

**Implicaciones concursales de la Ley 16/2009, de  
13 de noviembre, de servicios de pago**

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (en adelante, LSP) se promulga como trasposición a la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE. Esta directiva tiene como objetivos, declarados en la propia LSP:

1. Garantizar que los pagos realizados en el ámbito de la Unión Europea – en concreto, las transferencias, los adeudos directos y las operaciones de pago directo efectuadas mediante tarjeta- puedan realizarse con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos de los Estados miembros.
2. El reforzamiento y protección de los derechos de los usuarios de los servicios de pago
3. Facilitar la aplicación operativa de los instrumentos de la zona única de pagos en euros, SEPA (“Single Euro Payments Area”).

La LSP no prevé fecha de entrada en vigor, lo cual obliga a acudir supletoriamente a la normativa general. A este efecto, el artículo 2.1 del Código Civil establece que *Las Leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa*. De este modo, hay que considerar que la Ley entró en vigor el pasado 4 de diciembre de 2009.

## 2. AFECTACIONES DIRECTAS AL RÉGIMEN CONCURSAL

### A) Creación de un nuevo supuesto de separación

El artículo 10 de la LSP, en su párrafo primero, apartado a), introduce un nuevo supuesto de separación:

*“Artículo 10. Requisitos de garantía.*

*1. Las entidades de pago salvaguardarán los fondos recibidos de los usuarios de servicios de pago o recibidos a través de otro proveedor de servicios de pago para la ejecución de las operaciones de pago, sujetándose a uno de los dos procedimientos siguientes:*

*a) No se mezclarán en ningún momento con los fondos de ninguna persona física o jurídica que no sean usuarios de servicios de pago en cuyo nombre se dispone de los fondos y, en caso de que todavía estén en posesión de la entidad de pago y aún no se hayan entregado al beneficiario o transferido a otro proveedor de servicios de pago al final del día hábil siguiente al día en que se recibieron los fondos, se depositarán en una cuenta separada en una entidad de crédito o se invertirán en activos seguros, líquidos y de bajo riesgo en los términos que se establezcan reglamentariamente.*

*En este caso, los titulares de los fondos gozarán de derecho de separación sobre las cuentas y activos mencionados en el párrafo precedente, de conformidad con la normativa concursal, en beneficio de los usuarios de servicios de pago, con respecto a posibles reclamaciones de otros acreedores de la entidad de pago, en particular en caso de insolvencia.*

*b).....”*

La LSP prevé un mecanismo de garantía de los fondos que, para la ejecución de operaciones de pago, reciban las entidades de pago de los usuarios de servicios de pago. Tal mecanismo consiste, en lo que a efectos concursales interesa, en que las entidades de pago deberán mantener la separación de éstos fondos entregados de cualquier otro fondo que la entidad de pago tenga en administración.

Adicionalmente, al final del día hábil siguiente al día en que la entidad de pago recibió los fondos para la ejecución de operaciones de pago deberá depositarlos en una cuenta separada en una entidad de crédito o, alternativamente, invertirlo en activos seguros, líquidos y de bajo riesgo en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Finalmente, prescribe el artículo comentado que los titulares de fondos gozarán de derechos de separación sobre las cuentas y activos mencionados en el párrafo precedente, de conformidad con la normativa concursal.

- **Ámbito subjetivo del precepto.**

Siguiendo su artículo 1, en lo que respecta a su ámbito subjetivo de aplicación, la LSP contempla dos categorías fundamentales, los usuarios de servicios de pago (art. 2.10 Ley) y los proveedores de servicios de pagos (art. 2.9 Ley).

#### Usuarios de servicios de Pagos

La propia LSP contiene un concepto autónomo de usuario de pago, definiendo a éste como una persona física o jurídica que haga uso de un servicio de pago, ya sea como ordenante o como beneficiario, definición que, aun guardando similitudes, difiere del de usuario a efectos de normativa de consumidores y usuarios.

En efecto, el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, define los consumidores y usuarios como personas físicas o jurídicas que actúan al margen de una actividad empresarial o profesional. Contrariamente, la LSP prescinde del ámbito de la actividad en el cual actúe el pagador y considera usuarios a todos aquéllos que hagan uso de servicios de pago, independientemente de que éstos se realicen o no en el ámbito de una actividad profesional.

#### Proveedores de servicios de pagos

La Ley, asimismo, tal y como hemos indicado, tras definir a los proveedores de servicios de pago en su artículo 2.9, como "Los organismos públicos, entidades y empresas autorizadas para prestar servicios de pago en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea", se acojan o no a las excepciones previstas en

el artículo 26 de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE, así como los de terceros países, que se dediquen profesionalmente a la prestación de servicios de pago”, relaciona, expresamente, en su artículo 4, aquéllas entidades que pueden ser proveedores de servicios de pago:

*“Artículo 4. Reserva de actividad.*

1. Sin perjuicio de las disposiciones establecidas para la prestación de servicios transfronterizos en el [artículo 11 de la presente Ley](#) por otros proveedores de servicios de pago de la Unión Europea, podrán prestar, con carácter profesional, los servicios de pago relacionados en el artículo 1 de la misma las siguientes categorías de proveedores de servicios de pago:

- a. las entidades de crédito a que se refiere el [artículo 1.1.a del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas](#).  
(Toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza.)
- b. las entidades de dinero electrónico a que se refiere el [artículo 1.1 b del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio](#).  
(Toda empresa o cualquier otra persona jurídica, distinta de la recogida en el párrafo a) anterior que emita medios de pago en forma de dinero electrónico.)
- c. las entidades de pago.
- d. la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., respecto de los servicios de pago para cuya prestación se encuentra facultada en virtud de su normativa específica.

2. A los efectos de esta Ley, también se considerarán proveedores de servicios de pago, cuando no actúen en su condición de autoridades públicas:

- a. el Banco de España;
- b. la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

3. Se prohíbe a toda persona física o jurídica que no sea proveedor de servicios de pago o que esté explícitamente excluido del ámbito de aplicación de la presente Ley, prestar, con carácter profesional, cualquiera de los servicios de pago enumerados en el [artículo 1](#).”

Para alcanzar la total comprensión de dicho precepto, el mismo se debe poner en relación con el artículo 2.4 de la misma Ley que define la entidad de pago como “una persona jurídica a la cual se haya otorgado autorización para prestar y ejecutar servicios de pago (art. 2.4)”. Ya en este punto se puede siquiera intuir que las “entidades de pago” frente al conjunto de proveedores de servicios de pago, tendrán carácter excepcional y prácticamente residual.

He aquí la paradoja, la bienintencionada medida que pretende el artículo 10 de la LSP, cual es salvaguardar los fondos recibidos de los usuarios de servicios de pagos, se adivina estéril ya que el precitado artículo 10 es, únicamente, aplicable a las “entidades de pago” pero no al resto de proveedores de servicios de pago relacionados en el artículo 4 de la Ley y que, a buen seguro, conformarán la gran mayoría de los prestadores de servicios de pago.

- **Ámbito objetivo del precepto.**

Como acabamos de exponer, los mecanismos de garantía contenidos en el artículo 10 de la LSP son únicamente aplicables a las personas jurídicas a las cuales se haya prestado autorización para prestar y ejecutar servicios de pago, esto es, a las “entidades de pago”, el carácter residual de su aplicación excusaría, de suyo, el

comentario de dicho precepto de no ser por la relevancia concursal de los mecanismos de garantía contemplados.

El Artículo 10 de la LSP contiene dos alternativas de garantía de los fondos recibidos de los usuarios de servicios de pago, de las cuales, sólo la prevista en el párrafo a) tiene implicaciones en el derecho concursal (toda vez que el párrafo b) hace referencia a la contratación de un seguro).

Concretamente, la dicción literal de dicho apartado es del siguiente tenor:

*1. Las entidades de pago salvaguardarán los fondos recibidos de los usuarios de servicios de pago o recibidos a través de otro proveedor de servicios de pago para la ejecución de las operaciones de pago, sujetándose a uno de los dos procedimientos siguientes:*

*a) No se mezclarán en ningún momento con los fondos de ninguna persona física o jurídica que no sean usuarios de servicios de pago en cuyo nombre se dispone de los fondos y, en caso de que todavía estén en posesión de la entidad de pago y aún no se hayan entregado al beneficiario o transferido a otro proveedor de servicios de pago al final del día hábil siguiente al día en que se recibieron los fondos, se depositarán en una cuenta separada en una entidad de crédito o se invertirán en activos seguros, líquidos y de bajo riesgo en los términos que se establezcan reglamentariamente.*

*En este caso, los titulares de los fondos gozarán de derecho de separación sobre las cuentas y activos mencionados en el párrafo precedente, de conformidad con la normativa concursal, en beneficio de los usuarios de servicios de pago, con respecto a posibles reclamaciones de otros acreedores de la entidad de pago, en particular en caso de insolvencia.*

*b).....”*

Como es de ver, en primer lugar, se establece como mecanismo de garantía la separación de los fondos destinados a servicios de pagos del resto de cualquier otro fondo que estén a disposición de la entidad de pago, así como la obligatoriedad de que, a partir del final del día hábil siguiente al que se recibieron los fondos destinados a servicios de pagos, si éstos están aun en posesión de la entidad de pago, deberán ser depositados en una cuenta separada en una entidad de crédito o se invertirán en activos seguros, líquidos y de bajo riesgo.

No se acaba de comprender el desatino del legislador al referirse a invertir los fondos en activos seguros y de bajo riesgo. La pregunta es obligada ¿como se puede pretender garantizar la integridad de los fondos autorizando al proveedor de servicios de pago a invertirlos en activos de riesgo, aun tratándose de un riesgo bajo? Habrá que esperar al desarrollo reglamentario del precepto para ver qué se acaba calificando como inversión de bajo riesgo a estos efectos. En cualquier caso, es evidente que la opción que adopte la entidad prestadora de servicios de pago; ya sea depositar los fondos en una cuenta separada en una entidad de crédito o, por el contrario, invertir dichos fondos, puede afectar a la integridad y a la naturaleza del derecho de separación creado, así como a las consecuencias de su ejercicio.

En efecto, tal y como se acaba de anunciar, la nueva Ley de Servicios de Pago establece un derecho de separación sobre las cuentas y activos mencionados que, de conformidad con la normativa concursal, y con respecto a posibles reclamaciones de otros acreedores de la entidad de pago, pretenden garantizar el pago a los depositantes de fondos para pago.

- **Sobre la naturaleza del derecho de separación establecido en el artículo 10 LSP.**

Una primera lectura del artículo 10 de la nueva Ley de Servicios de Pago puede llevar a la conclusión de que éste crea un nuevo supuesto de separación *iure domini*, ex artículo 80 LC.

Contrariamente, a poco que nos detengamos en su análisis, observaremos que el derecho de separación creado por la ley comentada halla más acomodo en los supuestos de *separatio ex iure crediti* que en los de *separatio ex iure domini*.

Ya en los primeros estadios de la singladura de la vigente Ley Concursal, siguiendo el mismo esquema de la legislación anterior, se puso de relieve por la doctrina que es requisito indispensable para que un bien pueda ser objeto de separación que este sea perfectamente identificable. Así, no cabría la separación, por ejemplo, del dinero (salvo que sean monedas concretas determinadas), ni de los valores representados mediante instrumentos informáticos. (Por todos, “comentarios de la Ley Concursal, por Ángel Rojo y Emilio Beltrán”). Con esta premisa, cae por su propio peso que, confluyendo diversos fondos de diversos usuarios de servicios de pago en una misma cuenta separada, la propia fungibilidad del dinero hace inviable la separación del mismo en los términos expresados en el artículo 80 LC. Bien podría intentarse una interpretación en el sentido de entender la concurrencia de un supuesto de separación ex artículo 80 LC, no tanto del dinero como bien, sino del crédito que ostenta el depositante de los fondos para ejecutar órdenes de pago frente al proveedor de servicios de pago. Esta interpretación, no obstante, casa mal con la estructura básica de la separación de derechos de crédito, consistente en que el deudor-concursado cede el crédito que ostenta contra un tercero, a un cesionario, quien está legitimado para exigir que ese derecho no se incluya en la masa activa del concurso del cedente. Y ello, básicamente, porque el proveedor de servicios de pago ningún crédito contra terceros cede porque ningún crédito tiene. Antes bien, es deudor frente al usuario de servicios de pago y continuaría siéndolo, con independencia de que deposite los fondos en una cuenta bancaria o los invierta en fondos de bajo riesgo.

Así configurado, por más que la Ley de Servicios de Pago aluda expresamente a la separación, configurando, aparentemente, un nuevo supuesto de separación ex artículo 80 LC; en realidad, parece estar refiriéndose a un supuesto de *separatio ex iure crediti* o derecho de ejecución separada.

La Ley Concursal no regula expresamente los supuestos de ejecución separada, por más que, con las oportunas matizaciones, éstos se contengan en el artículo 56LC relativo a las ejecuciones de garantías reales, 84.1LC en relación con los créditos contra el cónyuge del concursado que además lo sean de la masa pasiva y, en su concepción más tradicional, en el artículo 76.3LC, en relación con la ejecución separada de garantías sobre buques y aeronaves.

En estos términos, la remisión que la Ley de Servicios de Pago hace al régimen de la Ley Concursal para regular el derecho de separación de los usuarios de servicios de pago queda totalmente desdibujada, ya que, no teniendo encaje en lo previsto en el artículo 80LC, se debe de hacer un esfuerzo intelectual para subsumir alguno de los tres regimenes citados (el regulado en los artículos 56LC, 84.1 o 76.3LC) al supuesto previsto en el artículo 10 de la Ley de Servicios de Pago.

A priori, no parece aplicable el régimen previsto en el artículo 84.1LC, pues el supuesto de hecho es completamente diferente. Así, el artículo 84.1 LC excluye de la masa pasiva a aquéllos créditos contra el cónyuge del concursado casado en régimen

de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes. Contrariamente, el artículo 10 de la LSP lo que plantea es excluir de la masa activa aquellos fondos destinados a servicios de pago que están llamados a satisfacer a los usuarios de servicios de pago que los hayan entregado. En el supuesto contemplado, además, en el citado artículo 84.1LC la finalidad de la exclusión de la masa pasiva es el hecho de que el acreedor del concursado persona casada puede satisfacer su crédito al margen del concurso, mientras que la finalidad del supuesto establecido en el artículo 10 de la Ley de Servicios de Pago es evitar que el activo constituido por los depósitos reseñados, pueda servir para satisfacer a otros acreedores que no sean los usuarios de servicios de pago.

Parece, pues, que la solución habría de pasar necesariamente por considerar que los usuarios de servicios de pago tienen un privilegio especial, en los términos establecidos en los artículos 56LC y 90.1LC o, derecho de ejecución separada sobre los fondos depositados, tal y como viene regulado en el artículo 76.3LC.

En el caso del artículo 56LC, parece que mal encaje tiene en el mismo el artículo 10LSP, puesto que se refieren a supuestos completamente diferentes. Sin embargo, los efectos propios de los créditos con garantía real, que son la consideración de éstos como crédito con privilegio especial, sí pueden obedecer al mismo espíritu que el derecho de separación establecido sobre los fondos depositados para la ejecución de servicios de pago. De hecho, en una de sus manifestaciones, esto es, en el supuesto de que el proveedor de servicios de pagos opte por invertir los depósitos en valores de bajo riesgo, la naturaleza de crédito con privilegio especial podría derivarse directamente de la aplicación de lo previsto en el artículo 90.1.5LC referido a los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados, siempre y cuando, claro está, se admita que la Ley de Servicios de Pago está constituyendo en su artículo 10 un derecho de garantía real legal.

En este supuesto, el pago de los créditos derivados de los fondos destinados a ejecución de órdenes de pago lo sería en los términos establecidos en el artículo 155LC; esto es, dichos créditos se satisfarán con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva.

Ningún sentido tendrá, por el contrario, el plazo de espera de un año establecido en el artículo 56.1LC, toda vez que no parece que se pueda considerar a dichos depósitos bienes afectos a la actividad profesional o empresarial. Asimismo, ningún sentido parece tener los párrafos 3 y 4 del citado artículo 155LC, destinados a las reglas de enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial. Quizás pudieran tener cierta aplicación dichas reglas en el supuesto de que los activos no estén depositados en una cuenta corriente sino invertidos en productos financieros de bajo riesgo, tal y como faculta la Ley de Servicios de Pago. Así, sería factible autorizar la venta directa del producto financiero con subsistencia de la afección del mismo al privilegio, consiguiendo beneficiarse el adquirente, únicamente, y en su caso, de los intereses a percibir por dicho producto financiero. Piénsese, por ejemplo, en productos de renta fija, como pudieran ser obligaciones subordinadas o participaciones preferentes que en el momento de la declaración de concurso estén cotizando por debajo de su valor nominal. En este caso, fundamentalmente en el de las obligaciones subordinadas sometidas a término, puede resultar más interesante transmitir las a un tercero que se beneficie de los intereses, mientras que mantiene la inversión a la espera de que se recupere el valor de cotización, que realizar la inversión a un valor inferior del nominal, con la consiguiente pérdida de valor para los titulares de los depósitos.

Por el contrario, si los fondos adscritos a ejecuciones de órdenes de pago no están invertidos en productos de bajo riesgo, sino depositados en una cuenta corriente, la ejecución de los mismos es tan inmediata como si de un derecho de separación *ex iure domini* se tratase.

Mayor relevancia tiene la previsión contenida en el segundo párrafo del apartado tres del artículo 155LC.

*“Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta.”*

Hay que recordar que el artículo 10 de la LSP establece que los fondos recibidos de los usuarios de servicios de pagos no se mezclaran en ningún momento con los fondos de ninguna persona física o jurídica que no sean usuarios de servicios de pago en cuyo nombre se dispone de los fondos, pero guarda silencio respecto del hecho que estos fondos no se puedan mezclar entre sí, supuesto lógico y en el que entraría en juego la aplicación del párrafo transcrito. Tal previsión no tendría especial relevancia en el caso de que los fondos no estuvieran invertidos sino depositados en una cuenta corriente. Cuestión diferente sería que dichos fondos estuvieran invertidos y que, además, el valor de la inversión fuera inferior al valor del crédito garantizado. En este supuesto ¿Se debería entender que los fondos no se han mezclado y por lo tanto, cada usuario de servicio de pago ostentaría un privilegio especial sobre los productos en los que se hubiera invertido sus fondos? ¿Se aplicaría el artículo 155.3 segundo párrafo en toda su extensión y, por lo tanto, los usuarios de servicios de pagos ejecutarían sus créditos en función de la antigüedad de sus depósitos? Ciertamente, son dudas que sólo la interpretación que se realice en sede judicial podrá despejar.

Hay que referirse, finalmente, a la posibilidad de que los fondos destinados a ejecuciones de pagos sean considerados, por analogía con lo previsto en el artículo 76.3LC, activos susceptibles de separación. Sin embargo, tal consideración no parece que aporte nada nuevo al supuesto ya analizado, en el cual consideramos que tales fondos son objeto de crédito con privilegio especial. La ejecución separada del dinero o su separación en realidad, tienen idéntico resultado. En un caso, las reglas de ejecución vienen determinadas por la Ley Concursal. En otro, por normativa ajena al concurso. Sin embargo, debido a la fungibilidad e inmediata liquidez del dinero y el hecho de que no se precisa ejecución alguna para devenir líquido un activo que, de suyo, ya lo es, la diferenciación entre ejecución separada o separación es del todo irrelevante.

### **B) Modificación del 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.**

La Disposición Final Octava de la Ley de Servicios de Pago, modifica 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 (en adelante RDL), en el sentido de incorporar un segundo párrafo al apartado 2 del artículo 16.

A resultas de la modificación operada, el artículo decimosexto queda redactado en los siguientes términos:



**“Artículo decimosexto. Liquidación anticipada.**

1. La declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente de las operaciones financieras realizadas en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con este no podrá verse limitada, restringida o afectada en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa.

2. 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 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.

**En caso de concurso, en tanto se mantenga vigente el acuerdo de compensación contractual, será de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del [artículo 61.2 de la Ley Concursal](#). Si el acuerdo fuese resuelto con posterioridad a la declaración de concurso, será de aplicación lo establecido en el [artículo 62.4 de la Ley Concursal](#).**

3. Las operaciones financieras o el acuerdo de compensación que las regula no podrán ser objeto de las acciones de reintegración que regula el [artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal](#), salvo mediante acción ejercitada por la administración concursal en la que se demuestre perjuicio en dicha contratación.”

La inclusión operada no puede dejar de ser aplaudida, en tanto a la seguridad jurídica que aporta. Como es de ver, la interpretación sobre los efectos de la declaración de concurso sobre los acuerdos de compensación financiera y la calificación del importe resultante de la liquidación de los mismos viene siendo heterogénea en sede judicial, y basada en criterios no tanto jurídicos como de justicia material o espíritu del concurso.

La interpretación del artículo 16 RDL, en su redacción anterior a la modificación que comentamos, dejaba sin resolver cuestiones de tal calado como es la de los efectos que la declaración de concurso había de tener sobre los acuerdos de compensación o la calificación de los créditos derivados de estos acuerdos de compensación. Esto es así porque, *prima facie*, parece que el único efecto real que parece tener el artículo 16 RDL es, por una parte, añadir un supuesto incardinable en el artículo 63.2 LC; “*lo establecido en los artículos anteriores no afectará... a la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes*”; y, en segundo lugar, permitir que el crédito o deuda a contemplar derive de una liquidación posterior a la declaración de concurso

En efecto ¿Qué ocurre cuando el acuerdo de compensación contractual no se resuelve por efectos de la declaración de concurso de uno de los co-contratantes, sino que se mantiene en vigor? El artículo 16 RDL no daba respuesta a este interrogante, sino que se limitaba a manifestar que la resolución o declaración de vencimiento anticipado o efectos equivalentes de operaciones financieras en el marco de acuerdos de compensación no podrán verse afectadas por un procedimiento concursal, pero nada se decía sobre cual era el efecto que la declaración de concurso hubiera de tener sobre esos acuerdos de compensación contractual en el caso que éstos no se resolvieran o vencieran anticipadamente con la declaración de concurso. A tal efecto, si interpretamos el artículo 16 RDL conjuntamente con los artículos de la LC dedicados a regular los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, nos encontramos con dos posibles escenarios:

Un primer escenario en el cual entendamos que los acuerdos de compensación contractual son contratos con obligaciones recíprocas pendientes a cargo de una sola de las partes, siendo aplicable lo previsto en el artículo 61.1LC

Un segundo escenario en el cual entendamos que los acuerdos de compensación contractual son contratos con obligaciones recíprocas pendientes a cargo las dos partes siendo aplicable, entonces, lo previsto en el artículo 61.2 LC

Que optemos por entender que procede la aplicación del artículo 61.1 LC o 61.2 LC tiene efectos trascendentales en la calificación de la deuda derivada de la liquidación de los acuerdos de compensación financiera, pues en caso de que entendamos que tales acuerdos instrumentan contratos con obligaciones recíprocas pendientes por una sola de las partes, la liquidación, independientemente del momento en que se produzca, tendría carácter concursal. Sin embargo, en el caso de entendamos de que los acuerdos de compensación contractual instrumentan contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, a cargo de las dos partes, podría llegar a ser de aplicación lo previsto en el artículo 84.2.6 LC, entendiendo que la liquidación, siendo posterior a la declaración de concurso, tendría carácter de crédito contra la masa.

La dicción literal del artículo 16 RDL parece partir de la consideración de que el crédito derivado de la liquidación de un acuerdo de compensación contractual tiene carácter de crédito concursal. Así, expresamente, establece que se incluirá como crédito o deuda de la parte incurso el importe neto de las operaciones financieras amparadas en el acuerdo de compensación. La expresión, “se incluirá como crédito o deuda” no deja lugar a dudas sobre la calificación concursal que ha de tener la deuda.

Contrariamente, la realidad ha demostrado que las entidades financieras, justificándolo alternativa o acumuladamente en el hecho de que el vencimiento anticipado del contrato se ha producido con posterioridad a la declaración de concurso, o de que la liquidación del mismo se ha producido con posterioridad a aquélla, ha defendido reiteradamente que el crédito derivado de la liquidación de los acuerdos de compensación contractual tiene carácter de crédito contra la masa. Así se entendió inicialmente por la jurisprudencia (Sentencia Juzgado Mercantil 1 de San Sebastián, de 27 de julio de 2007) que, sin entrar a analizar la naturaleza de la operación controvertida, aplica el artículo 61.2LC y, en relación con los artículos 15 y 16 del RD, entiende que la deuda derivada de la liquidación de un contrato de swap se debe calificar como crédito contra la masa.

Sin embargo, la jurisprudencia posterior ha sido heterogénea y ha abierto nuevos interrogantes. El Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona, en sentencia de 19 de noviembre de 2008, con mayor criterio, aplica asimismo el artículo 61.2LC, pero concluye que la extinción de un contrato con obligaciones recíprocas tras la declaración de concurso no implica, en todo caso, que el saldo a favor del tercero tenga la consideración de crédito contra la masa, sino que es necesario que así se disponga expresamente, como acontece con las resoluciones por incumplimientos posteriores al a declaración del artículo 62, último párrafo de la Ley Concursal. El juzgador analiza la estructura de los contratos básicos de swap, y advierte que éste, habitualmente, se compone de un contrato marco al que se vinculan diversas operaciones concretas de confirmación de operaciones de swap.

A partir de este presupuesto, entiende el juzgador que aquellos casos en que la declaración de concurso se produzca durante la vigencia de un contrato de swap, siempre que el contrato haya vencido o haya sido resuelto con motivo de la declaración de concurso y no se cierren nuevas operaciones, el saldo resultante tendrá la consideración de crédito ordinario (esto es, concursal) aunque dicha liquidación se produzca con posterioridad a la apertura del procedimiento concursal, independientemente de que el contrato se liquide una vez declarado el concurso. En la reciente Sentencia de 30 de noviembre de 2009, dictada por el mismo juzgado, se va

un paso más allá, al concluir que no cabe la aplicación del artículo 61.2 LC, pues no cabe hablar de prestaciones pendientes de cumplimiento a cargo de la entidad financiera, interpretación ratificada por dicho juzgado en la más reciente de 25 de enero de 2010.

En el mismo sentido se pronuncian las posteriores sentencias de 4 de junio de 2008, dictada por el Juzgado Mercantil 1 de Málaga y, la reciente, de 31 de julio de 2009, del Juzgado Mercantil 2 de Pontevedra. Ambas sentencias aplican *de facto* el artículo 61.2 LC y expresamente el artículo 62.4 LC, en otro supuesto de falta de resolución o declaración de vencimiento anticipado de un contrato de swap tras la declaración de concurso. Concluyen las citadas sentencias que respecto de los importes vencidos con anterioridad a la declaración de concurso el crédito debe calificarse como crédito concursal ordinario, con independencia del momento de liquidación del swap; mientras que la parte de los importes, por vencimiento y cancelación, posteriores a la declaración de concurso, deben calificarse como crédito contra la masa.

Finalmente, la Sentencia del Juzgado Mercantil 4 de Barcelona de 28 de septiembre de 2009 subdivide los contratos de swap en dos tipos; los autónomos, que vendrían a tener naturaleza meramente especulativa, y los vinculados a operaciones de crédito que, en puridad, serían considerados como los acuerdos de cobertura de intereses, cuya finalidad es proteger al acreditado o prestatario de las fluctuaciones del tipo de interés.

Partiendo de esta distinción, con fundamento en el espíritu del concurso, considera que el contrato de cobertura de intereses ha de seguir la misma calificación que merecen los intereses (esta es, subordinada, de conformidad con el artículo 92.3LC), salvo que continúe en vigor en el momento de declaración de concurso, en cuyo caso aplica lo previsto en el artículo 61.2 LC y entiende que el crédito derivado de la liquidación del swap, incluidos intereses, debe de ser considerado crédito contra la masa.

Por el contrario, el juzgador entiende que en el caso del contrato de swap autónomo, puede gozar de dos naturalezas, una primera de contrato bilateral, con pleno encaje en el artículo 61.2 LC, y otra de contrato sobre pago de intereses de un importe nominal. En el primer caso, al tratarse de un contrato meramente especulativo, su liquidación no puede disfrutar del carácter de crédito contra la masa, al tratarse de un resultado "irracional". En el segundo, aun no siendo los pagos técnicamente intereses, deben seguir el mismo tratamiento concursal. Finalmente, determina la sentencia comentada que, declarado el concurso, los contratos de permuta financiera autónomos deben extinguirse por efecto de la Ley, (El artículo 59 impone la suspensión del devengo de intereses), interpretación que parte del entendimiento que tales contratos lo son sobre intereses y, por tanto, su tratamiento concursal ha de seguir el de los intereses.

No deja de sorprender que todas las sentencias comentadas en relación con el artículo 16 del RDL hagan referencia a contratos de swap. Sin embargo, la sorpresa es menor si analizamos las mismas bajo el crisol de la de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de noviembre de 2008 que, en un profuso análisis, delimita el concepto de acuerdo de compensación contenido en el RDL. Al efecto, la sentencia establece expresamente:

*"...el acuerdo de compensación a que se refiere el artículo 5 del RDL sería el denominado en la práctica financiera acuerdo de netting, un contrato marco que celebran dos entidades en el ámbito del cual celebran distintas transacciones que necesariamente se integran en aquél para ser consideradas como un negocio único, y en virtud del cual se produce la sustitución de una pluralidad de deudas y créditos recíprocos derivados de determinadas operaciones financieras por una única deuda o crédito cuyo importe será la suma neta de los importes de cada una de*

*las deudas y créditos recíprocos derivados de dichas operaciones financieras, los cuales tendrán plena vigencia, aun cuando cualquiera de las partes participantes en el netting se encuentren incursas en un procedimiento concursal.”*

A la vista de la definición transcrita, es de ver que son los contratos de swap, o permuta financiera, los que entre los habituales en la práctica financiera, encajan mejor en el concepto de acuerdos de compensación financiera definido por el RDL. Hasta tal punto es así que, la sentencia del Juzgado Mercantil 2 de Barcelona de 30 de noviembre de 2009 identifica los acuerdos de compensación financiera con los swap: *“...el objeto y fin de la citada norma (Art. 16 RDL) no parece que sea rectificar la exhaustiva enumeración de supuestos que la LC considera créditos contra la masa, sino dar respuesta a la específica problemática planteada por los contratos de swap en el ámbito concursal.”*

El legislador, así, clarificando la interpretación del artículo 16 LC, ha zanjado también, al menos, la heterogénea interpretación del tratamiento jurídico en el concurso de los contratos de swap, al establecer, en primer lugar que éste no se tendrá necesariamente por resuelto con la declaración de concurso, salvo que el propio contrato prevea el vencimiento anticipado o la resolución o efecto equivalente. En segundo lugar, dota a los contratos de swap, a efectos de concurso, de carácter de contratos con prestaciones recíprocas pendientes a cargo de ambas partes y remite las consecuencias de resolución del contrato con posterioridad a la declaración de concurso a lo previsto en el artículo 62.4 LC. En consecuencia, hemos de entender que resuelto un contrato de swap (el legislador continúa sin hacer distinciones entre los contratos de swap autónomos y los vinculados a operaciones de crédito) su liquidación tendrá carácter concursal, si el contrato ha sido resuelto en el momento de la declaración de concurso, y concursal, en cuanto a las liquidaciones derivadas de devengos producidos hasta la declaración de concurso y contra la masa las posteriores liquidaciones, para el supuesto de que el contrato siga vigente con posterioridad a la declaración de concurso.

Queda, sin embargo, sin resolver, el debate sobre si los contratos de swap instrumentalizan pagos o intereses. Al efecto, en lo que respecta a contratos de swap autónomos o especulativos, no cabe duda de que la nueva dicción del artículo 16 RDL prevé mantenimiento de su vigencia, con lo que, difícilmente puede entenderse que quepa la aplicación del artículo 59 LC y, por tanto, la resolución automática por la declaración de concurso.

Por el contrario, en el supuesto de los contratos de swap vinculados a operaciones de crédito o contratos de cobertura de intereses, a mi entender, sí podría aplicarse el régimen concursal de los intereses, ya que éstos son contratos sobre intereses en el sentido más estricto. De este modo, la liquidación producida por devengos anteriores a la declaración de concurso, en esta modalidad de contrato de swap, debería recibir el tratamiento de créditos subordinados, de conformidad con el artículo 92.3 LC.