



2º.- Contra referida sentencia se preparó recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandante que fue formalizado en tiempo y forma y presentado escrito hizo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando la revocación de la resolución recurrida, de conformidad con lo solicitado en la demanda incidental. Dado traslado de la interposición del recurso a la contraparte, por las legales representaciones de éstas se presentaron sendos escritos de oposición al mismo, haciendo las alegaciones que estimaron oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte apelante.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno rollo, señalándose para la votación y fallo del recurso el día treinta y uno de Enero de los corrientes, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON ANGEL SALVADOR CARABIAS GRACIA**.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La entidad ..... promueve incidente concursal de la concursada ..... frente a la administración del mismo que luego a través de la resolución judicial de oficio da lugar a que existiendo litis consorcio pasivo se dé entrada a la propia concursada personándose ambas como demandadas. El motivo de la demanda se basa en impugnar la lista de acreedores de la administración concursal a fin de que la calificación que de los créditos que el banco tiene frente a la concursada se modifique para obtener otra calificación y así lo solicita para el saldo de un contrato marco de operaciones financieras y de confirmación de permuta de operaciones financieras de tipos de interés de 7-1-2008 con vencimiento al 7-1-2013 que presenta un saldo a favor del banco de 116.179,99 euros así como la confirmación de la permuta de tipos de interés de 21-2-2005 con vencimiento el 22-2-2010 cuyo saldo deudor al día 14-12-2011, fecha de declaración de concurso, asciende a 85.805,42 euros; asimismo solicita otra calificación de tres contratos de arrendamientos financieros (leasing) cuyas fechas cita; y por ultimo solicita otra calificación del saldo de póliza de aval siendo beneficiario .....

..... a la que tuvo que abonar el importe avalado. A la demanda se oponen

separadamente la concursada y la administración concursal y la sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda sin imposición especial de costas. Frente a la sentencia recurre el \_\_\_\_\_ que insiste en los argumentos que había expuesto en la demanda ampliándolos a otros siendo contestados por las demandadas que solicitan la confirmación íntegra de la sentencia. Como quiera que en la sentencia al igual que el recurso y sus oposiciones se hace estudio separado de cada una de las reclamaciones formuladas según la clase de que se trate, estudiaremos con igual separación las alegaciones del recurrente.

**SEGUNDO.-** En primer lugar la recurrente solicita que se modifique la calificación de la administración concursal de dos contratos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés que dicha administración ha calificado de crédito concursal por la de créditos contra la masa. Al igual que se dice en la sentencia apelada ello no es posible. El contrato de 17-2-2005 con un plazo de vigencia de cinco años venció antes del 14-12-2011 fecha en que se declaró el concurso por lo que ha de tenerse en cuenta la tesis jurisprudencia al respecto, así SAP sección 5ª de Zaragoza de 27 abril 2012 respecto a los créditos que dimanar del contrato swap como el reclamado en el sentido de que *"si son créditos anteriores al concurso, serán créditos ordinarios. Si asistimos a liquidaciones periódicas de operaciones de swap durante el concurso, estaríamos ante el cumplimiento de una obligación recíproca del concursado -en su caso- lo que podría situar el crédito del tercero en la calificación de crédito contra la masa (artículo 84-5º y 6º L.C.). Ahora bien si el contrato vence o se resuelve por motivo del concurso y ya no se cerraron o liquidaron nuevas operaciones, el saldo resultante de los flujos de dinero a favor de uno u otro contratante ("Close -out-netting"), aunque se averiguase durante el concurso, traería causa de una relación jurídica previa al mismo, por lo que -ex art 84 y sgs L.C.- sería crédito ordinario, ya que no podría calificarse como crédito contra la masa"*. En consecuencia y dado que el contrato ya había vencido a la fecha de declaración del concurso esta bien calificado como crédito concursal.

En cuanto al otro swap de 7-1-2008 la recurrente lo canceló anticipadamente el mismo día 14-12-2011 con un saldo de 116.179,99 € a su favor el cual insinuó a la administración concursal por lo que también es crédito anterior a la declaración de concurso por cuya causa no cabe reconocerlo como crédito contra la masa en virtud del artículo 84.2.6 de la Ley Concursal como se dijo antes sino como un crédito

concurstal tal como hizo la administración concursal cuya decisión no procede corregir.

**TERCERO.-** En relación a los tres contratos de arrendamiento financiero o leasing cuya nueva calificación se pretende la administración concursal la cuestión a resolver consiste en determinar si las cuotas devengadas antes de la declaración del concurso tienen el carácter de créditos privilegiados o como créditos contra la masa si se han devengado con posterioridad a dicha declaración. No existe discusión en relación a la calificación de las cuotas vencidas y no satisfechas con anterioridad a la declaración del concurso como créditos con privilegio especial, y el debate surge respecto de las cuotas vencidas tras la declaración del concurso. Como sostiene la sentencia de instancia no hay unanimidad en la doctrina y jurisprudencia acerca del carácter de esos créditos. La razón depende del carácter y naturaleza jurídica que se atribuya a tales contratos de arrendamiento financiero: si estamos ante un contrato bilateral con obligaciones recíprocas para ambas partes que se mantienen una vez declarado el concurso, lo que conllevaría la consideración de crédito contra la masa en aplicación del artículo 61.2 y 84.2.6º Ley Concursal, o si una vez declarado el concurso, de haberse iniciado anteriormente su cumplimiento, sólo restan obligaciones para una de las partes, para el arrendatario financiero, pero no ya para el arrendador, pues mientras que el primero debería continuar abonando las correspondientes cuotas, el segundo ya habría cumplido íntegramente su prestación mediante la adquisición del bien al proveedor y la ulterior cesión de su uso al arrendatario financiero, especialmente en aquellos contratos que incluyen una cláusula (tipo) por la que se exonera al arrendador financiero de toda responsabilidad por el estado, funcionamiento, vicios ocultos o cualquier otra circunstancias concurrente en los bienes adquiridos, como es el caso (cláusula 1.2). En tal supuesto sería de aplicación el artículo 61.1 L.C. en relación con el artículo 90.1.4º de la Ley, y determinaría la calificación como crédito concursal con privilegio especial. El Tribunal Supremo, así sentencias de 4-12-2007 y 4 y 2112-2001, tiene declarado que *"la finalidad de este contrato, es decir, su función económica que constituye su causa, no es otra que permitir a los empresarios que no tienen liquidez o medios financieros para adquirir, desde un principio, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, disfrutar de ellos obteniendo la cesión de uso de los mismos, una vez han sido adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, por una entidad financiera"*. Conforme a ello la finalidad del leasing no

es solo la cesión de uso de los bienes sino también la de financiar la adquisición para aquellos que carecen de liquidez inmediata. La obligación del arrendatario de abonar las cuotas se corresponde con la correlativa del arrendador de mantenerle en el goce y uso pacífico del bien y al término del mismo y se ejercita la opción de compra por el valor residual esta obligado a entregarle la propiedad del bien. Ello lleva a considerar que el contrato es de tracto sucesivo y existen obligaciones recíprocas para las partes mientras dure el contrato para garantizar el uso y goce pacífico mientras se abonen las cuotas del arrendamiento. Consecuente con ello es que por esa reciprocidad ha de encuadrarse en el artículo 62.2 y no en el párrafo anterior debiendo calificarse por ello las prestaciones a que está obligado el concursado con cargo a la masa, mereciendo por lo tanto tal calificación, en relación con el artículo 84.1.6º L.C., las cuotas que vencen una vez declarado el concurso. Por ello en los contratos que se identifican con los números 778.786 y 775.046 las cuotas vencidas e impagadas y sus intereses después de declararse el concurso son créditos contra la masa. En cuanto a las cuotas residuales de estos dos contratos son créditos que se reconocerán cuando se ejercite la opción de compra por la concursada en cuyo momento se reconocerán como créditos contra la masa. Y en cuanto a la opción de compra del contrato numero 762.587 que venció el 1-12-2010 ha de mantenerse la calificación de crédito concursal que le fijó la administración concursal.

**CUARTO.-** El último punto objeto de recurso se concreta en la petición de que el crédito derivado de hacer frente a una póliza de aval a favor de la concursada que fue abonado a . . . a primer requerimiento sea reconocido como crédito contra la masa y por importe de 50.000 euros y no como crédito ordinario y por importe menor como ha hecho la administración concursal. A este respecto el artículo 87.6 de la Ley Concursal dispone:

*Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador.*

Al verificarse el pago el fiador se coloca en el lugar del acreedor del que salió garante y teniendo en cuenta que el requerimiento tiene lugar el 6-12-2011 es anterior a la fecha de declaración de concurso y es la fecha en que nace el crédito del banco. Y como dice la norma la calificación que ha de hacerse ha de ser la menos gravosa para el concurso. Por ello la calificación como crédito concursal y no contra la masa es la adecuada. En este sentido la STS de 26-4-2012 determina que *"entiende que tienen la consideración de créditos contra la masa los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso. En este sentido, no puede calificarse como crédito contra la masa el nacido de los pagos realizados por el fiador de la concursada a los acreedores de ésta tras la declaración de concurso. Tampoco el crédito a las comisiones convenidas a cargo de la deudora principal, concursada, es recíproco de la obligación asumida por aquélla de pagar o cumplir por ésta, ya que la relación de fianza propiamente existe entre fiadora y acreedor, que son las dos partes del contrato de garantía y la reciprocidad no es calidad atribuible al derecho de la fiadora al reintegro de lo que pagó a los acreedores de la concursada, pues no tiene correspondencia con contraprestación alguna a favor de la obligada al reembolso y a cargo del fiador"*. Por ello es adecuada la calificación que ha hecho la administración concursal. Y respecto de la cuantía la fotocopia de la carta requerimiento que envía al . le requiere por cincuenta mil euros, pero resulta que la administración concursal presentó documentación por un crédito de de 37.562,06 € contra la concursada sin que el Banco haya presentado documentación que acredite que abonó los 50.000 y no la cantidad que ha documentado la administración pues las certificaciones de sus apoderados de que el saldo era de 50.000 no acreditan que abonase dicha cantidad que se justificaría con el recibo de ingreso en la cuenta de .

**QUINTO.-** La estimación parcial del recurso conlleva que no se haga especial declaración de costas de conformidad con el artículo 398 de la L.E.Civil con devolución del depósito constituido para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes constitucionalmente conferidos por el pueblo español.



### FALLAMOS.-

Que estimando en parte el recurso de apelación del [redacted] que viene representado por el Procurador Sr. [redacted] contra sentencia de veinte de junio de dos mil doce de la Ilma. Magistrada Juez de Primera Instancia número cuatro de Salamanca (Juzgado Mercantil) a que este rollo se contrae, en el que son apelados la mercantil en concurso [redacted] representada por la Procuradora Sra. [redacted] y la administración concursal de la anterior representada por la administradora [redacted], debemos revocar y revocamos dicha resolución en el único sentido de considerar que de los contratos de leasing números 778.786 y 775.046 las cuotas vencidas e impagadas y sus intereses después de declararse el concurso son créditos contra la masa, confirmando en todo lo demás el resto del fallo no modificado por lo anterior. No hacemos especial declaración de costas del recurso devolviéndose a la apelante el depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.