

# Efectos de las medidas de reestructuración y resolución de entidades bancarias sobre contratos sometidos a ley extranjera

**Elisa Torralba Mendiola**

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid*

*Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

---

## Presentación

El análisis de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito y de la aplicación de algunos de sus preceptos en supuestos con elementos internacionales exige partir de dos premisas:

- a) La propia norma no incorpora reglas de derecho internacional privado.
- b) Su disposición adicional quinta, apartado tercero, afirma lo siguiente: «La aplicación de los instrumentos de resolución y las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada por el FROB tendrán la consideración de medidas de saneamiento a efectos de lo dispuesto en la Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre Saneamiento y Liquidación de Entidades de Crédito». En consecuencia, en esos casos, en los que se produce la equiparación con las medidas de saneamiento, se aplicarán las normas de derecho internacional privado previstas en la Ley 6/2005, cuyos artículos 7 y 8 contienen reglas de derecho aplicable en virtud de las cuales es la ley española la que rige las medidas de saneamiento y procedimientos de liquidación respecto de entidades españolas, pero con una serie tasada de excepciones que conducen, bien a la aplicación de una ley distinta, bien a la afirmación del «blindaje» de determinados derechos frente a la medida de saneamiento o procedimiento de liquidación.

## El artículo 66 de la Ley 9/2012

De acuerdo con el artículo 66 de la Ley 9/2012, «La adopción de cualquier medida de actuación

temprana, de reestructuración o de resolución, no constituirá por sí misma un supuesto de incumplimiento ni permitirá por sí misma a ninguna contraparte declarar el vencimiento o resolución anticipada de la correspondiente operación o contrato, o instar la ejecución o la compensación de cualesquiera derechos u obligaciones que se deriven de la operación o del contrato, teniéndose por no puestas las cláusulas que así lo establezcan [...]».

### 1. Medidas de resolución o de gestión de instrumentos híbridos de capital o de deuda subordinada

El artículo 8.2 de la Ley 6/2005, aplicable, como se ha visto, si la medida a que se refiere el artículo 66 es de resolución o si, aun no siéndolo, implica la adopción por el FROB de alguna medida de gestión de instrumentos híbridos de capital o de deuda subordinada, prevé la imposibilidad de que las medidas adoptadas en relación con la entidad de crédito afecten al «derecho de un acreedor a reclamar la compensación de su crédito con el de la entidad de crédito cuando la ley aplicable al crédito de esta última permita la compensación» (supuesto expresamente cubierto por el artículo 66). Por otra parte, según el apartado 1e del mismo precepto, «los acuerdos de compensación contractual y de novación se regirán exclusivamente por la ley aplicable al contrato que rija dichos acuerdos».

En consecuencia, cuando la ley aplicable sea distinta de la española y admita la compensación, la medida de resolución o de gestión de instrumentos híbridos de capital o deuda subordinada no podrá alcanzar a los supuestos que se rigen por ella. Por otra parte, aunque los

artículos 8.2 y 1e citados sólo hablen de compensación y novación, hay que entender que se extienden también a las cláusulas de liquidación por vencimiento exigible anticipadamente y a la ulterior cancelación del contrato, al menos en la medida en que operen como presupuestos para invocar el derecho a compensar, puesto que, de lo contrario, en ocasiones la regla que establecen sería inoperativa. Entendido de esta manera, el artículo 66 resultaría vacío de contenido en los casos que estamos considerando.

Cuando no operen como presupuestos de una compensación, los casos comprendidos en el artículo 66 (la imposibilidad tanto de considerar la medida un supuesto de incumplimiento como de que por ella se permita instar la resolución anticipada o la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato y la determinación de que las cláusulas que prevean esas posibilidades se tendrán por no puestas) se verán supeditados al artículo 7 de la Ley 6/2005, que prevé la aplicación del ordenamiento español a los efectos de la medida de intervención sobre «los contratos vigentes en los que la entidad de crédito sea parte», por lo que no resulta descartable que, incluso si el contrato se sujeta a un derecho extranjero, le resulte aplicable la previsión del artículo 66 (salvo, como se ha visto, los supuestos de compensación y novación).

## 2. Medidas distintas de las referidas en el apartado 1

En los casos en los que no es de aplicación la Ley 6/2005 (porque no estamos ante medidas de resolución o de adopción por el FROB de una medida de gestión de instrumentos híbridos de capital o deuda subordinada), cuáles sean los efectos del artículo 66 sobre los contratos no sujetos al derecho español depende de la posibilidad o no de incluirlo en el concepto de «ley de policía» a que se refiere el artículo 9 del Reglamento 593/2008 (Roma I).

Como regla, la ley rectora del contrato es la que determina todas las cuestiones relativas a su validez material, interpretación, cumplimiento y terminación (artículo 12 del Reglamento Roma I). No obstante, en ciertos supuestos excepcionales, a la *lex contractus* pueden superponérsele otras normas que inciden sobre él con independencia de la ley que lo rijan. Ése es el caso de las llamadas leyes de policía, que son aquellas «cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política,

social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato [...]».

La definición establecida en el reglamento pone de manifiesto que lo que haya que entender por ley de policía debe ser un concepto uniforme en todos los Estados miembros de la Unión Europea y que se impone una interpretación restrictiva que no incluya cualquier norma imperativa, sino solamente las esenciales en la ordenación política, social o económica del Estado y que respondan a intereses supraindividuales. A partir de ahí cada Estado delimita unilateralmente cuáles son esos intereses esenciales y cuál es su alcance, sin que sea necesario que la delimitación se haga de manera expresa; basta con que resulte del sentido y fin de la norma. Cuestión distinta es el grado de observancia que en relación con esas normas deban tener los jueces de Estados distintos de aquel que la dicta.

Dadas las circunstancias en que se adopta y las finalidades que asegura perseguir la Ley 9/2012, el riesgo de que se le pretenda atribuir la condición de ley de policía es evidente. No obstante, existen argumentos suficientes para negar esa calificación, como se verá a continuación.

De entender que estamos ante una ley de policía, si un contrato celebrado entre A, entidad de crédito española, respecto de la que se han adoptado medidas de actuación temprana o reestructuración (que no son, en concreto, medidas de gestión de instrumentos híbridos de capital o deuda subordinada) y B, que las partes han sujetado al derecho inglés, incluye una cláusula que prevé su resolución anticipada si cualquiera de las partes se encuentra en la situación que ha dado lugar a la adopción de las citadas medidas, habrá que considerarla no puesta, según el artículo 9 del Reglamento Roma I. Desde luego, de suscitarse la cuestión ante un juez español, éste no podrá resolver de manera distinta, en virtud del artículo 9.2 del reglamento («las disposiciones del presente reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro»); de plantearse ante el juez de otro Estado miembro de la Unión Europea, éste «podrá dar efecto» a la ley española siempre que las obligaciones derivadas del contrato deban ejecutarse en España y «dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal» (en nuestro caso habría que entender que lo que sería ilegal sería no la ejecución,

sino la terminación del contrato). Los jueces de terceros Estados no están vinculados por el artículo 9 del reglamento, por lo que el valor que atribuyan a la norma española dependerá de lo previsto para estos casos en su propio ordenamiento. (Evidentemente, si el contrato estaba sujeto al derecho español, el juez —español o extranjero— debería aplicar también el artículo 66 de la Ley 9/2012, pero en este caso no ya por el artículo 9, sino como integrante del derecho rector del contrato.)

No obstante, en relación con la compensación y sus presupuestos, no tendría sentido mantener este criterio e impedir que operase incluso en supuestos internacionales según el artículo 66 cuando las medidas adoptadas fueren de actuación temprana o reestructuración, por definición menos «intervencionistas», siendo así que en los casos de resolución, que es el supuesto de mayor «intervención», puede admitirse que opere si se dan ciertas circunstancias. La coherencia del sistema obliga a aplicar el mismo criterio en este caso a las tres situaciones. Admitido lo anterior, si tenemos en cuenta el papel esencial de la compensación en las operaciones a las que fundamentalmente está llamada a ser aplicada la Ley 9/2012 (*netting* o garantías financieras, si bien de estas últimas nos ocupamos en el apartado c) y hemos excluido la posibilidad de que la referencia a ella se califique como «de policía», también habría que descartar esta calificación

para el resto de los supuestos previstos en el artículo 66 en los que el interés de la intervención estatal es menos relevante: no tiene sentido llegar a la conclusión avanzada respecto de la compensación y, sin embargo, considerar que opera como «ley de policía» la imposibilidad de declarar el vencimiento o la resolución anticipada fuera de un supuesto de compensación.

### **El artículo 50 de la Ley 9/2012**

El artículo 50 de la Ley 9/2012 prevé que las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada acordadas por el FROB y las actuaciones de la entidad de crédito dirigidas a su cumplimiento «no podrán ser consideradas como una causa de incumplimiento o vencimiento anticipado de las obligaciones que mantenga la entidad de crédito con terceros [...]» (distintos de los inversores afectados por una de esas acciones) y que «no modificarán, suspenderán, ni extinguirán las relaciones de la entidad de crédito con terceros, así como tampoco otorgarán nuevos derechos, ni impondrán nuevas obligaciones a la entidad de crédito frente a aquéllos».

Puesto que sólo se están contemplando actuaciones que, de acuerdo con la disposición adicional quinta de la Ley 9/2012 se asimilan al saneamiento, las consideraciones hechas en los párrafos anteriores acerca de la aplicación de la Ley 6/2005 son extensibles a este caso.