



Roj: **SJM B 50/2009 - ECLI: ES:JMB:2009:50**

Id Cendoj: **08019470042009100001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **28/09/2009**

Nº de Recurso: **807/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **LUIS RODRIGUEZ VEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado Mercantil 4 Barcelona

Gran Via de les Corts Catalanes, 111

08010 Barcelona

Impugnación de inventario/lista acreedores art.96

Incidente nº 807/2008

Dimana del CONCURSO 537/2007 - p

Parte demandante BANCO SANTANDER y BANSALEASE

Procurador ILDEFONSO LAGO PEREZ

Parte demandada ADMÓN CNCURSAL, BCN COMERCIAL FERRICA, S.A, GTA ACEROS Y MONTAJES, S.L y COFESA

FERRICA 2003, S.L

Procurador JOSE M<sup>a</sup> VERNEDA CASASAYAS

### **SENTENCIA**

En Barcelona, a veintiocho de septiembre de dos mil nueve.

Vistos por mí, Luis **Rodriguez Vega**, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil

**1.**

El procurador D. Ildefonso Lago, en representación de Banco Santander mediante demanda presentada el día 25/10/08 impugnó el informe de la administración concursal de BCN COMERCIAL FERRICA S.L. por no estar de acuerdo en el importe ni en el la clasificación de sus créditos.

2. El procurador D. Ildefonso lago, en representación de Banco de Santander mediante demanda presentada el día 29/10/08 impugnó el informe de la administración concursal de GTA ACEROS Y MONTAJES S.L.por no estar de acuerdo en el importe ni en el la clasificación de sus créditos.

3. El procurador D. Ildefonso lago, en representación de Banco de Santander mediante demanda presentada el día 29/10/08 impugnó el informe de la administración concursal de COFESA FÉRRICA 2003 S.L. por no estar de acuerdo en el importe ni en el la clasificación de sus créditos.

4. El procurador D. Ildefonso lago, en representación de BANSALEASE SA mediante demanda presentada el día 29/10/08 impugnó el informe de la administración concursal de GTA ACEROS Y MONTAJES S.L.por no estar de acuerdo en el importe ni en el la clasificación de sus créditos.



5. El procurador D. Ildefonso Iago, en representación de BANSALEASE SA mediante demanda presentada el día 29/10/08 impugnó el informe de la administración concursal de BCN COMERCIAL FEERICA S.A..por no estar de acuerdo en el importe ni en el la clasificación de sus créditos.
6. El procurador D. Ildefonso Iago, en representación de BANSALEASE SA mediante demanda presentada el día 29/10/08 impugnó el informe de la administración concursal de COFESA FÉRRICA 2003 S.L. por no estar de acuerdo en el importe ni en el la clasificación de sus créditos.
7. Acordada la acumulación de las anteriores demandadas se dio traslado a la administración concursal y al concursado para su contestación.
8. Con fecha 8/05/09 se celebros vista en la que las partes se ratificaron en sus pretensiones y no siendo necesaria la practica de prueba se dio por concluido el incidente para sentencia.
9. Se han observado las formalidades legales excepto el plazo para dictar sentencia debido al cúmulo de asuntos que tramita este Juzgado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Contratos de financiación avalados.

1. La primera cuestión que se plantea, en la primera de las demandas acumuladas del Banco de Santander contra BCN Comercial Ferrica, es la subordinación de los contratos de préstamo, crédito y negociación de efectos mercantiles garantizados por las empresas del grupo y sus administradores, pretendiendo que se clasifique conforme corresponde sin tener en cuenta la especial relación de los avalistas con la concursada, pretensión aceptada por la administración concursal a la vista de la reciente reforma legal RDL 3/2009.

Las permutas financieras de intereses (**swap** de intereses)

2. La segunda cuestión planteada por el Banco de Santander se refiere a la clasificación de los créditos derivados de las permutas financieras de intereses. Ante todo me gustaría precisar la cuestión que aquí se suscita se limita a determinar el tratamiento y clasificación en el procedimiento concursal de este tipo de contratos.

3. Según Sergio Zamorano Roldan el **swap** es "un contrato bilateral en virtud del cual cada una de las partes se obliga a entregar a la otra, en los términos pactados, sumas de dinero determinadas o determinables según parámetros objetivos, y calculadas sobre un capital de referencia invariable".

4. De los diferentes tipos posibles de **swap**, el que ahora nos interesa el llamado **swap** de intereses. Este tipo viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca Privada (Pág. 10) como "aquella operación (léase contrato) por la que las partes acuerdan intercambiarse ente si pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada".

5. En nuestro caso simplificado, para tratar de hacer comprensible algo realmente difícil de entender, se trata de un contrato suscrito entre el banco y su cliente (el concursado), por el que ambas partes se obligan recíprocamente pagar la suma de dinero, resultante de aplicar un determinado tipo de interés diferente (fijo contra variable, variable contra variable) calculado sobre un determinado importe de capital. Este contrato es objeto de liquidaciones periódicas en función de las cuales el Banco o el cliente resultan acreedores o deudores.

6. En general este tipo de acuerdos (swaps) pueden nacer como contratos autónomos, pero también pueden configurarse como contratos vinculados a otras operaciones de pasivo. Concretamente lo habitual en los **swap** de intereses es que el importe nominal sobre el que se aplican los diferentes tipos de interés pactados, venga determinado por el importe del capital prestado por el banco al cliente en otra u otras operaciones de pasivo. De esta manera el **swap** de intereses no se suele configurar como un contrato autónomo, sino un contrato vinculado a otro principal que es el contrato de préstamo o crédito, mediante el cual se modifica el pacto de intereses.

7. La causa concreta de este tipo de swaps es reducir los riesgos de las oscilaciones de los tipos de intereses y con ellos reducir los costes financieros de las operaciones crediticias, no es sencillamente la especulación. Por ello, han de vincularse esas operaciones, la operación de préstamo o crédito y la permuta financiera, cuya suerte han de seguir, y clasificarse conjuntamente con ellas.

8. Desde este punto de vista, el **swap** es un contrato que modifica el pacto de intereses de un préstamo, mediante una apuesta o, si queremos, una previsión, relacionada con la oscilación anual de los tipos de interés,



de tal manera que si el prestatario gana, el banco tiene que devolver parte de los intereses recibidos por ese préstamo, si es el banco quien gana el prestatario ha de pagar un interés superior al que estaba pactado en el préstamo.

9. Por ello entiendo que, desde el punto de vista concursal, el contrato de **swap** de intereses ha de seguir la clasificación que corresponde al contrato al que está vinculado. Los pagos que el concursado ha de hacer como consecuencia de la liquidación son intereses, por lo que han de ser clasificados como subordinados ( art. 92.3 LC ).

10. Si por casualidad fuera el concursado el que hubiera que recibir pagos del banco, estos irían a disminuir el crédito del banco por intereses, pero el banco tampoco tendría que pagar al concursado, manteniendo conforme el art. 16 RDL 5/2005 la validez del acuerdo de compensación contractual. Se trata de liquidar los intereses que el concursado tiene que pagar y clasificarlos oportunamente como subordinados.

11. Excepcionalmente, cuando el contrato **swap** venga vinculado a un contrato de crédito vigente en el momento de declaración de concurso, que no haya sido resuelto unilateralmente por la entidad financiera como consecuencia de dicha declaración, en coherencia con aquella postura, el crédito derivado de la liquidación del contrato de crédito, incluidos sus intereses, ha de ser considerado como un crédito contra la masa, art. 61.2 LC , por tratarse de un contrato de prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes a la fecha de la declaración de concurso.

12. En la hipótesis que la permuta financiera o **swap** de interés fuese un contrato autónomo, no vinculado a otras operaciones financieras, hay dos opciones, la primera, consiste en considerar el contrato como un contrato bilateral, con obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes después de la declaración de concurso, y , la segunda, considerar que se trata de un contrato sobre el pago de intereses de un importe nominal.

13. La primera opción obligaría a clasificar el crédito derivado de la liquidación como una crédito contra la masa, art. 61.2 LC , y por tanto prededucible de la masa, art. 154 LC . El resultado de esa valoración es absolutamente irracional desde principio concursal, ya que a un contrato meramente especulativo, en el que no hay transferencia de capital, pero en el que los pagos son el resultado del cálculo de unos intereses, se le daría un tratamiento mucho más beneficioso que a un préstamo, en que ha habido transferencia de capital, cuyos intereses, retributivos o moratorios, se subordinaban.

14. En la segunda opción chocamos con un problema respecto de la naturaleza de los pagos, ya que no son estrictamente hablando intereses. El importe nominal, sobre el que se aplican los tipos pactados, no responde a una transmisión de capital, por lo que los pagos no son técnicamente a intereses, entendido éstos como la retribución o producto de un capital. Ahora bien, no cabe la menor duda que todos los cálculos se hace como si de intereses se trataran sobre un capital ficticio (nominal), pero lo que creo que deben de tener el mismo tratamiento concursal como si se tratara de intereses en sentido estricto, solución que es la que creo que debo de seguir al ser mas acorde con las reglas generales del concurso.

15. Declarado el concurso el art. 59 LC impone la suspensión del devengo de intereses, por ello declarado el contrato deben de extinguirse los contratos de permuta financiera de intereses por efecto de la ley. Esas operaciones deben de ser liquidadas por el banco a la fecha de declaración de concurso, art. 16 del RDL 5/2005 , ya que la declaración de concurso no debe afectar a esas operaciones, y su resultado debe ser considerado como un crédito concursal y subordinado, conforme lo previsto en el art. 92.2 LC , al tratarse de un crédito de intereses anterior a la declaración de concurso.

16. Resumiendo, la administración concursal debe:

A) Determinar si el contrato de **swap** está vinculado a algún otro contrato de préstamo o crédito.

A.1. Si se trata de un contrato de préstamo o un contrato de crédito resuelto a la fecha de la declaración de concurso, la operación de permuta financiera de intereses debe ser liquidada a esa misma fecha, su resultado sumado o restado de la deuda de intereses que la póliza principal haya generado, reconocer el resultado y clasificarlo como un crédito subordinado.

A.2. En el supuesto que se tratara de un contrato vinculado a un contrato de crédito vigente después de la declaración del concurso, deberá, o bien, procederse a su resolución conforme a lo previsto en el art. 61 LC , o bien, caso de no instarse su resolución por ser de interés para el concurso, deberá de ser considerado como un crédito contra la masa como lo sería el crédito derivado de la póliza de crédito vigente, art. 61.2 LC .

B) Si la administración concursal no puede vincular el contrato de permuta financiera a ninguna operación de pasivo, de tal manera que se tratara de un contrato autónomo, deberá considerarse extinguido el contrato a la



fecha de declaración del concurso, el banco debe de proceder a su liquidación a esa fecha y la administración concursal debe de reconocer el resultado y clasificar como un crédito subordinado.

17. En definitiva se trata de clasificar las obligaciones derivadas de los swaps de intereses, como lo que realmente son, intereses de un importe nominal, normalmente vinculado a determinadas operaciones de pasivo concertadas entre el Banco y la concursada, pero en cualquier caso intereses.

La clasificación de los contratos de arrendamientos financieros inscritos y no inscritos

18. La entidad actora tiene suscrito con la concursada un contrato de arrendamiento financiero y pretende que las cuotas de dicho crédito devengadas con posterioridad a la declaración del concurso se clasifiquen como crédito contra la masa, pretensión a la que se opone la administración concursal.

19. En la solución del problema planteado juegan varios preceptos, el primero, el art. 84.2.6º LC en el que se dice que: "Tienen la consideración de créditos contra la masa: (...) Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado". El segundo, el apartado séptimo de dicho art. 84 LC que dice que "Los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, en los de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta Ley, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado". El tercero de los preceptos en liza, es el art. 90.1.4 LC según el cual: "Son créditos con privilegio especial: (...) Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago". El cuarto, el apartado segundo del art. 155 LC que dispone que "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior (pago de créditos con privilegio especial con cargo a los bienes afectos), en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del art. 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial".

20. El primero de estos preceptos tiene un carácter general, aplicable a los contratos de obligaciones recíprocas a cargo del concursado, y resulta indudable que los contratos de arrendamiento financiero son contratos que imponen a las partes obligaciones recíprocas, pero lo esencial es que se trata de contratos de prestaciones recíprocas, en el que una de las partes, el arrendador financiero ha cumplido íntegramente sus obligaciones.

21. En estos casos, conforme lo establecido en el art. 61.1 LC, hay que incluir el crédito íntegramente en la lista de acreedores. Así dicho precepto dice que: "En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso".

22. Eso supone que estamos ante un crédito concursal, es decir, que las cuotas que vayan vencido a lo largo del concurso no son créditos contra la masa, ya que a éstas no les es aplicable el apartado 6º del número segundo del art. 84 LC, que se refiere únicamente a los supuestos previstos en el apartado segundo del art. 61 LC, es decir, a los contratos bilaterales en las que, después de la declaración de concurso, existan prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Este último apartado precepto nos dice que "La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa".

23. La Ley Concursal distingue, pues, claramente el régimen de clasificación de los créditos procedentes de contratos de prestaciones recíprocas, en función de su situación a la fecha de declaración de concurso. Si a esa fecha una de las partes ha cumplido íntegramente su prestación, el crédito es concursal, por el contrario, si a esa fecha las obligaciones que constituyan la contraprestación principal de la otra, estén pendientes de cumplimiento por ambas partes, las prestaciones pendientes a cargo del concursado son créditos contra la masa. Solo a estos últimos, les es aplicable a la clasificación de créditos precita en el 84.2.6 tan citado.



24. Como he dicho los contratos de arrendamiento financiero son aquellos en los que el arrendador se compromete a adquirir de un tercero (vendedor) un bien, para después ceder su uso al arrendatario financiero a cambio de una cuota, que incluye, una parte del coste de adquisición de bien, los gastos de financiación (intereses) y el impuesto indirecto correspondiente a esta operación (IVA). Se trata indudablemente de un contrato cuya finalidad es financiar la adquisición o el uso de un bien necesario para la actividad empresarial del deudor, al finalizar el contrato, el arrendador habrá recuperado el precio de la compraventa (total o parcialmente), invertido en la adquisición del bien, más los intereses (gastos financieros) correspondientes a esa operación, y el arrendatario podrá optar por adquirir el bien, pagando el precio residual (habitualmente coincidente con una última cuota) o devolver el bien si lo considera obsoleto para sus actividades empresariales. Se trata de un contrato bancario que solo puede ser estipulado por una entidad de crédito.

25. Así viene definido el contrato en la DA séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en cuyo apartado primero se dice que "Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el núm. 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario".

26. En la cuota hay que diferenciar la partes que corresponde a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora (precio del bien), excluido el valor de la opción de compra, y la carga financiera exigida por la misma (intereses), y el gravamen indirecto que corresponda ( art. 115 Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades), lo que evidencia que no estamos ante un mero arrendamiento de un bien, sino a un contrato en el que se pretende financiar la adquisición onerosa de un bien necesario para desarrollar dicha actividad empresarial.

27. La sociedad de leasing cumple sus obligaciones contractuales cediendo el bien adquirido por encargo del arrendador, situación que así se declara en muchos contratos tipo de arrendamiento financiero, y al mismo tiempo cede sus acciones contra terceros que pueda perturbar al cesionario y contra el vendedor por saneamiento. En definitiva trata de desentenderse de todo lo que se refiera a las relaciones entre el vendedor y el cesionario del uso de la maquina, limitándose a financiar su adquisición o su uso temporal por parte del cesionario. Por eso sus obligaciones se agotan en la adquisición del bien señalado por el cesionario y la cesión de sus al éste, si esta obligación ha sido cumplida antes de la declaración del concurso, las únicas obligaciones pendientes de cumplimiento son las que están a cargo del deudor.

28. La Ley Concursal tiene un norma especial para calificar los créditos de arrendamiento financiero, esa norma, es el art. 90.1.4º LC, en el que se dice que "Son créditos con privilegio especial (...): Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero (...), a favor de los arrendadores (...), sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago". Dicho precepto no distingue entre las cuotas anteriores o posteriores a la declaración de concurso, sino que somete a todas ellas a la misma clasificación de créditos con privilegio especial sobre los bienes arrendados. Eso exige que los bienes arrendados, aun no siendo propiedad del deudor, figuren en el inventario como tales, ya que sobre ellos ha de hacerse efectivo el privilegio. Es curioso destacar que como la ley habla de garantía sobre "bienes arrendados con reserva de dominio o prohibición de disponer", expresión absolutamente contradictoria, ya que el arrendamiento en ningún caso transmite la propiedad o la factual de disposición del bien arrendado, por lo que una reserva de dominio o el pacto de disponer serían, en principio jurídicamente absurdos. El arrendador financiero solo cede el uso o goce del bien, nunca su propiedad, art. 1543 CC, por lo que no hay que reservarse los que no se transmite con ese tipo de contratos.

29. Lo que es imprescindible para reconocer ese privilegio es que el contrato haya tenido acceso el Registro de Bienes Muebles, art. 90.2 LC y art. 15 y DA 1ª de la Ley 28/1998, de 13 de julio de Venta a Plazos de Bienes Muebles, no basta que el contrato se haya formalizado en documento publico o en el modelo oficial, sino que el mismo ha de tener acceso al registro para que sea oponible a terceros. El contrato de arrendamiento financiero que formalizado en documento publico goza de fuerza ejecutiva contra el arrendatario, pero para que sea oponible a terceros es necesarios que conste inscrito en el Registro, como se desprende del art. 15 de la citada Ley, si no lo está el crédito ha de ser clasificado de ordinario.

30. En principio, el importe por el que se ha de incluir el crédito es el total adeudado, lo que comprende cuotas devengadas y las pendientes, sin perjuicio, de la modificación que se pueda derivar del ejercicio de la acción de recuperación del bien.



31. Respeto de las costas, no procede hacer especial imposición a la vista de las dificultades de interpretación de los mencionados preceptos de la nueva ley concursal, así como la ausencia de sólidos criterios jurisprudenciales.

#### FALLO

Estimo parcialmente la demanda incidental formulado por Banco de Santander SA y BansaLease SA, y, en consecuencia, acuerdo que la administración concursal proceda a rectificar el informe de conformidad con los criterios reseñados, sin hacer especial imposición de las costas.

Firmado, Luis **Rodríguez Vega**, magistrado-juez.

PUBLICACIÓN.La presente resolución ha sido leída en audiencia pública por el Sr. Juez que la firma en el día de su fecha, doy fe.

Recurso.- Contra esta sentencia no cabe interponer recurso alguno, sin perjuicio de la posibilidad de reproducir la petición formulada en segunda instancia con ocasión del recurso de apelación más próximo que pueda plantearse.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDJ