



Roj: STS 110/2013
Id Cendoj: 28079110012013100009
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1123/2011
Nº de Resolución: 797/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Enero de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por _____, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) el día dieciocho de marzo de dos mil once, en el recurso de apelación 433/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil 1 de Barcelona en el incidente concursal número 738/2009, en el concurso número 271/2009 del expresado juzgado.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente presentada por el Procurador de los Tribunales don _____

No han comparecido las partes recurridas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN A TRÁMITE

1. En el concurso número 271/2009 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona. el Procurador don _____, en nombre y representación de don _____, interpuso demanda contra _____

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

SUPlico AL JUZGADO: Que, por presentado este escrito, tenga por realizadas las manifestaciones contenidas y por instada DEMANDA DE INCIDENTE CONCURSAL en solicitud de MODIFICACIÓN DE LA LISTA DE ACREEDORES excluyendo de ella expresamente el crédito derivado de a permuta financiera Y SU INCLUSIÓN COMO CREDITO CONTRA LA MASA. DE LA LIQUIDACIÓN o LIQUIDACIONES PERIODICAS QUE SE PRODUCAN RESPECTO DE LA PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS aportada; y previos sus trámites legales oportunos, dicte resolución estimando íntegramente la presente demanda incidental, (1º) ordenando completar el informe de la Administración Concursal subsanando la omisión producida y (2º) declarando que dicho crédito de _____ por el concepto de permuta financiera de tipos de interés queda excluido de la relación de acreedores concursales por ser un crédito CONTRA LA MASA, tanto en sus liquidaciones periódicas o intermedias (vigente el contrato) producidas con posterioridad a la declaración de concurso, que en este caso asciende a 6.207,75 euros como a liquidación final que resultase de su resolución anticipada con motivo del eventual incumplimiento de la concursada.

3. La demanda fue admitida a trámite, siguiéndose el procedimiento como incidente concursal número 738/2009, en el concurso número 271/2009 del expresado Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona.

SEGUNDO: LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

4. En el incidente compareció _____ representada por la Procuradora de los Tribunales doña _____, que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:



Por todo ello SOLICITO AL JUZGADO:

Que tenga por presentado este escrito, y por hechas las anteriores manifestaciones y se dicte sentencia desestimando la impugnación de _____, y declarando expresamente que los intereses que pudieren resultar a favor de _____, una vez establecida la liquidación de los flujos entre ambas partes con tratantes, tienen el carácter de intereses convencionales y, por lo tanto, su calificación legal es la de crédito concursal con la clasificación de crédito subordinado, a la vez que se condene a la actora al pago de las costas procesales.

5. También compareció en los expresados autos la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE _____ que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

AL JUZGADO SUPPLICAN tenga por presentado este escrito ordenando su unión al incidente de su razón, teniéndose a la Administración Concursal por contestada a la demanda incidental formulada por el _____ se siga el incidente por sus trámites y en su día se dicte sentencia por la que se desestime las pretensiones de la actora incidental y se recoja el crédito pretendido con la calificación de CRÉDITO CONCURSAL - ORDINARIO.

TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA

6. Seguidos los trámites oportunos, el día quince de diciembre de dos mil nueve recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

Desestimar la demanda de _____ frente a la Administración concursal y a la concursada, admitiendo la inclusión del crédito pretendido por _____ en los términos propuestos por la Administración concursal, es decir, como crédito ordinario por importe de 6207,75 euros y como crédito ordinario a liquidar en la forma indicada el correspondiente al resto de períodos de liquidación en curso hasta el vencimiento sometidos a la condición resolutoria de que no se proceda a la resolución del contrato hasta el vencimiento de cada uno de ellos.

CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN

7. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de _____ y seguidos los trámites ante la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) con el número de recurso de apelación 433/2010, el día dieciocho de marzo de dos mil once recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por _____ contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil número 1 de Barcelona, el 15 de diciembre de 2009, en el incidente concursal 738/2009, del concurso de _____, cuya parte dispositiva consta transcrita en los antecedentes de hecho de esta resolución.

CONFIRMAMOS íntegramente la sentencia.

Sin imposición de las costas del recurso.

QUINTO: LOS RECURSOS

8. Contra la sentencia de apelación el Procurador de los Tribunales don _____, en nombre y representación de _____, interpuso:

1) Recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en un único motivo con fundamento en la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto es deber del Juzgador resolver la controversia con arreglo a las normas aplicables a los hechos deducidos por las partes, y concretamente a las normas sustantivas de interpretación de los contrato en el artículo 1281 del Código Civil.

2) Recurso de casación al amparo de número 3º del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la interpretación y aplicación del artículo 61 de la Ley Concursal, en relación con la caracterización de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

SEXTO: ADMISIÓN DE LOS RECURSOS

9. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de recurso de casación 1123/2011.



10. Personada , bajo la representación del Procurador don , el día diez de Enero de dos mil doce la Sala dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA

1.- ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de contra la sentencia dictada, con fecha 18 de marzo de 2011, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en el rollo de apelación nº 433/2010 , dimanante de los autos de incidente concursal nº 738/2009 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona.

2.- Y queden los presentes autos pendientes de señalamiento del día y hora para la celebración de la vista, o, en su caso, para la votación y fallo de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO

11. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día cinco de diciembre de dos mil doce, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NOTA PREVIA: Las sentencias que se citan son de esta Sala Primera del Tribunal Supremo si no se indica lo contrario.

PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES

1. Hechos

12. Los antecedentes que tienen interés a efectos del presente recurso, en síntesis, son los siguientes:

a) El 8 de noviembre de 2007 por un lado y por otro, suscribieron un "CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS" elaborado por la Asociación Española de Banca Privada, "a fin de regular las condiciones en que se efectuarán las operaciones financieras concretas dentro de esa relación negocial Única".

b) El 14 de noviembre de 2007, los indicados contratantes, con el título "confirmación de permuta financiera de tipos de interés (Swap Bonificado 3X3 con Barrera Knock-In)" con vencimiento el 12 de noviembre de 2010 que, en lo que aquí interesa, dice:

Los términos y condiciones de la Operación, a la que esta Confirmación hace referencia son los siguientes:

Operación:

Permuta Financiera de Tipos de Interés.

Santander Central Hispano paga trimestralmente un Tipo de Interés Variable EURIBOR fijado al inicio de cada período trimestral / el Cliente paga trimestralmente i) tipo de interés fijo (si Tipo Variable de Referencia es igual o inferior al Tipo Barrera Knock-In) o u) tipo de interés variable fijado al inicio del período (si Tipo Variable de Referencia es superior al Tipo Barrera Knock-In).

Los flujos de la presente Operación son equivalentes a la contratación de una permuta financiera de tipos de interés más la venta de un Cap con Knock por parte del Cliente, Cap que se activa en el caso de que el Tipo Variable de Referencia supere el Tipo Barrera Knock-In. El importe de la prima de la opción Cap vendida por el cliente se aplica a reducir el tipo fijo de la operación.

Fecha de la Operación: 08/11/07

Fecha de Inicio: 12/11/07

Fecha de Vencimiento: 12/11/10

Importe Nominal: 1,000,000.00 EUR

c) No se ha acreditado que el contrato referido estuviera vinculado con algún otro.

d) El 7 de abril de 2009 se declaró el concurso de



e) Presentado por _____ el saldo resultante de la liquidación trimestral del contrato de permuta financiera correspondiente al periodo 12 de febrero de 2009 al mismo día de mayo de 2009, la Administración Concursal no lo incluyó en la lista de acreedores.

2. Posición de las partes

13. La demandante, en los términos que se indican en el apartado 2 de esta sentencia, interesó el reconocimiento del crédito derivado de la liquidación o liquidaciones periódicas del contrato de permuta financiera de tipos de interés como crédito contra la masa.

14. _____ mantuvo que se trataba de un crédito concursal subordinado y se opuso a la demanda en los términos que se indican en el apartado 4 de esta sentencia.

15. Finalmente, la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE _____ mantuvo que se trataba de un crédito concursal ordinario y se opuso a la demanda en los términos que se indican en el apartado 5 de esta sentencia.

3. Las sentencias de instancia

16. La sentencia de la primera instancia desestimó la pretensión de la demandante porque entendió que el intercambio de flujos se concreta en una única obligación de pago para la parte que resulte deudora tras realizar la compensación entre los flujos objeto de intercambio y que el contrato litigioso, dadas las circunstancias concurrentes y los tipos de interés que sirven de referencia "solo resultarán obligaciones de pago para la concursada", por lo que "en este caso concreto" y "a efectos concursales" no existe una contraprestación que justifique el sacrificio patrimonial que supone su calificación como crédito contra la masa. También rechazó su calificación como subordinado dado que "las prestaciones derivadas del mismo no son propiamente intereses". De forma coherente con lo argumentado, acordó calificar el crédito derivado del saldo correspondiente al trimestre como concursal ordinario. Las liquidaciones correspondientes al resto de periodos a liquidar se calificaron como ordinarios a computar con arreglo a los criterios del artículo 88.4 y 88.3 de la Ley concursal, sometidos a la condición resolutoria de que no se proceda a la resolución del contrato hasta el vencimiento de cada uno de ellos.

17. La sentencia de apelación rechazó que la operación estuviese incluida en el artículo 16.1 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, dada la inexistencia de "pluralidad de operaciones financieras incluidas o afectadas por el acuerdo de compensación contractual". También rechazó la existencia de "interdependencia funcional" entre las obligaciones de las partes a efectos de lo dispuesto en el artículo 61.2 de la Ley Concursal.

4. Los recursos

18. Contra la expresada sentencia _____ interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación con base en los motivos que seguidamente analizaremos.

SEGUNDO: RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

1. Enunciado y desarrollo del motivo único

19. El motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

Por infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto es deber del Juzgador resolver la controversia con arreglo a las normas aplicables a los hechos deducidos por las partes, y concretamente a las normas sustantivas de interpretación de los contratos en el artículo 1281 CC.

20. En su desarrollo afirma que el apartado 3.5 del contrato marco de forma expresa dispone lo que sigue "Carácter recíproco de las Obligaciones: El cumplimiento de las obligaciones de pago o de entrega de cada una de las partes, a que vengan obligadas por cada Operación, no será exigible cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias...". También sostiene que "Tal es la reciprocidad expresamente pactada, que el incumplimiento de una de las partes posibilita la denuncia del contrato y la resolución o vencimiento anticipado, regulado en el artículo 1124 CC para las obligaciones recíprocas" y que "En la Confirmación de Swap, se establece para _____ la obligación de pagar en unas fechas predeterminadas ('Fechas de Pago') los importes que resulten de la aplicación de unos parámetros determinados".

21. Partiendo de la anterior premisa afirma que la interpretación que mantiene la sentencia recurrida supone la quiebra del artículo 1195 del Código Civil y de "los artículos 5 y 16 (entre otros) del RD 5/2005",

2. Valoración de la Sala



2.1. *Ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal.*

22. El sistema de recursos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil no es en absoluto coincidente con la distinción entre "infracción de Ley" y "quebrantamiento de las formas esenciales del juicio", establecida inicialmente en la Ley de 1881, correspondiendo al recurso extraordinario por infracción procesal el control de las cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, que no se circunscribe a las que enumera el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y al de casación el control de la aplicación de la norma "material" o "sustantiva".

23. En consecuencia, habida cuenta de que la interpretación contractual tiene dos vertientes -la fijación de hechos o *quaestio facti* [cuestión de hecho] y la aplicación de las normas valorativas o interpretativas o *quaestio iuris* [cuestión de Derecho]-, mientras la vía adecuada para el control de la fijación de los hechos o *quaestio facti* es el recurso extraordinario por infracción procesal, corresponde al de casación la revisión del juicio jurídico referido a la infracción de las normas sustantivas que disciplinan la interpretación de lo pactado.

2.2. *Desestimación del motivo.*

24. Con independencia de que el recurso denuncia de forma acumulada y desestructurada la infracción de pluralidad de normas heterogéneas de las que tan solo una de ellas responde al enunciado, lo expuesto es determinante de la desestimación del recurso porque no se ajusta a lo establecido en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ya que la única norma que cita como infringida en el enunciado del recurso, como la propia parte indica es una norma de naturaleza "sustantiva". También lo son las demás normas que cita en su desarrollo.

25. No obstante, a fin de dar breve respuesta al alegato, añadiremos que:

a) La sentencia recurrida no ha cuestionado que los contratantes utilizaron términos tales como "permuta" y que atribuye a las prestaciones "carácter recíproco" y, de hecho, el recurso no argumenta error alguno de "interpretación" del contrato.

b) El recurso tampoco razona en qué ni porqué la sentencia infringe el artículo 1195 del Código Civil .

c) Tampoco argumenta el recurso la razón por la que al contrato que identifica como de "permuta financiera" que aparece desvinculado de cualquier otra operación y no se acredita que funcione como "garantía financiera" le resultan aplicables los artículos 5 y 16 "entre otros" 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 , por el que se traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, modificada por la Directiva 2009/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, dirigida a proteger las "buenas prácticas de gestión del riesgo" empleadas corrientemente en el mercado financiero.

d) En realidad, lo que late en el recurso es la discrepancia con la calificación de las obligaciones que dimanen del contrato como "no recíprocas", extremo éste en el que los Tribunales no están sujetos a lo afirmado por las partes, ya que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan (en este sentido, sentencias 1170/2002, de 11 de diciembre , y 919/2011, de 23 de diciembre), y la naturaleza de las obligaciones que de ellos dimanen no queda vinculada por la calificación que de las mismas hagan las partes.

TERCERO: RECURSO DE CASACIÓN

1. Enunciado y desarrollo del motivo único

26. El motivo único del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

Al amparo de número 3º del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se proclamó el interés casacional en cuanto a la interpretación y aplicación del artículo 61 de la Ley Concursal , en relación con la caracterización de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, y la clasificación de sus efectos, por la interpretación dada en la Sentencia recurrida sobre los requisitos establecidos en él. Además de resultar contradictoria con la interpretación dada por otras Audiencias Provinciales.

27. En su desarrollo la recurrente afirma que, a tenor del artículo 61.2 de la Ley Concursal , las prestaciones a que está obligado el concursado deben realizarse con cargo a la masa, ya que las obligaciones que derivan del mismo tienen naturaleza de obligaciones recíprocas.

2. Valoración de la Sala

2.1. Las prestaciones en contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.



28. El artículo 61.2 de la Ley Concursal dispone que "[l]a 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" y añade "[l]as prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa".

29. De forma paralela el artículo 84.2 dispone que "[t]endrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: (...) 6º Los que, conforme a esta Ley, 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...".

30. Ahora bien, ni la Ley Concursal ni el Código Civil definen qué debe entenderse por "obligaciones recíprocas", limitándose este a mencionar las "prestaciones recíprocas" en el artículo 1120, las "obligaciones recíprocas" en el 1100 y el 1124 y la reciprocidad de intereses" en el 1289, lo que ha dado lugar a que en ocasiones con frecuencia se identifiquen las recíprocas con las que dimanen de contratos "onerosos", de los que derivan prestaciones a cargo de ambas partes.

31. La jurisprudencia, sin embargo, ha diferenciado 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 (en este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 1979 se refiere "al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica (de las obligaciones recíprocas)", la de 14 de mayo de 1982 al "contrato sinalagmático (con sinalagma genético y funcional) en el que se pactaron obligaciones recíprocas ligadas por un nexo de interdependencia", la 1033/1994 de 18 de noviembre, reiterada en la 814/2007, de 5 de julio afirma que "las obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble, el genérico en cuanto una atribución obligacional debe su origen a la otra, y el funcional significativo de la interdependencia que las dos relaciones obligacionales tienen 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", la 458/1996, de 8 de junio, al "sinalagma funcional", la 1194, de 9 de diciembre de 2004, reiterada en las sentencias 168/2010, de 30 de marzo, 108/2011, de 10 de marzo y 132/2011, de 11 de marzo, sostiene que "las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debidos a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor".

2.2. La inexistencia de reciprocidad funcional en el swap desvinculado.

32. En el presente litigio, bajo la denominación de "confirmación de permuta financiera de tipos de interés (Swap Bonificado 3X3 con Barrera Knock-In)", la partes suscribieron un contrato desvinculado de cualquier otra operación, por el que una de ellas debería pagar el saldo resultante de la diferencia entre "un Tipo de Interés Variable EURIBOR3M" y "un tipo de interés fijo o variable determinado en función del Tipo Barrera Knock-In)".

33. No se trata, en consecuencia de obligaciones funcionalmente recíprocas ya que nada más surgen obligaciones para una de las partes. En este sentido la sentencia de la Audiencia declara que "las prestaciones pendientes de cumplimiento para una de las partes, en este caso para la concursada, no guardan relación causal con las que pudieran derivarse en el futuro para la otra", sin que la falta de reciprocidad quede desvirtuada por la afirmación formal, que aparece contraria al propio comportamiento de la recurrente, de que banco y cliente se pagan mutuamente a fin de "permutar flujos financieros", probablemente dirigida a eludir la eventual aplicación de las reglas concursales.

2.3. Desestimación del motivo.

34. De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, el recurso debe ser desestimado

CUARTO: COSTAS

35. Las costas de ambos recursos deben ser impuestas a la recurrente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS



Primero: Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por : . representada por el Procurador de los Tribunales don contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) el día dieciocho de marzo de dos mil once, en el recurso de apelación 433/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil 1 de Barcelona en el incidente concursal número 738/2009, en el concurso número 271/2009 del expresado juzgado.

Segundo: Imponemos a la expresada recurrente , las costas del recurso extraordinario por infracción procesal que desestimamos.

Tercero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por comparecida bajo la representación antedicha, contra la indicada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) el día dieciocho de marzo de dos mil once, en el recurso de apelación 433/2010.

Cuarto: Imponemos a la recurrente las costas causadas por el recurso de casación que desestimamos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios** .- **Jose Ramon Ferrandiz Gabriel**.-**Antonio Salas Carceller** .-**Rafael Gimeno-Bayon Cobos**.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos** , 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.

ES UN DOCUMENTO CONFIDENCIAL