

**COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 17 Y 18 DE NOVIEMBRE DE 2015
(4918/2015 Y 4919/2015)**

**Calificación de los créditos derivados
del contrato de permuta financiera,
cuando el deudor se encuentra en concurso**

Comentario a cargo de
Ricardo de Ángel Yágüez
Catedrático emérito de Derecho civil (Universidad de Deusto)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2015

RoJ: STS 4918/2015 - **ECLI:ES:TS:2015:4918**

ID CENDOJ: 28079119912015100041

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2015

RoJ: STS 4919/2015 - **ECLI:ES:TS:2015:4919**

ID CENDOJ: 28079119912015100042

PONENTE: Excmo. Sr. Don Pedro José Vela Torres

Asunto: En los dos casos, se trataba de incidentes concursales en los que la entidad bancaria demandante pretendía que su crédito derivado de contrato de permuta financiera se calificara como crédito contra la masa, y no como crédito concursal. El Tribunal Supremo, en las dos sentencias, resuelve declarando que los créditos en cuestión son créditos concursales y no contra la masa. En el fallo de la primera de las dos resoluciones, el TS incluye un apartado que dice: «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 devengado antes o después de la declaración de concurso».

Sumario: **1. Sinopsis de las dos sentencias. 2. Resumen de los hechos y del desarrollo procesal:** 2.1. En la sentencia 629. 2.2. En la sentencia 630. **3. Una loable nota común: la sistemática y el epigrafiado:** 3.1. Descripción de la fórmula utilizada. 3.2. Los epígrafes del fundamento jurídico segundo. **4. Razones de las resoluciones:** 4.1. Obligación recíproca y permuta financiera. 4.2. Un inciso, que, a mi entender, procede: la alusión a la STS de 10 de julio de 2014; su voto particular. 4.3. Contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y swap. Un cuidadoso análisis del RDL 5/2005, de 12 de marzo. 4.4. Dos observaciones de la Sala sobre la aplicación del régimen de compensación contractual pactado por las partes. 4.5. La que considero “ratio decidendi” de los fallos. **5. Una especie de epilogo (muy ilustrativo) de las dos sentencias; el difícil encaje del swap en la caracterización de los créditos contra la masa. 6. Recapitulación.**

1. Sinopsis de las dos sentencias

En dos días consecutivos, la Sala Primera del TS constituida en Pleno dictó dos sentencias sobre casos en los que la cuestión jurídica que se discutía era la misma. También fue el mismo el ponente. Los fundamentos jurídicos de una y otra resoluciones son, salvo insignificantes extremos, idénticos. Y esto, desde luego, sin perjuicio de la circunstancia procesal de que en la primera sentencia la recurrente en casación había sido la administración concursal de una sociedad anónima, mientras que en la segunda la recurrente en casación era una entidad bancaria acreedora.

Para facilitar la redacción y la lectura del presente comentario, de ahora en adelante identificaré cada una de las dos sentencias con su respectivo “número de resolución”, esto es, 629 y 630, sin mención, como es obvio, del año.

2. Resumen de los hechos y del desarrollo procesal

2.1. En la sentencia 629

BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. (en lo sucesivo BBVA) interpuso incidente concursal contra MECANIZADOS KIT Y BLOCK, S.A., solicitando sentencia por la que se declarase que procedía incluir y ordenar que se incluyeran los créditos comunicados por BBVA, con la cuantía y calificación solicitadas, en la

lista de acreedores del concurso, así como el reconocimiento de la existencia y vigencia de un contrato de “Confirmación de Swap”. El Juzgado de lo Mercantil estimó parcialmente la demanda declarando, entre otras cosas, que por el contrato de permuta financiera las operaciones posteriores a la declaración de concurso debían ser consideradas como créditos ordinarios. La Audiencia revocó en parte la resolución del Juzgado, decidiendo que, por el contrato de permuta financiera de tipos de interés, las liquidaciones del mismo posteriores a la declaración de concurso de saldo negativo para el concursado se calificarán de créditos contra la masa.

La administración concursal de MECANIZADOS KIT Y BLOCK S.A. interpuso recurso de casación, con la singular circunstancia de que en el único motivo de recurso se solicitaba que el TS unificase y fijase doctrina en el sentido de que los créditos derivados de las liquidaciones de contratos o productos de permuta financiera de tipos de interés se calificasen como créditos concursales, y no como créditos contra la masa, en virtud de la interpretación que debe darse al art. 61, apartados 1 y 2, de la Ley Concursal (LC). El TS estimó el recurso de casación, confirmando la sentencia del Juzgado. Su fallo contiene un apartado 4 en el que se expresa lo que ya he reproducido en el encabezamiento de este comentario. Es decir: «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 devengado antes o después de la declaración de concurso”».

2.2. *En la sentencia 630*

BANCO SABADELL S.A. entabló demanda incidental contra la administración concursal y la concursada ALUMEC RUBI S.L., solicitando sentencia que declarase que el crédito del banco demandante debía suprimirse de la lista de acreedores concursales, en la que se le había otorgado la calificación de crédito ordinario contingente, pues, en caso de resultar una liquidación favorable al banco al vencimiento del swap de inflación el día 1 de marzo de 2011, debería ser considerado como un crédito contra la masa. El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda. La Audiencia desestimó el recurso de apelación de la entidad acreedora, diciendo en un primer lugar: “Si solo existe una operación financiera concertada al amparo del CMOF no puede operar el mecanismo de compensación propio de este contrato según prevé el art. 5, que da lugar a un saldo neto producto de la liquidación y compensación de todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo, lo cual presupone, como requisito estructural, una pluralidad de operaciones”. Añadió luego la Audiencia que, aunque el swap pudiera ser un contrato bilateral en su génesis, no lo es en su funcionamiento, porque “[d]e cada liquidación periódica aflora una única obligación para una sola de las partes, sin perjuicio de que en futuras liquidaciones, por el cambio de las circunstancias, pudiera surgir alguna otra obligación para la otra parte”. Como resul-

tado de lo cual, la Audiencia consideró que no cabe hablar de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, lo que hace inaplicable el art. 61.2 LC.

BANCO SABADELL interpuso recurso de casación, alegando infracción de lo dispuesto en los arts. 61.2, 62.4 y 84.2.6° LC. El TS desestimó el recurso, sin introducir en su fallo un apartado en el que se hiciera ninguna alusión a una fijación de doctrina jurisprudencial.

3. Una loable nota común: la sistemática y el epigrafiado

Las dos sentencias, a mi juicio, cuentan con el mérito (evidentemente, lo es el de la primera de ellas) de hacer uso de una excelente sistemática, en la que se incluye la loable práctica de dotar de un muy justificado epigrafiado (por así decirlo, títulos o rúbricas) a los *grandes apartados* en los que la Sala Primera desarrolla su argumentación.

3.1. Descripción de la fórmula utilizada

Así, después de que el fundamento de Derecho primero se destine a sintetizar el “desarrollo del litigio”, el segundo contiene los razonamientos que conducen al fallo de cada resolución. En ese fundamento, y bajo el título “*Decisión de la Sala*”, después de otro en el que, brevemente, se resume el “*Planteamiento del recurso*”, se desarrollan tres apartados, sucesivamente dedicados a analizar el problema enjuiciado. En algún caso, los apartados se dividen en subapartados, ordenados numéricamente con la conocida fórmula, de origen norteamericano, de 1, 1.1, 1.2, 2, etc.

No es que esta forma de sistematizar las sentencias sea nueva entre nosotros. Hay algún antecedente de hace más de dos décadas, pero las resoluciones que comento me parecen modélicas en lo que a ese orden formal de exposición se refiere.

3.2. Los epígrafes del fundamento jurídico segundo

Las sentencias, como decía, desgranaban sus razonamientos en los apartados del fundamento de Derecho segundo, a los que se dota de un epigrafiado que permite observar el rigor lógico del pensamiento de las resoluciones. Procediendo con el método científico clásico de *de mayor a menor*, las rúbricas o rótulos de esos apartados rezan: “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*”, “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.–*” y “3.- *El difícil encaje del swap en la caracteriza-*

ción de los créditos contra la masa". La sentencia 629 cuenta con un apartado 4, titulado "*Conclusión y establecimiento de doctrina jurisprudencial*", explicable en aquel caso pero no tanto en el de la sentencia 630.

4. Razonamientos de las resoluciones

4.1. *Obligación recíproca y permuta financiera*

De acuerdo con la estructura y la sistemática a las que acabo de referirme, las sentencias adoptan como punto de partida el análisis del significado de *obligación recíproca*. A tal efecto, invocan la doctrina contenida en tres sentencias de la propia Sala, de 8 de enero de 2013, 9 de enero de 2013 y 24 de septiembre de 2014. Las tres recayeron en incidentes concursales. Las resoluciones objeto del presente comentario ponen de relieve que las sentencias anteriores por ellas invocadas sentaron la siguiente doctrina: «... *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 (RDL) 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 art. 5, se refiere a la liquidación compensatoria de dos o más relaciones contractuales incluidas en un acuerdo de compensación, y no la liquidación de un único contrato*».

Poco más adelante, la sentencia declara: «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 del 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».

4.2. *Un inciso, que, a mi entender, procede: la alusión a la STS de 10 de julio de 2014; su voto particular*

Vemos que, en el último párrafo reproducido, se menciona una sentencia de 10 de julio de 2014, de la que se dice que pudo generar algunas dudas sobre la aplicabilidad de la norma del párrafo segundo del apartado 2 del art. 61 LC.

La referencia no es infundada, creo, y entiendo que merece un comentario, a modo de inciso.

Aquella sentencia de 2014 recayó en un pleito en el que la sociedad concursada había planteado incidente concursal contra varias entidades de crédito. La demandante alegaba que había entablado relaciones jurídicas de permuta financiera de tipos de interés con las demandadas. Y, con apoyo en la norma del párrafo segundo del art. 61.2 LC, la actora solicitaba la resolución de esas relaciones jurídicas.

Añadía la demandante que no se había logrado acuerdo con las demandadas sobre las consecuencias o aspectos de esa resolución; en particular, sobre el importe de las restituciones y la calificación de los respectivos créditos. El Juzgado formuló varios pronunciamientos al respecto. La Audiencia, estimando el recurso de apelación de la concursada, declaró no procedente la declaración de créditos de aquel incidente concursal como créditos contra la masa. Interpuesto recurso de casación por BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A., el TS declaró haber lugar al mismo, casando la sentencia recurrida exclusivamente en cuanto había negado la calificación del crédito del banco recurrente como crédito contra la masa.

La resolución del TS, en lo que ahora interesa, dijo:

«Como se ha repetido, las relaciones contractuales litigiosas, entre ellas la que tiene por parte a la entidad ahora recurrente, fueron resueltas en la primera instancia en interés del concurso y no por incumplimiento de la concursada, que es a lo que atiende la norma del apartado 4 del artículo

62 de la Ley 22/2003 –a la que remite la del artículo 16, apartado 2, del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, en la redacción modificada por la Ley 16/2009– a los fines de procedencia de una u otra calificación.

La norma del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 61 de la Ley 22/2003, que es la que debió haber sido aplicada, dispone que, si no hubiera acuerdo en cuanto a la resolución en interés del concurso y sus efectos, el juez decidirá acerca de aquella y de estos, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.

Así lo hizo, en el caso enjuiciado, el juez del concurso y, tras considerar las relaciones contractuales como propias del tipo al que se refiere dicha norma, calificó el derecho a las restituciones e indemnizaciones de que es titular la ahora recurrente como crédito contra la masa, en aplicación de la mencionada norma, puesta en relación con la de la regla sexta del apartado 2 del artículo 84 de la misma Ley.

La norma aplicada por el Tribunal de apelación para modificar la calificación, esto es, la del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 16 del Real Decreto-Ley 5/2005 en la reacción dada por la Ley 16/2009, se remite –al referirse a la resolución con posterioridad a la declaración de concurso– a la del artículo 62, apartado 4, de la Ley 22/2003, la cual no es aplicable al caso, porque atribuye carácter determinante a un dato –el consistente en que el incumplimiento fuera anterior o posterior a la declaración del concurso– que carece de utilidad cuando la resolución se ha declarado en interés del concurso.

Procede, en conclusión, casar la sentencia recurrida y declarar conforme a derecho –dados los condicionantes al principio expuestos– la calificación atribuida al crédito de la única recurrente en la sentencia de primera instancia».

Pero debe tenerse presente que en aquella sentencia hubo el voto particular de un magistrado (señor Saraza Jimena), al que se adhirió el de otro (señor Sancho Gargallo). A modo de conclusión, este voto particular declaró:

6.- «En este caso, lo que los tribunales de instancia han considerado como una resolución en interés del concurso de un contrato con obligaciones recíprocas, no es tal, pues, como se ha explicado, el swap no origina obligaciones recíprocas a cargo de ambos contratantes, 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.

Los contratos tienen la naturaleza que resulta de sus estipulaciones, no la que las partes le atribuyan con posterioridad a su celebración, sin perjuicio de su capacidad de celebrar nuevos contratos o de novar los existentes. El deber de congruencia de los tribunales no puede llegar al extremo de transformar la estipulaciones de un contrato en otro de naturaleza distin-

ta, especialmente cuando ello puede tener consecuencias perjudiciales para terceros, como ocurre en el caso de que una de las partes del contrato sea declarada en concurso. Por eso considero inadecuada la aceptación acrítica por la sentencia mayoritaria del tratamiento que las sentencias de instancia dan al swap como contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, pues contradice la jurisprudencia sentada por esta Sala.

Lo que se ha producido en este caso es el vencimiento anticipado del contrato, por común acuerdo de las partes (ambas se mostraron conformes en “resolver” el contrato en la comparecencia celebrada en el juzgado mercantil, mostrándose únicamente disconformes en las consecuencias de tal “resolución”), y se ha fijado con base en los datos existentes cuando se produce tal vencimiento anticipado una única obligación a cargo de una de las partes, consistente en el valor actualizado de las liquidaciones pendientes de vencimiento. El banco recurrente no impugna dicho vencimiento y liquidación anticipados (pese a que fueran incorrectamente solicitados por la concursada al solicitarlo como si se tratara de la resolución en interés del concurso de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes), pues su discrepancia, que constituye el objeto de la controversia que plantea en su recurso, afecta únicamente a la calificación del crédito que a su favor resulta de dicha liquidación.

Si la obligación derivada del vencimiento y liquidación anticipados del swap de tipos de interés, 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. No es aplicable por tanto el art. 61.2 de la Ley concursal, previsto para los contratos con obligaciones recíprocas.

Es por ello que, si bien por razones distintas, considero que habría de mantenerse la calificación del crédito resultante de la liquidación anticipada del contrato de swap de tipos de interés como crédito concursal. Y, consecuentemente, que el recurso debió ser desestimado».

Visto esto, todo hace pensar que la referencia que las sentencias objeto de este comentario hacen a aquella otra de 10 de julio de 2014 obedece a un propósito de puntualización que el Pleno de la Sala considera pertinente hacer. Si es así, estimo que se trata de una mención oportuna, puesto que el criterio de las dos sentencias de 2015 (las que comento) concuerdan más con el del voto particular de la de 2014 que con el adoptado por la mayoría en esa resolución. Se observará que no he destacado en letra cursiva los pasajes de la sentencia de 2014, para no inducir a confusión.

4.3. *Contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y swap. Un cuidadoso análisis del RDL 5/2005, de 12 de marzo*

Regreso ahora a las dos sentencias que son objeto del presente comentario.

En ambas, el apartado 2 del mismo fundamento jurídico segundo lleva a cabo un pormenorizado análisis de los llamados acuerdos de compensación contractual, sobre la base de su reglamentación en el RDL 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. Extremo que se examina a la luz de sus posibles implicaciones concursales.

La cuestión se encuentra perfectamente planteada, a mi juicio, en los subapartados 2.1. y 2.2., que rezan:

«2.1.- Cuando entre las partes pueden existir distintos contratos de lo que genéricamente se denominan “derivados financieros”, se articula 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 concretas de las 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 Acuerdo 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 solo 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».

(A modo de inciso, hago notar que, según creo, en el último párrafo que he transcrito existe un error material, al citarse el RDL 3/2005. Entiendo que quiere decirse “5/2005”, puesto que el RDL 3/2005, de 18 de febrero, versa sobre servicios portuarios).

Inmediatamente después, las resoluciones contienen una observación que, sin duda, sirve de soporte a sus ulteriores razonamientos. Dicen:

«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 por 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».

A continuación, las resoluciones comentadas examinan con detenimiento el art. 16 del RDL 5/2005, poniendo su atención en las reformas experimentadas por dicho precepto. La primera, en virtud de la disposición final octava de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago. Y la segunda, por el art. 2 de la Ley 7/2011 de 11 de abril.

Acto seguido las sentencias contienen un subapartado que ilustra sobre la interpretación que debe merecer el art. 16 del RDL 5/2005. Se trata el desenlace de un análisis que considero merecedor de particular elogio. Dicen:

«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 2002C/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 puede 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».

Después, el subapartado 2.6. de las dos sentencias formulan una aclaración que constituye la clave del fallo de la resolución. Dice:

«2.6. Como regla general, el art. 61.3 de la Ley concursal establece que el concurso no es causa de extinción de 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 im-

porte 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».

4.4. *Dos observaciones de la Sala sobre la aplicación del régimen de compensación contractual pactado por las partes*

Los subapartados 2.7. y 2.8. de las resoluciones formulan, como digo en el epígrafe, dos observaciones (también puntualizaciones) que procede reproducir:

«2.7.- No obstante, no cabe hacer una aplicación generalizada y automática de tales previsiones, máxime cuando los contratos de permuta financiera se ha 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 otro lado, 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; eliminado 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 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».

4.5. *La que considero “ratio decidendi” de los fallos*

Entiendo que la *ratio decidendi*, en las dos sentencias, se halla en el subapartado 2.9. de su justificadamente denso fundamento jurídico segundo. Dice:

«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)]».

5. Una especie de epílogo (muy ilustrativo) de las dos sentencias; el difícil encaje del SWAP en la caracterización de los créditos contra la masa

El fundamento de Derecho segundo de las dos resoluciones contiene un apartado 3 que, como sugiero en el epígrafe, constituye algo así como un epílogo de los razonamientos de la Sala. Ese apartado 3 lleva una rúbrica coincidente con la que hago constar en mi propio epígrafe. Se trata de un pronunciamiento que juzgo de muy considerable importancia, por cuanto, trascendiendo la particularidad de los casos enjuiciados, el Tribunal desgrana una doctrina que alcanza a cualquier problema en el que esté en juego el significado de los *créditos contra la masa* en todo procedimiento concursal. Dicen las sentencias que comento:

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

Analizado el artículo 84.2 de la Ley concursal desde una interpretación finalista o teleológica, la caracterización de un crédito 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».

6. Recapitulación

Las sentencias que comento responden plenamente a la función de unificación de doctrina la que obedecen los apartados 2 y 3 del art. 477 de la Ley Enjuiciamiento civil. En concreto, al primer inciso del apartado 3, cuando dice que “se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales”. De hecho, como ya he señalado, en el caso de la sentencia 629, dentro del “planteamiento del recurso”, se solicitaba al TS que “se unifique y fije doctrina por este Tribunal Supremo”. Y en la sentencia 630, en el mismo lugar, se alegaba por la recurrente “contradicción entre resoluciones de Audiencias Provinciales”.

Las resoluciones del TS disipan, a mi entender, cualquier duda sobre la cuestión planteada.

Las declaraciones de las dos sentencias sobre la naturaleza jurídica de los contratos de swap, así como sobre la calificación de los créditos de la entidad de crédito contra el deudor concursado, no es, en rigor, *nueva*. Pero la circunstancia de que se trate en ambos casos de resoluciones de la Sala Primera en Pleno, unida a su contundencia y a su sólida argumentación, permite, a mi juicio, afirmar que la fijación y unificación se alcanzan de manera absoluta.

Las dos sentencias, a mi entender, y sin perjuicio de su excelente construcción formal (en la que creo que conviene insistir), revelan un atento y exhaustivo análisis de la cuestión que constituía la médula de los respectivos litigios.

En definitiva, y también lo he dicho antes, las dos resoluciones merecen todo elogio. En otras palabras, y valga mi modesta opinión, me parecen ejemplares.