

Roj: STS 3898/2014
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1140/2012
Nº de Resolución: 187/2014
Fecha de Resolución: 02/09/2014
Procedimiento: Casación
Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Septiembre de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por el procurador don Ildefonso Lago Pérez, en nombre y representación de Banco Santander Central Hispano, SA, contra la *sentencia de diez de febrero de dos mil doce, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 113/2011*, dimanante de las actuaciones de incidente concursal núm. 807/2008, relativo a la impugnación de la lista de acreedores, en el concurso núm. 537/2007, seguidas ante el Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona. Ante esta Sala compareció el Procurador don Eduardo Codes Feijoo, en representación de Banco Santander, SA, en concepto de parte recurrente. Han sido partes recurridas las entidades BCN Comercial Férrica, SA, Cofesa Férrica 2003, SL y GTA Aceros y Montajes, SL, así como la Administración Concursal de dichas entidades, representadas por la procuradora doña Irene Arnes Bueno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona tramitaba los concursos de BCN Comercial Férrica, SA, con el número 537/2007, de GTA Aceros y Montajes, SL, con el número 91/2008, y de Cofesa Ferrica 2003, SL, con el número 186/2008 y acumulados al primero.

I.- Por escrito registrado por dicho Juzgado de lo Mercantil, el día veintinueve de octubre de dos mil ocho, el procurador de los tribunales don Ildefonso Lago Pérez, obrando en representación de la acreedora Banco de Santander, SA, interpuso demanda incidental contra Cofesa Férrica 2003, SL y contra quien se opusiera a ella.

En dicha demanda incidental, la representación procesal de Banco de Santander impugnó la lista de acreedores formulada por la administración concursal, por no haber incluido en ella el crédito de que afirmó ser titular, nacido de un contrato de permuta financiera de tipo de interés.

La representación procesal de la demandante alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que en el informe emitido por la administración concursal se había identificado la causa de la exclusión del crédito con el hecho de que el contrato marco, fuente del mismo, estaba incompleto, al no haber sido firmado; lo que consideró que, en todo caso, no era bastante para la exclusión, ya que los efectos del contrato deberían estar reflejados en la contabilidad de la concursada, al alcance de la administración del concurso. Añadió que, además de ello, al comunicar su crédito Banco de Santander, SA aportó el documento original que contenía el contrato, que le fue devuelto tras su cotejo, lo que repitió

posteriormente, a los efectos del *artículo 280 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Alegó igualmente dicha representación procesal que el referido derecho, además, debía ser calificado como crédito contra la masa, para lo que invocó la aplicación de los *artículos 96, apartados 3 y 4, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal*.

Con esos antecedentes, en el suplico de su escrito de demanda la representación procesal de Banco de Santander interesó del Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona una sentencia que le reconozca " *como acreedora de la concursada, por el concepto expresado, y ordenando su inclusión en el pasivo de la concursada como crédito contra la masa, y con carácter contingente hasta en tanto se liquide*".

II.- Por otro escrito registrado, por el Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona, el día veintinueve de octubre de dos mil ocho, el procurador de los tribunales don Ildefonso Lago Pérez, obrando en representación de Banco de Santander, SA, interpuso una segunda demanda incidental contra BCN Comercial Ferrica, SA y contra quien se opusiera a las pretensiones que deducía.

En dicha demanda incidental, la representación procesal de Banco de Santander impugnó la lista de acreedores redactada por la administración concursal, por no haber incluido en ella, con la cuantía y la calificación de ordinario, un crédito de doscientos cincuenta y tres mil ciento sesenta euros, con noventa y ocho céntimos (253 160,98 €) y como crédito contra la masa el nacido a cargo de la misma deudora de un contrato de permuta financiera de tipo de interés.

Alegó dicha representación procesal, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que en el texto de su informe la administración concursal no había reconocido su crédito nacido de un contrato de permuta financiera de tipos de interés, por no constar en las actuaciones iniciales el documento que lo contenía, pese a que debía tener reflejo en la contabilidad de la concursada y pese a que, en su caso, hubiera sido posible legalmente su aportación posterior.

En el suplico de la demanda la representación procesal de Banco de Santander interesó del Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona una sentencia que le reconozca " *como acreedor ordinario por la cantidad de doscientos cincuenta y tres mil ciento sesenta euros, con noventa y ocho céntimos (253 160,98 €) y como crédito contingente contra la masa el dimanante del contrato marco de continúa referencia y confirmación de permuta financiera*".

III.- Por escrito registrado, por el Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona, el día veintinueve de octubre de dos mil ocho, el procurador de los tribunales don Ildefonso Lago Pérez, obrando en representación de Banco de Santander, SA, interpuso otra demanda incidental contra GTA Aceros y Montajes, SL y quien se opusiera a las pretensiones en ella deducidas.

En la demanda incidental, la representación procesal de Banco de Santander, SA impugnó la lista de acreedores formulada por la administración concursal, alegando, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que en su informe la administración concursal había calificado como ordinario el crédito determinado en la liquidación de una relación jurídica de permuta financiera de tipos de interés, pese a que debería ser considerado como crédito contra la masa de acuerdo con el *artículo 16 del Real Decreto Ley de la Ley 5/2005, de 11 de marzo*, al tratarse de un derecho ajeno al proceso concursal, exigible en el momento de su liquidación, posterior a la declaración del concurso, lo que fue consecuencia de que la administración concursal hubiera entendido aplicable el *artículo 89, apartado 3, y no el 84, apartado 2, ordinal sexto, ambos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal*.

También impugnó la representación procesal de Banco de Santander, SA la calificación dada por la administración concursal, como subordinado, a un crédito contra la concursada, por importe de cincuenta y ocho mil setecientos ochenta y ocho euros, con noventa y tres céntimos (58 788,93 €), por el hecho de haber estado afianzado por los administradores de la deudora principal.

En el suplico de este escrito de demanda la representación procesal de Banco de Santander interesó del Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona una sentencia que le reconozca " *como acreedora de la concursada, por el concepto de la permuta financiera de tipos de interés, como crédito contra la masa, por la cuantía y con el carácter contingente hasta en tanto se liquide; y como crédito ordinario, por el saldo resultante de la liquidación de la póliza de anticipo y negociación, por cuantía de cincuenta y nueve mil setecientos ochenta y ocho euros con noventa y tres céntimos (59 788,93 €)* ".

IV.- El procurador de los tribunales don Ildefonso Lago Pérez, obrando en representación de Bansalease, SA EFC, por escritos registrados por el Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona el veintinueve de octubre de dos mil ocho, interpuso sendas demandas incidentales, contra las concursadas BCN Comercial Ferrica, SA, Cofesa Ferrica 2003, SL y GTA Aceros y Montajes, SL.

En el suplico de dichas demandas la representación procesal de Bansalease, SA EFC interesó del Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona una sentencia que estimara su impugnación del informe de la administración concursal respecto de sus créditos, de conformidad con lo alegado.

SEGUNDO. El Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona admitió las referidas demandas y las acumuló por providencia de veintisiete de noviembre de dos mil ocho, tramitándolas conforme a las normas del incidente concursal, con el número 807/2008.

De las demandas dio traslado a la administración concursal y a la concursada respectiva para su contestación.

Por escrito registrado el diecisiete de diciembre de dos mil ocho, la administración concursal las contestó por medio de escrito registrado el diecisiete de diciembre de dos mil ocho, argumentando en defensa de su impugnado informe e interesando en el suplico del escrito la desestimación de todas ellas.

TERCERO. El Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona, celebrada la vista del proceso incidental, dictó sentencia en el incidente 807/2008, con fecha veintiocho de septiembre de dos mil nueve, con la siguiente parte dispositiva: "*Fallo. Estimo parcialmente la demanda incidental formulada por Banco de Santander, SA y Bansalease, SA y, en consecuencia, acuerdo que la administración concursal proceda a rectificar el informe de conformidad con los criterios reseñados, sin hacer especial imposición de costas*".

CUARTO. La representación procesal de Banco de Santander, SA, que absorbió a Bansalease, SA, interpuso recurso de apelación contra la *sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona, dictada, en el incidente 807/2008, con fecha veintiocho de septiembre de dos mil nueve.*

Las actuaciones se elevaron a la *Audiencia Provincial de Barcelona, en la que se turnaron a la Sección Decimoquinta de la misma, que tramitó el recurso, con el número 113/2011 y dictó sentencia con fecha diez de febrero de dos mil doce*, con la siguiente parte dispositiva: "*Fallamos. Estimamos parcialmente el recurso interpuesto por la representación procesal de Banco de Santander, SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona con fecha veintiocho de septiembre de*

dos mil nueve cuya parte dispositiva obra transcrita en los antecedentes de la presente; que modificamos, en el siguiente sentido: 1º.- Declaramos que el crédito reconocido al Banco de Santander, SA del contrato de swap concertado con GTA Aceros y Montajes, SL, cuya reconocimiento no había sido objeto de controversia, debe ser considerado como crédito concursal ordinario. 2º.- Declaramos que los créditos surgidos de las liquidaciones posteriores a la declaración de concurso de los contratos de swaps de tipos de interés concertados por Banco de Santander, SA, con BCN Comercial Ferrica, SA y Cofesa Ferrica 2003, SL deben ser reconocidos como créditos concursales ordinarios. 3º.- Declaramos que los créditos por las cuotas de leasing devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, de los contratos concertados con las sociedades concursadas Cofesa Ferrica 2003, SL y GTA Aceros y Montajes, SL deben reconocerse como créditos concursales y calificarse con privilegio especial del artículo 90, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley concursal".

QUINTO. La representación procesal de Banco de Santander, SA interpuso recurso de casación contra la *sentencia dictada en el rollo número 113/2011 por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha diez de febrero 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 de Santander, SA, contra la sentencia dictada, con fecha diez de febrero de dos mil doce, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta), en el rollo de apelación número 113/2011, dimanante del incidente concursal de impugnación de lista de acreedores número 807/2008 del Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona ".

SEXTO. El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco de Santander, SA contra la *sentencia dictada, en el rollo número 113/2011, por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha diez de febrero de dos mil doce,* se compone de tres 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 del artículo 16, apartado 2, del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo.

SEGUNDO. La infracción de los artículos 61, apartado 2, y 84, apartado 2, regla sexta, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

TERCERO. La infracción de los artículos 61, apartado 2, y 84, apartado 2, regla sexta, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

SÉPTIMO. Evacuado el traslado conferido al respecto, la Procurador doña María Irene Arnés Bueno, en nombre y representación de BCN Comercial Ferrica, SA, Cofesa Ferrica 2003, SL y GTA Aceros y Montajes, SL, 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 diecinueve de marzo de dos mil catorce, en que el acto tuvo lugar, habiendo continuado la deliberación en sesiones posteriores, el Excmo. Sr. don Rafael Saraza Jimena no se conformó con el voto de la mayoría, por lo que declinó redactar la resolución, recayendo la redacción de la misma en el Excmo. Sr. don Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los antecedentes.

En la primera instancia fueron numerosas las cuestiones planteadas por dos entidades financieras - de las que una absorbió a la otra durante la tramitación del proceso incidental - en sus demandas, interpuestas contra tres sociedades concursadas - luego acumuladas -, pero a la casación sólo han llegado las referidas a la calificación que merecen algunos de los créditos de que es titular la única demandante recurrente - Banco de Santander, SA -.

Tales derechos resultaron exigibles con posterioridad a la declaración de concurso de las correspondientes deudoras y habían nacido de contratos de permuta financiera de tipos de interés y de arrendamiento financiero. Todos estaban en vigor cuando se declararon los concursos, excepto uno de los primeros - según se declara en la sentencia de apelación -.

La Audiencia Provincial calificó como concursales los referidos créditos. Como ordinarios los originados por las permutas de tipos de interés y como privilegiados los demás, en los términos que les reconoce el *artículo 90, apartado 1, ordinal cuarto de la Ley 22/2003, de 9 de julio*.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso Banco de Santander, SA recurso de casación por tres motivos, en los cuales la recurrente pretende que sus derechos sean tratados como créditos contra la masa, por las razones que seguidamente se expresan.

SEGUNDO. Enunciado y fundamentos del primero de los motivos del recurso de casación.

A la pretensión de Banco de Santander, SA de que sus derechos nacidos de los contratos de permuta financiera de tipos de interés se calificaran de acuerdo con lo dispuesto en el *párrafo segundo del apartado 2 de su artículo 16 del Real Decreto Ley 5/2005, el Tribunal de apelación* - refiriéndose específicamente a los que habían nacido de contratos que continuaron desplegando sus efectos después de la declaración de los concursos - respondió, en primer término, que la indicada norma no era aplicable al caso porque "*no nos hallamos ante la resolución de un acuerdo de compensación del artículo 5*" del mismo texto, dado que los contratos marco de operaciones financieras concertados por las respectivas entidades regulaban una sola una operación - las respectivas permutas de tipos de interés-, lo que situaba el negocio jurídico fuera del ámbito objetivo del precepto, referido a los acuerdos de compensación contractual.

Por ello, en el primero de los motivos de su recurso de casación denuncia Banco de Santander, SA - con apoyo en la norma tercera del *apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* - la infracción del *artículo 16, apartado 2, 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 síntesis, afirma la recurrente que el Tribunal de apelación había incurrido en la infracción al negarse a aplicar las normas del Real Decreto Ley 5/2005 a un acuerdo de compensación contractual por entender, erróneamente, que lo impedía la inexistencia de una pluralidad de operaciones formalizadas a su amparo.

Sostiene la recurrente que el Real Decreto Ley 5/2005 también debía aplicarse a los casos en que el acuerdo estuviera referido a una operación única - en el supuesto enjuiciado, la permuta financiera de tipos de interés - siempre que ésta diera lugar a liquidaciones periódicas de partidas o remesas y, al fin, a la posibilidad de compensación de las obligaciones a cargo de cada una de las partes.

Añade la recurrente, en refuerzo de su argumentación, que la exigencia de pluralidad de operaciones para la aplicación del Real Decreto Ley 5/2005, afirmada por el Tribunal de apelación como primera " *ratio* " de su decisión denegatoria, había sido eliminada expresamente en la redacción dada al *artículo 16, apartado 2, del referido texto por la Ley 7/2011, de 11 de abril*, que cumplió, al respecto, funciones interpretativas de las versiones legales anteriores.

TERCERO. Estimación del motivo.

La redacción del Real Decreto Ley 5/2005 vigente cuando sucedieron los actos jurídicos a enjuiciar era la original. Las reformas introducidas por las Leyes 16/2009 y 7/2011 en el régimen jurídico de los acuerdos de compensación contractual fueron posteriores - como dice el Tribunal de apelación, incluso a la sentencia de la primera instancia -.

No cabe, por lo tanto, calificar los créditos de la recurrente - causados por los vigentes contratos de permuta financiera de tipos de interés concertados con las concursadas - de acuerdo con la norma del *párrafo segundo del apartado 2 del artículo 16 del Real Decreto Ley 5/2005*, que es, al fin, lo que la misma pretende.

Y conforme a la primera redacción de dicho texto, la calificación de los referidos créditos debe regirse directamente por lo dispuesto en la Ley 22/2003, dado que aquel no incorporaba particularidad alguna, al respecto, por no considerarla entonces necesaria el legislador para hacer efectivo su anunciado propósito de " *ordenar y sistematizar la normativa vigente aplicable a los acuerdos de compensación contractual y [...] los efectos derivados de las disposiciones de insolvencia sobre dichos acuerdos [...]* ".

A mayor abundamiento, como se destaca en la sentencia recurrida, la norma del *apartado 2 del artículo 16 del Real Decreto Ley 5/2005* sólo se refería, en aquella redacción, a los supuestos en que los acuerdos de compensación contractual se hallaren en alguna de las situaciones previstas en el apartado 1 del propio artículo - esto es, la declaración de vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente -, ninguna de las cuales correspondía a los contratos a los que específicamente se refiere el motivo. El párrafo segundo del apartado 2 del mismo precepto - a cuyo tenor, en caso de concurso, cuando se mantenga vigente el acuerdo de compensación contractual, será de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del *artículo 61, apartado 2, de la Ley 22/2003* - fue introducido por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, que, como se ha dicho, no es aplicable a los hechos litigiosos.

Como se ha dicho, el Tribunal de apelación basó su decisión denegatoria de la pretensión de Banco de Santander, SA - sobre la calificación de sus derechos como créditos contra la masa -, como primera, en la razón que se ataca en el motivo del recurso que estamos examinando; esto es, en la afirmación de la improcedencia de considerar acuerdo de compensación contractual aquel que tiene por objeto una sola operación financiera.

Tal conclusión no nos parece adecuada en una interpretación finalista de la norma del *artículo 5 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo* - que no sólo se limitó a trasponer la Directiva 2002/47/CE, de 6 de junio de 2002, como resulta de su exposición de motivos -, a la luz de la que la misma es aplicable siempre que la operación objeto del acuerdo, aunque sea única, genere obligaciones para las dos partes susceptibles de compensación.

Que los acuerdos de compensación contractual son compatibles con la interpretación que seguimos lo ha venido a reafirmar la reforma del *artículo 16, apartado 2, producida por la Ley 7/2011, de 11 de abril*.

El motivo debe ser, por ello, estimado, por más que tal decisión no repercuta en el éxito del recurso de casación, dado que la recurrida se había basado, además, en otros argumentos.

CUARTO. Enunciado y fundamentos del segundo de los motivos del recurso de casación.

A la pretensión de Banco de Santander, SA de que sus mencionados derechos contra las concursadas - como se dijo, nacidos de los contratos de permuta financiera de tipos de interés - se calificaran como créditos contra la masa, el Tribunal de apelación respondió que, conforme al *artículo 61 de la Ley 22/2003*, dicha calificación sería improcedente al haber generado los contratos que los originaron obligaciones para las dos partes, pero no recíprocas.

Por ello, en el motivo segundo de su recurso de casación Banco de Santander, SA - con el mismo apoyo procesal utilizado en el anterior - denuncia la infracción de los *artículos 84, apartado 2, ordinal sexto, y 61, apartado 2, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal*.

Afirma la recurrente, en síntesis, que el Tribunal de apelación había incurrido en la infracción de esas normas al calificar como concursales ordinarios los créditos surgidos de las liquidaciones de la relación contractual posteriores a la declaración del concurso, sin tener en cuenta que el contrato litigioso, vigente en dicho momento, había generado obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para las dos partes y, por ello, créditos contra la masa.

Añade que la redacción actual del *artículo 16, apartado 2, del Real Decreto Ley 5/2005* responde a la consideración del contrato, desde un punto de vista estático, como fuente de relación sinalagmática. Y destaca que prueba de ello es que las obligaciones a cargo de cada parte se compensan, de modo que la que resulte deudora abone sólo la diferencia - como se había pactado en la cláusula quinta del contrato marco -.

QUINTO. Desestimación del motivo.

El *artículo 61, apartado 2, de la Ley 22/2003* - tras disponer, que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte - establece que las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.

Completa lo dispuesto en esa norma la del *artículo 84, apartado 2, regla sexta, de la misma Ley*, a cuyo tenor tendrán la consideración de créditos contra la masa, entre otros, los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso.

La reciprocidad de las obligaciones se convierte, así, en determinante de la calificación del crédito contra la incumplidora concursada.

No se trata de una categoría intrascendente en nuestro sistema, ya que a ella vincula el *Código Civil, en los artículos 1124 y 1100*, importantes consecuencias - la atribución al contratante perjudicado de la facultad de resolver el vínculo en caso de incumplimiento; la de oponer la excepción de incumplimiento a la reclamación de pago efectuada por el incumplidor; y la especial manera de producirse la mora -.

El concepto de reciprocidad lo ha referido la jurisprudencia - en las *sentencias de 15 de marzo de 1979 y 14 de mayo de 1982* - a la existencia entre las prestaciones debidas por ambas partes de " *un nexo de interdependencia* "; - en las *sentencias 1033/1994, de 18 de noviembre*, y *146/1998, de 24 de febrero* - a que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, y - en las *sentencias 168/2010, de 30 de marzo*, *108/2011, de 10 de marzo*, y *132/2011, de 11 de marzo* - a la existencia entre las prestaciones debidas por cada parte de una interconexión o interdependencia.

En definitiva, el término se aplica correctamente cuando los deberes de prestación, además de estar a cargo de las dos partes, son interdependientes entre sí, de modo que media entre ellos un nexo causal determinante de que cada uno sea y funcione como contravalor o contraprestación del otro.

En consecuencia, no 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.

A esas consideraciones generales hay que añadir que el contrato de permuta financiera de tipos de interés, en sus diversas modalidades, genera para ambas partes obligaciones a la entrega de cantidades de dinero determinables en función de las oscilaciones futuras de tipos de interés. Esa dependencia de la evolución real de los mismos somete al contrato a un alea que alcanza no sólo a la cuantía de las sumas a entregar tras las liquidaciones periódicas, sino también a la identificación de la parte que, en cada liquidación, resultará deudora.

No hay duda de que de dicho contrato nacen 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.

Así lo declaramos en la *sentencias de 8 de enero de 2013 - recurso de casación 1124/2011 - y 9 de enero de 2013 - recurso de casación 1123/2011* - y así hemos de volver a declararlo, sin que la circunstancia de que las deudas de las dos partes se compensen pueda justificar otra cosa - la reciprocidad a que se refiere el *artículo 1195 del Código Civil* tiene un sentido puramente subjetivo y distinto al señalado, pues se refiere a que cada uno de los sujetos debe ser acreedor y deudor del otro -.

Procede por ello desestimar el motivo y el propio recurso de casación.

SEXTO.- Enunciado y fundamentos de tercero motivo del recurso de casación.

Banco de Santander, SA pretendió que fueran calificados como créditos contra la masa y no como concursales - tal como había decidido la administración concursal - los derechos a las cuotas periódicas de que era titular contra dos de las concursadas - Cofesa Férrica 2003, SL y GTA Aceros y Montajes, SL - con causa en varios contratos de leasing que mantenían su vigor después de la declaración de los concursos. El Tribunal de apelación entendió que, al producirse aquella declaración, los contratos estaban pendientes de cumplimiento sólo por una de las partes, por lo que calificó los créditos como concursales, si bien con el privilegio que reconoce el *artículo 90, apartado 1, regla cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio* .

Por ello, en el motivo tercero de su recurso de casación, Banco de Santander, SA - con el mismo fundamento procesal que había utilizado en los dos anteriores - denuncia la infracción de los artículos señalados en el segundo, si bien ahora por no estar conforme con que la administración concursal hubiera calificado como concursales sus créditos contra las concursadas nacidos de contratos de arrendamiento financiero.

En definitiva, la infracción de los *artículos 84, apartado 2, ordinal sexto , y 61, apartado 2, de la Ley 22/2003, de 9 de julio* , la refiere la recurrente a no haber calificado esos derechos, exigibles después de la declaración del concurso, como créditos contra la masa.

SÉPTIMO. Desestimación del motivo.

Para conocer - a los efectos de los *artículos 61, apartados 1 y 2, y 84, apartado 2, ordinal sexto, de la Ley 22/2003* - si la relación jurídica nacida del contrato de leasing financiero mobiliario sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso, en el sentido de estar pendientes de cumplimiento obligaciones recíprocas a cargo de las dos partes, habrá que atender a las cláusulas válidamente convenidas, en cada caso, por los contratantes y al resultado de la prueba practicada en el proceso.

En la *sentencia 44/2013, de 19 de febrero*, declaramos que el arrendatario financiero no adquiere un derecho real sobre el bien objeto del contrato - dado que a su poder le faltan las características de inmediatividad o inherencia y absolutividad que son propias de tales derechos -; también que el dominio corresponde a la compradora y arrendadora financiera y no resulta limitado por ningún derecho real sobre cosa ajena a favor del arrendatario; y que éste tiene, propiamente, un poder indirecto obtenido de quien se lo ha cedido y continúa obligado a seguir haciéndolo, esto es, un derecho de crédito contra la entidad financiera que le faculta a usar y que tiene como correlato la obligación de ésta de prestarle ese uso, más allá de la mera entrega y durante el tiempo de vigencia de esa relación.

Sin embargo, en la misma sentencia indicamos que esta obligación de mantener al arrendatario en el uso de la cosa no constituye, a los efectos del artículo 61 más que un deber de conducta general, implícito en el "*pacta sunt servanda*", en su contenido sustancial ya cumplido con la propia entrega y, en todo caso, insuficiente, por sí solo, para atribuir al crédito de la arrendadora, a la vista de la finalidad que persigue el precepto, el tratamiento en el concurso que la recurrente pretende.

El Tribunal de apelación declaró que, al tiempo de declararse el concurso, los contratos de arrendamiento financiero estaban pendientes de cumplirse sólo por una de las partes, esto es, por las arrendatarias, pues ya habían sido ejecutadas las prestaciones a cargo de la arrendadora.

La recurrente no ha desvirtuado tal afirmación, al haber omitido efectuar un análisis de la interpretación del clausulado de los contratos y de la prueba al respecto. En conclusión, no hay dato alguno que permita considerar incorrecta aquella declaración por existir alguna obligación de carácter principal pendiente de cumplimiento por parte de la arrendadora financiera después del momento concursal que hay que tomar en consideración.

OCTAVO. Régimen de las costas.

La desestimación del recurso de casación se ha de traducir en la imposición de las costas a la recurrente, en aplicación de la norma del *artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

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

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Banco de Santander, SA contra la *sentencia dictada el diez de febrero de dos mil doce, por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona*.

Las costas del recurso de casación las imponemos a la recurrente.

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.- Rafael Saraza Jimena.-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: 02/09/2014

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES QUE EMITE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Rafael Saraza Jimena

Discrepo respetuosamente de la opinión mayoritaria de la Sala expresada en la sentencia en lo que respecta a la solución dada al primer motivo del recurso de casación, 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 referido motivo del recurso.

1.- La recurrente fundamentó el primer motivo, resumidamente, en que el legislador no ha querido hacer distinción entre el swap único y el caso en que se hayan formalizado varios swaps bajo un acuerdo marco, pues 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 (en lo sucesivo, RDL 5/2005) está dirigido a permitir al proveedor del swap quedar inmune frente a la insolvencia de la contraparte, mediante el "blindaje" y la "huída de la normativa concursal", por lo que no es un requisito esencial para la aplicación de tal norma que existan varias operaciones financieras en el marco de un acuerdo de compensación contractual, lo que habría quedado confirmado por la redacción actual del *art. 16.2 de la Ley Concursal*, dada por la Ley 7/2011, de 11 de abril.

Y en cuanto a la argumentación subsidiaria de la sentencia recurrida, la recurrente considera que del *art. 16.2 de la Ley Concursal* se deduce el tratamiento de créditos contra la masa de los nacidos del contrato de swap, tanto si las partes lo mantienen en vigor tras la declaración de concurso como si el mismo se da por finalizado, salvo que se declare resuelto por una causa anterior a la declaración de concurso, puesto que el contrato de swap genera obligaciones recíprocas tras la declaración de concurso, lo que habría quedado confirmado por la reforma de dicho precepto por la Ley 7/2011, destinada a aclarar las dudas que pudieran surgir de la redacción anterior del precepto (tanto la inicial como la que resulta de la reforma del año 2009).

2.- Considero que los argumentos que fundamentan el primer motivo del recurso no son acertados.

El *art. 16 del RDL 5/2005, de 11 de marzo*, ha de ser puesto en relación directa con el *art. 5 de dicho texto legal*. La redacción vigente cuando sucedieron los hechos relevantes a efectos de este recurso es la original, pues la reforma operada por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, y naturalmente la operada por la Ley núm. 7/2011, de 11 de abril, son posteriores incluso a la sentencia de primera instancia.

El art. 5.1 del RDL 5/2005, en la redacción aplicable, bajo el epígrafe « contenido de los acuerdos de compensación contractual », establece:

« Este capítulo se aplicará 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 éste ».

El art. 16, bajo el epígrafe « liquidación anticipada », establece en sus apartados 1 y 2:

« 1. La declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente de las operaciones financieras realizadas en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con este no podrá verse limitada, restringida o afectada en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa.

« 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 las operaciones financieras amparadas en el acuerdo, calculado conforme a las reglas establecidas en él ».

3.- De la redacción de estos preceptos se desprende que para la aplicación del régimen legal que de ellos resulta es 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 sola operación de swap de tipos de interés, sino la que tiene lugar entre los saldos de las distintas operaciones concertadas al amparo de un CMOF.

Discrepo respetuosamente de la afirmación contenida en la sentencia mayoritaria en el sentido de que la norma del art. 5 del Real Decreto Ley 5/2005 es aplicable siempre que la operación objeto del acuerdo, aunque sea única, genere obligaciones para las dos partes susceptibles de compensación.

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. No se generan por tanto obligaciones para las dos partes susceptibles de compensación, y no puede ser este un argumento que justifique la aplicación del art. 5 del Real Decreto Ley 5/2005 en el caso de un acuerdo de compensación contractual al amparo del cual solo se haya concertado un contrato de swap.

4.- No se trata de que el precepto, en la redacción aplicable al supuesto objeto del recurso, use el plural para referirse a las "operaciones financieras" concertadas al amparo del acuerdo de compensación contractual. Lo relevante es que se establece 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.

Como excepción a lo previsto en el *art. 61.3 de la Ley Concursal*, se permite a la entidad financiera que dé por resueltas o extinguidas anticipadamente las operaciones financieras concertadas al amparo del acuerdo de compensación contractual por causa de la declaración de concurso de su cliente (*art. 16.1 RDL 5/2005*). Y también como excepción a la prohibición de compensación prevista en el *art. 58 de la Ley Concursal*, se permite que en tal caso de vencimiento anticipado de las operaciones financieras incluidas en el acuerdo de compensación contractual, se incluya en el concurso como crédito o deuda de la parte declarada en concurso exclusivamente el importe neto de las operaciones financieras amparadas en el acuerdo, calculado conforme a las reglas establecidas en él.

Así, 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 [...]* ».

5.- Por otra parte, incluso de ser varias las operaciones concertadas en el marco de un acuerdo de compensación contractual, si la entidad financiera no hace uso de la posibilidad de darlas por vencidas anticipadamente (por ejemplo, contratos de swap o de leasing) y tras la declaración de concurso se siguen devengando las correspondientes liquidaciones y cuotas, respectivamente, el *art. 16 del RDL 5/2005* no es aplicable, porque no se ha producido el supuesto de hecho previsto en el mismo, la resolución o vencimiento anticipados de operaciones financieras concertadas al amparo de un acuerdo de compensación contractual con motivo de la declaración de concurso e inclusión en el concurso del importe neto resultante de la liquidación de los saldos correspondientes a cada una de las operaciones vencidas o resueltas anticipadamente.

Cuando la entidad financiera no hace uso de esta facultad, como ha ocurrido en el caso objeto del recurso, los créditos resultantes de las liquidaciones de los contratos de swap de tipos de interés y de las cuotas de leasing que vayan venciendo con posterioridad a la declaración de concurso, habrán de recibir la calificación que proceda según las normas de la Ley Concursal, no del RDL 5/2005.

6.- La pretensión de la recurrente de que el RDL 5/2005 es aplicable también para calificar los créditos resultantes de las liquidaciones de swaps que se sigan devengando con normalidad tras la declaración de concurso, incluso aunque sea una sola operación de swap, porque la finalidad del RDL 5/2005 es permitir a la entidad financiera proveedora del swap quedar inmune frente a la insolvencia de la contraparte, mediante el "blindaje" y la "huida de

la normativa concursal", no solo no resulta de la redacción del RDL 5/2005 aplicable al recurso, sino que además choca frontalmente con los principios inspiradores del concurso de acreedores, entre los que está, según la propia exposición de motivos de la ley, el de reducción drástica de privilegios y preferencias en las situaciones concursales. El RDL 5/2005 ya supone una clara ventaja para las entidades financieras al permitir que las mismas den por vencidos anticipadamente determinados contratos por razón de la declaración de concurso y compensen los saldos que resulten de los contratos resueltos o extinguidos. Extender el privilegio más allá de lo previsto en dicha norma no es adecuado.

7.- La invocación a la finalidad "aclaratoria" de la redacción del *art. 16.2 del RDL 5/2005* dada por la *Ley 7/2011*, no es determinante, no solo por las diversas explicaciones que pueden darse a la introducción en el precepto de la expresión "operación u operaciones financieras amparadas en el acuerdo", sino porque además no está justificada la afirmación de que tal novedad haya de incluirse entre aquellas destinadas a "aclarar" aspectos controvertidos, y no entre las destinadas a "corregir" tales aspectos, pues a ambas finalidades hace referencia la exposición de motivos.

Es por ello que considero que el primer motivo del recurso debió ser también desestimado.- **Firmado.-Rafael Saraza Jimena.-**