

Roj: STS 4918/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4918
Id Cendoj: 28079119912015100041
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 3065/2012
Nº de Resolución: 629/2015
Procedimiento: Casación
Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la Administración Concursal de la empresa "MECANIZADOS KIT Y BLOCK, S.A." ,representada ante esta Sala por la procuradora D^a. Mercedes Romero González, contra la sentencia dictada el 12 de septiembre de 2012 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo en el recurso de apelación núm. 2/2012 dimanante de las actuaciones de incidente concursal núm. 20/2010 del Juzgado de lo Mercantil de Toledo sobre calificación del crédito derivado de un swap de inflación. Ha sido parte recurrida BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representado ante esta Sala por el procurador D. Esteban Jabardo Margareto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La procuradora D^a Ana Isabel Bautista Juárez , en nombre y representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, interpuso demanda de Incidente Concursal contra Mecanizados Kit y Block S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia «Que declarara que procede incluir y ordenar que se incluyan los créditos comunicados por BBVA con la cuantía y calificación solicitadas en la Lista de Acreedores del Concurso y el reconocimiento de la existencia y vigencia del contrato de "Confirmación de Swap".»

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 26 de noviembre de 2009 y repartida al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Toledo y fue registrada con el núm. 20/2010 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- La Letrada D.^a Carla , administradora concursal única de MECANIZADOS KIT Y BLOCK, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «la desestimación de todas las peticiones del BBVA relacionadas con el contrato de SWAP, por su inexistencia o en su defecto la nulidad de sus condiciones.»

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 y de lo Mercantil de Toledo dictó sentencia de fecha 20 de septiembre de 2010 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando parcialmente la demanda presentada por D^a Ana Isabel Bautista Juárez en representación de BBVA contra el informe presentado por la administración concursal de Mecanizados Kit y Block S.A debo declarar que por el préstamo hipotecario tiene un crédito con privilegio especial por importe de 139.308,78 # , que por la póliza de negociación tiene un crédito ordinario por importe de 87.634,41 # y 6.252,17 # como subordinado y que por el contrato de Permuta financiera de tipos de interés (Swap) las declaraciones posteriores a la declaración del concurso deben ser consideradas como créditos ordinarios sin hacer expresa condena en costas.»

Por Auto de fecha 8 de febrero de 2011, se aclaró la Sentencia en el sentido de que el crédito por importe de 139.308,78 # debe ser considerado como contingente.

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección nº 1 de la Audiencia Provincial de Toledo, que lo tramitó con el número de rollo 2/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 12 de septiembre de 2012 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que ESTIMANDO el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS EN PARTE la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil de Toledo, con fecha 20 de Septiembre de 2010 , en el procedimiento núm.20/2010, de que dimana este rollo, y en su lugar confirmando los restantes pronunciamientos de la sentencia apelada, se declara que por el contrato de permuta financiera de tipos de interés las liquidaciones del mismo posteriores a la declaración del concurso de saldo negativo para el concursado se califican de créditos contra la masa; todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso y ordenando la devolución al recurrente del depósito constituido para recurrir.»

SEXTO.- La Letrada en ejercicio y administradora concursal única, en representación de "MECANIZADOS KIT Y BLOCK, S.A", interpuso recurso de casación.

Motivo del recurso de casación:

«Jurisprudencia que se solicita del Tribunal Supremo que se declare en Unificación o fijación de doctrina: Que los créditos derivados de las liquidaciones de contratos o productos de permuta financiera de tipos de interés se califiquen como créditos concursales y no como créditos contra la masa, en virtud de la interpretación que debe efectuarse del art. 61.2 y 61.1 de la Ley Concursal en relación a este supuesto.»

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

«LA SALA ACUERDA:

1º Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Administración Concursal de Mecanizados Kit y Block, S.A contra la Sentencia dictada en fecha 12 de septiembre de 2012 por la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª) en el rollo nº 2/2012 , dimanante de los autos de incidente concursal nº 20/2010 del Juzgado de lo Mercantil de Toledo.»

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Desarrollo del litigio.-

1.- El "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." ("BBVA") impugnó la lista de acreedores formulada por la administración concursal de la compañía mercantil "Mecanizados Kit y Block, S.A.", entre otros extremos, para que se calificara como crédito contra la masa un crédito de 7.580,28 €, resultante de la liquidación trimestral de un contrato de swap vencida antes de la declaración de concurso, así como que recibieran el mismo tratamiento las liquidaciones posteriores. La administración concursal, que había excluido el crédito referente a la liquidación previa al concurso y calificado como ordinarios los correspondientes a las liquidaciones posteriores, se opuso a dichas pretensiones. Tras sustanciarse el correspondiente incidente concursal, el Juzgado de lo Mercantil desestimó ambas impugnaciones: la relativa al crédito precedente a la declaración de concurso, por no haberse comunicado; y la atinente a la clasificación de las liquidaciones posteriores como créditos ordinarios, por entender inaplicable el artículo 61.2 de la Ley Concursal , al no tratarse de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte; y ello, porque únicamente existen prestaciones a cargo de la concursada y no a cargo de la entidad financiera acreedora. En concreto, afirmó que *"No se advierte un intercambio real de prestaciones o transferencias recíprocas entre los contratantes. Nos hallamos, en definitiva, ante una simple liquidación de un contrato anterior a la declaración, que no responde a una prestación efectiva pendiente de cumplimiento por parte de la entidad de crédito"*.

2.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad acreedora, fue estimado por la Audiencia Provincial, que, tras poner de manifiesto las posiciones contradictorias entre distintas Audiencias Provinciales, consideró aplicables los artículos 16.2 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo (en su redacción dada por Ley 16/2009) y 61.2 y 84, apartados 5º y 6º, de la Ley Concursal. Para ello, partió de la consideración del contrato de permuta financiera como un contrato con obligaciones recíprocas, en el que las partes se intercambian los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados, bien por pagos parciales, bien por liquidaciones al final del término de vigencia pactado, de lo que puede resultar a favor de cada una de las partes un saldo positivo o negativo. Como consecuencia de lo cual concluye que *"[C]onsiderado así como contrato generador de obligaciones recíprocas, es obvio que sus liquidaciones periódicas que nacen de un mecanismo de compensación y producidas tras el concurso que sean de saldo negativo para el concursado constituyen una obligación recíproca pendiente de cumplimiento por el mismo e integrable en el artículo 61.2 de la Ley Concursal"*. Lo que, en conexión con el artículo 84.2.6º de la misma Ley, le otorga el carácter de crédito contra la masa.

SEGUNDO.- Recurso de casación.-

Planteamiento del recurso.-

La administración concursal de la empresa "Mecanizados Kit y Block, S.A." formula un único motivo, al amparo del artículo 477.2 LEC, en el que solicita que se unifique y fije doctrina por este Tribunal Supremo, en el sentido de que los créditos derivados de las liquidaciones de contratos o productos de permuta financiera de tipos de interés se califiquen como créditos concursales y no como créditos contra la masa, en virtud de la interpretación que debe efectuarse del artículo 61, apartados 1 y 2, de la Ley Concursal.

Decisión de la Sala.-

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

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

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

1.3.- Conforme a tales pronunciamientos jurisprudenciales previos, el swap no es un contrato que produzca obligaciones recíprocas entre las partes (aunque la Sentencia 192/2014, de 10 de julio, pudo generar ciertas dudas al respecto, por cuanto declaró aplicable *"la norma del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 61 de la Ley 21/2003"*, dándose la circunstancia que el encabezamiento de dicho artículo 61 LC es: *"Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas"*), sino obligaciones para una sola de las partes en cada una de las liquidaciones previstas, sin perjuicio de que el riesgo sea bilateral y por la aleatoriedad propia de tal contrato puede que la parte para la que surgen obligaciones no sea la misma en todas las liquidaciones. Si la obligación derivada del vencimiento y liquidación anticipados del swap de tipos de interés (lo que vale igual para el swap de inflación), producidos con posterioridad a la declaración de concurso, resulta a cargo

del concursado, el criterio para calificarla como crédito contra la masa o crédito concursal ha de ser el mismo que deba utilizarse para calificar el crédito que hubiera surgido a favor de la entidad financiera en cada una de las liquidaciones periódicas posteriores a la declaración de concurso si el plazo se hubiera mantenido, puesto que consiste en la actualización de las liquidaciones pendientes de vencimiento conforme a las reglas previstas en el contrato. A resultas de lo cual, no es aplicable el art. 61.2 de la Ley Concursal, previsto para los contratos con obligaciones recíprocas; sino que habrá de mantenerse la calificación del crédito resultante de la liquidación anticipada del contrato de swap de tipos de interés como crédito concursal.

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

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

2.2.- Los acuerdos de compensación contractual están regulados en el antes citado Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que traspuso a nuestro ordenamiento la Directiva 2002/47/CE, de 6 de junio, sobre Acuerdos de Garantía Financiera (artículo 2), y que expresamente incluye en su ámbito de aplicación los acuerdos de compensación contractual (artículo 3). La regulación del Capítulo II del RDL 3/2005, se aplica *"a las operaciones financieras que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con él, siempre que el acuerdo prevea la creación de una única obligación jurídica que abarque todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo y en virtud de la cual, en caso de vencimiento anticipado, las partes sólo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de dichas operaciones. El saldo neto deberá ser calculado conforme a lo establecido en el acuerdo de compensación contractual o en los acuerdos que guarden relación con este"* (artículo 5.1). A estos efectos, se consideran operaciones financieras, conforme al artículo 5.2.c) del RDL 5/2005, las *"realizadas sobre los instrumentos financieros previstos en el párrafo segundo del art. 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), incluidos los derivados de crédito, las compraventas de divisa al contado, los instrumentos derivados sobre materias primas y los instrumentos derivados sobre los derechos de emisión regulados en la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, así como cualquier combinación de los anteriores, ya sean liquidables por diferencias o mediante entrega física del subyacente"*. Y entre las reguladas en el artículo 2 LMV se encuentran las permutas, y por tanto, los swaps o permutas financieras.

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

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

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

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

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

"1. La declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente del acuerdo de compensación contractual o de las operaciones financieras realizadas en el marco del mismo o en relación con él no podrá verse limitada, restringida o afectada en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa. En caso de ejercicio de la acción resolutoria la indemnización prevista en el artículo 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal , se calculará conforme a las reglas previstas en dicho acuerdo.

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

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

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

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

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

anticipadamente el contrato, los créditos derivados del contrato en vigor o de su vencimiento anticipado por incumplimientos posteriores al concurso serían créditos contra la masa.

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

2.7.- No obstante, no cabe hacer una aplicación generalizada y automática de tales previsiones, máxime cuando los contratos de permuta financiera se han utilizado masivamente para clientes minoristas; ya que un tratamiento formalista del acuerdo marco de compensación podría utilizarse para proporcionar ventajas concursales a simples contratos bancarios. Como hemos dicho, la función primordial del acuerdo de compensación es doble: por un lado, permitir la compensación entre diferentes derivados contratados entre las mismas partes y, por el otro, permitir que se sujete a una regulación concursal especial. Pues bien, ambas funciones tienen sentido y alcanzan su finalidad cuando el acuerdo de compensación comprende varios contratos de instrumentos financieros distintos y la contratación acontece entre profesionales (por ejemplo, dos bancos). Pero pierde completamente su sentido cuando, como sucede en el caso, el acuerdo de compensación comprende un único derivado, puesto que entonces no habrá compensación posible.

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

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

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

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

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

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

conceptuarse contra la masa; sino que tendrán el carácter de créditos concursales, con independencia de que las liquidaciones sean anteriores o posteriores a la declaración de concurso.

4.- Conclusión y establecimiento de doctrina jurisprudencial.-

Conforme a todo lo expuesto y de acuerdo con lo previsto en el art. 487.3 LEC , procede la casación de la sentencia recurrida y la confirmación de la de primera instancia. Fijamos como doctrina jurisprudencial que: "Los créditos derivados de contratos de permuta financiera en que el deudor se encuentre en concurso son créditos concursales y no contra la masa, con independencia de que se hayan devengando antes o después de la declaración de concurso".

TERCERO.-Costas y depósitos.-

1.- Pese a haberse casado la sentencia de apelación y confirmado la de primera instancia, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de apelación, según permiten los artículos 394.1 y 398.1 LEC , al tratarse de cuestión jurídica controvertida que ha requerido decisión jurisprudencial del pleno de esta Sala. Sin que tampoco proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación, conforme previene el artículo 398.2 de la misma Ley .

2.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, según dispone el apartado 8º de la disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la administración concursal de la compañía mercantil "Kit y Block, S.A.", contra la sentencia de fecha 12 de septiembre de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 2/12 .

2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos desestimar el recurso de apelación interpuesto por "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." (BBVA) contra la sentencia de 7 de fecha 20 de septiembre de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 y de lo Mercantil de Toledo , en el incidente concursal nº 20/2010, del procedimiento de concurso de la entidad "Mecanizados Kit y Block, S.A.", que confirmamos íntegramente.

3.- Fijamos como doctrina jurisprudencial: "Los créditos derivados de contratos de permuta financiera en que el deudor se encuentre en concurso son créditos concursales y no contra la masa, con independencia de que se hayan devengando antes o después de la declaración de concurso".

4.- No hacer expresa imposición de las costas de los recursos de apelación y casación.

5.- Ordenar la devolución del depósito constituido para el 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 Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Eduardo Baena Ruiz, **Pedro Jose Vela Torres**, firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.