



Roj: **SAP M 870/2017 - ECLI: ES:APM:2017:870**

Id Cendoj: **28079370282017100015**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **18/01/2017**

Nº de Recurso: **554/2014**

Nº de Resolución: **19/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimo octava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2014/0164483

**ROLLO DE APELACIÓN: 554/14**

Materia: concursal

Procedimiento de origen: Incidente concursal núm. 814/2010

Órgano de procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid

**Parte apelante:** CATALUÑA BANC S.A.

Procurador: D. Argimiro Vázquez Guillén

Letrado: D. Antonio Vázquez Guillén

**Parte apelada:** RECOMAR S.A.

Procurador: D. Ángel Rojas Santos

Letrado: D. Francisco Javier Díaz -Galvez de la Cámara

**Parte apelada :** ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE RECOMAR S.A.

Procurador:

Letrado: D. Jose M<sup>a</sup> de la Cruz Bértolo

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D. ANGEL GALGO PECO

D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

**SENTENCIA NÚM. 19/2017**

En Madrid, a 18 de enero de 2017.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores D. ANGEL GALGO PECO , **D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS** y **D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA** , ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 554/14 los autos

del incidente concursal nº 814/2010 provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, el cual fue promovido por CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, TARRAGONA Y MANRESA (hoy CATALUÑA BANC) contra RECOMAR S.A. y su administración concursal siendo objeto del mismo acciones en materia concursal.

Han sido partes en el recurso como apelante, CATALUÑA BANC S.A y como apelada RECOMAR S.A. y su administración concursal, todos ellos representados y defendidos por los profesionales indicados en el encabezamiento.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 29 de julio de 2010 por la representación de CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, TARRAGONA Y MANRESA (hoy CATALUÑA BANC S.A.) contra RECOMAR S.A. y su administración concursal, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:

*" ... previos los trámites legales, se dicte Sentencia por la que se declare que el crédito de mi representada ha de ser reconocido como ordinario en cuanto a 48.539,98 €, sin contingencia alguna, con modificación del informe concursal y con incorporación al informe definitivo, todo ello con imposición de costas a la parte que se oponga a nuestras pretensiones "*

**SEGUNDO.-** RECOMAR S.A. presentó en tiempo y forma escrito de contestación a la demanda, en el que se opuso a las pretensiones formuladas de contrario. En cambio la Administración Concursal se allanó a la demanda.

**TERCERO.-** Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid dictó sentencia, con fecha 6 de junio de 2011 cuyo fallo era el siguiente:

*"ESTIMANDO PARCIALMENTE la impugnación formulada por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, actuando en nombre y representación de CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, TARRAGONA Y MANRESA contra la lista de acreedores contenida en el informe de la administración concursal, DECLARO: el crédito ya liquidado y derivado del CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS que ostenta la CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, TARRAGONA Y MANRESA frente a RECOMAR, S.A. , declaro que ha de incluirse en al lista de acreedores anexa al Informe de la Administración Concursal a favor de CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, TARRAGONA Y MANRESA por el importe de 48.539,88 euros, con la calificación de subordinado.*

*No ha lugar a imponer las costas de la presente instancia a ninguna de las partes. "*

**CUARTO.-** Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, TARRAGONA Y MANRESA (hoy CATALUÑA BANC S.A.) se interpuso recurso de apelación que fue admitido y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por las contrapartes.

**QUINTO.-** Recibidos los autos en fecha 28 de octubre de 2014 se procedió a la formación del presente rollo ante esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

Se han personado en esta alzada tanto la parte apelante como las partes apeladas.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 12 de enero de 2017.

**SEXTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA, que expresa el parecer del tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO: DESARROLLO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA.-**

1.- CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, TARRAGONA Y MANRESA, hoy CATALUÑA BANC S.A (en adelante CATALUÑA BANC) presentó demanda de impugnación de la lista de acreedores contenida en el informe provisional de la Administración Concursal (en adelante AC) de RECOMAR S.A. (en adelante RECOMAR).

2.- El motivo de la impugnación es que dicho informe reconoce un crédito contingente con la calificación de ordinario a favor de CATALUÑA BANC, que pretende ser sustituido por un crédito ordinario con una cuantía de 48.539,88 euros.



3.- La concursada se opuso a la impugnación, mientras que la AC se allanó a la demanda.

4.- La sentencia de primera instancia reconoció el crédito sin contingencia, tal y como se postulaba en la demanda, pero lo calificó de subordinado.

5.- Frente a la mentada sentencia se alza en apelación CATALUÑA BANC, con la oposición de la concursada y de la AC.

#### **SEGUNDO: HECHOS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO.-**

6.- En fecha 30 de julio de 2008, RECOMAR firmó con CATALUÑA BANC un contrato marco de operaciones financieras y simultáneamente una operación de permuta financiera de tipos de interés vinculada al contrato de préstamo 20130450 27 9619548849.

7.- CATALUÑA BANC comunicó en el concurso de RECOMAR un crédito por importe de 48.539,88 euros en concepto de liquidaciones mensuales derivadas del citado contrato de permuta financiera y de la cancelación de la operación de derivados

8.- La AC, en su informe provisional, calificó dicho crédito de contingente sin cuantía propia.

#### **TERCERO: CALIFICACIÓN DEL CRÉDITO**

9.- CATALUÑA BANK pretendió en la demanda que el crédito ordinario del que era titular fuera reconocido, también como ordinario, pero sin contingencia.

10.- CATALUÑA BANK no combate la subordinación de su crédito por incongruencia de la sentencia recurrida respecto de lo que fue objeto del incidente. Únicamente postula en su recurso que su crédito se califique de ordinario y no como subordinado.

11.- RECOMAR y la AC ya no mantienen en esta segunda instancia el carácter contingente del crédito, pero defienden su calificación como subordinado, tal y como hizo la sentencia de la anterior instancia.

12.- Planteados así los términos del debate, hemos de analizar si el crédito que ostenta CATALUÑA BANK es ordinario o subordinado, prescindiendo de su posible calificación como crédito contra la masa al amparo de lo dispuesto en 5.1 y 16.2 del Real Decreto 5/2005 de 11 de marzo, en relación con el artículo 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC).

13.- La sentencia de la anterior instancia califica el crédito discutido como de subordinado, al amparo de lo dispuesto en el art. 92.3º LC, por considerar que las liquidaciones del swap de tipo de interés objeto de autos tienen también el carácter de intereses.

14.- Los apelados mantienen este mismo criterio, partiendo del hecho de que el swap analizado es una operación vinculada a un contrato de préstamo.

15.- Este planteamiento es contrario al que ha mantenido esta Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en sentencias como las de 20 de diciembre de 2013 o 10 de julio de 2015.

16.- La finalidad de un contrato de permuta financiera, incluso si está ligado o relacionado con un contrato de préstamo o de crédito, no sería propiamente sustituir el pacto de intereses, sino garantizar la posición económica de las partes ante las modificaciones que el tipo pactado pudiera llegar a experimentar en el futuro.

17.- La causa contractual radica en la reducción de los riesgos inherentes a subidas o bajadas de los tipos de interés, pues los de carácter variable están sometidos a los cambios que marque el mercado. La finalidad y causa de los swaps sobre tipos de intereses es la gestión y cobertura de los riesgos financieros relacionados con éstos.

18.- La permuta financiera de tipos de interés es, por lo tanto, desde el punto de vista jurídico, un contrato autónomo e independiente de las operaciones de pasivo cuyo riesgo de tipo de interés pueda estar intentando cubrir. Ello es así porque el swap no entraña una novación del pacto de intereses de la operación u operaciones de pasivo a las que brinda cobertura.

19.- La función que cumple el pago de intereses en el marco de las relaciones contractuales es, en el caso de los de carácter remuneratorio, la de retribuir el uso de un capital ajeno y, en el caso de los de demora, la de actuar como una indemnización por retraso o por incumplimiento -componente resarcitorio- y como mecanismo desincentivador del incumplimiento o el cumplimiento tardío -componente sancionatorio-. En cambio, la causa del swap no es la remuneración de un capital prestado, ni tampoco la de actuar como instrumento para impulsar el cumplimiento de otro contrato; y además quién haya de ser el que finalmente quede obligado al pago frente a la otra parte será determinado por las oscilaciones de los tipos de interés, porque de ellas derivan los riesgos que las partes quieren cubrir al suscribir este tipo de contratos.



20.- Los pagos que se hagan entre las partes en virtud de las permutas financieras sobre tipos de interés no retribuyen nunca un préstamo o un crédito ni se produce una transferencia de capital en concepto de financiación por la entidad de crédito al cliente o viceversa.

21.- El mecanismo de la subordinación diseñado por la Ley Concursal contribuye, con un evidente criterio de justicia, a garantizar que, entre otros efectos, los componentes accesorios de las deudas (como los intereses) no se sobrepongan a los créditos principales. Pero las liquidaciones de un contrato de swap no tienen ese carácter accesorio sino que se derivan del cumplimiento de una obligación principal.

22.- La aplicación con carácter extensivo del artículo 92 de la LC para dar cabida a otros créditos, aparte de los que en él se relacionan, que hayan de resultar postergados en el seno de un concurso nos parece fuera de lugar, cuando la Ley Concursal no da pie, precisamente, a ese tipo de interpretaciones, pues se señala en su exposición de motivos (expositivo V) que la calificación de ordinarios de los créditos, constituye la regla general del concurso, a la que solo caben excepciones contadas y muy justificadas, que pueden serlo positivas (los privilegios) y negativas (la subordinación crediticia).

23.- Las sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 9 de enero de 2013, a que se refieren los apelados en apoyo de su tesis, no entran en este debate. Lo que se afirma en esas resoluciones, es que el contrato de swap desvinculado no genera créditos contra la masa, ya que no hay prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, pero no se analiza si esos créditos concursales deben ser ordinarios o subordinados.

24.- En consecuencia, procede la estimación del recurso y el reconocimiento como ordinario del crédito que ostenta CATALUÑA BANK por importe de 48.539,88 euros.

#### **CUARTO: COSTAS.-**

25.- En vista de la estimación del recurso de apelación, no procede efectuar especial pronunciamiento de las costas causadas en esta alzada, de conformidad con el núm. 2 del art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

26.- Las costas de primera instancia causadas a CATALUÑA BANC serán impuestas a RECOMAR, pero no a su administración concursal, ya que se allanó a la demanda ( artículos 394.2 y 395.1 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil )

#### **FALLO**

1º.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, TARRAGONA Y MANRESA S.A. (hoy CATALUÑA BANC S.A.) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, con fecha 6 de julio de 2011, en el seno del incidente concursal núm. 810/2010.

2º.- Revocamos dicha resolución y estimamos íntegramente la demanda deducida por CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, TARRAGONA Y MANRESA S.A. (hoy CATALUÑA BANC S.A.) contra RECOMAR S.A. y su Administración Concursal. En consecuencia, ordenamos rectificar la lista de acreedores contenida en el informe provisional, al objeto de que se reconozca a favor de la actora un crédito por importe de 48.369,88 euros con la calificación de ordinario.

3º.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por el recurso de apelación. Las costas de primera instancia causadas a la actora se imponen a RECOMAR S.A.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase, en su caso, a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente sentencia no es firme. Las partes podrán interponer ante este tribunal recurso de casación y/o recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. El recurso se presentará en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.