



Roj: **STS 1897/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1897**

Id Cendoj: **28079110012018100296**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2018**

Nº de Recurso: **2715/2015**

Nº de Resolución: **306/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 306/2018**

Fecha de sentencia: 24/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2715/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimooctava

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 2715/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 306/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 24 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 136/2015, de 18 de mayo dictada en grado de apelación por la Sección Vigésimooctava de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos



de incidente concursal núm. 383/2013 del Juzgado de lo Mercantil 2 de Madrid, sobre impugnación de la lista de acreedores.

El recurso fue interpuesto por Inversora de Autopistas de Levante S.L., representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección letrada de D. José María Sánchez García.

Es parte recurrida TDA 2017-2 Fondo de Titulización, representado por la procuradora D.ª María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D.ª Fedra Valencia García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Isidro Orquín Cedenilla, en nombre y representación de Banco Santander S.A., interpuso demanda incidental de impugnación del listado de acreedores del informe de la administración concursal de Inversora Autopistas de Levante S.L. en la que solicitaba se dictara resolución:

«[...] en virtud de la cual se estimen íntegramente las pretensiones de mi representada, en los siguientes términos:

» (i) Se acuerde modificar la calificación dada al crédito a favor de Santander por importe de un millón sesenta y un mil ciento sesenta y ocho euros con cuarenta céntimos (1.061.168,40.-€), calificándolo como crédito contra la masa por el importe antes referido, que deberá verse incrementado en la medida en que continúan produciéndose liquidaciones de flujos, todo ello de conformidad con lo previsto en el art. 84.2.6º LC ;

» (ii) Y, subsidiariamente, sólo en el improbable caso de que el Juzgado al que tengo el honor de dirigirme no estimase pertinente la calificación que se solicita, se acuerde modificar la calificación del mismo crédito referido en (i) anterior, de crédito concursal subordinado a crédito concursal ordinario, puesto que no existe ningún motivo para su subordinación.

» (iii) Todo ello con condena en costas a las partes que se opongan a esta demanda».

2.- La demanda fue presentada el 30 de mayo de 2013 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil 2 de Madrid, fue registrada con el núm. 383/2013 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- El procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en representación de Inversora de Autopistas de Levante S.L., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte demandante.

Los administradores concursales contestaron a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil 2 de Madrid, dictó sentencia 192/2013, de 28 de noviembre , que desestimó la demanda, sin expresa condena en costas a ninguna de las partes.

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Santander S.A. La representación de Inversora de Autopistas de Levante S.L. y los Administradores Concursales se opusieron al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 634/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 136/2015, de 18 de mayo , cuya parte dispositiva dispone:

«En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

» 1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid con fecha 28 de noviembre de 2013 en el incidente concursal 383/2013 (concurso 644/2012).

» 2.- En consecuencia, revocar y dejar sin efecto la citada sentencia, acordando en su lugar estimar la demanda promovida por Banco Santander S.A., con los siguientes pronunciamientos:

» 2.1.- Se declara que el crédito de la señalada mercantil por importe de 1.061.168,40 euros que en la lista de acreedores figura como concursal subordinado ha de ser considerado como crédito contra la masa;



- » 2.2.- No procede imponer las costas de la primera instancia a ninguna de las partes contendientes.
- » 3.- No hace expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas ocasionadas por el recurso.
- » De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir».

### **TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación**

1.- El procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en representación de Inversora de Autopistas de Levante S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo de los artículos 477.1 y 477.2.3º LEC por razón de interés casacional consistente en que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el artículo 61.2, párrafo primero, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (LC), expresada en las sentencias de 8 y 9 de enero de 2013, entre otras».

«Segundo.- Al amparo de los artículos 477.1 y 477.2.3º LEC por razón de interés casacional consistente en que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el artículo 84.2.6º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (LC), expresada en las sentencias de 8 y 9 de enero de 2013, entre otras».

2.- 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 29 de noviembre de 2017, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Se dictó decreto en fecha 17 de enero de 2018 acordando la sucesión procesal de TDA 2017-2, por cesión de los derechos de crédito de los que hasta la fecha era titular Banco Santander S.A., ocupando en este litigio la posición del mismo como parte recurrida.

4.- TDA 2017-2 Fondo de Titulización se opuso al recurso de casación.

5.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de mayo de 2018, en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO.- Antecedentes del caso**

1.- En la lista de acreedores presentada por la administración concursal de Inversora Autopistas de Levante S.L. (en lo sucesivo, IAL) figuraba Banco Santander S.A. (en lo sucesivo, Banco Santander) como titular de un crédito subordinado por importe de 1.061.168,40 euros.

2.- Banco Santander promovió incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores. En su demanda incidental, solicitaba que tal crédito fuese considerado como crédito contra la masa y, subsidiariamente, que pasase a figurar en los textos definitivos como crédito concursal ordinario.

Banco Santander basaba su pretensión de que el crédito fuera considerado como un crédito contra la masa en que el crédito en cuestión derivaba del contrato de cobertura de riesgos de tipos de interés (permuta financiera o swap de tipos de interés) que suscribió con la concursada el 30 de julio de 2004, amparado por un contrato marco de operaciones financieras (en lo sucesivo, CMOF). El crédito correspondía a la liquidación practicada al vencimiento de la operación, señalado para el 31 de diciembre de 2012. El concurso había sido declarado el 4 de diciembre de 2012.

Como sustento jurídico de sus pedimentos, Banco Santander alegó (i) que el contrato del que deriva el crédito es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al tiempo en que se declaró el concurso, con invocación de los artículos 61.2 y 84.2.6.º de la Ley Concursal, y (ii) que el citado contrato es un acuerdo de compensación contractual de los previstos en 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 (RDL 5/2005, en adelante) al que era aplicable lo establecido en el artículo 16.2 del mismo.

Asimismo, rechazó la asimilación de los flujos generados en virtud del contrato a intereses a efectos de clasificar el crédito generado como concursal subordinado, por lo que solicitó de modo subsidiario que, caso de no ser considerado como crédito contra la masa, fuera calificado como concursal ordinario.



3.- El Juzgado Mercantil dictó sentencia en la que desestimó las pretensiones de Banco Santander. Rechazó que el crédito pudiera ser considerado como crédito contra la masa porque el régimen previsto en el RDL 5/2005 no resultaba de aplicación al caso, al no existir una pluralidad de operaciones financieras reguladas por el CMOF. Dado que el swap de tipos de interés no supone un sinalagma funcional según la doctrina jurisprudencial, el supuesto no encajaría en el artículo 61.2 de la Ley Concursal .

Sentado lo anterior, la sentencia confirmó la clasificación como subordinado con la que el crédito figuraba en la lista de acreedores, al entender que debía ser tratado del mismo modo que una deuda por intereses, por la vinculación del contrato de swap de tipos de interés con un préstamo a interés variable.

4.- Banco Santander recurrió en apelación la sentencia del Juzgado Mercantil. En su recurso, reiteró sus pedimentos iniciales.

La Audiencia Provincial estimó el recurso. Sobre la base de lo declarado en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 187/2014, de 2 de septiembre , consideró que el CMOF determinaba la aplicación de lo dispuesto en los arts. 5 y 16.2 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo , conforme al cual, en caso de concurso, en tanto se mantenga vigente el acuerdo de compensación contractual resulta de aplicación el primer párrafo del artículo 61.2 de la Ley Concursal , por lo que el crédito resultante de la liquidación del swap es un crédito contra la masa.

5.- IAL ha interpuesto un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que basa en dos motivos y que ha sido admitido.

#### **SEGUNDO.-** *Formulación del primer motivo del recurso*

1.- El primer motivo del recurso denuncia la infracción del art. 61.2, párrafo primero, de la Ley Concursal .

2.- Entre otros argumentos, IAL alega que el contrato de swap no es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes de los previstos en el art. 61.2 de la Ley Concursal ; que no es aplicable la remisión al art. 61.2 de la Ley Concursal contenida en el párrafo segundo del art. 16.2 RDL 5/2005 porque, atendiendo al art. 5 del RDL, para que exista un acuerdo de compensación contractual al que sea aplicable dicho RDL es necesario que exista una pluralidad de operaciones financieras que estén afectadas por el acuerdo de compensación del que resulte una obligación única, mientras que en este caso solo se había confirmado una operación, el contrato de swap, al que no era aplicable el régimen del RDL 5/2005.

3.- TDA 2017-2 Fondo de Titulización, que ha sustituido a Banco Santander en el recurso de casación, se ha opuesto al recurso. No solo ha alegado la procedencia de aplicar el régimen del RDL 5/2005, que remitiría al art. 61.2 de la Ley Concursal , sino que, incluso aunque se considerara que tal régimen no era aplicable, ha alegado que del mismo modo sería aplicable el art. 61.2 de la Ley Concursal al contrato de swap puesto que de él nacen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al declararse el concurso.

Por último, para el caso de que se estimara el recurso de IAL, ha alegado que en ningún caso el crédito concursal podría calificarse como subordinado, sino que sería ordinario.

**TERCERO.-** *Decisión del tribunal. Inaplicación del régimen del RDL 5/2005 en el caso de que en el marco del CMOF solo se haya confirmado una operación. El crédito, posterior a la declaración de concurso, derivado de un contrato de swap no es un crédito contra la masa*

1.- La doctrina jurisprudencial vigente sobre la cuestión objeto del litigio es la contenida en las sentencias 629/2015, de 17 de noviembre , y 630/2015, de 18 de noviembre , a la que nos atendremos.

2.- En lo que aquí es relevante, en esas sentencias declaramos que 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. Ambas funciones tienen sentido y alcanzan su finalidad cuando el acuerdo de compensación comprende varios contratos de instrumentos financieros distintos. Pero pierde completamente su sentido cuando, como sucede en este caso, el acuerdo de compensación comprende un único derivado, puesto que entonces no habrá compensación posible.

3.- 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. Con ello elimina 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.

4.- Dijimos en esas sentencias que 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, al igual que ocurría en dichas sentencias, en el caso objeto del 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 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.

5.- Como conclusión, 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)].

6.- Una vez sentado que no es aplicable la remisión al art. 61.2 de la Ley Concursal prevista en el art. 16 del Real Decreto Ley 5/2005, tampoco puede aceptarse la alegación de Banco Santander, hoy TDA 2017-2 Fondo de Titulización, de que incluso sin la aplicación de tal RDL, el crédito que resulta a su favor de la liquidación del contrato de swap, posterior a la declaración del concurso, es un crédito contra la masa por aplicación del citado art. 61.2 de la Ley Concursal, por ser el swap un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte.

7.- Esta cuestión ha sido abordada en varias sentencias de este tribunal, entre otras, las citadas sentencias 629 y 630/2015.

En ellas afirmamos que el swap no es un contrato que produzca obligaciones recíprocas entre las partes 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.

Por tal razón, se fijó como doctrina jurisprudencial la consistente en 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".

8.- Lo expuesto anteriormente determina que el primer motivo del recurso de casación deba ser estimado y la sentencia de la Audiencia Provincial casada, lo que hace innecesario entrar a analizar el segundo motivo de casación.

**CUARTO.- Asunción de la instancia.** *Los créditos derivados de las liquidaciones de un swap de intereses no son por tal razón créditos subordinados en el concurso*

1.- Al casar la sentencia de la Audiencia Provincial hemos de asumir la instancia para resolver la impugnación que se formuló en el recurso de apelación de forma subsidiaria, en la que la Audiencia no entró al haber estimado la impugnación principal.

Esta impugnación subsidiaria iba dirigida contra la calificación del crédito derivado de la última liquidación del swap de intereses como crédito concursal subordinado. El Juzgado Mercantil realizó esa calificación tomando en consideración la función del swap de intereses vinculado a una operación de crédito, pues consideró que la liquidación del swap de la que resultaba un crédito contra la concursada estaba íntimamente relacionada con los intereses devengados por la operación de crédito. Al tener los intereses la consideración de crédito concursal subordinado, también debía tenerlo la liquidación del swap de intereses vinculado al crédito.

2.- Esta impugnación debe ser estimada. No puede afirmarse que el crédito derivado de las liquidaciones de un contrato de swap de intereses, a cargo de la concursada que ha concertado dicho contrato para garantizar



su posición económica ante las modificaciones que pueda sufrir el interés variable pactado en un contrato de préstamo o crédito, sea un crédito por intereses al que sea aplicable el art. 92.3 de la Ley Concursal .

La función del contrato de permuta financiera de tipos de interés relacionado con otro contrato de préstamo o crédito en que se pactaron intereses a un tipo variable no es propiamente sustituir el pacto de intereses sino garantizar la posición económica de las partes ante las modificaciones que el tipo de interés pueda experimentar durante la vigencia del contrato.

Pero que la causa del contrato de swap de intereses vinculado a un contrato de préstamo o crédito a interés variable sea la reducción del riesgo de subida o bajada del tipo de interés no significa que las liquidaciones negativas para el prestatario tengan la consideración de intereses y merezcan la calificación de crédito subordinado en el concurso. Ni la suscripción del contrato de swap altera las prestaciones propias del préstamo o del crédito a interés variable ni la firma del préstamo o crédito supone alteración alguna de las prestaciones del swap. Aun cuando el motivo por el que se concertó el swap de intereses esté relacionado con la suscripción de otro contrato que obligue al pago de intereses variables, ello no es razón suficiente para estimar que el contrato de swap ha perdido su autonomía y que sus prestaciones deben ser asimiladas a intereses.

#### **QUINTO** .- *Costas y depósito*

**1.-** No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación, que ha sido estimado, ni tampoco las del recurso de apelación y de primera instancia, puesto que tanto la demanda incidental como el recurso de apelación resultan estimados en parte, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

**2.-** Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por Inversora de Autopistas de Levante S.L., contra la sentencia 136/2015, de 18 de mayo, dictada por la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 634/2014 .

**2.º-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la consideración del crédito de Banco Santander S.A. derivado de la liquidación del contrato de swap suscrito con Inversora de Autopistas de Levante S.L. como crédito contra la masa y, asumiendo la instancia, acordamos:

**2.º.1.-** Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander S.A. contra la sentencia 192/2013, de 28 de noviembre, del Juzgado Mercantil núm. 2 de Madrid , que revocamos.

**2.º.2.-** Estimar en parte la demanda incidental interpuesta por Banco Santander S.A. y modificar la calificación dada al crédito a favor de Banco Santander S.A. por importe de un millón sesenta y un mil ciento sesenta y ocho euros con cuarenta céntimos (1.061.168,40 euros), calificándolo como crédito concursal ordinario.

**3.º-** No imponer las costas del recurso de casación, del recurso de apelación ni de la primera instancia.

**4.º-** Devolver a la recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.