



Roj: **SAP M 14554/2015 - ECLI: ES:APM:2015:14554**

Id Cendoj: **28079370282015100230**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **19/10/2015**

Nº de Recurso: **158/2015**

Nº de Resolución: **285/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0066035

Rollo de apelación nº 158/2015

Materia: Derecho concursal. Reconocimiento de crédito contra la masa

Órgano judicial de procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid

Autos de origen: Incidente concursal 518/11 (concurso 30/10)

Parte apelante: MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L.

Procurador/a: D^a Carmen Ortiz

Cornago

Letrado/a: D. Manuel Cubedo Fort

Parte apelante: ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L.

Parte apelada: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Procurador/a: D. Esteban Jabardo Margareto

Letrado/a: D^a Natalia Bermejo Jorge

SENTENCIA n.º 285/2015

En Madrid, a 19 de octubre de 2015.

En nombre de S.M. el Rey, La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Angel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Enrique García García, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 158/2015, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid en el expediente de referencia con fecha 1 de abril de 2014 .

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador D. Esteban Jabardo Margareto presentó con fecha 3 de octubre de 2011 demanda en solicitud de sentencia "por la que se declare a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. como acreedora de la concursada por el importe de 4.216.055,76 euros, correspondiente a la liquidación del contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés con opción knock-out sobre acciones como crédito contra la masa a favor de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. y ordene a la administración concursal que se incluya el crédito de mi representado en la lista de acreedores, así como que se atienda su pago y satisfacción de acuerdo con la legalidad vigente".



SEGUNDO.- La ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L. presentó escrito de contestación interesando la desestimación de la demanda y formuló demanda reconvenzional frente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. y la CONCURSADA solicitando que se decretase la nulidad del contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés con opción knock-out sobre acciones suscrito por BBVA y MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L., dejando sin efecto lo ejecutado con su vigencia, con la obligación de las partes de restituirse las prestaciones a que hubiese dado lugar.

TERCERO.- La CONCURSADA presentó escrito de contestación y formulando demanda reconvenzional con un único suplico, en el que interesaba que se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: "- Se desestime íntegramente la demanda incidental formulada por la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA declarando no haber lugar a la condición de acreedor de esta última por importe de 4.216.055,76 euros correspondientes a la liquidación del contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés con opción knock-out sobre acciones, y no haber lugar a la inclusión de dicho crédito en la lista de acreedores ni, por consiguiente, a su satisfacción y pago./ - Estimar íntegramente la demanda reconvenzional formulada por MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L., en su pretensión principal, declarando la nulidad del contrato marco de operaciones financieras, así como la confirmación de permuta financiera de tipo de interés con opción knock-out sobre acciones de fecha 21 de enero de 2008, con condena en costas a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. y subsidiariamente/ - Estimar íntegramente la demanda reconvenzional formulada por MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L., declarando la resolución del contrato marco de operaciones financieras, así como la confirmación de permuta financiera de tipo de interés con opción knock-out sobre acciones de fecha 21 de enero de 2008, en interés de MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L. por incumplimiento de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., con condena en costas de esta última".

CUARTO.- La ADMINISTRACIÓN CONCURSAL presentó escrito con fecha de registro 30 de noviembre de 2011 (f. 240) solicitando "tener por subsanada la contestación a la demanda presentada por esta parte en el sentido de tener por integrada en la misma todas las alegaciones y fundamentos jurídicos que se contienen en la demanda reconvenzional, planteándose esa cuestión de nulidad del contrato por vía de excepción a la petición principal formulada al amparo de lo establecido en el artículo 408.2º y 3º de la LEC teniendo por no ejercitada ni interpuesta esa demanda reconvenzional".

QUINTO.- MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L. presentó escrito con fecha de registro 23 de febrero de 2012 (f. 261) en el que reformulaba el petitum de su escrito de contestación, en el sentido de que lo que se solicitaba era sentencia en los siguientes términos: "- Se desestime íntegramente la demanda incidental formulada por la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA declarando no haber lugar a la condición de acreedor de esta última por importe de 4.216.055,76 euros correspondientes a la liquidación del contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés con opción knock-out sobre acciones, y no haber lugar a la inclusión de dicho crédito en la lista de acreedores ni, por consiguiente, a su satisfacción y pago, con condena en costas".

SEXTO.- Con fecha de entrada 12 de marzo de 2012, MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L. presentó nuevo escrito (f. 267) solicitando que se le tuviese por desistida de la demanda reconvenzional.

Por providencia de fecha 6 de junio de 2012 (f. 272) se tuvo a MONTEVERDE por desistida de la demanda reconvenzional que había formulado.

SÉPTIMO.- Seguido el juicio por su trámite, el Juzgado de lo Mercantil, con fecha 1 de abril de 2014, dictó sentencia con el siguiente fallo: "I.- Con estimación de la demanda incidental interpuesta por BBVA, S.A., debo acordar y acuerdo reconocer a su favor un crédito contra la masa del concurso de MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L. por la cuantía de 4.216.055,76 euros./ II.- Debo declarar y declaro que no procede condena en costas para ninguna parte litigante".

OCTAVO.- Publicada y notificada la sentencia, MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L. y la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL interpusieron sendos recursos de apelación, los cuales fueron admitidos y tramitados en legal forma, habiendo formulado oposición a ambos BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A..

Elevadas las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial de Madrid, se procedió a la formación del correspondiente rollo, que se ha seguido con arreglo a los de su clase. La concursada no se personó. Para deliberación, votación y fallo se señaló el día 24 de septiembre de 2015.

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

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Angel Galgo Peco, que expresa el parecer del tribunal.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. ANTECEDENTES RELEVANTES Y TÉRMINOS EN LOS QUE SE SUSCITA EL DEBATE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

1.- La presente litis trae causa del incidente promovido por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. ("BBVA" en lo sucesivo) en el marco del concurso de MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L. (en adelante, "MGI") a fin de que se le reconociese como titular de un crédito contra la masa por importe de 4.216.055,76 euros. Dicha suma corresponde al importe de la liquidación a su vencimiento del "contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés con opción knock-out sobre acciones" que la demandante y la concursada tenían suscrito (a él nos referiremos como "EL CONTRATO"). La demanda se interpuso como reacción al escrito recibido por BBVA de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL rechazando su solicitud de que se le reconociese tal crédito y le fuese satisfecho.

2.- EL CONTRATO se convino el 16 de enero de 2008, documentándose con posterioridad. Tal como resulta del documento contractual, el acuerdo comprendía dos operaciones: una permuta financiera de tipos de interés (IRS o SWAP) y una opción knock-out sobre acciones de la entidad demandante. En la primera operación se señalaba como fecha de inicio el 16 de enero de 2008 y como fecha de vencimiento el 18 de enero de 2011, un importe nominal de 10.000.000 y como tipo de interés para MGI el euribor y para BBVA el euribor con un diferencial del 1,10%, pactándose como fecha de pago cada tres meses el día 18 comenzando el 18 de abril de 2008. La segunda operación es del tipo "put knock-out", figurando BBVA como comprador y MGI como vendedor, y en ella se señala como precio de ejercicio por acción ("strike") 14,76 euros y como nivel de knock-out el 105% del precio de ejercicio por acción, fijándose como fecha de ejercicio el 17 de enero de 2011.

3.- El trámite de la primera instancia registró diversas incidencias que conviene reseñar aquí, habida cuenta de su impacto en la solución que deba darse a la controversia que se nos somete.

3.1.- Tanto la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL como la CONCURSADA no se limitaron a contestar a la demanda solicitando su desestimación, sino que formularon demanda reconvencional: la primera, en solicitud de sentencia por la que se declarase la nulidad de EL CONTRATO (por concurrir vicios del consentimiento), la segunda, adicionando a tal solicitud (sustentada, además de en la causa señalada por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, en otras añadidas) la de que se declarase resuelto el contrato por incumplimiento, como pedimento subsidiario.

3.2.- Apreciando que las acciones ejercitadas en la demanda reconvencional podrían quedar fuera del elenco competencial del juez del concurso, el Juzgado acordó (diligencia de ordenación de 10 de noviembre de 2011 -f. 217) dar traslado al Ministerio Fiscal y a las partes por plazo común de diez días para que se pronunciasen sobre este punto.

3.3.- Tal decisión provocó una serie de escritos por parte de los intervinientes, interesando destacar aquí los siguientes extremos:

3.3.1.- La CONCURSADA presentó con fecha 29 de noviembre de 2011 escrito (f.231) manifestando que por el mismo procedía a subsanar su escrito de contestación en un doble sentido: (i) "que se tenga por no puesta la pretensión subsidiaria de resolución de contrato por incumplimiento con manifiesta reserva de derechos para ejercitar la acción en el futuro, teniendo a esta parte por apartada de su pretensión subsidiaria" y (ii) "se tenga por no puesta la reconvención expresa, quedando como única pretensión la principal de esta parte en el presente procedimiento, en forma de reconvención tácita conforme al artículo 408.2 LEC consistente en contestación a la demanda aduciendo hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio jurídico en que se funda la pretensión del actor" (énfasis en el original), para terminar solicitando que se siguiese el incidente concursal "conforme al art. 408".

3.3.2.- La ADMINISTRACIÓN CONCURSAL presentó con fecha 30 de noviembre de 2011 escrito (f. 240) solicitando que se tuviese por subsanada la contestación a la demanda de esta parte "en el sentido de tener por integrada en la misma todas las alegaciones y fundamentos jurídicos que se contienen en la demanda reconvencional, planteándose esa cuestión de nulidad del contrato por vía de excepción a la petición principal formulada al amparo de lo establecido en el artículo 408 2º y 3º de la LEC teniendo por no ejercitada ni interpuesta esa demanda reconvencional" (énfasis en el original).

3.3.3.- Con fecha 23 de febrero de 2012, en respuesta al requerimiento efectuado por providencia de 8 de ese mismo mes para que aclarase si instaba algo distinto de la pura y simple desestimación de las pretensiones de BBVA y en tal caso indicase literalmente lo que solicitaba frente a esta entidad, la CONCURSADA presentó nuevo escrito (f. 261), aclarando que no instaba nada distinto de la desestimación de la demanda de BBVA y reescribiendo el suplico de su escrito de contestación en los siguientes términos: "- Se desestime íntegramente la demanda incidental formulada por la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA declarando no haber



lugar a la condición de acreedor de esta última por importe de 4.216.055,76 euros correspondientes a la liquidación del contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés con opción knock-out sobre acciones, y no haber lugar a la inclusión de dicho crédito en la lista de acreedores ni, por consiguiente, a su satisfacción y pago, con condena en costas".

3.3.4.- En respuesta a un nuevo requerimiento del Juzgado (providencia de 6 de marzo de 2012 -f. 262) a fin de que aclarase el suplico de la demanda reconvenicional o manifestase que desistía de la misma, la CONCURSADA presentó escrito registrado el 13 de marzo de 2012 (f. 267) solicitando que se le tuviese por desistida de su demanda reconvenicional. Así se acordó por providencia de 6 de junio de 2012, en la que también se ordenaba la continuación del procedimiento señalándose a tal fin día y hora para la vista.

4.- Al cabo del trámite se dictó sentencia estimando las pretensiones deducidas por BBVA.

5.- Disconformes con la decisión adoptada por el tribunal de la primera instancia, la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL y MGI recurrieron en apelación.

5.1.- La CONCURSADA solicita en su recurso la revocación de la sentencia "bien estimando la inexistencia de la obligación por nulidad del contrato, por las causas alegadas respecto al consentimiento, objeto y causa; o bien, en caso de no reputarse nula la obligación, la declare resuelta estimando la excepción de "non adimpleti contractus" formulada por esta parte y por consecuencia y en cualquiera de dichos casos declare la inexistencia de la obligación contractual invocada por BBVA".

5.2.- En el recurso de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL se termina solicitando que se revoque la sentencia dictada en la anterior instancia y se proceda al dictado de otra en su lugar "por la que, principalmente, desestime íntegramente la demanda incidental promovida en su día por el actor BBVA declarando la inexistencia del crédito de 4.216.055,76 euros insinuado, al estimar la inexistencia de obligación por nulidad absoluta del contrato en que el crédito traería causa y/o que su cuantía no ha quedado debidamente acreditada./ Subsidiariamente: para el caso de estimar válido el contrato de referencia y afirmar la existencia del crédito insinuado por BBVA, declare dicho crédito como crédito concursal ordinario y no como contra la masa [...]".

6.- En los apartados que siguen se examinarán, convenientemente ordenadas, las cuestiones que se suscitan en los respectivos recursos, en la medida que resulte adecuado para la resolución de la controversia.

II.- INFRACCIONES PROCESALES DENUNCIADAS POR MGI

7.- El recurso de MGI principia denunciando una serie de infracciones procesales, aunque tales denuncias no tienen correlativo reflejo en el suplico. MGI diferencia a este respecto entre infracciones procesales cometidas "en la instancia" e infracciones procesales cometidas "en la instancia respecto de la sentencia". En cuanto a las primeras, se señala la vulneración de los artículos 400 y 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LEC" en adelante). Por lo que se refiere a las segundas, se dice que la sentencia impugnada incurre en incongruencia omisiva y vulnera el principio de exhaustividad y motivación.

Infracciones procesales cometidas "en la instancia"

8.- Como quedó apuntado, la denuncia se construye sobre la infracción de los artículos 400 y 408 LEC. Tales imputaciones se sustentan sobre la idea nuclear de que el juzgador de la anterior instancia no entró a conocer de la totalidad de las cuestiones planteadas por la recurrente, criticando el enfoque adoptado en relación con el tema de la falta de competencia para conocer de la demanda reconvenicional, que desembocó en aquel resultado. En esta línea, la parte recurrente llega a hablar de "excesos formalistas" y de que el bloque de los fundamentos jurídicos de la sentencia dedicado a la "consideración previa sobre las causas de oposición" está preordenado a justificar el inapropiado tratamiento que en la sentencia se ha dado a los elementos constitutivos del discurso alegatorio de esta parte.

Valoración del Tribunal

9.- A tenor del artículo 459 LEC, cuando se alegue como motivo de la apelación la infracción de normas o garantías procesales en primera instancia, en el escrito de interposición del recurso, además de citarse las normas que se consideren infringidas, debe acreditarse la denuncia oportuna de la infracción, si hubo oportunidad procesal para ello, y alegarse la indefensión sufrida.

10.- Es evidente que tales elementos no se concitan en el presente caso. Ni siquiera se concreta cuál fue la actuación infractora del tribunal, ni en qué estado del trámite se produjo, propiciando el discurso del recurrente, por lo demás, el equívoco acerca de si se está haciendo referencia al supuesto de hecho contemplado en el artículo 465.3 o al contemplado en el artículo 465.4 LEC. En realidad, esta parte del recurso constituye más bien un pliego de agravios que no deja de encubrir la falta de utilización de los medios que el ordenamiento pone a mano de la parte que disiente de la forma en que por el tribunal se ordena el proceso, con particular



proyección en la respuesta dada por la parte a los requerimientos que le hizo el juzgado en relación con la conformación de sus pretensiones (vid apartados 3.1, 3.3.1, 3.3.2 y 3.3.4 supra).

Infracciones procesales cometidas en la sentencia

11.- MGI también denuncia que la sentencia incurre en las siguientes infracciones procesales:

11.1.- Incongruencia omisiva. En este punto, la recurrente aduce que en el fallo nada se indica acerca de la excepción de contrato incumplido y que la sentencia no entra en las cuestiones relativas a que EL CONTRATO contiene cláusulas oscuras y abusivas y depende en su ejecución de una de las partes.

11.2.- Falta de exhaustividad y motivación. Se hace difícil la comprensión del alegato. Casi en su totalidad, el correspondiente apartado consiste en un resumen del argumentario que servía de fundamento a las pretensiones formuladas en la demanda reconvenicional de esta parte. Las críticas a la sentencia estriban, básicamente, en que se abordaron con ligereza aquellas cuestiones planteadas por el recurrente en las que se decidió entrar y en la errónea valoración de la prueba.

Valoración del Tribunal

12.- Señala la sentencia que en tanto el contrato del que deriva un crédito a cargo del concursado no sea declarado inválido o ineficaz, habría que reconocer a dicho contrato plenos efectos en el concurso. Por ello, prosigue, "solo de un modo muy restrictivo y en el peor de los casos con mero valor de pronunciamiento prejudicial" el concursado o la administración concursal puedan plantear la falta de virtualidad del crédito en cuestión sin haber ejercitado previamente las acciones judiciales para destruir la apariencia de validez del contrato del que aquel deriva, lo que, siguiendo el hilo discursivo de la resolución, parece que habría que tener lugar fuera del marco del expediente concursal, habida cuenta el apunte que se hace de que el juez del concurso carece de competencia objetiva al respecto. De tales premisas extrae el juzgador la conclusión de que, en puridad, bastaría con examinar si el título contractual que se tacha de inválido ha sido o no atacado judicialmente, ya que, si no es así, sus efectos habrían de ser reconocidos con normalidad en el seno del concurso. En esta misma línea, se descarta la utilización del cauce que brinda el artículo 408.2 LEC, considerándose que en ese contexto constituiría un fraude de ley. En consonancia con tal planteamiento, ya refiriéndose concretamente al caso, el juzgador de la anterior instancia, tras constatar que ni la concursada ni la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL ejercitaron oportunamente las acciones tendentes a combatir la validez y eficacia del contrato del que trae causa el crédito invocado de contrario, concede que "debe hacerse un esfuerzo juzgador, siempre bajo la perspectiva de la mera valoración prejudicial de los arts. 10.2 LOPJ y 42 LEC" para analizar las excepciones "procesales" formuladas por MGI y la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. Todo esto se contiene en el capítulo de la fundamentación jurídica titulado "Consideración previa sobre las causas de oposición", numerales 4 a 6. Posteriormente, en el capítulo "Cuestiones relativas al contenido del contrato", numerales 15 a 16, la sentencia aborda el estudio de tales excepciones.

13.- No compartimos el enfoque del juzgador, pues entendemos que los alegatos de nulidad absoluta deberían haber sido tratados como lo que son, excepciones materiales que, según la normativa vigente, demandan un pronunciamiento específico. Recordemos que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 194.3 LC para el incidente concursal, la contestación ha de efectuarse en la forma prevenida en el artículo 405 LEC. Este precepto, por su parte, establece en su apartado 1 que el demandado expondrá en la contestación a la demanda las excepciones materiales que tuviere por conveniente. Finalmente, el artículo 408.3 LEC, para el supuesto de que el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se fundan las pretensiones del actor, ordena que la sentencia resuelva sobre este particular, teniendo el correspondiente pronunciamiento fuerza de cosa juzgada (y ello, con independencia de que hubiera tenido lugar o no el trámite previsto en el artículo 408.2 LEC, toda vez que este lo único que hace es reconocer una facultad a la parte actora, sin que se trate de un trámite preceptivo - sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2009 y 23 de diciembre de 2011). En el marco de esta regulación, ninguna cuestión debiera plantear la competencia del juez del concurso para pronunciarse sobre la concurrencia de los motivos de nulidad absoluta del contrato del que traen causa las pretensiones formuladas en la demanda alegados por la parte demandada. Por todo ello, el criterio de que los alegatos de nulidad esgrimidos en los escritos de contestación solo podrían resolverse a título prejudicial, echando mano de una norma que (según indica la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012) pudiera considerarse implícita en el artículo 43 LEC, resulta inadecuado.

14.- En sede de teoría general, si la parte recurrente considera que la sentencia impugnada incurre en incongruencia omisiva, deberá interesar su complemento mediante el mecanismo del artículo 215.2 LEC, de modo que solo desestimada tal pretensión cabría luego plantearla en apelación. Así resulta de una consolidada jurisprudencia, de la que cabe señalar como exponentes las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2010, 11 y 28 de mayo de 2012 y 15 de enero de 2014. Por lo tanto, la no utilización del mecanismo apuntado constituye un óbice de índole procesal que impediría entrar a enjuiciar la pretensión en segunda instancia.



Dicho régimen resulta plenamente proyectable al supuesto que nos ocupa, toda vez que, como se puso de relieve, debería haber mediado pronunciamiento expreso sobre los motivos de nulidad absoluta aducidos por la parte demandada. Sin embargo, la parte recurrente no satisfizo dicha carga, lo que habría de cerrar la puerta a la posibilidad de que en esta instancia se declarase la inexistencia de obligación por nulidad absoluta del contrato, tal como aquella solicita.

15.- Ocurre, no obstante, que, partiendo del planteamiento que inspira la sentencia, no podemos calificar a priori de impertinentes las denuncias objeto de examen. A otra conclusión habría de llegarse si en la sentencia no se hubiese apuntado la necesidad de analizar, a los solos efectos prejudiciales, las excepciones formuladas por MGI y la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. A falta de tal indicación, mediante la negación debería entenderse agotado el examen y suficientemente contestadas tales cuestiones, no quedando por tanto lugar a apreciar ninguna posible omisión o carencia de las que integran el núcleo de las infracciones procesales que se achacan a la sentencia.

16.- Por otro lado, la falta de congruencia, en términos generales, atiende a la correlación entre el fallo de la sentencia y los suplicos de los escritos rectores. Esto no obstante, se ha desarrollado una doctrina constitucional específica acerca de la falta de congruencia en relación con la falta de examen de las alegaciones sustanciales en las que se fundamentan las respectivas pretensiones de las partes, de la que podemos citar, como exponente, la sentencia del Tribunal Constitucional 24/2010, de 27 de abril, que a su vez cita la 144/2007, de 18 de junio, pronunciándose en los siguientes términos:

"4. Por lo que se refiere a la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva(art. 24.1 CE) por incongruencia omisiva, este Tribunal ha reiterado que ésta tiene lugar cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las cuestiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución. A estos efectos, este Tribunal ha venido distinguiendo entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, subrayando que no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada de todas y cada una de las alegaciones formuladas, pudiendo ser suficiente a los fines del art. 24.1 CE, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica, aun cuando se omita una contestación singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales. Por el contrario, este Tribunal ha puesto de manifiesto que respecto de las pretensiones la exigencia de congruencia es más rigurosa, destacando que cuando la cuestión puesta de manifiesto no es una simple alegación secundaria, instrumental en el razonamiento jurídico, sino un alegato sustancial que contiene los hechos o argumentos jurídicos básicos y fundamentales que nutren la pretensión, dicha cuestión integra la razón por la que se pide, debiendo ser tratada en forma expresa o, en su caso, considerada en forma siquiera implícita por la Sentencia, pues de otro modo se desatiende la defensa esgrimida por la parte en un aspecto con posible incidencia sobre el fallo, dando lugar a una denegación de justicia (por todas, STC 144/2007, de 18 de junio, FJ 4)".

17.- Alcanzado este punto, se imponen ciertas precisiones en relación con los concretos motivos de la denuncia. En primer lugar (vid. apartado 11.2 supra), ni los eventuales errores en la apreciación de la prueba constituyen infracción procesal, ni la parquedad de los razonamientos que integran la fundamentación jurídica constituye por sí sola un parámetro válido para valorar la exhaustividad o suficiencia de la motivación de la sentencia.

18.- En segundo lugar, el elemento de contraste para apreciar si una sentencia incurre en incongruencia omisiva viene constituido por las pretensiones de las partes tal como hubiesen quedado definitivamente fijadas. En este punto debemos establecer una clara diferenciación entre las diversas cuestiones que provocan la denuncia de la parte recurrente.

19.- Se afirma (vid. apartado 11.1 supra) que la sentencia impugnada incurre en incongruencia omisiva por no contener pronunciamiento alguno sobre la exceptio non adimpleti contractus. Ninguna acogida merece tal apreciación. Recordemos a la recurrente (vid. apartado 3.3.1 supra) que en el escrito que presentó el 29 de noviembre de 2011 procedió a aclarar su escrito de contestación solicitando que se le tuviese por apartada de la pretensión de resolución del contrato por incumplimiento que figuraba como petitum subsidiario de su demanda reconventional y que se tuviese por "no puesta" la reconvencción expresa, "quedando como única pretensión la principal de esta parte en el presente procedimiento, en forma de reconvencción tácita conforme al artículo 408.2 LEC consistente en contestación a la demanda aduciendo hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio jurídico en que se funda la pretensión del actor" (énfasis añadido), para pedir a continuación que, continuando el trámite, se diese traslado a la parte contraria para contestar a la referida alegación de nulidad. La falta de cumplimiento no es un hecho determinante de la nulidad absoluta del contrato.



20.- Desde otra perspectiva, resulta también rechazable la conversión de la acción resolutoria por incumplimiento en *exceptio non adimpleti contractus* que la recurrente pretende operar como por arte de birlibirloque. La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012 resulta sumamente ilustrativa en cuanto a la configuración de tal excepción en nuestro ordenamiento y las diferencias existentes con la acción resolutoria, puntualizando, en lo relativo a sus efectos (que es el ámbito que aquí interesa), que "la excepción de incumplimiento no reporta una modificación de la relación obligatoria, pues su aplicación provoca una mera suspensión provisional del cumplimiento de la obligación; por contra, la pretensión resolutoria supone el ejercicio de una facultad de configuración jurídica que reporta la modificación de la relación obligatoria por medio de su efecto resolutorio (STS de 5 de noviembre de 2007 , RJ 2007, 8646)". En idénticos términos se pronuncia la sentencia de 4 de marzo de 2013 .

21.- Distinta consideración nos merecen las quejas relativas a la falta de pronunciamiento sobre los alegatos referentes a la existencia de cláusulas oscuras y abusivas y a que el cumplimiento del contrato quedó al arbitrio de BBVA (vid. apartado 11.1 supra), toda vez que, aun partiendo del planteamiento expuesto en la sentencia (vid. apartado 12 supra), se hacía preciso entrar a examinar las mismas en cuanto afectan a la validez del contrato (en el caso de las alegaciones relativas a oscuridad y abusividad del contrato, en la medida en que las mismas se vinculan expresamente a la entrada en juego del último párrafo del artículo 1289 del Código Civil- "CC " en adelante). Debemos concluir, pues, que en relación con estos extremos, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en líneas precedentes (vid. apartado 16 supra), sí cabe apreciar incongruencia en la sentencia impugnada. El artículo 465.3 LEC marca las consecuencias de tal juicio: la sentencia debe ser revocada y el tribunal habrá de entrar a examinar las cuestiones omitidas. Así lo haremos en el marco del estudio de las objeciones formuladas a la validez de EL CONTRATO.

III.- OBJECIONES A LA VALIDEZ DE "EL CONTRATO"

22.- MGI propone en su recurso un juicio de revisión sobre la base de la totalidad de las causas invocadas en su día en sustento de la petición de que se declarase la nulidad de "EL CONTRATO", en concreto: (i) nulidad del consentimiento por error y por dolo (artículos 1265 , 1266 y 1269 CC); (ii) existencia de cláusulas oscuras y abusivas (artículos 1288 y 1289 CC); (iii) haberse dejado la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes (artículo 1256 CC); (iv) inexistencia de la obligación por ejercicio extemporáneo de la opción sobre acciones, encontrándonos en presencia de un plazo esencial (artículo 1125 CC); (v) causa torpe o ilícita y vicio funcional de la causa del contrato por excesiva onerosidad y desequilibrio y desproporción en las prestaciones (artículos 1274 , 1275 , 1277 y 1306 CC).

23.- Por su parte, la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL señala como motivos de su recurso que la sentencia impugnada no haya declarado la nulidad absoluta de "EL CONTRATO" por las siguientes causas: (i) la infracción por BBVA de la obligación de dar toda la información necesaria al cliente-ofertado y advertirle de los riesgos que contraería, al amparo del artículo 6.3 CC en relación con el 79 bis de la Ley de Mercado de Valores; y (ii) vicio del consentimiento derivado de la falta de información previa, al amparo del artículo 9.2 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación , en relación con los artículos 1261 , 1265 y 1266 CC .

Valoración del Tribunal

24.- Se impone también aquí una tarea previa de desbroce del discurso impugnatorio de los recurrentes. Como quedó expuesto con anterioridad, desechando la vía de la demanda reconvenzional, los apelantes optaron expresamente por hacer valer la nulidad del contrato en el que se ampara el contrario como excepción reconvenzional del artículo 408.2 LEC (vid apartados 3.1 y 3.2 supra). Es de observar, no obstante, en cuanto a la adecuación de dicho cauce en relación con las distintas causas señaladas por cada una de los recurrentes como soporte de sus planteamientos, que el artículo 408.2 LEC tan solo contempla esa posibilidad en relación con "hechos determinantes de la nulidad absoluta" del negocio en que se fundan las pretensiones del actor. En esta línea, de forma constante la jurisprudencia ha venido señalando que la nulidad relativa solo se puede interesar por vía de acción, no de excepción (sentencias del Alto Tribunal de 16 de diciembre de 2005 , 17 de febrero y 5 de abril de 2006 y 20 de septiembre de 2007 , y las allí citadas, entre otras; la de 23 de diciembre de 2011 vincula asimismo el régimen contemplado en el artículo 408.2 y 3 LEC a la "nulidad radical").

25.- De ello resulta, como primera conclusión, que habrían de quedar fuera de nuestro examen, por inoperantes en el escenario procesal planteado, aquellas causas de nulidad invocadas por las apelantes que no pudieran ser catalogadas como causas de nulidad absoluta. Este es el caso, en cuanto a las causas esgrimidas por MGI, de las identificadas en líneas precedentes como 22(i), nulidad del consentimiento por error y por dolo, toda vez que nos encontraríamos ante un supuesto de anulabilidad (en cuanto al cegamiento de la vía de excepción en relación con este supuesto: sentencias de 16 de diciembre de 2005 , 17 de febrero y 5 de abril de 2006 ya citadas), y 22(iv), ejercicio extemporáneo de la opción sobre acciones, toda vez que este extremo resulta de todo punto ajeno a la cuestión de la validez o nulidad del contrato. En tal situación se encontrarían



igualmente los dos motivos de nulidad invocados por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL (vid. apartado 23 supra), por cuanto constituyen en realidad causas de anulabilidad. Así lo tiene expresamente declarado el Tribunal Supremo, en relación con la primera de esas causas (infracción de la obligación de información impuesta expresamente en la norma), que la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL propugna que sea tratada como causa de nulidad absoluta, en sentencia de 30 de junio de 2015 . En esta sentencia, tras efectuar un repaso del examen realizado en la de 15 de diciembre de 2014 en relación con los efectos sobre la validez del contrato operados por el incumplimiento de los deberes de información que impone la Ley del Mercado de Valores, según la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MIFID, el Alto Tribunal concluye:

"[...] Decíamos en nuestra sentencia que, de acuerdo con esta doctrina del TJUE, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro Derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el art. 79.bis Ley del Mercado de Valores , al amparo del art. 6.3 del Código Civil . Tomábamos en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 .bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores).

Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato [...]" (énfasis añadido).

26.- Una vez delimitado el ámbito de nuestra labor revisora, el examen de las diferentes causas de nulidad invocadas por MGI que permanecen dentro de aquel revela los extremos que a continuación se indican.

27.- Existencia de cláusulas abusivas y oscuras. La razón de que se traiga aquí a estudio estriba en la invocación que la parte hace del último párrafo del artículo 1289 CC , a cuyo tenor "si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo".

28.- De los diversos alegatos que MGI localiza bajo esta rúbrica, el único que podría guardar alguna conexión con dicha previsión legal es el referente a la falta de fijación del número de acciones por opción, constituyendo este un elemento esencial del contrato. No consideramos, sin embargo, que nos encontremos ante el supuesto de hecho contemplado en el artículo 1289 CC , toda vez que el contrato contiene los elementos necesarios para determinar el dato que la recurrente dice echar en falta. En efecto, en el documento contractual se determina el número de opciones por el cociente de la división del importe nominal por el precio de ejercicio por acción, estando expresamente determinados tanto el dividendo (10.000.000 euros) como el divisor (14,76 euros), de lo que se colige sin excesos interpretativos que se trata de una acción por opción.

29.- Nulidad del contrato por infringir la regla del artículo 1256 CC . Bajo este encabezamiento MGI sitúa las quejas relativas a que el agente de cálculo que, conforme a la letra del contrato, ha de efectuar las correspondientes liquidaciones, no es otro que BBVA, y a las previsiones contractuales que autorizan al agente de cálculo, esto es, BBVA, a realizar ajustes en el precio de ejercicio, en el número de acciones o en ambos, si acontecen determinadas situaciones (enumeradas en el contrato bajo la rúbrica "supuestos de ajuste"), en función de los efectos dilutivos o de concentración sobre el valor teórico de las acciones de BBVA que produjeran.

30.- Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2011 , "el art. 1256 CC es una consecuencia lógica del art. 1254 CC , que determina la existencia de contrato desde que dos personas consienten en obligarse; la protección de la autonomía privada y la seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato, de modo que lo que se prohíbe en esta disposición es que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato, o bien que se deje al arbitrio de uno el entero cumplimiento, o que se permita la conducta arbitraria de uno de ellos durante la ejecución del contrato". En esta misma línea, la sentencia de 5 de abril de 2013 establece que la prohibición general de discrecionalidad o arbitrariedad unilateral dispuesta en el artículo 1256 CC ha de entrar en juego



en aquellos supuestos en que el cumplimiento del contrato aparece supeditado a un determinado hecho cuya realización o cumplimiento depende de la discrecionalidad o arbitrio de la parte, sin previsión contractual alguna que delimite, mínimamente, el marco de su realización, que queda así a su exclusiva voluntad. Por su parte, la sentencia de 7 de junio de 2011 se hace expresamente eco de la doctrina que "admite que la relativa indeterminación de alguno de los elementos del objeto del contrato no es obstáculo para su perfección siempre que exista consentimiento sobre elementos que sean "suficientes" para que pueda ejecutarse, y no rechaza la posibilidad de su determinación por una de las partes siempre que existan ciertos límites que pongan coto a su posible arbitrariedad". Resulta claramente de las anteriores consideraciones que los reparos de la recurrente en este punto ninguna acogida merecen.

31.- Causa torpe o ilícita y vicio funcional de la causa del contrato por excesiva onerosidad y desequilibrio y desproporción en las prestaciones (artículos 1274 , 1275 , 1277 y 1306 CC). La recurrente sustenta el cargo de causa torpe, entendida como causa inmoral, en que se vulneró la finalidad económico-social del contrato y que el mismo se diseñó de forma ventajosa para una de las partes, BBVA, prevaleciendo esta de su posición y de la información a la que tiene acceso en el mercado. En tal sentido, aduce MGI que EL CONTRATO no estaba vinculado a ninguna operación financiera habitual propia de la actividad desarrollada por la concursada, ni se concertó para la financiación de un pasivo concreto, consistiendo en una operación puramente especulativa. También se aduce que EL CONTRATO adolecía de una falta de proporcionalidad ab origine entre las prestaciones de las partes, observando que para BBVA el coste era mínimo, que para la concursada la operación entrañaba un alto riesgo y que la remuneración que percibió se encontraba muy por debajo de la que correspondía al riesgo que asumió.

32.- Lo que determina la ilicitud de la causa por contraria a la moral no es el apartamiento de la finalidad económico-social del contrato, sino la inmoralidad de los motivos concretos que mueven a las partes a celebrarlo. Resulta ilustrativa a este respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2007 , que se pronuncia en los siguientes términos: "[...]esta Sala ha dicho reiteradas veces que la nulidad por ilicitud de la causa radica en la finalidad inmoral o ilegal común a todas las partes (Sentencias de 7 de febrero de 1963 , 2 de octubre de 1972 , 22 de septiembre de 1979 , 22 de diciembre de 1981 , 14 de marzo y 11 de diciembre de 1986 , 29 de julio de 1993 , 13 de marzo y 14 de junio de 1997 , 7 de febrero de 2000 , 11 de diciembre de 2001 , etc.): La sentencia de 2 de diciembre de 1981 , para apoyar la posición que presenta la ilicitud de la causa ex artículo 1275 CC , dice que descansa en una finalidad negocial contraria a la ley o a la moral y común a todas las partes, y que esta exigencia de comunidad de propósitos viene rotundamente impuesta por un texto prestigioso en el Derecho comparado, como es el artículo 1345 del Código civil italiano, al declarar que "el contrato es ilícito cuando las partes se hubiesen decidido a concluirlo exclusivamente por un motivo ilícito común a ambas".

33.- Pero es que en el caso enjuiciado ni siquiera cabe apreciar ese apartamiento de la finalidad típica del contrato que se denuncia. Los denominados NIF (nuevos instrumentos financieros) o derivados se configuran básicamente como instrumentos para disminuir el riesgo de pérdidas a causa de cambios en los precios de mercado de activos como acciones, tasas de cambio, tasas de interés y precios de materias primas, transfiriendo tal riesgo a otros agentes que estén dispuestos a aceptarlo. Los derivados constituyen, así, un instrumento útil tanto para la gestión de riesgos como para la especulación. Esta es la finalidad económico-social que les corresponde. Así las cosas, no se aprecian motivos para afirmar que en el presente caso las partes hubiesen celebrado el contrato buscando otra finalidad que la que típicamente cabe asignarle. La recurrente yerra al vincular la función económico-social de los contratos del tipo del cuestionado exclusivamente a las necesidades de financiación del cliente de una entidad financiera, rol que la parte se atribuye. En este caso, el derivado servía básicamente a la gestión de riesgos de la propia entidad financiera (así se apunta en el escrito de contestación, cuando se dice -nota al pie de la página 5, f. 78- que mediante este tipo de operaciones BBVA aseguraba el precio de liquidación de su autocartera, y se desprende de la declaración contenida en el documento contractual -página 5, f.41- de que, con el objeto de poder cumplir con las obligaciones adquiridas en virtud de la operación documentada, BBVA ha cubierto o cubrirá su posición en la misma mediante la compra de acciones en el mercado), transfiriéndolos a MGI a cambio de una prima.

34.- Por lo demás, la recurrente no señala en qué consistiera la inmoralidad de causa que atribuye al contrato, más allá de lo referente al apartamiento de la finalidad económico-social del mismo, aspecto este que debe entenderse zanjado por el examen que antecede.

35.- También ha de ser rechazado el alegato relativo al vicio funcional de la causa del contrato por desequilibrio y desproporción en las prestaciones. El Código Civil no exige la equivalencia de prestaciones en el momento de la perfección del contrato. De este modo, entre las condiciones que el Código Civil exige para la validez del contrato no se encuentra la equivalencia de las prestaciones acordadas. Igualmente, rechaza taxativamente



la figura de la rescisión por lesión del contrato, fuera de los casos excepcionales que se contemplan en los números 1 y 2 del artículo 1291 (artículo 1293 CC).

36.- De cuanto antecede se desprende que ningún reparo cabe oponer a las pretensiones de la parte aquí apelada por razón de la nulidad del contrato en que se fundamentan.

IV.- SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL CRÉDITO RECLAMADO POR BBVA COMO CRÉDITO CONTRA LA MASA POR EL IMPORTE INDICADO EN LA DEMANDA

37.- El examen de este apartado ha de principiar por poner claridad sobre un extremo que enturbia el debate. El juzgador de la anterior instancia estima que nos encontramos ante el supuesto de hecho contemplado en el artículo 5 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, hablando de dos operaciones concertadas en el seno de un contrato marco, lo que le lleva a concluir que el saldo neto del producto de la liquidación de dichas operaciones a su terminación, producida simultáneamente y con posterioridad a la declaración de concurso, merecería la consideración de crédito contra la masa, por aplicación de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 16.2 de la referida norma (en la redacción dada por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago), que remite al primer párrafo del artículo 61.2 LC .

38.- Sin embargo, no hay base alguna para poder afirmar que nos encontremos ante el supuesto de hecho contemplado en la norma de referencia. En el artículo 5 del Real Decreto Ley 5/2005 se establece que el régimen específico que en este se contempla se aplicará a las operaciones financieras que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con él. A este respecto, en el propio documento contractual en el que la parte aquí apelada sustenta sus pretensiones se lee: "Esta Confirmación documenta el acuerdo entre nosotros en relación con la Operación de referencia. Además, por la presente se acuerda hacer todo lo posible para negociar y firmar un Contrato Marco de Operaciones Financieras en la forma publicada por la Asociación Española de Banca Privada (AEB) con las modificaciones que de buena fe acordemos. A la firma de dicho contrato (en adelante, el "Contrato Marco"), esta Confirmación formará parte y estará sujeta al mismo [...]". Todo lo cual revela bien a las claras que, al tiempo de cerrarse la operación, no había ningún acuerdo de compensación y, por lo que se refiere a la previsión de su ulterior firma, lo cierto es que tal acuerdo no aparece por ningún lado en las actuaciones. Es de observar que ni siquiera en la demanda se alude a la existencia de un acuerdo de este tipo.

39.- Con lo anterior queda descartado todo análisis que tome como referente normativo para la resolución de la controversia el Real Decreto Ley 5/2005. De esta forma, la cuestión se reduce a determinar si, a la vista del acuerdo documentado y al estado en que se encontraba la fase funcional de la relación al tiempo de declararse el concurso, habría de resultar aplicable el régimen previsto en los artículos 61.2 y 84.2.6º LC .

40.- La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2015 , reproduciendo lo ya dicho por el Alto Tribunal en otras anteriores, permite identificar los parámetros con arreglo a los cuales se ha de llevar a cabo tal análisis. Se nos dice en ella que "Para que el crédito contractual contra el concursado pueda ser calificado como crédito contra la masa es necesario, conforme al artículo 61.2 de la Ley Concursal , que derive de un contrato con obligaciones recíprocas que estén pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso. La reciprocidad del vínculo contractual y la pendencia de cumplimiento de obligaciones por ambas partes constituyen los criterios determinantes de la calificación de los créditos contractuales contra el concursado, conforme a dichos preceptos legales (está haciéndose referencia a los artículos 61.2 y 84.2.6º LC)". Para más adelante, tras observar que ni la LC ni el CC definen qué debe entenderse por obligaciones recíprocas, señalar:

"[...] esta Sala ha declarado que la reciprocidad de obligaciones exige que cada una de las partes sea simultáneamente acreedora y deudora de la otra y que cada una de las obligaciones sea contrapartida, contravalor o contraprestación por depender la una de la otra. La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria.

La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocial. Pero, a los efectos del artículo 61 de la Ley Concursal , la reciprocidad debe existir en la fase funcional del vínculo y después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las relaciones que por su estructura original no eran recíprocas".



41.- Entendemos que en el presente caso se reúnen tales notas. No nos encontramos ante dos contratos autónomos, como afirman los recurrentes. Tal afirmación resulta contradictoria con la consideración de prima que los apelantes atribuyen a los importes reconocidos a MGI por efecto de la operación de permuta financiera de tipo de interés contemplada en el contrato. El dictamen pericial que la propia parte recurrente aporta resulta ilustrativo cuando señala (página 6, f. 291) "El contrato está compuesto aparentemente por dos productos financieros: El primero de ellos, una permuta financiera de tipos de interés o más conocido como IRS (Interest Rate Swap), no es realmente un producto financiero sino la contraprestación que corresponde a una de las partes por la obligación contraída en el segundo de ellos. El segundo producto, una opción knock-out sobre acciones, sí es realmente un producto financiero" (énfasis añadido), y, después, con referencia a la forma en que operaba el IRS (página 7, f. 292): "De este modo, el cliente percibe siempre la cantidad fija del diferencial fijado, ya que las cantidades que deben intercambiarse las partes calculadas como el importe notional multiplicado por el tipo de interés variable de referencia quedarían compensadas (se intercambian la misma cantidad)". El contrato encierra en realidad una sola operación: una opción knock-out sobre acciones con prima. La otra operación que en el contrato se contempla no supone más que puro ropaje, resultando útil a los efectos del contrato solamente en la medida en que proporciona los elementos para determinar, ab initio y sin elemento de alea alguno característico de las permutas financieras de tipo de interés, cuál sea la suma que, como contraprestación por la obligación que asume frente a BBVA, ha de percibir MGI, así como el calendario de pago. La obligación que frente a BBVA asume MGI consiste en el abono de la liquidación resultante de multiplicar el número de acciones (vid. apartado 23 supra) por la diferencia entre el precio de referencia (esto es, el precio de cierre de las acciones en la fecha de ejercicio -17 de enero de 2011) y el precio de ejercicio por acción ("strike"), en su caso, ajustado, siempre que la diferencia sea menor que cero (y, debemos añadir, siempre que el nivel de knock-out no se hubiese alcanzado en ningún momento entre el 16 de abril de 2008 y la fecha de ejercicio). En el esquema del contrato, cada una de estas obligaciones se justifica por la otra, operando como contrapartida la una de la otra.

42.- También resulta diáfana la nota de pendencia, pues al tiempo de declararse el concurso el contrato conservaba vigencia, quedaban cantidades por satisfacer a MGI conforme al calendario fijado en el contrato y la opción no había sido objeto de vencimiento anticipado (posibilidad contemplada expresamente en el contrato).

43.- Finalmente, se combate la sentencia dictada en la anterior instancia por haber considerado debidamente acreditada la suma reclamada por BBVA a partir de la liquidación elaborada unilateralmente por esta última (motivo segundo del recurso de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL). A tal fin, se cuestiona que la certificación expedida por la entidad bancaria constituya prueba suficiente, se alega que la liquidación resultaba especialmente compleja, se insiste en la falta de determinación del número de acciones por opción, resultando este factor imprescindible para la realización de la liquidación, y se manifiesta la imposibilidad de revisar la corrección de los cálculos efectuados a partir de las certificaciones aportadas de contrario.

44.- Ninguna acogida merecen los alegatos de la recurrente en este capítulo. Se ataca la suficiencia probatoria de la certificación aportada de contrario y la corrección de los cálculos que le sirven de base sin explicitar las razones en que se asientan tales juicios, más allá de la falta de determinación del número de acciones por opción, extremo que ya quedó zanjado en apartados precedentes, y de la imposibilidad de llevar a cabo comprobación alguna, ignorándose el porqué de tal afirmación, toda vez que la obtención de los datos precisos para tal tarea no se nos antoja de una dificultad extrema. De esta forma, el discurso de la parte recurrente resulta de nula fuerza suasoria.

45.- A la vista de las consideraciones que anteceden, la decisión que se impone no difiere de la alcanzada por el juzgador de la anterior instancia.

V. COSTAS DE LA SEGUNDA INSTANCIA

46.- La estimación parcial del recurso interpuesto por MGI que deriva del acogimiento de sus quejas relativas a la incongruencia de la sentencia apelada (vid. apartado 21 supra) determina que no proceda hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas generadas por el mismo, de conformidad con el artículo 398.2 LEC .

47.- La suerte desestimatoria del recurso interpuesto por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL comporta que las costas originadas por el mismo hayan de imponerse a esta parte, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1 LEC .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO



En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

- 1.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L. contra la sentencia dictada el 1 de abril de 2014 por el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid en el incidente concursal 518/2011 (concurso 030/2010) del que este rollo dimana, en el sentido de apreciar que aquella incurrió en incongruencia omisiva, sin que el examen subsiguiente de las actuaciones conduzca a una decisión distinta de la reflejada en el fallo de la sentencia recurrida.
- 2.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL contra la referida sentencia.
- 3.- En consecuencia, RECONOCER a favor de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. un crédito contra la masa del concurso de MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L. por importe de 4.216.055,76 euros
- 4.- No hacer expresa imposición de las costas de la primera instancia.
- 5.- No hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas originadas por el recurso de MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L..
- 6.- Imponer a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL las costas generadas por su recurso.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase a devolver a MONTEVERDE GRUPO INMOBILIARIO, S.L. el depósito que realizó para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.