos a su compañero, por lo que éste tiene que cederle sus acciones *pro tanto* (es decir, por 50). En tal caso, A vuelve a ser acreedor *pro tanto* y, como sigue teniendo un depósito por 40, vuelve a compensar y finalmente queda acreedor de 10. Mas esto supone una nueva obligación de pagar pro rata al resto de los bancos entregando los 40 al agente para que reparta o dando 20 a B (de hecho, comprando a B su crédito parcialmente por 20). Resultado: el depósito en garantía se ha convertido en garantía del crédito de todos los bancos participantes y, al final, tanto A como B quedan con un crédito vivo de 30 cada uno frente al deudor.
- c) La situación que se acaba de exponer es propiamente la misma si, en lugar de un depósito en garantía o una prenda líquida, el banco A dispone de un simple derecho a compensar frente al deudor.
- d) Observemos que la operación de subrogación/compra del crédito (parcial) del otro banco (el banco B) contra el deudor común puede presentar problemas concursales, tanto por la circunstancia del tiempo en que puede practicarse la compensación como por las limitaciones a la adquisición de créditos contra el deudor concursado durante un periodo sospechoso.
- e) Un problema concursal no menor es que el banco A, que hace el reparto de lo obtenido de esta suerte, deba posteriormente devolver lo compensado por haber sido revocada esta garantía o esta compensación en el concurso del deudor común.
- f) La cláusula puede ser absoluta y no establecer excepciones al reparto solidario, o incluir alguna excepción como, por ejemplo, el cobro obtenido mediante la ejecución de una garantía real de que sea titular el socio cobrador.
- g) Las cláusulas transcritas de los contratos españoles omiten extremos importantes que necesariamente surgen en todo mecanismo de reparto como el descrito. ¿Queda el deudor pagador siendo todavía deudor del banco que cobró, por la cantidad que éste tuvo que poner a disposición de sus compañeros? ¿O se subrogará el «repartidor» proporcionalmente en los derechos que tengan sus consocios contra el deudor común? ¿Acaso ambas cosas a la vez? Piénsese, además, que si un acreedor cobrara su crédito por aplicación de una garantía real, ésta se extinguiría sin importar la suerte que siguiera ulteriormente el dinero obtenido en ejecución.

Determinar claramente las excepciones a la regla

Hay que determinar si se quieren establecer o no excepciones a la regla de reparto igualitario. Los siguientes constituyen algunas posibles:

- Así, si alcanza o no a lo obtenido por ejecución individual de cada crédito por su titular, en caso de que no hayan renunciado a esta ejecución separada en favor del agente.
- Si alcanza o no a la ejecución de garantías reales de las que uno sea titular. Imaginemos que el banco A es titular de una garantía real, igual que lo es el banco B. pero el banco B no ejecuta por razones de estrategia comercial (es accionista del deudor). ¿Deberá funcionar el sistema de reparto?
- Si alcanza o no a lo obtenido por ejecución contra un garante común o privativo del banco A.
- Si alcanza igualmente a lo recibido en pago por compensación, que el banco A aplica al pago de otro crédito distinto del crédito sindicado.
- Lo mismo, si dispone el banco A de una garantía global, que puede aplicar a varios créditos.
- Si se aplica a los pagos de créditos hechos a favor del banco A, cuando el banco B no ha querido participar en una refinanciación y el pago a A es un pago resultante de la refinanciación.
- Si se aplica a los casos de conversión de deuda en capital, como dación en pago al banco A o de otra forma.
- Si se aplica a los pagos que el banco A recibe por haber enajenado su crédito a un tercero, haberlo descontado, etc.
- Si el mecanismo de reparto sólo actúa en caso de que el Banco A haya recibido (por cualquier vía de las previstas) un pago total de su crédito o si el pago debe alcanzar alguna cuantía determinada para disparar el mecanismo de reparto.
- Si se extiende o no a los pagos recibidos por el banco A como consecuencia de resolución parcial del contrato (si esta resolución es posible).

Defectos de las cláusulas españolas

Como puede apreciarse, las cláusulas españolas transcritas, que son estándares, apenas consideran ninguno de estos problemas. Además de sus carencias, son defectuosas por dos razones:

- No consideran el mecanismo subrogatorio del banco que sufre el coste del reparto. Y es que es preciso explicar, porque la cosa no va de suyo, cómo el deudor, después de haber perdido (por ejemplo) un depósito por compensación con el acreedor A, sigue debiéndole lo mismo que antes de practicarse la compensación.
- Aunque en un caso permiten que no haya reparto si se cobra por otras causas u obligaciones, olvidan especificar si el banco A es libre para determinar la imputación de los pagos de los que se beneficia directa o indirectamente del deudor.

Posibilidad de suprimir la cláusula

El sentido de «solidaridad» crediticia que comporta esta cláusula puede resultar excesivo. En rigor, no hay nada en la esencia del crédito subordinado que deba llevar necesariamente a este sistema de reparto. Bastaría con la «solidaridad» de tener que recibir siempre *pro tanto* cualquier pago que percibiera el agente y con la renuncia a cobrar *pagos directos* del deudor si no es a través del agente.

Un problema concursal específico: parte del sindicato de acreedores renuncia a sus Garantías reales ante la perspectiva de una acción rescisoria concursal

Se trata de un caso real. Si el sindicato se encuentra en la situación de quien ha refinanciado y obtenido una garantía en el supuesto del artículo 71.3, 2.º LC, hay incentivos suficientes para que alguna o muchas entidades financieras prefieran renunciar a las garantías y titular sus créditos como ordinarios simples. Normalmente (y hay razones que explican esta singularidad) el acreedor agente del sindicato es uno de éstos, si no el primero, que renuncian. Pero entonces surge un problema nuevo: el de la suerte de los cobros obtenidos por los acreedores que, no renunciando a ellas, han ejecutado sus garantías.

Hay dos acuciantes dudas cuya resolución es especulativa ante la falta de precedentes jurisprudenciales y el silencio de los contratos de crédito o de los acuerdos entre acreedores:

1. ¿Deberá contribuir igualmente el acreedor ejecutante a favor de las entidades que han renunciado a sus hipotecas?

Por un principio de interpretación integradora del contrato de crédito, la respuesta ha de ser indudablemente que no debe contribuir. Se trata de una exigencia derivada de la función integradora del deber de buena fe del artículo 1258 del Código Civil. Puede entenderse —aunque también esto es dudoso— que esa renuncia no suponga ya la pérdida de la condición de miembros del sindicato. Pero no puede conservar el derecho al reparto por un concepto (ejecución hipotecaria) que el renunciante ha decidido no estar en condiciones de ejercer, ahorrándose los correspondientes costes de seguir siendo un acreedor hipotecario. Es decir, él no estaría en disposición de poder beneficiar a las entidades renunciantes con un cobro similar al haber renunciado en el concurso al modo en que dicho cobro podría haberse conseguido. Es contra la buena fe aprovecharse de las ventajas de un contrato asociativo renunciando a sus cargas. Es de hecho una repudiación del contrato asociativo haber renunciado a las hipotecas, que no son «suyas», sino, como las cláusulas de los contratos sindicados normalmente expresan, «de todos y para todos, unitarias, en garantía cruzada». Mediante una pretensión de reparto, las entidades renunciantes se habrían puesto a salvo de las consecuencias negativas de sus hipotecas en el concurso, pero conservarían el contenido positivo de su condición de acreedores de la contraprestación obtenida por los no renunciantes.

2. ¿Cuándo termina al acuerdo de sindicación?

Tampoco hay normalmente previsión al respecto en los contratos.

Si la *sharing clause* se hubiera pactado exclusivamente en un acuerdo de acree-

dores y éste no estuviera sujeto a plazo, semejante acuerdo sería una figura asimilada a la sociedad civil «interna» y cualquiera de los socios podría salir del esquema asociativo mediante una denuncia en cualquier tiempo (art. 1705 Código Civil). Esta solución no es posible si la cláusula de reparto se halla en el contrato de crédito sindicado.

El concurso de la prestataria no puede suponer una terminación del acuerdo entre acreedores, pues todos los contratos de crédito sindicado disponen, siquiera implícitamente, que la situación de concurso de la deudora no extingue el sindicato, al preverse, entre otros, las consecuencias que la subordinación concursal produce en la pretensión de reparto igualitario.

Sostengo que se dan en relación con esta clase todos los ingredientes que justificarían la aplicación, con efectos resolutorios, de la cláusula *rebus sic stantibus*. Aunque los tribunales han sido reacios a su aplicación, el rechazo ha sido menos intenso cuando la regla *rebus* ha coincidido en sus efectos con una desaparición sobrevenida de la base del negocio o una desaparición sobrevenida de la causa negocial. Que el deudor sea declarado en concurso no es una frustración de la causa negocial. Pero sí lo es que la mitad o más del sindicato haya renunciado a las garantías de la refinanciación y uno de ellos sea el mismo agente. El sindicato ha quedado inutilizado de tal forma que no puede ponerse en funcionamiento el mecanismo para sustituir regularmente al agente dimisionario. Sea lo que fuere jurídicamente este sindicato, ya no puede seguir desempeñando el «negocio» constitutivo (art. 1700, 2.º CC). Piénsese, además, que si la *sharing clause* siguiera funcionando, los dimisionarios como acreedores privilegiados estarían cobrando bajo cuerda y fuera de convenio una parte de su crédito y precisamente por medio de fondos de la masa activa. Esta situación no es jurídicamente defendible.