

**Roj: STS 3160/2014**  
**Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**  
**Sede: Madrid**  
**Sección: 1**  
**Nº de Recurso: 1538/2012**  
**Nº de Resolución: 192/2014**  
**Procedimiento: Casación**  
**Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL**  
**Tipo de Resolución: Sentencia**

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Julio de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación núm. 1538/2012, interpuesto por la procuradora doña María José Jiménez Campos, en nombre y representación de la entidad Banco Español de Crédito, SA, Banesto, representada ante esta Sala por el procurador D. Javier Fernández Estrada, contra la sentencia núm. 156/2012, dictada, el veintinueve de marzo, por la sección primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el recurso de apelación número 47/2012, dimanante de las actuaciones de incidente concursal núm. 28/2011, en el concurso núm. 257/2010, seguidas ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Dos de Pontevedra. Ante esta Sala compareció el procurador de los tribunales don Javier Fernández Estrada, en representación de Banco Español de Crédito, SA, en concepto de parte recurrente. Han sido partes recurridas Prefabricadas Castelo, SAU, representada ante esta Sala por el procurador de los tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, así como Bankinter, SA, Bankia, SA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, NCG Banco, SA, previa segregación de la Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra, Novacaixagalicia, y Banco Santander, SA, no personadas.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** En el procedimiento concursal que, con el número 257/2010, tramitaba el Juzgado de lo Mercantil número Dos de Pontevedra, el procurador de los tribunales don Pedro Sanjuán Fernández, obrando en representación de la concursada, Prefabricados Castelo, SAU, presentó escritos, que fueron registrados el tres de marzo de dos mil once, por los que interpuso sendas demandas de incidente concursal contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Banco Español de Crédito, SA, Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra, Bankinter, SA y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.

En los referidos escritos, la representación procesal Prefabricados Castelo, SAU alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que, el veinticinco de enero de dos mil once, solicitó, con apoyo en la norma del segundo párrafo del apartado 2 del artículo 61 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en interés del concurso la resolución de las relaciones jurídicas nacidas de otros tantos contratos de permuta financiera de tipos de interés, celebrados, por ella, con cada una de las demandadas, el quince de junio de dos mil nueve -excepto el último, que lo fue el dieciséis de los mismos mes y año -.

También alegó que el Juzgado de lo Mercantil número Dos de Pontevedra convocó a las partes a una comparecencia, celebrada el diecisiete de febrero de dos mil once, en la que

logró acuerdo con las demandadas sobre la resolución de los respectivos vínculos, el cual fue ratificado por dicho Juzgado mediante auto de veinticinco de febrero de dos mil once.

Añadió que, sin embargo, no se logró acuerdo con aquellas sobre las consecuencias o efectos de la resolución, en particular, sobre el importe de las restituciones y la calificación de los correlativos créditos.

Con esos antecedentes, en el suplico de las demandas la representación procesal de Prefabricados Castelo, SAU interesó del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Pontevedra, una sentencia que declarase " la improcedencia de fijar indemnización con cargo a la masa de la concursada ", a favor de cada una de las entidades financieras que habían sido parte de los respectivos contratos. Y, con carácter subsidiario, que, al fijar la indemnización de ser procedente, hiciera uso " de la facultad moderadora conferida " al órgano judicial, así como la condena de las demandadas al pago de las costas.

**SEGUNDO.** El Juzgado de lo Mercantil número Dos de Pontevedra admitió a trámite las cinco demandas, por providencia de ocho de marzo de dos mil once, conforme a las reglas del incidente concursal, emplazando a las demandadas y a la administración concursal para que, en su caso, se personaran y contestaran.

Caixa de Aforros de Vigo, Ourense e Pontevedra se personó en las actuaciones, representada por el procurador de los tribunales don José Portela Leiros, y contestó la demanda.

En el escrito de contestación, dicha representación procesal, tras admitir los hechos alegados por la demandante, alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que se oponía a la procedencia de no fijar una indemnización a su favor con cargo a la masa, ya que a ella tenía derecho.

Añadió que esa indemnización ascendía a la suma de ciento setenta y ocho mil doscientos sesenta y seis euros, con sesenta y siete céntimos (178 266,67 #). Igualmente se opuso a una moderación judicial de la indemnización, por resultar ésta del pacto.

En el suplico del escrito de contestación, la representación procesal de Caixa de Aforros de Vigo, Ourense e Pontevedra interesó del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Pontevedra una sentencia que señalase " como indemnización con cargo a la masa y a favor de mi mandante, a resultas de la resolución contractual ratificada por auto de veinticinco de febrero de dos mil once, la cantidad de ciento setenta y ocho mil doscientos sesenta y seis euros, con sesenta y siete céntimos (178 266,67 #); con imposición de costas a la contraria ".

También se personó en las actuaciones Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, representada por el procurador de los tribunales don Pedro Antonio López López y contestó la demanda.

En el escrito de contestación dicha representación procesal alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, en cuanto a los efectos legales de la resolución, que no se oponía a dicha extinción del vínculo, pero que reclamaba el respeto a los efectos legales que a la misma se vinculaban, conforme a los artículos 61 y 62 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

En el suplico del escrito de contestación, la representación procesal de Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria, SA interesó del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Pontevedra una sentencia que declarase " no haber lugar a la resolución anticipada en los términos solicitados por la concursada, y, en su caso, de considerarse procedente en interés del concurso, decretar la misma con las respectivas clasificaciones previstas en los artículos 61.2

y 62.4 de la Ley Concursal para los créditos resultantes de las prestaciones no satisfechas (liquidación que se certifica anterior al concurso) y de indemnización por resolución (coste del vencimiento anticipado que finalmente resulte)".

Banco Español de Crédito, SA se personó en las actuaciones, representada por la procurador de los tribunales doña María José Jiménez Campos, e igualmente contestó la demanda.

En el escrito de contestación dicha representación procesal, tras invocar la norma del apartado 2 del artículo 16 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, tal como había quedado redactado por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, respecto de los efectos de la eventual resolución contractual y para el caso de que el Juzgado de lo Mercantil número Dos de Pontevedra entendiera que la misma era procedente, que procedía imponer a la concursada, en tal supuesto, la restitución de lo debido y la indemnización correspondiente, según lo pactado, como crédito contra la masa.

En el suplico del escrito de contestación, la representación procesal de Banco Español de Crédito, SA interesó del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Pontevedra una sentencia "por la que se acuerde no haber lugar a la resolución anticipada del contrato de quince de junio de dos mil nueve, de permuta de tipos de interés y, en su caso, de considerarse procedente dicha resolución en beneficio del concurso, se acuerde la citada resolución con la clasificación legalmente prevista tanto para los créditos anteriores al concurso como para la indemnización por la resolución".

Finalmente, Banco de Santander, SA se personó en las actuaciones, representada por la procurador de los tribunales doña Isabel Sanjuán Fernández, que también contestó la demanda.

En el escrito de contestación, dicha representación procesal, tras referirse al contenido las cláusulas del contrato por ella firmado, destacó que era titular de un crédito, contra la concursada por virtud del contrato litigioso y de acuerdo con el artículo 62 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, por importe de ciento nueve mil trescientos setenta y dos euros, con noventa y ocho céntimos (109 372,98 #), el cual debía ser pagado con cargo a la masa del concurso.

En el suplico del escrito de contestación, la representación procesal de Banco de Santander, SA interesó del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Pontevedra, una sentencia por la que se fije " *la indemnización a favor de Banco de Santander, SA, por resolución del contrato a que la presente se refiere, en el importe de ciento nueve mil trescientos setenta y dos euros, con noventa y ocho céntimos (109 372,98 #), acordando al procedencia de su pago con cargo a la masa* ".

**TERCERO.** El Juzgado de lo Mercantil número Dos de Pontevedra consideró que la cuestión planteada tenía una naturaleza estrictamente jurídica y dictó sentencia en el incidente concursal número 28/2011, con fecha uno de septiembre de dos mil once, con la siguiente parte dispositiva: " Fallo. Que estimo en parte la demanda incidental promovida instancia de Prefabricados Castelo SAU, representada por el procurador don Pedro Sanjuán y defendido por el letrado don José Manuel Fariña Pena, contra Caja Madrid, Bankinter, Novacaixagalicia, Banesto, BBVA y Banco de Santander y, en consecuencia: Declaro resuelto en interés del concurso con posterioridad al auto de declaración del concurso el contrato de permuta financiera de tipo de interés formalizado en fecha quince de junio de dos mil nueve con la entidad BBVA, SA y del contrato de permuta financiera de tipo de interés formalizado en fecha quince de junio de dos mil nueve, con la entidad Banco Español de Crédito, SA. El

crédito restitutorio debe abarcar el coste por cancelación anticipada, es decir, la suma del valor actualizado (al momento del cierre, que será la fecha de esta resolución) de las liquidaciones pendientes de vencimiento. El crédito restitutorio por la resolución en fecha diecisiete de febrero de dos mil once del contrato de permuta financiera de tipo de interés formalizado en fecha quince de junio de dos mil nueve, con la entidad Novacaixa Galicia, SA debe abarcar el coste por cancelación anticipada que asciende a la cantidad de ciento setenta y ocho mil doscientos sesenta y seis euros, con veintisiete céntimos (178 266,27 #). El crédito restitutorio por la resolución en fecha diecisiete de febrero de dos mil once del contrato... en fecha dieciséis de junio de dos mil nueve, con la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, SA, debe abarcar el coste por cancelación anticipada que asciende a la cantidad de ciento noventa y seis mil setenta y cuatro euros con treinta y un céntimos (196 074,31 #), según liquidación que se adjunta como documento número cuatro, entendiendo como un error material el importe consignado en el suplico). El crédito restitutorio por la resolución en fecha diecisiete de febrero de dos mil once del contrato de permuta financiera de tipo de interés formalizado en fecha quince de junio de dos mil nueve, con la entidad Bankinter, SA debe abarcar el coste por cancelación anticipada que asciende a la cantidad de diecinueve mil quinientos euros (19 500 #). Los créditos restitutorios tendrán la consideración de créditos contra la masa del artículo 84.2.6º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal. No hago especial imposición de las costas de este incidente a ninguna de las partes".

**CUARTO.** La representación procesal de Prefabricados Castelo, SAU interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Dos de Pontevedra, en el incidente concursal número 28/2011, con fecha uno de septiembre de dos mil once. Los administradores concursales, a su vez, impugnaron la referida sentencia.

Las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Pontevedra, en la que se turnaron a la Sección Primera de la misma, que tramitó el recurso de apelación con el número 47/2012, y dictó sentencia con fecha veintinueve de marzo de dos mil doce, con la siguiente parte dispositiva: " Fallamos. Que estimando los recursos de apelación formulados por Prefabricados Castelo, SAU, representada por el procurador don Pedro Sanjuán Fernández y desestimando la impugnación de los administradores concursales don Guillermo, don Íñigo y don Leopoldo, contra la sentencia dictada en los autos de incidente concursal número 28/2011 por el Juzgado de lo Mercantil número Dos de esta ciudad, la debemos revocar y revocamos en el sentido de declarar no procedente la declaración de créditos a que se contrae el presente incidente concursal como créditos contra la masa, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias".

**QUINTO.-** La representación procesal de Banco Español de Crédito, SA interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada, en el rollo 47/2012, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra el veintinueve de marzo de dos mil doce.

Las actuaciones se elevaron a la Sala Primera del Tribunal Supremo que, por auto de veintidós de enero de dos mil trece, decidió: " Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco Español de Crédito, SA, contra la sentencia dictada, en fecha veintinueve de marzo de dos mil doce, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Primera), en el rollo de apelación número 47/2012, dimanante del incidente concursal número 28/2011 del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Pontevedra".

**SEXTO.-** El recurso de casación interpuesto, por la representación procesal de Banco Español de Crédito, SA, contra la sentencia dictada, en rollo 47/2012, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra el veintinueve de marzo de dos mil doce, se compone de dos motivos, en los que la recurrente, con apoyo en la norma tercera del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia:

**PRIMERO.** La infracción de la norma del apartado 2 del artículo 16 de 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, en la redacción que le dio el artículo 2, apartado 13, de la Ley 7/2011, de 11 de abril.

**SEGUNDO.** La infracción de la disposición final quinta de la Ley 7/2011, de 11 de abril, por haberse dado indebidamente efecto retroactivo al artículo 2, apartado 13, de la misma.

**SÉPTIMO.** Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador don Argimiro Vazquez Guillén, en nombre y representación de Prefabricados Castelo, SAU, en liquidación, impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

**OCTAVO.** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el veinte de marzo de dos mil catorce, en que el acto tuvo lugar, continuándose la deliberación en sucesivas sesiones. El Excmo. Sr. Magistrado don Rafael Saraza Jimena, ponente del recurso, en el momento de la votación, manifestó disentir de la mayoría, por lo que el Excmo. Presidente de la Sección don Jose Ramon Ferrandiz Gabriel asumió la ponencia, en aplicación del artículo 206 de la Ley 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO. Resumen de los antecedentes.**

A solicitud de la concursada y por no haber alcanzado acuerdo las partes de las relaciones contractuales, la sentencia de la primera instancia aplicó la norma del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 61 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, y declaró resueltas, en interés del concurso, las relaciones jurídicas que habían nacido de varios contratos convenidos, antes de la declaración de aquel, por la concursada con otras tantas entidades financieras - a las que denominaremos en lo sucesivo demandadas -. Los referidos contratos consistieron, según se indica en la sentencia recurrida, en permutas de tipos de interés.

También calificó como créditos contra la masa los derechos de las demandadas a las restituciones e indemnizaciones consecuentes a la resolución de los vínculos. El Juzgado de lo Mercantil aplicó en tal sentido la antes citada norma del artículo 61, apartado 2, en relación con la de la regla sexta del apartado 2 del artículo 84, ambos de la Ley 22/2003.

El Tribunal de apelación, ante el que habían llevado la discrepancia la concursada y la administración concursal, modificó la calificación de los créditos de las demandadas, pues consideró que, conforme a la norma del apartado 2 del artículo 16 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, en la redacción entonces vigente - que era la que había sido reformada por la Ley 16/2009, de 13 noviembre, y anterior a la que lo fue por la Ley 7/2011, de 11 abril -, tenían la condición de concursales.

Interpretó dicho Tribunal la referida norma dando un significado relevante, en sentido favorable a la calificación, a la expresión " *se incluirá* ", contenida en su primer párrafo.

Contra la sentencia de apelación interpuso recurso de casación una de las demandadas - Banco Español de Crédito, SA - y sólo respecto de la calificación de su crédito.

## **SEGUNDO. Enunciados y fundamentos de los dos motivos.**

I.- En el primero de los motivos de su recurso, Banco Español de Crédito, SA denuncia la infracción de la norma del apartado 2 del artículo 16 de 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, en la redacción que le dio el artículo 2, apartado 13, de la Ley 7/2011, de 11 de abril.

Alega que el Tribunal de apelación, siendo contra la masa, había calificado como concursal su crédito, sin tener en cuenta que el contrato de permuta de tipos de interés, fuente o causa del mismo, había quedado resuelto en interés del concurso y, además, con anterioridad a que tuviera vigencia la norma del apartado 2 del artículo 16 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, redactada conforme a la Ley 7/2011, de 11 de abril.

II.- En el segundo motivo del recurso, Banco Español de Crédito, SA denuncia, con carácter subsidiario respecto del anterior, la infracción de la disposición final quinta de la Ley 7/2011, de 11 de abril.

Alega la recurrente que el Tribunal de apelación había dado indebidamente un efecto retroactivo al artículo 2, apartado 13, de la misma Ley.

## **TERCERO. Ámbito del recurso de casación.**

El ámbito de la casación viene determinado por el hecho - declarado en la sentencia recurrida, de modo expreso - de haber ganado firmeza, por no haber sido apelado, el pronunciamiento de la primera instancia referido a la resolución, en interés del concurso, de las relaciones contractuales que vinculaban, en sus respectivos casos, a las partes.

Consecuentemente, nada procede que digamos sobre dicha resolución en estricto respeto al principio dispositivo, como hizo el propio Tribunal de apelación.

Igualmente, damos por supuesto que la relación litigiosa reunía las condiciones precisas para ser resueltas en aplicación del artículo 61, apartado 2, de la Ley 22/2003 - como se sabe, referido a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte-. Condiciones que, dependientes de lo pactado, no sólo no han sido discutidas, sino que ni siquiera se han aportado al recurso con el necesario detalle.

## **CUARTO. Estimación del recurso.**

El Tribunal de apelación, según se indicó, calificó el crédito de la única recurrente a la luz del artículo 16, apartado 2, del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, en la redacción modificada por la Ley 16/2009.

Por ello, las infracciones que constan denunciadas en los respectivos epígrafes de los dos motivos del recurso de casación, en cuanto referidas a la versión resultante de la reforma producida por la Ley 7/2011, no pueden entenderse producidas.

No obstante, también denuncia la recurrente - en el motivo primero - la infracción de aquella norma, por no haber sido aplicada, en lugar de ella, la del artículo 61, apartado 2, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, con lo que ofrece otro punto de vista del problema, merecedor de la siguiente respuesta autónoma.

Como se ha repetido, las relaciones contractuales litigiosas - entre ellas, la que tiene por parte a la entidad ahora recurrente - fueron resueltas en la primera instancia en interés del concurso y no por un incumplimiento de la concursada, que es a lo que atiende la norma del apartado 4 del artículo 62 de la Ley 22/2003 - a la que remite la del artículo 16, apartado 2, del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, en la redacción modificada por la Ley 16/2009- a los fines de procedencia de una u otra calificación.

La norma del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 61 de la Ley 22/2003, que es la que debió haber sido aplicada, dispone que, si no hubiera acuerdo en cuanto a la resolución en interés del concurso y sus efectos, el juez decidirá acerca de aquella y de estos, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.

Así lo hizo, en el caso enjuiciado, el juez del concurso y, tras considerar las relaciones contractuales como propias del tipo a que se refiere dicha norma, calificó el derecho a las restituciones e indemnizaciones de que es titular la ahora recurrente como crédito contra la masa, en aplicación de la mencionada norma, puesta en relación con la de la regla sexta del apartado 2 del artículo 84 de la misma Ley.

La norma aplicada por el Tribunal de apelación para modificar la calificación - esto es, la del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 16 del Real Decreto Ley 5/2005, en la redacción dada por la Ley 16/ 2009-, se remite - al referirse a la resolución con posterioridad a la declaración de concurso - a la del artículo 62, apartado 4, de la Ley 22/2003, la cual no es aplicable al caso, porque atribuye carácter determinante a un dato - el consistente en que el incumplimiento fuera anterior o posterior a la declaración del concurso - que carece de utilidad cuando la resolución se ha declarado en interés del concurso.

Procede, en conclusión, casar la sentencia recurrida y declarar conforme a derecho - dados los condicionantes al principio expuestos - la calificación atribuida al crédito de la única recurrente en la sentencia de primera instancia.

#### **QUINTO. Régimen de las costas.**

La estimación del recurso de casación determina, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que no proceda formular especial pronunciamiento de condena en costas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

#### **FALLAMOS**

Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Banco Español de Crédito, SA, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, el veintinueve de marzo de dos mil doce.

Casamos dicha sentencia exclusivamente en cuanto niega la calificación del crédito de la recurrente, en el concurso de Prefabricados Castelo, SA, como crédito contra la masa.

En su lugar desestimamos, en ese exclusivo punto, el recurso de apelación interpuesto por Prefabricados Castelo, SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número

Dos de Pontevedra el uno de septiembre de dos mil once, en el incidente concursal número 28/2011.

No formulamos pronunciamiento de condena sobre las costas del recurso de casación.

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.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Ignacio Sancho Gargallo.-Rafael Saraza Jimena.-Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y rubricado.- TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, 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 Secretario de la misma, certifico.

#### **Voto Particular**

#### **VOTO PARTICULAR FECHA: 10/7/2014**

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE EMITE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Rafael Saraza Jimena, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. Ignacio Sancho Gargallo

Discrepo respetuosamente de la opinión mayoritaria de la Sala expresada en la sentencia, lo que me ha llevado a declinar redactar la resolución, de la que había sido nombrado ponente. Expongo a continuación la solución que debía haberse dado al recurso.

#### **PRIMERO.-Antecedentes del caso**

**1.-** La concursada "PREFABRICADOS CASTELO S.A.U." (en lo sucesivo, PREFABRICADOS CASTELO) fue declarada en concurso el 3 de enero de 2011. La concursada promovió incidente concursal contra varias entidades financieras en que solicitaba la resolución, en interés del concurso, de varios contratos de permuta financiera de tipos de interés (swaps de tipos de interés) concertados con distintas entidades bancarias. Entre otros, solicitaba tal resolución respecto de un contrato de este tipo celebrado con "BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A." (en lo sucesivo, BANESTO).

Celebrada comparecencia en la que BANESTO, la concursada y la administración concursal manifestaron estar de acuerdo con la resolución del contrato, pero no con los efectos económicos de la resolución, se dictó auto que declaró resuelto dicho contrato, comunicó la posibilidad de sustanciar las diferencias existentes por los trámites del incidente concursal, y acumuló al incidente promovido por la concursada.

El juzgado mercantil declaró que los créditos que de dicha resolución resultaran a favor de las diversas entidades bancarias tendrían la consideración de crédito contra la masa.

**2.-** PREFABRICADOS CASTELO recurrió la sentencia del juzgado mercantil y solicitó, en lo que aquí interesa, que las indemnizaciones que de la resolución de los contratos de permuta financiera resultaran a favor de las entidades bancarias con las que los había concertado, tuvieran la consideración de créditos concursales, y no de créditos contra la masa.

**3.-** La Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, estimó el recurso y declaró que no había lugar a considerar tales créditos como créditos contra la masa. Consideró la audiencia que conforme al art. 16 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 (en lo sucesivo, RDL 5/2005), el crédito resultante de la resolución del contrato en interés del concurso había de calificarse como crédito concursal, conclusión que resultaba reforzada tras la redacción que al precepto citado dio la Ley 7/2011, de 11 de abril, que habría venido a aclarar la cuestión.

**4.-** Una de las entidades bancarias afectadas por dicha calificación, BANESTO, ha interpuesto recurso de casación para que se califique el crédito que para ella resulta de la resolución del contrato de permuta financiera de tipos de interés como crédito contra la masa.

### **SEGUNDO.-Formulación de los motivos primero y segundo del recurso**

**1.-** El primer motivo del recurso de casación se encabeza con el siguiente epígrafe: «Por infracción del art. 16.2.2º del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, en la redacción que le ha dado el art. 2.13 de la Ley 7/2011, de 11 de abril ».

**2.-** El motivo se fundamenta, resumidamente, en que el art. 16.2.2º del RDL 5/2005, redactado por la Ley 7/2011, no es aplicable a las resoluciones en interés del concurso previstas por el art. 61.2 de la Ley Concursal, sino a las resoluciones de los acuerdos de compensación contractual fundadas en la existencia del concurso, permitidas por el art. 16.1 del citado Real Decreto -Ley. Mientras que en este último caso, la liquidación resultante se considera un crédito concursal, en el caso de que se resuelva el contrato no por la existencia del concurso, sino en interés del concurso, debe ser reconocido como un crédito contra la masa.

Según la recurrente, cuando es la entidad financiera la que solicita la resolución del contrato por la declaración del concurso (lo que sería posible conforme al art. 16.1 del RDL 5/2005) o por un incumplimiento del concursado previo a la declaración de concurso, la indemnización derivada de tal resolución tendrá el carácter de crédito concursal conforme al párrafo 2º del art. 16.2 del RDL 5/2005, introducido por la Ley 7/2011. Pero si es el concursado (o la administración concursal en caso de sustitución) quien solicita la resolución del contrato en interés del concurso, la indemnización que resulte a favor de la entidad financiera tendrá la consideración de crédito contra la masa, conforme a los arts. 61.2.2º y 84.2.6, ambos de la Ley Concursal.

**3.-** El segundo motivo se encabeza así: «Subsidiario del anterior. Por infracción de la disposición final quinta de la Ley 7/2011, de 11 de abril, por haberse dado indebidamente efecto retroactivo al art. 2.13 de dicha Ley ».

**4.-** La recurrente fundamenta el motivo en que el contrato fue resuelto con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2011, por lo que la norma aplicada por la audiencia no estaba vigente y no sería de aplicación, pues en el mismo momento de la resolución se generó un crédito a favor de BANESTO que conforme a los arts. 61.2.2º y 84.2.6º de la Ley Concursal tuvo la naturaleza de crédito contra la masa.

### **TERCERO.- Valoración de la Sala. El contrato de swap de tipos de interés no es un contrato que genere obligaciones recíprocas**

**1.-** Como cuestión previa y fundamental para resolver la cuestión objeto del recurso, a la permuta financiera de tipos de interés (swap de tipos de interés) objeto de este recurso no le es aplicable el régimen especial previsto en el art. 16, en relación al 5, del RDL 5/2005 . En consecuencia, hemos de adelantar que no se ha infringido el art. 16.2.2º del RDL 5/2005 ni se ha dado eficacia retroactiva a la Ley 7/2011, que lo reforma.

Para la aplicación de este régimen legal sería requisito imprescindible la existencia de una pluralidad de operaciones financieras concertadas al amparo de un acuerdo de compensación contractual como es el contrato marco de operaciones financieras (CMOF), de naturaleza distinta a las operaciones incluidas en su ámbito, respecto de las que se produzca una liquidación anticipada por la declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente de las operaciones financieras realizadas en el marco del acuerdo de compensación contractual o en relación con este.

La liquidación, con la consecuencia de que se crea una única obligación jurídica, a que alude el artículo 5 del RDL 5/2005 , no es la que se produce internamente dentro de una misma operación de swap de tipos de interés, sino la que tiene lugar entre operaciones distintas concertadas al amparo de un CMOF.

Se trata de una técnica de reducción de riesgos para el caso de que la contraparte con la que la entidad bancaria tenga concertada varias de estas operaciones financieras no sea capaz de responder de las obligaciones contraídas por causa de incumplimiento, concurso, liquidación u otra circunstancia similar, a efectos de determinar la relación entre sus recursos propios y el importe de las operaciones sujetas a riesgo y, con ello, la exposición actual de la entidad bancaria, como resulta de la Directiva 2002/47/CE, de 6 de junio, a la que estos preceptos del RDL 5/2005 sirven de desarrollo, pues la reducción de riesgos conlleva la reducción correlativa de exigencia de recursos propios. Mediante la liquidación del saldo neto de las posiciones acreedoras y deudoras derivadas de las operaciones financieras objeto del acuerdo de compensación contractual, el riesgo de crédito queda reducido a la posición neta entre ambas partes.

Es significativo lo que el considerando 14 de esa directiva declara sobre esta cuestión: «Las buenas prácticas de gestión del riesgo empleadas corrientemente en el mercado financiero deben protegerse permitiendo a los participantes gestionar y reducir los riesgos de crédito inherentes a operaciones financieras de todo tipo sobre una base neta, calculando la exposición actual como la suma de la estimación de los riesgos de todas las operaciones pendientes con una contraparte y compensando las partidas recíprocas para obtener una sola suma global[...]».

**2.-** En lo que aquí interesa, el contrato marco de operaciones financieras (CMOF) concertado por las partes tiene dos aspectos. El primero es el constituir un acuerdo de compensación contractual, en el que las partes establecen distintos supuestos de vencimiento anticipado de las operaciones financieras objeto del mismo y de terminación del propio acuerdo y las reglas de cálculo para la determinación del importe de las deudas y créditos derivados de tales operaciones vencidas anticipadamente, de modo que una vez producido el vencimiento anticipado, la pluralidad de créditos o deudas recíprocas, nacidas de las diversas operaciones financieras encuadradas en dicho acuerdo, sean sustituidas por una sola obligación cuyo objeto sea el saldo neto que arroje la liquidación de los saldos, positivos o negativos, de las distintas operaciones objeto del acuerdo de compensación contractual, de modo que las partes sólo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de dichas operaciones que resulte a favor de una u otra.

El segundo aspecto es el de facilitar la formalización de contratos financieros entre las partes mediante un modelo estandarizado que contiene una reglamentación contractual aplicable a diversas operaciones financieras, al definir algunos de sus elementos integrantes. Este modelo es complementado por una breve "confirmación" que contiene los elementos necesarios para, conjuntamente con los ya definidos en el CMOF, terminar de perfilar la concreta operación financiera contratada. Si no se formalizan operaciones posteriores entre las partes y solo se formaliza una operación financiera al amparo del CMOF, no puede considerarse que el acuerdo de compensación contractual incluido en dicho CMOF carezca de causa por cuanto se encuentra potencialmente abierto a la inclusión de otras operaciones en el mismo y su contenido sirve para integrar la reglamentación contractual de la operación financiera contratada a su amparo.

En nuestro caso, aparte del swap de tipos de interés objeto del litigio, no se ha mencionado ni justificado la existencia de otras operaciones financieras incluidas o afectadas por el acuerdo de compensación contractual que hubieran sido concertadas entre BANESTO y PREFABRICADOS CASTELO al amparo de un CMOF.

**3.-** El art. 16.2 del RDL 5/2005 es aplicable cuando la entidad financiera pretende hacer valer el acuerdo de compensación contenido en un CMOF, aplicándolo a varias operaciones financieras, a efectos de resolverlas o extinguirlas anticipadamente (lo que pese a la declaración de concurso y a lo previsto en el art. 61.3 de la Ley Concursal es posible por preverlo expresamente el art. 16.1 del RDL 5/2005 ) y, mediante la correspondiente liquidación de todas las operaciones, obtener un saldo, sea este positivo o negativo, que se incluirá como crédito o deuda de la parte declarada en concurso (art. 16.2).

Pero si lo que la entidad financiera pretende hacer valer no es la compensación del resultado de varias operaciones financieras resueltas (lo que en la terminología anglosajona utilizada en este sector se denomina el netting), sino que se fije el crédito que a su favor resulta de un único contrato de swap, bien porque este continúe en vigor y se sigan produciendo liquidaciones periódicas, bien porque se produzca el vencimiento y liquidación anticipados del contrato de swap y se fije una única obligación a cargo de una de las partes, consistente en el valor actualizado de las liquidaciones pendientes de vencimiento conforme a la previsión contenida en el propio contrato, no es aplicable el art. 16.2 del RDL 5/2005 porque no se está aplicando el acuerdo de compensación contractual previsto en el art. 5 de dicha norma.

El swap de tipos de interés es una única operación financiera, sin perjuicio de que se vayan produciendo las liquidaciones periódicas y sucesivas en el tiempo. Si sólo se ha realizado una operación financiera, el swap de tipos de interés, aunque se haya celebrado en el ámbito de un CMOF, no cabe hablar de compensación alguna a los efectos del artículo 5 del RDL 5/2005 y por tanto no resulta de aplicación el artículo 16 del RDL 5/2005.

Por esta razón, el único aspecto relevante del CMOF concertado es el segundo, esto es, constituir un modelo estandarizado que contiene una reglamentación contractual aplicable a diversas operaciones financieras, al definir algunos de sus elementos integrantes, que permite concertar diversos contratos mediante el complemento de una breve "confirmación". Pero no es relevante la regulación relativa al acuerdo de compensación contractual por cuanto que solo se ha concertado un contrato a su amparo. No son aplicables los arts. 5 y 16 del RDL 5/2005.

**4.-** Sentado lo anterior, han de aplicarse las reglas de la Ley Concursal y dejar a un lado las del RDL 5/2005, en cualquiera de sus redacciones.

Esta sala, en sus sentencias núm. 811/2012, de 8 de enero de 2013, y 797/2012, de 9 de enero de 2013, respecto del tratamiento concursal del swap de tipos de interés, ha distinguido entre el "sinalagma genético", referido al momento en el que se perfecciona la relación obligatoria en el que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación, y el "sinalagma funcional" en el que ambas prestaciones deben cumplirse simultáneamente, sin perjuicio de las excepciones que imponen los usos del tráfico o el pacto. Y ha afirmado que en el caso del swap de tipos de interés, tal contrato no da lugar a obligaciones funcionalmente recíprocas ya que nada más surgen obligaciones para una de las partes, pues las prestaciones pendientes de cumplimiento para una de las partes no guardan relación causal con las que pudieran derivarse en el futuro para la otra.

En el swap de tipos de interés se intercambian determinadas medidas de valor representadas por la aplicación de tipos fijos o variables de tasas de interés a un notional, pero no surgen obligaciones recíprocas que se compensen con el efecto de extinguirse recíprocamente en la cantidad concurrente y quede, en su caso, un saldo a favor de una de ellas. Tal intercambio o permuta de flujos opera como mero mecanismo de cálculo o determinación de la única obligación que surge para una sola de las partes.

Ciertamente, en futuras liquidaciones, si cambiaran las circunstancias que el contrato toma en consideración, puede que la obligación que surja lo sea para la otra parte. Pero son obligaciones autónomas, que no traen causa unas de otras, por más que tengan su origen en un mismo contrato.

**5.-** El swap de tipos de interés es un contrato aleatorio puesto que el resultado está indeterminado inicialmente, dependiendo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto, y las partes asumen voluntariamente tal riesgo.

No se trata de un contrato conmutativo, en que cada parte conoce el contenido de cada prestación desde que el contrato se perfecciona. Es un contrato aleatorio porque las partes que lo conciertan quedan expuestas desde su perfección a resultados, favorables o desfavorables, que solo son verificables cuando se produce el hecho previsto en el contrato, que en el caso del swap de tipos de interés es justamente el tipo aplicable en cada una de las liquidaciones periódicas. Aunque ambas partes quedan obligadas por el contrato, solo una de ellas ejecutará una prestación según cual sea el tipo de interés aplicable en cada liquidación.

Ciertamente el riesgo es bilateral, pues cada una de las partes puede ganar o perder, y las posibilidades de ganancia o pérdida son recíprocas. Pero, como se ha dicho, tras esa reciprocidad genética no se produce una reciprocidad funcional porque del contrato solo surgen en cada liquidación obligaciones para una de las partes, que no guardan relación causal con las que pudieran derivarse en el futuro para la otra.

En definitiva, no cabe hablar de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes porque en cada una de las liquidaciones solo habrá de cumplirse la prestación por una de las partes.

Estas consideraciones llevaron a que en esas dos sentencias afirmáramos que los créditos surgidos a favor de la entidad financiera en las liquidaciones practicadas con posterioridad a la declaración de concurso debían ser calificados como créditos concursales puesto que no era aplicable el art. 61.2 de la Ley Concursal, previsto para los contratos con obligaciones recíprocas.

**6.-** En este caso, lo que los tribunales de instancia han considerado como una resolución en interés del concurso de un contrato con obligaciones recíprocas, no es tal, pues, como se ha explicado, el swap no origina obligaciones recíprocas a cargo de ambos contratantes, 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.

Los contratos tienen la naturaleza que resulta de sus estipulaciones, no la que las partes le atribuyan con posterioridad a su celebración, sin perjuicio de su capacidad de celebrar nuevos contratos o de novar los existentes. El deber de congruencia de los tribunales no puede llegar al extremo de transformar las estipulaciones de un contrato en otro de naturaleza distinta, especialmente cuando ello puede tener consecuencias perjudiciales para terceros, como ocurre en el caso de que una de las partes del contrato sea declarada en concurso. Por eso considero inadecuada la aceptación acrítica por la sentencia mayoritaria del tratamiento que las sentencias de instancia dan al swap como contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, pues contradice la jurisprudencia sentada por esta sala.

Lo que se ha producido en este caso es el vencimiento anticipado del contrato, por común acuerdo de las partes (ambas se mostraron conformes en "resolver" el contrato en la comparecencia celebrada en el juzgado mercantil, mostrándose únicamente disconformes en las consecuencias de tal "resolución"), y se ha fijado con base en los datos existentes cuando se produce tal vencimiento anticipado una única obligación a cargo de una de las partes, consistente en el valor actualizado de las liquidaciones pendientes de vencimiento. El banco recurrente no impugna dicho vencimiento y liquidación anticipados (pese a que fueran incorrectamente solicitados por la concursada al solicitarlo como si se tratara de la resolución en interés del concurso de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes), pues su discrepancia, que constituye el objeto de la controversia que plantea en su recurso, afecta únicamente a la calificación del crédito que a su favor resulta de dicha liquidación.

Si la obligación derivada del vencimiento y liquidación anticipados del swap de tipos de interés, 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. No es aplicable por tanto el art. 61.2 de la Ley Concursal, previsto para los contratos con obligaciones recíprocas.

Es por ello que, si bien por razones distintas, considero que habría de mantenerse la calificación del crédito resultante de la liquidación anticipada del contrato de swap de tipos de interés como crédito concursal. Y, consecuentemente, que el recurso debió ser desestimado. Rafael Saraza Jimena.-Ignacio Sancho Gargallo.- Firmado y rubricado.-