



Roj: **STS 4919/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4919**

Id Cendoj: **28079119912015100042**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **18/11/2015**

Nº de Recurso: **3309/2012**

Nº de Resolución: **630/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 14653/2012,**  
**STS 4919/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por Banco de Sabadell, S.A, representado ante esta Sala por la procuradora D<sup>a</sup> Blanca M. Grande Pesquero, contra la sentencia dictada el 4 de octubre de 2012 por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 102/2012 dimanante de las actuaciones de juicio de concurso núm. 740/2010 del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona sobre calificación del crédito derivado de un swap de inflación. Ha sido parte recurrida ALUMEC RUBI, S.L., representada ante esta Sala por el procurador D. Isidro Orquin Cedenilla.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El procurador D. Francesc Ruíz Castel, en nombre y representación de BANCO SABADELL, S.A., interpuso demanda incidental contra la Administración Concursal y la Concursada en la que solicitaba se dictara sentencia «que declarase que el crédito de Banco Sabadell, S.A., debe suprimirse de la lista de acreedores concursales, en la que se le ha otorgado la calificación de crédito ordinario contingente conforme a los arts.87.3 y 89.3 LC , pues en caso de resultar una liquidación favorable al banco al vencimiento del swap de inflación el día 01.03.11, deberá ser considerada como un crédito contra la masa.»

**SEGUNDO**.- La demanda fue presentada el 16 de febrero de 2011 y repartida al Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona y fue registrada con el núm. 115/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

**TERCERO**.- D. Eulalio , Administrador Concursal en el concurso voluntario de la mercantil ALUMEC RUBÍ, S.L, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «la desestimación de todas y cada una de las pretensiones de la parte actora, y, en consecuencia, se estimase correcta la calificación de los créditos de la demandante elaborada por esa Administración Concursal adjuntada en el Informe concursal por todo cuanto demás proceda y sin expresa condena en costas.»

**CUARTO**.- El procurador D. Jesús de Lara Cidoncha, en representación de la mercantil ALUMEC RUBÍ, S.L, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «que se clasificase el crédito referido como crédito concursal ordinario por importe de 1.478,80 ? y crédito concursal contingente ordinario, imponiendo las costas causadas en este procedimiento a la parte actora.»

**QUINTO**.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona dictó sentencia de fecha 29 de marzo de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:



«FALLO: DESESTIMO la demanda de impugnación de la lista de acreedores formulada por BANCO SABADELL S.A. contra la administración concursal y contra la concursada, sin hacer imposición de las costas del incidente.»

**SEXTO.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de BANCO DE SABADELL, S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 102/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 4 de octubre de 2012 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de BANCO DE SABADELL S.A. contra la sentencia dictada en fecha 29 de marzo de 2011 que confirmamos, sin imposición de costas.»

**SÉPTIMO.-** El procurador D. Francesc Ruíz Castel, en representación de BANCO DE SABADELL S.A., interpuso recurso de casación.

Motivo del recurso de casación:

«Presunta infracción de lo dispuesto en los artículos 61.2 , 62.4 y 84.2.6º de la Ley Concursal .

Interés casacional, al tratarse de una cuestión sobre la que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.»

**OCTAVO.-** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 10 de junio de 2015 cuya parte dispositiva es como sigue:

« LA SALA ACUERDA:

Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco Sabadell, S.A ha interpuesto recurso de casación contra la Sentencia dictada en fecha 4 de octubre de 2012 por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) en el rollo nº 102/2012 , dimanante de los autos de incidente concursal nº 740/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona.»

**NOVENO.-** Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

**DÉCIMO.-** Por providencia de 8 de septiembre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó someter el conocimiento del recurso al Pleno de esta Sala, señalándose para votación y fallo el 28 de octubre de 2015, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-Desarrollo del litigio.-

1.- El "Banco Sabadell, S.A." impugnó la lista de acreedores formulada por la administración concursal de la compañía mercantil "Alumec Rubí, S.L.", para que se calificaran como crédito contra la masa las liquidaciones de un contrato de swap posteriores a la declaración de concurso, que habían sido calificadas como crédito ordinario por la administración concursal. Tras sustanciarse el correspondiente incidente concursal, el Juzgado de lo Mercantil desestimó la impugnación, por considerar -resumidamente- que si bien el contrato de swap puede ser bilateral en el momento de su nacimiento, en cuanto al riesgo que asumen ambas partes, las sucesivas liquidaciones no hacen surgir obligaciones recíprocas, sino la obligación unilateral de pago para una sola de las partes, de tal manera que el banco contratante realizará el correspondiente cargo o abono en la cuenta de referencia en función del resultado del riesgo. De donde concluye que no resulta de aplicación el artículo 84, apartados 6º y 9º de la Ley Concursal , y el crédito que pudiera surgir a favor del banco no puede entenderse como un crédito contra la masa.

2.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad acreedora, el mismo fue desestimado por la Audiencia Provincial, que tras poner de manifiesto que sus consideraciones jurídicas eran aplicables tanto al swap de permuta de interés como al ligado a la inflación, expresó que carecía de relevancia, a estos efectos, la suscripción de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF), en los términos del artículo 5 del Real Decreto Ley 5/2005 , porque el artículo 16 de dicha norma presupone la existencia de una pluralidad de operaciones financieras incluidas o afectadas por el acuerdo marco de compensación a que se refiere el artículo 5, mientras que en el caso enjuiciado se discute el crédito resultante de una única operación, el swap



de inflación, sin perjuicio de que, por su propia operativa, se produzcan liquidaciones periódicas. Establece la sentencia de la Audiencia que *"Si solo existe una operación financiera concertada al amparo del CMOF no puede operar el mecanismo de compensación propio de este contrato según prevé el art. 5, que da lugar a un saldo neto producto de la liquidación y compensación de todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo, lo cual presupone como requisito estructural, una pluralidad de operaciones"*. A lo que añade que aunque el swap pudiera ser un contrato bilateral en su génesis, no lo es en su funcionamiento, porque *"[d]e 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"*. Como resultado de lo cual, la Audiencia considera que no cabe hablar de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, lo que hace inaplicable el artículo 61.2 de la Ley Concursal.

## **SEGUNDO.- Recurso de casación.-**

### **Planteamiento del recurso.-**

1.- "Banco Sabadell, S.A." formula un único motivo, al amparo del artículo 477, apartados 2 y 3 LEC, alegando contradicción entre resoluciones de Audiencias Provinciales y basado en la aplicabilidad al caso del Real Decreto Ley 5/2015 y en el carácter recíproco del contrato de swap.

### **Decisión de la Sala.-**

1.- De la inexistencia de obligaciones recíprocas en los contratos de permuta financiera y sus consecuencias a efectos de la calificación de los créditos derivados de ellos en sede concursal.

1.1.- Las Sentencias de esta Sala 811/2012, de 8 de enero de 2013, 797/2012, de 9 de enero de 2013 y 187/2014, de 2 de septiembre, partiendo de la base de que ni la Ley Concursal ni el Código Civil definen qué debe entenderse por obligaciones recíprocas, consideraron que lo relevante no es el sinalagma genético (reciprocidad en el momento de celebrarse el contrato), sino el sinalagma funcional (interdependencia de ambas obligaciones entre sí en cuanto a su cumplimiento, de tal forma que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazados ambos deberes, que tienen que cumplirse simultáneamente). Desde esta perspectiva, cuando el contrato de swap no está vinculado a ninguna otra operación, del mismo no derivan obligaciones recíprocas, ya que únicamente genera obligaciones para el cliente. Del contrato no nacen obligaciones compensables, ni siquiera automáticamente, sino que el intercambio de flujos forma parte del mecanismo de cálculo o determinación, al tiempo de realizar la preceptiva liquidación, de una única obligación, para una de las partes, sin que por ello resulte aplicable el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, porque su art. 16, en relación con el artículo 5, se refiere a la liquidación compensatoria de dos o más relaciones contractuales incluidas en un acuerdo de compensación, y no a la liquidación de un único contrato.

1.2.- Como dijo la Sentencia 187/2014, de 2 de septiembre, *"[n]o basta para hablar con propiedad de obligaciones recíprocas con que las dos partes queden obligadas - inicialmente o ex post -, pues, debiendo ser ello así, lo determinante es que la prestación a cargo de una opere como contraprestación de la que ha de cumplir la otra y a la inversa"*; y que en el contrato de permuta financiera *"[n]acen obligaciones para las dos partes, pero con ello no basta, como se expuso, para considerarlas recíprocas, en el sentido expuesto, dado que - pese a su usual denominación de permuta - las prestaciones debidas por cada contratante no constituyen contraprestación de la debida por la otra, que puede incluso no ser exigible nunca"*.

1.3.- Conforme a tales pronunciamientos jurisprudenciales previos, el swap no es un contrato que produzca obligaciones recíprocas entre las partes (aunque la Sentencia 192/2014, de 10 de julio, pudo generar ciertas dudas al respecto, por cuanto declaró aplicable *"la norma del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 61 de la Ley 21/2003"*, dándose la circunstancia que el encabezamiento de dicho artículo 61 LC es: *"Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas"*), sino obligaciones para una sola de las partes en cada una de las liquidaciones previstas, sin perjuicio de que el riesgo sea bilateral y por la aleatoriedad propia de tal contrato puede que la parte para la que surgen obligaciones no sea la misma en todas las liquidaciones. Si la obligación derivada del vencimiento y liquidación anticipados del swap de tipos de interés (lo que vale igual para el swap de inflación), producidos con posterioridad a la declaración de concurso, resulta a cargo del concursado, el criterio para calificarla como crédito contra la masa o crédito concursal ha de ser el mismo que deba utilizarse para calificar el crédito que hubiera surgido a favor de la entidad financiera en cada una de las liquidaciones periódicas posteriores a la declaración de concurso si el plazo se hubiera mantenido, puesto que consiste en la actualización de las liquidaciones pendientes de vencimiento conforme a las reglas previstas en el contrato. A resultas de lo cual, no es aplicable el art. 61.2 de la Ley Concursal, previsto para los contratos con obligaciones recíprocas; sino que habrá de mantenerse la calificación del crédito resultante de la liquidación anticipada del contrato de swap de tipos de interés como crédito concursal.



2.- Contratos marco de operaciones financieras (CMOF) y swap.- El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.- Posibles implicaciones concursales.-

2.1.- Cuando entre las partes pueden existir distintos contratos de lo que genéricamente se denominan "derivados financieros", se articulan dentro de un contrato marco o contrato de compensación de operaciones financieras (CMOF o "Contrato Marco de Operaciones Financieras"); suscribiéndose posteriormente un documento específico para cada operación contratada. Cuando finaliza el contrato marco se produce lo que en la práctica financiera se denomina con el anglicismo "netting", que es la liquidación mediante compensación de los saldos positivos y negativos resultantes de las diversas operaciones financieras existentes entre las partes. Los contratos marco, pues, son una modalidad de los acuerdos de compensación contractual, cuya finalidad consiste en la reducción del riesgo de la entidad financiera mediante la compensación de las liquidaciones positivas y negativas de todos los productos contratados con una misma persona ( artículo 47 del RD 216/2008, de 15 de febrero , de recursos propios de las entidades financieras); mientras que los contratos de permuta financiera o cualesquiera otros productos derivados, pueden tener sustantividad contractual propia, en cuanto que se pacten de manera individual, o ser plasmaciones concretas de la previsiones generales de un CMOF.

2.2.- Los acuerdos de compensación contractual están regulados en el antes citado 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, que traspuso a nuestro ordenamiento la Directiva 2002/47/CE, de 6 de junio, sobre Acuerdos de Garantía Financiera ( artículo 2 ), y que expresamente incluye en su ámbito de aplicación los acuerdos de compensación contractual ( artículo 3). La regulación del Capítulo II del RDL 3/2005 , se aplica "a las operaciones financieras que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con él, siempre que el acuerdo prevea la creación de una única obligación jurídica que abarque todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo y en virtud de la cual, en caso de vencimiento anticipado, las partes sólo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de dichas operaciones. El saldo neto deberá ser calculado conforme a lo establecido en el acuerdo de compensación contractual o en los acuerdos que guarden relación con este" ( artículo 5.1). A estos efectos, se consideran operaciones financieras, conforme al artículo 5.2.c) del RDL 5/2005, las "realizadas sobre los instrumentos financieros previstos en el párrafo segundo del art. 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), incluidos los derivados de crédito, las compraventas de divisa al contado, los instrumentos derivados sobre materias primas y los instrumentos derivados sobre los derechos de emisión regulados en la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, así como cualquier combinación de los anteriores, ya sean liquidables por diferencias o mediante entrega física del subyacente" . Y entre las reguladas en el artículo 2 LMV se encuentran las permutas, y por tanto, los swaps o permutas financieras.

2.3.- La funcionalidad principal del contrato marco es servir de instrumento que permita el cierre de todas las operaciones incluidas en él mediante compensación (en el argot de raigambre anglosajona, "close-out netting"). Tales acuerdos permiten la sustitución de una pluralidad de deudas y créditos recíprocos por una sola deuda y un solo crédito. De este modo, las partes solo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de todas las posiciones acreedoras y deudoras, por lo que en cierta medida los contratos marco funcionan, respecto de las operaciones en ellos albergadas, en régimen de cuenta corriente.

2.4.- En este contexto, el artículo 16 del tan mencionado Real Decreto Ley 5/2005 es el que recoge expresamente la técnica de la compensación de todas las posiciones positivas y negativas derivadas de todas las operaciones financieras existentes entre las partes, surgiendo un único saldo, incluso en el caso de declaración de concurso. Este precepto ha sido reformado en dos ocasiones.

La primera, por la Disposición final octava de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre , de servicios de pago, que añadió un nuevo párrafo al apartado 2 de dicho precepto, con el siguiente contenido:

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

La segunda, por el artículo 2 de la Ley 7/2011, de 11 de abril , que le ha dado su actual redacción:

*"1. La declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente del acuerdo de compensación contractual o de las operaciones financieras realizadas en el marco del mismo o en relación con él no podrá verse limitada, restringida o afectada en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa. En caso de ejercicio de la acción resolutoria la indemnización prevista*



en el artículo 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se calculará conforme a las reglas previstas en dicho acuerdo.

2. En los supuestos en que una de las partes del acuerdo de compensación contractual se halle en una de las situaciones previstas en el apartado anterior, se incluirá como crédito o deuda de la parte incurso en dichas situaciones exclusivamente el importe neto de la operación u operaciones financieras amparadas en el acuerdo, calculado conforme a las reglas establecidas en él.

En caso de concurso, en tanto se mantenga vigente el acuerdo de compensación contractual, será de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Conforme a lo establecido en el artículo 62.4 de la citada ley, si el acuerdo fuese resuelto con posterioridad a la declaración de concurso y se alegara como causa de resolución dicha situación o el incumplimiento del concursado previo a dicha declaración, el importe neto calculado conforme a las reglas establecidas en el acuerdo de compensación contractual se incluirá en el concurso como crédito concursal. Si el acuerdo fuese resuelto con posterioridad a la declaración de concurso y se alegara como motivo para ello cualquier otro incumplimiento del concursado posterior a dicha declaración, el importe neto calculado conforme a las reglas establecidas en el acuerdo de compensación contractual se satisfará con cargo a la masa.

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

2.5.- Ha de dejarse constancia de que tales reformas se apartaron de las normas de trasposición de la Directiva de Garantías Financieras en los países europeos (Directiva 2009/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, por la que se modifican la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, y la Directiva 2002/47/CE sobre acuerdos de garantía financiera, en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de crédito), que coinciden a su vez en líneas generales con el texto que inicialmente se traspuso también en España, en la redacción original del Real Decreto Ley. La regulación de la compensación liquidatoria en las trasposiciones llevadas a cabo en otros países es muy limitada y se concreta en el reconocimiento de que la cláusula de liquidación exigible anticipadamente por compensación pueda surtir sus efectos pese a la declaración del concurso de una de las partes; debiendo resaltarse que la compensación que contempla la Directiva es únicamente la que está relacionada con un acuerdo de garantía financiera. En cambio, el art. 16 RDL 5/2005 parece que se ha pretendido reformar para dar cobertura a la continuación de la eficacia del acuerdo en sede concursal con cargo a la masa y a la calificación del crédito resultante de la resolución del acuerdo de compensación contractual como prededucible. Esta singularidad de la normativa española no tiene equivalencia en otros ordenamientos europeos. Tampoco el "Master Swap Agreement" (contrato marco) de ISDA ("International Swaps and Derivatives Association, Inc.", en español "Asociación Internacional de Swaps y Derivados", organización profesional que agrupa a los mayores operadores del mercado de derivados) se refiere a la posible continuación del contrato marco, ni a las consecuencias concursales de dicha continuación, ya que únicamente regula la posibilidad de resolver el contrato en caso de insolvencia de la otra parte.

2.6.- Como regla general, el art. 61.3 de la Ley Concursal establece que el concurso no es causa de extinción de los contratos en que el concursado sea parte. Las cláusulas de extinción anticipada o de resolución por causa de la declaración de concurso pactadas contractualmente se tendrán por no puestas. Sin embargo, como hemos visto, el RDL 5/2005 supone una excepción al régimen general y otorga validez a las cláusulas de terminación del contrato por la mera declaración del concurso del cliente (art. 16.1 RDL 5/2005). Y tras las modificaciones del precepto a que hemos hecho referencia, se concede a las entidades financieras la opción de elegir acogerse al régimen extraconcursal propio de los instrumentos financieros o que el crédito sea calificado como contra la masa en la vía concursal común. De tal manera que si se opta por no terminar anticipadamente el contrato, los créditos derivados del contrato en vigor o de su vencimiento anticipado por incumplimientos posteriores al concurso serían créditos contra la masa.

A efectos prácticos, esto significa que la apertura del procedimiento concursal puede ser causa de la declaración de vencimiento anticipado del acuerdo de compensación contractual existente entre las partes. Y en su ejecución, se incluirá como crédito o deuda de la parte concursada el importe neto de las operaciones comprendidas en el derivado (art. 16.2 RDL 5/2005). Es decir, tomando en consideración los distintos acuerdos contenidos en el contrato marco, se compensarán liquidaciones contractuales a su favor con liquidaciones contractuales en su contra.

2.7.- No obstante, no cabe hacer una aplicación generalizada y automática de tales previsiones, máxime cuando los contratos de permuta financiera se han utilizado masivamente para clientes minoristas; ya que un tratamiento formalista del acuerdo marco de compensación podría utilizarse para proporcionar



ventajas concursales a simples contratos bancarios. Como hemos dicho, la función primordial del acuerdo de compensación es doble: por un lado, permitir la compensación entre diferentes derivados contratados entre las mismas partes y, por el otro, permitir que se sujete a una regulación concursal especial. Pues bien, ambas funciones tienen sentido y alcanzan su finalidad cuando el acuerdo de compensación comprende varios contratos de instrumentos financieros distintos y la contratación acontece entre profesionales (por ejemplo, dos bancos). Pero pierde completamente su sentido cuando, como sucede en el caso, el acuerdo de compensación comprende un único derivado, puesto que entonces no habrá compensación posible.

2.8.- La ventaja más importante del acuerdo de compensación desde la perspectiva concursal es que la cláusula de terminación unificada liquida las posiciones en favor y en contra para todos los contratos y los compensa entre sí; eliminando el riesgo de que la administración concursal pueda aceptar selectivamente los contratos favorables y desechar los perjudiciales. Pero esto tiene sentido cuando el acuerdo de compensación acoge varias operaciones financieras distintas, y no cuando el acuerdo de compensación alberga un único derivado, puesto que entonces el acuerdo de compensación se limita a recoger las cláusulas de liquidación por compensación del propio swap, sin reparar en que el flujo de pagos de un swap no es un acuerdo de compensación contractual.

A mayor abundamiento, la ventaja sustancial del acuerdo de compensación no se agota en el "netting" propiamente dicho, sino en las excepciones concursales, de manera que al crédito resultante del saldo neto de la liquidación por diferencias de las operaciones del swap se le podría aplicar la regulación concursal especial en lugar de la regulación concursal común.

2.9.- En suma, el presupuesto de aplicación del art. 16 del Real Decreto Ley 5/2005 ha de ponerse en relación con el art. 5 de la misma norma, de tal manera que se sometan al CMOF una pluralidad de operaciones financieras, cuyas respectivas liquidaciones están destinadas a ser compensadas para dar lugar a un saldo neto único, calculado conforme a las reglas establecidas en el acuerdo marco de compensación contractual. Pero en el caso del que trae causa el presente recurso de casación, la entidad acreedora no está haciendo valer el saldo neto, como obligación única, del producto de la liquidación de una pluralidad de operaciones amparadas en el contrato CMOF, y calculado conforme a lo establecido en él, sino, a efectos de clasificación de créditos, las liquidaciones resultantes de una única operación financiera, el contrato swap, que -conforme a todo lo expuesto- no cabe identificar sin más con el acuerdo de compensación al que se refieren los indicados arts. 5 y 16 del citado RDL. Además, cuando se trata de una única operación, ni siquiera se trataría de una compensación "stricto sensu", sino de una operación aritmética de liquidación o deducción (a veces llamada "compensación técnica") de un único contrato.

Dicho de otro modo, solo puede ampararse en la normativa especial constituida por el Real Decreto Ley 5/2005 aquel contrato normativo o acuerdo marco por el que «se cree una única obligación jurídica, que abarque todas las transacciones incluidas» entre la entidad de crédito y su contraparte [Anexo III, Parte 7 a), de la Directiva 2006/480/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición)].

3.- El difícil encaje del swap en la caracterización de los créditos contra la masa.-

Analizado el art. 84.2 de la Ley Concursal desde una interpretación finalista o teleológica, la caracterización de un crédito como contra la masa tiene fundamento en su utilidad para la tramitación del propio procedimiento de concurso o en su contribución a la continuación de la actividad del deudor. Y desde esta doble perspectiva, resulta difícil considerar que los contratos de swap respondan a alguna de estas categorías. Por lo que para la clasificación en el concurso de los créditos derivados de este tipo de contratos no resulta aplicable al art. 84.2, ni en su párrafo 6º, ni en el 9º, de la Ley Concursal y los créditos no pueden conceptuarse contra la masa; sino que tendrán el carácter de créditos concursales, con independencia de que las liquidaciones sean anteriores o posteriores a la declaración de concurso.

4.- Como consecuencia de todo lo expuesto, debe desestimarse el recurso de casación, con las consecuencias a ello inherentes.

### **TERCERO.-Costas y depósitos.-**

1.- De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC, deben imponerse las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

### **FALLAMOS**



1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por "Banco Sabadell, S.A." contra la sentencia de fecha 4 de octubre de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, en el recurso de apelación núm. 102/12 -1ª.

2.- Imponer a la expresada parte recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Eduardo Baena Ruiz, Pedro Jose Vela Torres , firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENTRAL