



Roj: **SAP B 3505/2012 - ECLI:ES:APB:2012:3505**

Id Cendoj: **08019370152012100074**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **26/04/2012**

Nº de Recurso: **701/2011**

Nº de Resolución: **160/2012**

Procedimiento: **Incidente**

Ponente: **MARTA RALLO AYEZCUREN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN 15ª

rollo nº 701/2011-1ª

INCIDENTE CONCURSAL 1045/2010

CONCURSO 525/2010

JUZGADO MERCANTIL 2 BARCELONA

SENTENCIA Núm. 160 /2012

Ilmos. Sres.:

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN

Dª. MARTA RALLO AYEZCUREN

D. LUIS GARRIDO ESPA

Barcelona, 26 de abril de 2012.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial, los autos de incidente concursal número 1045/2010, de impugnación de la lista de acreedores, seguidos ante el Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona, en el **concurso** número 525/2010, de CRESA PATRIMONIAL, S.L., a instancia de BANKIA, S.A., representada por el procurador don Santiago Puig de la Bellacasa y Vandellós, contra CRESA PATRIMONIAL, S.L., representada por el procurador don Miguel Ángel Montero Reiter y defendida por el letrado don Pablo Usandizaga, y contra la Administración concursal. Este tribunal conoce de las actuaciones en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANKIA, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado el 15 de marzo de 2011.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La sentencia del Juzgado desestimó la demanda de impugnación de la lista de acreedores, sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas.
2. BANKIA, S.A. interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia y, admitido en ambos efectos, se remitieron los autos a esta Sala, previo emplazamiento de las partes. Comparecidas éstas, se siguieron los trámites legales y se señaló para votación y fallo el día 14 de marzo de 2012.

Ponente: la magistrada MARTA RALLO AYEZCUREN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



1. BANKIA (como CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, en la fecha de la demanda incidental) instó incidente de impugnación de la lista de acreedores del **concurso** de CRESA PATRIMONIAL, S.L., (en adelante, CRESA). Solicitaba:

1) Que se incluyera como crédito contra la masa, por importe de 5.794.394,05 euros, la totalidad de las liquidaciones practicadas al amparo del contrato marco de operaciones financieras (CMOF) suscrito con la concursada el día 1 de agosto de 2006, modificado el 19 de febrero de 2009. En concreto, se habían confirmado dos operaciones de **swap** de tipos de interés.

2) Con carácter subsidiario, que el crédito correspondiente a las liquidaciones anteriores a la declaración de **concurso**, por importe de 5.180.144,05 euros, fuera reconocido como crédito concursal con privilegio especial, mientras que las liquidaciones posteriores, por 614.250 euros, se calificaran como crédito contra la masa.

La concursada y la administración concursal (AC) se opusieron a la solicitud.

La sentencia del juzgado mercantil desestimó la demanda incidental de BANKIA, que ahora recurre en apelación y reitera las peticiones principal y subsidiaria de su demanda.

2. No se han discutido los datos estrictamente fácticos del caso, es decir, la suscripción del CMOF invocado por la parte demandante incidental; las dos confirmaciones de permuta financiera de tipo de interés (*Interest Rate Swap*, *IRS*), la primera con fecha de comienzo el 22 de mayo de 2006 y de vencimiento el 22 de mayo de 2010, y la segunda, de 11 de octubre de 2006 y 11 de octubre de 2010; no se han discutido, en fin, las fechas ni los importes alegados en la demanda.

La controversia se ha suscitado, como en tantos otros casos, sobre la naturaleza del crédito, crédito contra la masa, según la parte demandante apelante, y crédito concursal, según el juzgado, la AC y la concursada.

El Sr. magistrado, tras examinar, en el fundamento de derecho segundo de la sentencia, la naturaleza de los contratos de permuta financiera y, en particular, de los contratos de **swap** de tipos de interés como los que son objeto del incidente, y estudiar, en el fundamento de derecho tercero, lo atinente a la calificación de las liquidaciones posteriores a la declaración del **concurso**, en los fundamentos de derecho cuarto y quinto se refiere a las consideraciones contenidas en la sentencia de 9 de febrero de 2011, de esta sección 15^a, que resolvía un caso en el que se planteaba idéntica cuestión.

3. En su recurso de apelación, BANKIA, para apoyar su pretensión de calificación del crédito como crédito contra la masa, sostiene, en síntesis, la aplicabilidad al caso del RDL 5/2005, de 11 de marzo y la naturaleza de contratos recíprocos y sinalagmáticos de los *IRS* o permutas financieras. Invoca opiniones doctrinales y resoluciones de otras Audiencias Provinciales que, en opinión de BANKIA, apoyarían su tesis.

Aunque conocemos la existencia de puntos de vista distintos al nuestro sobre una cuestión tan debatida como la que se plantea en autos, mantenemos al respecto la tesis que indica la sentencia impugnada, por las razones que expusimos en la sentencia de 9 de febrero de 2011 y en las sucesivas dictadas sobre la misma cuestión. Consideramos, efectivamente, que las liquidaciones posteriores a la declaración de **concurso** tienen también naturaleza de crédito concursal.

Tal como expone el Sr. magistrado, estimamos que a la permuta financiera de tipos de interés objeto de este incidente no le es aplicable el régimen especial previsto en el RDL 5/2005. Entendemos que la existencia de una pluralidad de operaciones financieras es un requisito esencial y estructural para la aplicación de las normas relativas al acuerdo de compensación contractual. Como señala el Sr. magistrado, en el caso de autos, si bien se suscribieron dos confirmaciones de permutas financieras al amparo del mismo contrato marco, las dos han funcionado a modo de operaciones aisladas o contratos individuales que no han sido objeto de compensación con otras operaciones financieras, sino que han dado lugar a liquidaciones distintas. Como el juez mercantil, estimamos que la compensación a que alude el artículo 5 del RDL 5/2005 no es la compensación entre saldos o interna dentro de una misma operación de **swap**, sino la compensación entre operaciones distintas.

En la sentencia de esta misma Sección, de 10 de febrero de 2012, decíamos que "si al amparo del CMOF se hubieran convenido una pluralidad de operaciones financieras, aquel contrato sí podría tener la consideración de acuerdo de compensación y respecto de él cabría invocar la aplicación del artículo 16 RDL 5/2005. Pero, entiéndase bien, este precepto se aplica respecto de la posibilidad de llevar a cabo la resolución de las operaciones financieras afectadas por el convenio, al margen de lo previsto en el artículo 61.3 y de practicar la compensación de todas las operaciones financieras afectadas." Con ello, queríamos resaltar "que si el banco no hace valer un posible acuerdo de compensación aplicable a varias operaciones financieras, a los efectos de resolverlas y, mediante la compensación, obtener el saldo, no resulta de aplicación el artículo 16.2 RDL. Esto es, aunque se hubieran concertado varios swaps al amparo de un mismo CMOF y éste contuviera un acuerdo de compensación de los previstos en el artículo 5 RDL 5/2005, el artículo 16 se aplicaría respecto del acuerdo



de compensación del CMOF, pero no cuando no se haga valer esta compensación sino la que se pretende incluida en cada uno de los swaps. Al respecto, es muy significativo que estos contratos siguen en vigor, no se han resuelto. Consiguientemente, por mucho que varios dependan del mismo CMOF, mientras no se haga valer el acuerdo de compensación que afecta a varias de las operaciones financieras, sino que se mantengan vigentes dichas operaciones y lo que se interese sea la clasificación de los créditos que a favor del banco pueden derivarse de la vigencia durante el **concurso** de dichos swaps, no se cumple el presupuesto legal para la aplicación del artículo 16 RDL 5/2005 ."

4. Descartada, por las razones expuestas, la aplicabilidad del RDL invocado, se debe estar a las reglas generales del artículo 61 LC y determinar si se trata o no de un contrato con obligaciones recíprocas, pendiente de cumplimiento por ambas partes.

En la sentencia de 16 de mayo de 2011 exponíamos que el contrato con obligaciones recíprocas es algo más que un contrato bilateral. "La reciprocidad de prestaciones guarda relación con la categoría de contratos sinalagmáticos, en que existen obligaciones para ambas partes que, además, están vinculadas, en la medida en que la prestación asumida por una de las partes es causa de la contraprestación de la otra. Este vínculo o nexo se denomina técnicamente sinalagma y opera tanto en el nacimiento de la relación obligatoria (sinalagma genético) como en el cumplimiento de la obligación (sinalagma funcional). De este último se deriva la regla de la prestación simultánea, pues, como ha puesto de relieve la doctrina, la reciprocidad de las obligaciones se proyecta sobre la exigibilidad de las prestaciones, y así -por virtud de esta recíproca condicionalidad o interdependencia funcional- ninguno de los contratantes está facultado para compeler al otro a que cumpla su prestación antes de que él lo haga con la correlativa. El artículo 61.2 LC , cuando se refiere al carácter recíproco de las obligaciones y a que estén pendientes de cumplimiento por ambas partes, se está refiriendo a que las obligaciones contractuales pendientes de cumplimiento están interrelacionadas, en la medida en que las de una parte tienen esta vinculación funcional con las de la otra, de modo que resulta injusto exigir el cumplimiento de la parte *in bonis* y que la del concursado pase a ser crédito concursal. Estas razones de justicia no se dan cuando el contrato carece de esta interdependencia funcional, pues las prestaciones pendientes de cumplimiento para una de las partes, en este caso para la concursada, no guardan relación causal con las que pudieran derivarse en el futuro para la otra."

"De hecho, en el contrato de **swap** de cada liquidación periódica aflora una única obligación para una sola de las partes, sin perjuicio de que en futuras liquidaciones, por el cambio de las circunstancias, pudiera surgir alguna otra obligación para la otra parte. Pero se trata de obligaciones que, si bien nacen del mismo contrato, no traen causa unas de otras, son desde esta perspectiva autónomas."

"Prueba de ello es que el **swap** sobre tipos de interés reúne los requisitos con que la doctrina caracteriza los contratos aleatorios: la indeterminación inicial del resultado; la dependencia definitiva del mismo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto; y la voluntariedad de las partes al asumir ese riesgo. A diferencia de los contratos conmutativos, en los que cada parte sabe desde su perfección el contenido de cada prestación, en los contratos aleatorios las partes quedan expuestas desde su perfección a unos resultados (positivos o negativos) que sólo son verificables cuando se produce el evento previsto, en nuestro caso: el tipo aplicable a la fecha convenida de cada liquidación periódica. Por eso, como se ha afirmado en la doctrina, el **swap** sobre tipos de interés encierra una apuesta bilateral, ya que las dos partes quedan obligadas desde que se confirma la operación de **swap**, pero sólo una de ellas ejecutará su prestación en cada liquidación periódica según el resultado del cálculo que corresponda a dicha liquidación."

"En consecuencia, no cabe hablar de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, pues en cada una de las liquidaciones lo será por alguna de las partes. Por ese motivo, no entran dentro del presupuesto previsto en el artículo 61.2 LC , que afecta tan sólo a los "contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte". El **swap** podría dar lugar a obligaciones para ambas partes, pero no serían recíprocas, sino autónomas, razón por la cual no merecen el tratamiento previsto en el artículo 61.2 LC ".

Por ello, debemos rechazar la calificación pretendida por la parte apelante, de crédito contra la masa, y debemos confirmar íntegramente la sentencia del juzgado mercantil que considera el crédito derivado de los contratos de permuta financiera de tipo de interés, como crédito concursal ordinario.

5. Las dudas de derecho que la controversia plantea determinan que no se impongan las costas de la apelación, pese a la desestimación del recurso (artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de enjuiciamiento civil y 196.2 de la Ley concursal).

FALLAMOS



Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por BANKIA, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona, el 15 de marzo de 2011, en el incidente concursal número 1045/2010, de impugnación de la lista de acreedores, instado por BANKIA, S.A. contra CRESA PATRIMONIAL, S.L. y contra la Administración concursal.

Confirmamos íntegramente la sentencia.

Sin imposición de las costas del recurso.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por la magistrada ponente, en el día de su fecha y en acto de audiencia pública. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ