

Efectos de las medidas de reestructuración y resolución en las contrapartes de contratos de entidades financieras (Ley 9/2012)

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Aspectos generales

1. La Ley 9/2012 regula los procesos de actuación temprana, reestructuración y resolución de las entidades de crédito. En la exposición que sigue contrastaremos nuestra ley —en la medida limitada en que proceda— con la Propuesta de Directiva de 6 de junio del 2012, de la que la ley española ha querido ser una anticipada transposición. Respecto de la actuación temprana, el artículo 6 prevé que será el Banco de España el que adopte todas o algunas de las medidas establecidas en la ley para su puesta en práctica, si bien la aprobación del plan exige el informe favorable del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). En los supuestos de reestructuración y resolución, el FROB asume la responsabilidad de determinar los instrumentos idóneos para llevarlas a cabo, manteniendo el Banco de España sus facultades supervisoras.
2. El capítulo VIII establece el régimen jurídico del FROB y sus facultades. Entre ellas se incluyen unas de carácter mercantil (art. 63) junto con otras en las que el FROB adopta «actos administrativos» (arts. 64 y 70, fundamentalmente). Ciertas disposiciones de la ley regulan los efectos de las medidas adoptadas en estos procedimientos sobre contratos en vigor o sobre los derechos de terceros. Es el caso de los artículos 50, 66 y 67. Habría que añadir el artículo 70, pero este precepto no prevé un efecto *ex lege* de la actuación o medida, sino una competencia cautelar adicional del FROB.

El «deber de soportar» a cargo de la contraparte

3. Los cuatro preceptos mencionados imponen a terceros (contrapartes) —distintos de la entidad afectada y sus socios y administradores— un deber jurídico de soportar. La contraparte no podrá actualizar ni hacer eficaces los derechos que contractualmente tuviera reconocidos ante *contingencias* de incumplimiento u otras, cuando la contingencia en cuestión fuere la «medida» de reestructuración, intervención o resolución o la «gestión» de un instrumento híbrido de capital por parte del FROB o la contingencia fuere un estado de cosas «vinculado necesariamente» con la «medida». Por razones de importancia y espacio limitaremos la exposición que sigue al artículo 66, que es la norma fundamental de las que los artículos 50, 67 y 70 son aplicaciones singulares.
4. El tenor del artículo 66 es como sigue: «La adopción de cualquier *medida* [...] 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 y obligaciones que se deriven de la operación o del contrato, teniéndose por no puestas las cláusulas contractuales que así lo establezcan. No obstante, la contraparte podrá declarar, en los términos y condiciones establecidos en el correspondiente contrato, el vencimiento

o resolución anticipada del contrato o la correspondiente operación como consecuencia de un supuesto de incumplimiento anterior o posterior a la adopción o ejercicio de la correspondiente medida o facultad y no vinculado necesariamente con ésta».

Prohibición de ejercicio de los «derechos de rescisión»

5. El artículo 66 es un extraordinario precepto, no sólo por la intromisión que supone en la autonomía contractual y en los derechos privados de propiedad, sino porque utiliza dos fórmulas elusivas para fijar la frontera exterior del alcance de la norma. La *medida* «no constituirá por sí misma» una contingencia contractual, «no permitirá por sí misma» un remedio contractual; el contrato vuelve a operar si la contingencia prevista como supuesto de hecho de un remedio contractual no está «vinculado necesariamente» con la medida.
6. Tengamos presente que el deber de soportar impuesto al acreedor por el artículo 66 de la ley no constituye una contingencia expropiatoria y no está sujeto a justiprecio ni a compensación.
7. Una interpretación razonable del artículo 66 lleva a entender que no sólo producen estos efectos preclusivos las resoluciones del Banco de España por las que se acuerda la *medida* de actuación temprana, reestructuración o resolución, en sentido estricto, sino también las *medidas* que se adopten en ejecución de los correspondientes planes de actuación, reestructuración o resolución previstos que deben aprobarse, así como otras medidas preliminares o concomitantes. En general, en el concepto de *medidas* (el más omnicompreensivo de la ley) incluimos las «operaciones» y los «instrumentos» de reestructuración, de apoyo financiero o de resolución.
8. La norma parte de la existencia de una medida cuyo objeto no es precisamente cancelar o modificar las condiciones de un contrato de que sea parte la entidad intervenida. Es decir, la medida del artículo 66 no es como tal una medida *ablativa* o *expropiatoria* de un derecho individual, y no está comprendida las que conforme al artículo 64 son el contenido posible de las facultades administrativas del FROB ni entre las que conforme al artículo 70 de la

ley pueden tomarse con efectos meramente suspensivos, siempre que se trate de medidas ablativas distintas de las que consistan en ordenar la transmisión de activos y pasivos de la entidad, que sí pueden ser parte de un instrumento de reestructuración o resolución. El artículo 57.1 de la propuesta de directiva tiene al respecto bastante más alcance que la norma española.

9. El artículo 66 de la ley se corresponde nuclearmente con el artículo 57.4 de la propuesta. Pero el alcance de la norma comunitaria es bastante más amplio. No sólo prohíbe el ejercicio de un «derecho de rescisión», de la facultad de provocar el vencimiento anticipado, sino también el remedio contractual en que «aparece» un crédito nuevo contra la entidad sujeta a la medida, la «toma de posesión», el «ejercicio de control», el «influjo» sobre los derechos contractuales de la entidad intervenida.

Supuestos no comprendidos en el deber de soportar del artículo 66

10. Vamos a listar una serie de supuestos con contingencias contractuales «afectadas» por la *medida* y que en nuestra opinión no están comprendidos en el alcance del deber de soportar que impone el precepto.
11. En el artículo 66 no están comprendidas las defensas contractuales (*remedios*) que constituyen reacciones a una *conducta contractual* (del adquirente de activos principalmente, pero acaso también de la entidad intervenida) subsiguiente a una *medida*, cuando esta *conducta* es llevada a cabo como parte de una estrategia comercial que es una reacción a un estado de cosas producido a resultas de la medida. Valga el siguiente ejemplo: la transferencia de activos o pasivos a un tercero («solvente», reza la propuesta de directiva) no constituye un supuesto de incumplimiento o un motivo que pueda disparar la aplicación de un derecho de terminación contractual, pero la prohibición no va más allá. No hay prohibición cuando la conducta no está «necesariamente» determinada por la medida, es decir, cuando la actuación la efectúe voluntariamente el adquirente por razones de estrategia empresarial a la luz del nuevo escenario producido por la *medida*, aunque la estrategia esté económicamente justificada. Así, no se encuentra protegida por el artículo 66 la

conducta estratégica del adquirente de activos que, por consideraciones de optimización de sus expectativas contractuales, incumple o rechaza contratos que tendrían un valor negativo para el adquirente. Esta afirmación es conforme con el texto del artículo 57.4*b in fine* de la propuesta de directiva, que no tiene correspondencia en la ley española.

12. En el artículo 66 no están comprendidos los remedios que no consisten en una terminación anticipada del contrato (vencimiento, resolución). Tanto la «ejecución» como la «compensación» deben entenderse como *medidas de terminación* (*walk away*, en el art. 77.1 de la propuesta de directiva) que comportan extinción o liquidación de la relación o de determinadas obligaciones. Por tanto, las estrategias que se prohíben son las de tipo resolutorio. Obsérvese que la locución española «derecho de rescisión» se corresponde con lo que la propuesta [art. 2 (73)] llama *termination right*. En consecuencia, los remedios *conservativos* del valor del contrato para la parte adversa no están comprendidos en la prohibición. Tales son los remedios que permiten reaccionar ante la modificación de un estado de cosas o recomponer el equilibrio roto por la modificación del estado de cosas. Una vez más, se destaca que la limitación que se propone en la interpretación del artículo 66 de la ley española no se corresponde con el amplísimo alcance que la propuesta de directiva otorga al concepto de «derecho de rescisión» en los artículos 2 (73) y 57.4. Leemos la norma española, en consecuencia (hasta que la directiva sea *ius cogens*) como si su alcance se limitara a las actuaciones contractuales de terminación o de liquidación ejecutiva. Por tanto, sostenemos que, cuando la norma afirma que «no constituirá por sí misma un supuesto de incumplimiento ni permitirá por sí misma declarar [...]», está redundando el supuesto, no alternándolo. Es decir, la medida «no constituirá un supuesto de incumplimiento» a los efectos de activar los mecanismos de terminación o liquidación ejecutiva del contrato.
13. En el artículo 66 no se prohíbe —a diferencia de lo que ocurre en el artículo 50 para las medidas de gestión de instrumentos híbridos— que, a consecuencia de la *medida*, el acreedor ejercite un *remedio* —o que la *conducta contractual* subsiguiente a la medida permita al acreedor actualizar un *remedio*— que esté previsto en

el contrato y que tenga como propósito *reforzar* la posición de la contraparte o *incrementar* las obligaciones de la entidad intervenida o activar una *garantía* o un derecho de control o un *derecho potestativo* de la parte adversa o hacer nacer una obligación secundaria de *indemnización*. Por ejemplo, el derecho a exigir *delivery of margin* (CDO 59 Propuesta).

14. En el artículo 66 no se impide el ejercicio de defensas contractuales de naturaleza *suspensiva* del propio cumplimiento. Por ejemplo, no está prevista en los artículos 66 y 67 la «suspensión» de cumplimiento de la propia obligación cuando la contraparte del *swap* o *netting* se encuentre en un *event of default* en el sentido de ISDA 2*a.iii*. La contraparte puede, pues, dejar de cumplir su obligación, aunque la situación de incumplimiento fáctico —el *event of default*— sea la misma *medida* y no la conducta subsiguiente (del deudor o del adquirente del activo) provocada por esa medida.
15. En el artículo 66 se prohíbe que la *medida* «por sí misma» permita al acreedor ejercer algunos de los remedios de terminación a que se refiere la norma. En consecuencia, unida a *otras circunstancias adicionales*, la medida deja de ser inmune a las reacciones contractuales o no contractuales de la parte adversa. Existen estas *circunstancias adicionales* cuando la *medida* tuviera como consecuencia directa la *expropiación* de un activo contractual de la parte adversa o la *pérdida* de un derecho contractual distinto de los citados *remedios de terminación*. Evidentemente (aunque la ley española es menos contundente en este punto que la propuesta de directiva —*cfr.* considerando 56 y art. 57.1*f*—), la autoridad de regulación puede tomar medidas expropiatorias de los derechos contractuales o dominicales de terceros en los activos o pasivos que han de ser segregados, pero tales medidas constituyen actos expropiatorios, que deberán tomarse conforme al procedimiento adecuado y con resarcimiento del sacrificio sufrido por la contraparte. Se trata de una «competencia auxiliar» de la autoridad, en el sentido del artículo 57 de la propuesta, y ciertamente puede tener como contenido la «cancelación o modificación de las condiciones de un contrato del que sea parte la entidad de crédito objeto de resolución» (art. 57.1*f* Propuesta). Pero ya se tratará de un acto expropiatorio indemnizable que se impone *más*

allá del deber de soportar que instaura el artículo 66. También es cierto, empero (aunque de nuevo la ley española es muy poco expresiva), que el «valor» expropiatorio de estos activos contractuales o dominicales estará determinado por el hipotético valor (depreciado o nulo, muchas veces) que tales activos hubieren alcanzado en un escenario alternativo de liquidación concursal ordinaria.

16. La *medida* no impedirá que la parte afectada recurra incluso a *remedios de terminación* cuando la *medida* comporte la *imposibilidad sobrevenida* de la prestación o la *desaparición definitiva de la causa* contractual o conduzca a la imposibilidad de actualizar un derecho contractual distinto de un *remedio de terminación*.
17. No está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 66 la *medida* que comporta una *separación de activos y pasivos* complementarios, y en este sentido debe entenderse que las prevenciones contenidas en el artículo 67.2, referidas a las garantías financieras y acuerdos de compensación contractual, tienen un valor general. En efecto, el contraste del artículo 67 de la ley española con la propuesta de directiva confirma que hemos padecido un defecto de traducción severo. Porque la propuesta se refiere una y otra vez a los «contratos financieros» con un amplísimo alcance e incluso, más allá, a los «contratos vinculados» («No se pueden escindir activos y pasivos vinculados»). Deben «transferirse todos los contratos vinculados o dejarse todos a la entidad bancaria residual en situación de quiebra», CDO 60;

arts. 63, 68, 70, 77), mientras que la ley española se limita a las «operaciones financieras» que se regulan en el Real Decreto Ley 5/2005 como acuerdos de compensación contractual y garantías financieras (arts. 67, 70.3), con el resultado absurdo de que el «principio de no desvinculación» de activos y pasivos, de pasivos y garantías, se limita en la ley española a los acuerdos de garantía financiera y los acuerdos de *netting*, dejando el resto de los casos desprotegidos y no regulados.

18. No está afectado por el artículo 66 el *remedio* de la parte adversa que es una reacción a una *conducta de resolución de hecho o de derecho* de parte del tercero que haya recibido activos o pasivos por el artículo 25 de la Ley 9/2012 como consecuencia de la *medida* y haya tomado estratégicamente su correspondiente decisión empresarial, que hace imposible la ejecución del contrato de la entidad con la contraparte.
19. Finalmente, aunque los artículos 67.1 II y 70.3 II de la ley española vuelven a reducir injustificadamente el supuesto de hecho a que se aplica esta forma de salvaguarda, el contraste con la propuesta de directiva confirma, como no podría ser de otra forma, que las restricciones al «derecho de rescisión» (ya otros remedios contractuales) decaen cuando la *medida* consista en la transferencia de activos o pasivos a una tercera entidad (o a la SAREB) y el contrato en cuestión verse o afecte a activos o pasivos que finalmente no hayan sido transferidos (*cf.* arts. 31.5, 63.3 y 77 Propuesta de Directiva).