



Roj: STS 109/2013
Id Cendoj: 28079110012013100008
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1124/2011
Nº de Resolución: 811/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho 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 BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, SA, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) el día nueve de febrero de dos mil once, en el recurso de apelación 367/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil 2 de Barcelona en el incidente concursal número 505/2009, en el concurso número 161/09 del expresado Juzgado.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, SA, representada por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Codes Feijoo.

No han comparecido las partes recurridas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN A TRÁMITE

1. El Procurador don Ildelfonso Lago Pérez, en nombre y representación de BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, SA, interpuso demanda contra la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE TECNICART APLICACIONES TECNIQUES DEL CARTRO, SL y "*frente a quien se oponga a la presente demanda incidental*".

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 impugnación del Informe de la Administración Concursal, en los extremos indicados en el cuerpo del presente escrito; y previos sus trámites legales oportunos, dicte resolución estimando íntegramente la presente demanda incidental, declarando que el crédito de Banco Santander, S.A. por el concepto de permuta financiera de tipos de interés es un crédito CONTRA LA MASA.

3. La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona que la admitió a trámite, siguiéndose el procedimiento con el número de autos incidente concursal número 505/2009, en el concurso número 161/09 del expresado Juzgado.

SEGUNDO: LAS CONTESTACIONES A LA DEMANDA

4. En los expresados autos también compareció TECNICART APLICACIONES TECNIQUES DEL CARTRO, SL representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Joana Menen Aventin, que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

AL JUZGADO SUPLICO: tenga por presentado este escrito con sus copias, lo admita, y en sus méritos, desestime la petición de la parte actora por inadecuación de procedimiento y, subsidiariamente, se desestime la petición de la parte actora calificándose el crédito derivado del contrato de permuta financiera como un crédito contingente ordinario, con expresa condena en costas a la demandante.

5. En los expresados autos también compareció la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE TECNICART APLICACIONES TECNIQUES DEL CARTRO, SL que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

AL JUZGADO SUPLICA tenga por presentado este escrito ordenando su unión al incidente de su razón, teniéndose a esta AC por contestada la demanda incidental formulada por la representación legal del Banco de Santander S. A., se siga el incidente por sus trámites y en su día se dicte sentencia por la que se desestime la pretensión de la actora incidental y por el contrario se acojan las pretensiones alegadas por esta AC.

TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA

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

Que debía acordar y acordaba ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda, interpuesta por el Procurador de los Tribunales DON ILDEFONSO LAGO PEREZ, en nombre y representación de BANCO SANTANDER, S.A., contra TECNICART APLICACIONES TECNIQUES DEL CARTRO S.L., representada por la Procurador de los Tribunales DOÑA JOANA MENEN AVENTIN, y contra la ADMINISTRACION CONCURSAL, ordenando se incluya el crédito de la demandante como ordinario contingente sin cuantía propia, todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.

CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN

7. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, SA y seguidos los trámites ante la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) con el número de recurso de apelación 367/2010 , el día nueve de febrero de dos mil once recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

Desestimamos el recurso interpuesto por la representación de BANCO SANTANDER, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona, con fecha 30 de noviembre de 2009 cuya parte dispositiva obra transcrita en los antecedentes de la presente, que confirmamos, sin hacer expresa condena en costas.

QUINTO: LOS RECURSOS

8. Contra la expresada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en el recurso de apelación 367/2010 el día nueve de febrero de dos mil once, el Procurador de los Tribunales don Ildelfonso Lago Pérez, en nombre y representación de BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, SA, 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 1124/2011.

10. Personada BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, SA bajo la representación del Procurador don Eduardo Codes Feijoo, 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 "BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, SA" contra la sentencia dictada, con fecha 9 de febrero de 2011, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en el rollo de apelación nº 367/2010 , dimanante de los autos de incidente concursal nº 505/2009 del Juzgado de lo Mercantil número 2 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 la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día doce 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 10 de julio de 2008 BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, SA por un lado y TECNICARR APLICACIONES TECNIQUES DEL CARTRO, SL por otro, suscribieron un "contrato marco de operaciones financieras" de tipos de interés.

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

d) El 18 de marzo de 2009 se declaró el concurso de TECNICARR APLICACIONES TECNIQUES DEL CARTRO, S.L..

2. Posición de las partes

13. La demandante, en los términos que se indican en el apartado 2 de esta sentencia, interesó que se declarase que el crédito por el concepto de permuta financiera de tipos de interés es un crédito contra la masa.

14. TECNICART APLICACIONES TECNIQUES DEL CARTRO, SL, SA mantuvo que se trataba de un crédito contingente ordinario 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 TECNICART APLICACIONES TECNIQUES DEL CARTRO, SL, SA mantuvo la inadecuación del trámite elegido por la demandante y 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: a) entendió que la Ley Concursal parte de la base de la "poda de privilegios" por lo que las excepciones deben interpretarse restrictivamente; b) identificó el contrato litigioso como "contrato de swap", en el que, finalizado el contrato marco todas las operaciones pendientes se liquidan mediante un procedimiento que en términos bancarios suele denominarse "*close-out netting*" o compensación de saldos; c) argumentó que el artículo 16 del Real Decreto Ley 5/2005, como excepción a la normativa concursal, permite la compensación y las cláusulas de vencimiento anticipado por insolvencia; d) calificó el contrato como "aleatorio" al depender la prestación del hecho futuro e incierto del tipo de interés en la fecha de liquidación; e) rechazó que el contrato pudiera incluirse en el artículo 61.2º de la Ley Concursal dado que dado su carácter aleatorio las prestaciones solo alcanzarán a una de las partes, sin que exista intercambio real de prestaciones o transferencias recíprocas. Coherentemente con lo razonado calificó el crédito como ordinario contingente.

17. La sentencia de apelación: a) 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"; b) argumentó *obiter dicta* que, a diferencia de lo que disponía la disposición adicional 7.4 de la Ley 3/1994 en la redacción dada por la disposición adicional 41º de la Ley 66/1997, modificada por la disposición adicional 10.3.II de la Ley 37/1998, el Real Decreto Ley 5/2005 no declara que el importe de los acuerdos de compensación contractual se incluyan como "crédito o deuda de la masa", el artículo 16.2 del Real Decreto Ley 5/2005, mantiene lo dispuesto en la Ley 44/2002 que suprimió la referencia a que el importe neto de las operaciones financieras amparadas en el acuerdo sean "deuda de la masa"; c) razonó la inaplicabilidad de la modificación del Real Decreto Ley 5/2005 por la Ley

16/2009, de 13 de noviembre de Servicios de Pago; y d) desestimó la pretensión de calificar como "recíproca" a efectos del artículo 61.2 de la Ley Concursal la obligación a cargo de una de las partes derivada de un contrato caracterizado por la concurrencia de los requisitos predica de los aleatorios.

4. Los recursos

18. Contra la expresada sentencia de apelación BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, SA 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 contrato 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 concurra 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 el "producto swap ligado a la inflación" se define como "*intercambio de flujos...en el que el cliente va a percibir un importe variable...A CAMBIO de pagar una serie de importes fijos...*".

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 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 extraordinario por infracción procesal el control de las cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, pues no se circunscribe a las que enumera el artículo 416, y al de casación el control de la aplicación de la norma "material" o "sustantiva".

23. 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]-, y así como la vía adecuada para el control de la fijación de los hechos o quaestio facti es la del 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 en el recurso denuncia de forma acumulada 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 se cita como infringida en el enunciado del recurso, como la propia parte indica, es de naturaleza "sustantiva". Además, también lo son las demás, mencionadas en su desarrollo.

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

a) La sentencia recurrida no ha cuestionado los términos utilizados por los contratantes y, de hecho, resulta muy difícil, sino imposible, mantener la errónea interpretación del contrato que en el recurso afirma ligado a la inflación, pese a que en la demanda sostiene que está vinculado a los tipos de interés, cuando el contrato ni siquiera se acompaña a la demanda.

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

c) Pese al argumentado rechazo de la aplicabilidad al caso 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, el recurso no expone la razón por la que resultan aplicables los artículos 5 y 16 "entre otros" del Real Decreto Ley 5/2005 al contrato que identifica como de "swap ligado a inflación" desvinculado de cualquier otra operación.

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 este 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 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 y así lo evidencia la modificación del Real Decreto Ley 5/2005, por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre.

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, la Ley Concursal y el Código Civil no definen lo que 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 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.

32. 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", y la 1194/2004, de 9 de diciembre, reiterada en los números 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.

33. En el presente litigio, la partes suscribieron un contrato desvinculado de cualquier otra operación, cuyos exactos términos no constan al no haberse acompañado a la demanda, del que no derivan obligaciones funcionalmente recíprocas, ya que nada más surgen obligaciones para una de las partes. En este sentido la sentencia de la Audiencia declara que *"del contrato no nacen obligaciones compensables, ni siquiera automáticamente, sino que el referido 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"*, lo que no ha sido desvirtuado por el cauce oportuno -en el recurso extraordinario por infracción procesal la recurrente se limitó a sostener sin otro apoyo que la propia autoridad de la afirmación, la existencia de "obligaciones recíprocas"-, sin que sean suficientes a tal efecto las manifestaciones formales que, al parecer, se contienen en el contrato, probablemente dirigidas a intentar eludir la eventual aplicación de las reglas concursales.

2.3. Desestimación del motivo.

34. Consecuentemente con lo expuesto el recurso, que además incurre en el defecto de denunciar de forma acumulada la infracción de normas heterogéneas, y que no ha razonado la aplicabilidad del Real Decreto Ley 5/2005 que de forma acumulada alega en el mismo motivo, 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 BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, SA, representada por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Codes Feijoo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) el día nueve de febrero de dos mil once, en el recurso de apelación 367/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil 2 de Barcelona en el incidente concursal número 505/2009, en el concurso número 161/2009 del expresado juzgado.

Segundo: Imponemos a la expresada recurrente BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, SA, las costas del recurso extraordinario por infracción procesal que desestimamos.

Tercero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, SA, comparecida bajo la representación antedicha, contra la indicada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) el día nueve de febrero de dos mil once, en el recurso de apelación 367/2010.

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 .- 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.