

# **III FORO DE ENCUENTRO ENTRE JUECES Y PROFESORES DE DERECHO MERCANTIL**

**Toledo, 10 y 11 de junio de 2010**

## **CUESTIONES PRACTICAS SOBRE CLASIFICACION DE CREDITOS**

*Nuria A. Orellana Cano  
Magistrada Especialista de lo Mercantil  
Titular del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz*

### **INDICE DE CUESTIONES**

1. Tratamiento de los créditos por avales otorgados al concursado.
2. Clasificación de los créditos garantizados con fianza o aval solidario en el concurso del fiador o avalista.
3. Clasificación de las cuotas de leasing.
4. La prohibición de compensación.
5. Clasificación de los créditos derivados de contratos de permuta financiera (swap).

# **CUESTIONES PRACTICAS SOBRE CLASIFICACION DE CREDITOS**

*Nuria A. Orellana Cano  
Magistrada*

## **I. TRATAMIENTO DE LOS CREDITOS POR AVALES OTORGADOS AL CONCURSADO**

Se trata de analizar si han de ser reconocidos en el concurso créditos por avales prestados por entidades financieras a la concursada (avales con cuenta especial, pólizas de afianzamiento), cuando aún no han sido ejecutados. Considero que no procede reconocer dichos créditos a favor de las entidades financieras ni siquiera con carácter contingente, siempre que aquéllas hayan comunicado sus créditos. Los créditos avalados ya habrán sido reconocidos en el concurso, pero a favor de los titulares de los créditos, es decir los acreedores principales avalados. Los créditos a favor de la entidad que prestó el aval no han nacido porque los avales no han sido ejecutados. Una vez ejercitada la acción por el avalado frente al avalista se producirá una novación subjetiva del crédito en la persona del acreedor (arts. 1838 y 1839 del Código Civil), y en ese momento el banco pasará a ser acreedor en el concurso ocupando la posición del avalado. El reconocimiento de un crédito contingente supondría reconocer en el concurso dos veces un mismo crédito, a favor del avalado con la clasificación que le corresponda, y a favor del banco con la calificación de contingente. Si se reconociera el crédito como contingente podría ocurrir que nunca se conformara si no llegara a ejecutarse e aval. El caso de créditos en los que el acreedor disfrute de fianza (o aval) de un tercero está expresamente prevista en el artículo 87.6 LC, como un supuesto especial de reconocimiento, y conforme se colige del mismo, han de ser reconocidos por su importe sin limitación alguna al favor del acreedor principal, “sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador”. Ello supone que el fiador, o en este caso avalista, no tiene derecho, hasta que pague, al reconocimiento de un crédito en el concurso.

El problema, no obstante, puede surgir para el avalista, si el acreedor principal no comunica el crédito, ya que en dicho caso, no podrá procederse a la subrogación, por lo

que podría distinguirse, a efectos del reconocimiento, si consta o no reconocido, el crédito del acreedor principal. En el primer caso, no procederá el reconocimiento del crédito del avalista, mientras que en el segundo, deberá reconocerse como contingente. En definitiva, se trata de no reconocer dos veces un mismo crédito.

## **II. CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS CON FIANZA O AVAL SOLIDARIO EN EL CONCURSO DEL FIADOR O AVALISTA.**

En este caso se trata de analizar el tratamiento de los créditos en los que el concursado figura como fiador o avalista solidario. Suele discutirse si han de ser reconocidos como créditos contingentes u ordinarios. Teniendo en cuenta que estamos ante supuestos de fianza solidaria que permite al acreedor hacer uso del ius variandi y dirigir su acción frente a cualquiera de los deudores solidarios o incluso frente a todos simultáneamente (artículos 1137 y 1144 del Código Civil), no puede compartirse el argumento que estima que el crédito está sometido a la condición de que la sociedad no pague el crédito. En las obligaciones solidarias, el acreedor puede reclamar la totalidad de crédito de cualquiera de los obligados, sin que quepa alegar la previa excusión de bienes del deudor afianzado, y sin perjuicio de la reclamación que pueda efectuar el deudor que paga, a los otros obligados, como prevé el artículo 1145 del Código Civil. La previa excusión de bienes del deudor principal (artículo 1830 CC), que supondría que el crédito se reconociera como contingente conforme al artículo 87.5 LC, no es aplicable a las fianzas solidarias a las que resulta de aplicación lo establecido para las obligaciones solidarias (artículo 1822.II del Código Civil). Por ello, los créditos afianzados solidariamente por el deudor han de ser reconocidos como créditos concursales sin contingencia. Asimismo, esta interpretación queda corroborada por el artículo 85.5 Ley Concursal que permite en caso de concursos simultáneos de deudores solidarios comunicar el crédito en todos ellos, y el artículo 161 Ley Concursal que se regula el pago de créditos en concursos de dos o más deudores solidarios. Con este criterio las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 25 de junio de 2006 y de Cádiz de 29 de marzo de 2010 y 4 de mayo de 2010<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 4 de mayo de 2010 señala:

---

*“La cuestión que se suscita se refiere a la controversia sobre la clasificación del crédito en el concurso del fiador. Considero que la contingencia en supuestos de fianza deriva de la previa excusión del patrimonio del fiador, no de la posibilidad legal que el artículo 161.2 de la Ley Concursal concede en caso de crédito reconocido en el concurso de dos o más deudores solidarios, porque la facultad que atribuye a la administración concursal de retención de pago no puede influir ni en el carácter ni en la clasificación del crédito. Se trata de una previsión en sede de pago de créditos que es posterior a la clasificación de los mismos. Es más, el artículo 85.5 LC admite precisamente la comunicación de los créditos en todos los concursos de deudores solidarios, sin que del tenor literal del mismo se desprenda que deba someterse la comunicación a condición alguna. Establece el citado precepto:*

*“En caso de concursos simultáneos de deudores solidarios, el acreedor o el interesado podrán comunicar la existencia de los créditos a la administración concursal de cada uno de los concursos. El escrito presentado en cada concurso expresará si se ha efectuado o se va a efectuar la comunicación en los demás, acompañándose, en su caso, copia del escrito o de los escritos presentados y de los que se hubieren recibido.”*

*Por tanto, la clave para analizar la contingencia del crédito se ciñe al carácter del afianzamiento.*

*Teniendo en cuenta que el crédito es exigible, y por tratarse de un supuesto de fianza solidaria que permite al acreedor hacer uso del ius variandi y dirigir su acción frente a cualquiera de los deudores solidarios o incluso frente a todos simultáneamente (artículos 1137 y 1144 del Código Civil), como ha ocurrido en este caso, no puede compartirse el argumento de la administración concursal que estima que el crédito está sometido a la condición. En las obligaciones solidarias, el acreedor puede reclamar la totalidad del crédito de cualquiera de los obligados, sin que quepa alegar la previa excusión de bienes del deudor afianzado, y sin perjuicio de la reclamación que pueda efectuar el deudor que paga, a los otros obligados, como prevé el artículo 1145 del Código Civil. La previa excusión de bienes del deudor principal (artículo 1830 CC), que supondría que el crédito se reconociera como contingente conforme al artículo 87.5 LC, no es aplicable a las fianzas solidarias a las que resulta de aplicación lo establecido para las obligaciones solidarias (artículo 1822.II del Código Civil), ni en los casos de concurso del deudor principal (artículo 1831.2º del Código Civil). Por ello, el crédito ha de ser clasificados como crédito ordinario sin contingencia. No procede la clasificación de crédito con privilegio especial porque el bien afecto no pertenece al concursado.*

*El mismo artículo 161 de la Ley Concursal que invoca la administración concursal, y el citado artículo 85.5 del mismo texto legal, corroboran la posibilidad de reconocer un mismo crédito en los concursos de varios deudores solidarios. Siendo la fianza solidaria, el crédito es ordinario.*

*Ello no significa que se esté duplicando el crédito, porque se trata del mismo crédito reconocido en concursos distintos, y por eso el legislador arbitra mecanismos que impidan duplicar pagos. Y en el presente supuesto, ni siquiera se producen las dificultades para controlar los pagos que alega la administración concursal, porque precisamente los deudores solidarios son sociedades pertenecientes al mismo grupo, declaradas en concurso por este Juzgado, habiendo sido acumulados y siendo los mismos los administradores concursales.*

*La única duda que podría plantearse sobre la posible contingencia del crédito con fianza solidaria del concursado derivaría del carácter subsidiario de las fianzas, incluso la solidaria, lo que implicaría que el crédito habría de ser reconocido como contingente, cuando no hubiese un incumplimiento del concursado, que no es el caso analizado ya que hay una cuota incumplida y el arrendador se ha reservado el derecho a dar por vencido anticipadamente el crédito o a instar la ejecución singular.*

*No obstante, se van a hacer una serie de reflexiones sobre la incidencia del carácter subsidiario de la fianza en la clasificación del crédito en el concurso del fiador solidario. El artículo 1822 párrafo 1º define la fianza como una obligación subsidiaria de otra principal. El segundo párrafo dedicado a la fianza solidaria efectúa como se ha expuesto una remisión normativa a la regulación de las obligaciones solidarias del Código Civil. Esta diferenciación normativa ha dado lugar a que se interprete la existencia de dos tipos de fianza, la subsidiaria y la solidaria. No obstante, actualmente la mayoría de la doctrina entiende que toda fianza es subsidiaria, incluso aunque el fiador se haya obligado solidariamente, pues para su ejecución siempre se exige el incumplimiento previo del deudor (y en este caso consta en la comunicación de créditos, aportada como doc. 3 de la demanda, una cuota incumplida).*

*A estos efectos resulta ilustrativa la STS de 7 de noviembre de 2007 (Ponente Ilmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz) sobre la fianza solidaria, que señala:*

*“SEGUNDO.- En el motivo primero se acusa la infracción del artículo 1.144 del Código Civil, regulador de los derechos de elección y de variación propios de la solidaridad pasiva en nuestro sistema.*

*Dicho precepto lo relaciona el recurrente con los contenidos en los artículos 1.822 -referido al régimen de la fianza solidaria- y 1.831 (2º y 3º) del mismo Código -relativo a la inoperatividad del beneficio de*

---

excusión en los casos en que el fiador se hubiera obligado solidariamente con el deudor principal y en el que éste hubiera sido declarado en quiebra-.

Aduce que, siendo solidaria la fianza y habiéndose declarado la quiebra de la deudora, el hecho de que se hubiera dirigido antes contra ella - sin haber cobrado - en un juicio ejecutivo, terminado con sentencia de remate y acumulado al procedimiento de ejecución general, no le impedía accionar contra el fiador.

El recurso debe ser estimado por este motivo.

Aunque la remisión a las normas de las obligaciones solidarias que el artículo 1.822 del Código Civil contiene, para el caso de que el fiador se hubiera obligado solidariamente con el deudor principal, no está referida a todas ellas, ya que la obligación del fiador es distinta y accesoria de la principal, una de las normas sin duda aplicable a este tipo de fianza es la del artículo 1.144 del Código Civil -sentencias de 28 de septiembre de 1.977, 11 de junio y 11 de noviembre de 1.987, entre otras-.

Dicho precepto, sigue el modelo francés -artículo 1.204 del Code: "les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres"-, así como, en cierta medida, al Proyecto de 1.851 -cuyo artículo 1.062, al regular las que denominaba obligaciones mancomunadas, admitió que el acreedor "en el caso de pedir el todo contra uno de ellos" (los deudores solidarios) pudiera, "antes de concluir el juicio, reclamar contra cada uno de los otros por la cuota que le corresponda" -y, al fin, al Código de Justiniano- 8.41.28: "generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari", esto es, "mandamos en general que, así como se ha establecido respecto a los mandatarios, que hecha la contestación contra uno de ellos no quede libre el otro, así se observe también respecto a los fiadores"-, y se aparta del sistema procesal romano de la época clásica que vinculaba a la litis contestatio, entre otros efectos, el consistente en la extinción de la obligación objeto del litigio, que se entendía necesariamente novada por la condena que pudiera imponerse al término del proceso, en aplicación de la regla non bis in idem, en cuanto excluyente de la posibilidad de un segundo proceso sobre el mismo objeto.

Pues bien, conforme a nuestro artículo 1.144 el acreedor no sólo puede elegir al deudor solidario, al permitirle que dirija la demanda contra cualquiera de ellos, contra varios o contra todos, sin tener necesariamente que dividir su reclamación por partes, sino, también, exigir el cumplimiento de toda la prestación a un deudor distinto del primeramente elegido como sujeto pasivo de su pretensión, ya que se da por supuesto que no quedó liberado por la primera reclamación, sino que sigue obligado en el mismo primer plano hasta la total satisfacción del crédito.

Esta facultad de variación, de la que hizo uso D. Lázaro, tiene como límite el que expresamente establece el propio artículo 1.144, al exigir que no haya resultado cobrada la deuda por completo -como consecuencia de que el pago hecho por uno de los deudores solidarios extinguiría la obligación frente a todos: artículo 1.145 del Código Civil- y, además, otro que rige, con carácter general, el ejercicio de los derechos subjetivos, sancionado en el artículo 7 del Código Civil, el cual manda respetar las exigencias de la buena fe y proclama la interdicción del abuso de derecho.

En la sentencia recurrida no se ha declarado, ni siquiera implícitamente, que hubiera sido superado este límite general. Por otro lado, se da en ella por supuesto que el acreedor no ha cobrado de nadie la deuda.

Por ello, como en el motivo se denuncia, entendemos violentada la regla del artículo 1.144 del Código Civil, que no exige, para que el acreedor cambie el sujeto pasivo de su reclamación, que se haya producido una renuncia o un formal desistimiento en el primer proceso ni que se haya hecho excusión de los bienes del deudor anteriormente demandado. Lo primero, porque el trámite de ejecución ofrece medios para denunciar el doble cobro. Lo segundo, porque el beneficio de excusión no lo ostenta el fiador solidario y no hay razón para reconocérselo por haber sido demandado en segundo o posterior término.

Debe añadirse que no impide el correcto ejercicio de esa facultad de variación la circunstancia de que la deudora principal hubiera sido declarada en quiebra, al producir tal declaración efectos sobre las ejecuciones pendientes contra el patrimonio del quebrado, pero no sobre las que se sigan contra el de un tercero.

Es mas, la incidencia de los procedimientos concursales sobre el "ius electionis" y el "ius variandi" del acreedor -hoy regulada en el artículo 135 de la Ley 22/2.003- ha sido tratada por la jurisprudencia en casos en los que dicho trámite había terminado por convenio, al fin de determinar el alcance subjetivo de los efectos del mismo. Y fue resuelta en sentido favorable al ejercicio de aquellas facultades -entre otras, sentencias de 24 de enero de 1.989, 19 de diciembre de 1.989, 16 de noviembre de 1.991, 10 de abril de 1.995, 8 de enero de 1.997, 22 de julio de 2.002, 27 de febrero de 2.004 -.

La citada Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 25 de junio de 2006 argumenta:

*“La posición del acreedor frente a sus deudores solidarios declarados en concurso viene sentada por la regla general del art. 85-5 LC al proclamar que «En caso de concursos simultáneos de deudores solidarios, el acreedor o el interesado podrán comunicar la existencia de los créditos a la administración concursal de cada uno de los concursos. El escrito presentado en cada concurso expresará si se ha efectuado o se va a efectuar la comunicación en los demás, acompañándose, en su caso, copia del escrito o de los escritos presentados y de los que se hubieren recibido». La norma, trasunto al ámbito concursal del régimen de solidaridad pasiva contenida en el art. 1144 CC, ampara al acreedor para insinuarse por el todo en cada uno de los concursos y con ello a gozar también en cada uno de ellos de la totalidad los derechos de adhesión de voto y de cobro, y ello con independencia de que pueda eventualmente cobrar en parte su crédito en un momento posterior de cualquiera del resto de codeudores concursados. Por su parte la carga que asiste a la Administración concursal, una vez reconocido el crédito en la cuantía efectivamente adeudada y con la clasificación que le corresponda, será la de respetar la regla que prohíbe la duplicidad de pagos conforme dispone el art. 161-1 LC al decir que «En el caso de que el crédito hubiera sido reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios, la suma de lo percibido en todos los concursos no podrá exceder del importe del crédito», para cuyo fin el apartado 2 de esta norma arbitra un mecanismo por el cual «La administración concursal podrá retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los concursos de los demás deudores solidarios. Una vez efectuado el pago, lo pondrá en conocimiento de los administradores de los demás concursos»”.*

El sometimiento a condición suspensiva se encuentra previsto exclusivamente para los casos de codeudores que respondan de forma escalonada o subsidiaria, tal y como dispone el art. 87-5 LC.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 9 de junio de 2009<sup>2</sup> distingue según que el crédito esté o no vencido. En el primer supuesto lo clasifica

---

*Aun siguiendo esa doctrina sobre el carácter accesorio de la fianza solidaria que parece corroborar la meritada Sentencia, habrá que tener en cuenta si el afianzado se encuentra o no declarado en concurso, ya que en el primer caso, no pueden pagarse los créditos concursales (salvo en fase de convenio o liquidación), siendo por tanto consustancial el incumplimiento, pudiendo entonces el acreedor dirigirse indistintamente frente al fiador solidario. El propio Código Civil en la regulación de las fianzas prevé los efectos de la declaración de concurso del deudor principal en el artículo 1831.3º, excluyendo en dicho caso la excusión. Dice el precepto: “La excusión no tendrá lugar: 3º En el caso de quiebra o concurso del deudor”. La pérdida del beneficio de excusión implica que los créditos no deban ser reconocidos como contingentes, en una aplicación a sensu contrario del artículo 87.5 LC. Por todo ello, considero que cuando el deudor principal ha sido declarado en concurso, el crédito no puede ser reconocido como contingente en el concurso del fiador, sino con la clasificación que proceda, sin contingencia.”*

<sup>2</sup> “SEGUNDO.- Sobre el carácter contingente del crédito del fiador solidario

*El primero de los debates que enzarza a los litigantes es la condición de contingente o no del crédito que el BBVA ostenta contra una de las sociedades declaradas en concurso,*

---

*BOULEVARD DE UDONDO S.L., que intervino como fiador solidario del crédito con garantía hipotecaria que el banco concedió a otra de las empresas del grupo, PROMOTORA ASTELEKU S.L., cuya calificación no está en discusión.*

*El banco pretende, sencillamente, que además del crédito privilegiado que ostenta contra PROMOTORA ASTELEKU S.L. como consecuencia de la garantía hipotecaria, se le reconozca en la lista de acreedores de BOULEVARD DE UDONDO S.L. un crédito de 425.454 euros como ordinario y de 7.260,24 euros subordinado, pero sin mención alguna a su condición de contingente sin cuantía. La administración concursal lo rechaza, pues entiende que esta fase común no hay vencimiento del crédito, que no podría producirse hasta la apertura de la fase de liquidación, si es que procede, pues así lo dispone el art. 146 LC.*

*El demandante pretende la aplicación del art. 85.5 LC, que en caso de concursos simultáneos de deudores solidarios permite al acreedor comunicar la existencia de los créditos en cada uno de los concursos, y cita también en su apoyo el art. 161 LC. Considera entonces que tiene dos deudores solidarios, que son el prestatario que garantizó con hipoteca su préstamo, PROMOTORA ASTELEKU S.L., concurso en el que dispone de un crédito con privilegio especial, y el fiador solidario que afianzaba esa misma deuda con su patrimonio social, BOULEVARD DE UDONDO S.L., respecto del que esa misma deuda tendría, en su lista de acreedores, la calificación de crédito ordinario y subordinado.*

*Efectivamente el art. 1.144 del Código Civil (CCv) permite al acreedor dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Además el art. 1.831 CCv señala que el fiador no puede oponer excusión si se ha obligado solidariamente con el deudor principal o en caso de quiebra o concurso del deudor. De hecho en el ámbito bancario hoy es sistemática la renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, porque si no consta la práctica bancaria niega el crédito. Además ya hay precedentes judiciales que evidencian que existiendo un crédito vencido, exigible y garantizado por fiador con renuncia del derecho de excusión, el acreedor puede, al amparo del art. 85.5 LC, comunicar su crédito en ambos concursos, es decir, el del deudor principal y el del fiador solidario (SJM Oviedo nº 1 25 de mayo 2006, AC 2006067).*

*La dificultad, ampliamente argumentada por la administración concursal, es que no nos encontramos ante deudores solidarios. El crédito con garantía hipotecaria sigue estando vigente, y no se ha visto afectado por el concurso. Este no supone vencimiento de la obligación para el prestatario concursado, ya que hasta la apertura de la fase de liquidación, conforme a la previsión del art. 146 LC, sigue surtiendo plenos efectos. Por lo tanto el crédito principal no ha vencido, y no ha nacido la obligación accesorio, que corresponde al fiador.*

*Al ser la obligación del fiador solidario accesorio a la principal, habrá que aguardar a que esta última esté vencida. El préstamo con garantía hipotecaria constituido por PROMOTORA ASTELEKU S.L., del que es titular el BBVA, no está vencido, y por lo tanto, la obligación del fiador solidario, otra empresa del grupo EREAGA, no es exigible. Como dice la administración concursal, no puede confundirse el concepto de "deudor solidario", al que alude el art. 85.5 LC, con el de "fiador solidario", que tiene su propio régimen en la Ley Concursal, como ocurre con la previsión del art. 135.2 LC.*

*En el caso del fiador solidario sin beneficio de excusión, que se encuentre en situación de concurso, el art. 87.5 LCh dispuesta que "los créditos que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal se reconocerán como créditos contingentes mientras el acreedor no justifique cumplidamente a la administración concursal haber agotado la excusión, confirmándose, en tal caso, el reconocimiento del crédito en el concurso por el saldo subsistente". El acreedor del deudor principal tiene, por lo tanto, un crédito contingente frente al fiador concursado sin beneficio de excusión, que sólo se convertirá en definitivo cuando se acredite haber hecho tal excusión de bienes del deudor principal. De ahí extrae el demandante que si no hay tal derecho de excusión, el crédito no será contingente, lo que efectivamente puede convenirse, pues por razón de tal renuncia queda obligado solidariamente con el deudor principal.*

*Hay que matizar, no obstante, que la norma comienza indicando "los créditos que no puedan ser hechos efectivos...". Es decir, alude a obligación vencida, y por lo tanto, exigible. Sólo si está vencida opera la excusión, pues de lo contrario no surtiría efecto (art. 1.830 CCv). En tal tesitura el garante ordinario podría oponer la excusión de los bienes del deudor principal, y el solidario no. Pero en ambos casos la obligación del fiador no surgiría hasta que venciera la principal. En el caso de un préstamo, como el de autos, el deudor principal lo es porque se ha obligado, pero a fecha de declaración del concurso, no había vencido.*

*Hasta entonces, es decir, hasta el vencimiento de la obligación que avala, o*

como contingente, por considerar que no hay deuda frente a fiador solidario hasta que la obligación principal venza y se incumpla por el deudor principal. En dicho caso la fianza se habría constituido a favor de un crédito con privilegio especial garantizado con hipoteca, señalando la Sentencia que el crédito sigue vigente y no se ha visto afectado por el concurso., y siendo la obligación del fiador accesoria de la del deudor principal, habrá que aguardar a que esta última esté vencida. La Sentencia argumenta que le expresión “los créditos que no puedan ser hechos efectivos” del artículo 87.5 Ley Concursal, alude a una obligación vencida y por tanto exigible.

La SAP de Barcelona de 18 de diciembre de 2008 considera el crédito contra el fiador solidario como contingente hasta que venza y se incumpla la obligación afianzada. En este caso, la contingencia no deriva del afianzamiento en sí sino del posible cumplimiento de la obligación. Señala esta Sentencia:

*“No existe discrepancia entre las partes en el presente incidente sobre la naturaleza civil del crédito derivado de la póliza de préstamo ante la concursada: se trata de un crédito sujeto a una condición suspensiva, concretamente el impago de la deuda por el deudor principal. Para que la concursada se vea obligada al pago de la deuda, cumpliendo con la prestación que le incumbe en virtud del contrato de fianza (art. 1822C.C.) es preciso que antes se cumpla con la mencionada condición, que se produzca el futuro e incierto, no dependiente de la voluntad del fiador (arts. 1113, 1114*

---

*hasta que conforme alart. 146 LCse declare el vencimiento de todas las obligaciones pendientes, si es que llega a la liquidación, el fiador no es deudor. No opera, a sensu contrario, elart. 87.5 LC, porque no hay obligación de éste. Por el contrario nos encontramos ante un crédito sometido a condición suspensiva, el eventual incumplimiento del deudor principal, es decir, el supuesto delart. 87.3 LC. Es posible, como acontecería de alcanzarse un convenio, que antes del vencimiento de la obligación principal pueda atenderse ésta íntegramente, y no surja la obligación del fiador solidario. El banco tiene por lo tanto un crédito no vencido contra el deudor principal, y un crédito contingente frente al fiador solidario, condicionado a que concurra o no la contingencia.*

*No hay, como se argumenta por el actor, confusión entre vencimiento y contingencia. Nadie discute, como se insinúa, que un crédito pendiente de vencimiento no pueda incluirse, sin la consideración de contingente, en la lista de acreedores. Lo que es cuestionable es que en otro concurso distinto, el del fiador solidario, pueda hacerse otro tanto sin haber vencido la obligación principal que permite desenvolver efectos a la accesoria, la fianza. Porque en tal caso no ha nacido, aún, la obligación accesoria.*

*El BBVA no ostenta un crédito contra el fiador solidario hasta que la obligación del deudor principal no haya vencido, y además se incumpla. La obligación del fiador es accesoria y sólo opera si se incumple la principal, lo que no consta porque no ha vencido. Es un crédito sometido a condición suspensiva, para el que elart. 87.3 LCdispone la misma calificación de contingente. Que en la mayoría de los casos la demora en la solicitud de concurso haya provocado el vencimiento de estos créditos anterior a la declaración de concurso no impide constatar que, en casos de insolvencia incipiente, no acontezca así.*

*Todo ello determina la desestimación de la impugnación de la calificación del crédito que BBVA ostenta frente a BOULEVARD DE UDONDO S.L., que se mantiene con la misma consideración de contingente que contiene el informe de la administración concursal.”*

y 1115 CC), consistente en el impago del préstamo una vez vencida la póliza. Siendo así, no debería plantear demasiados problemas encajar este supuesto en el artículo 87.3 de la LC, el cual, referido específicamente a los que llama "supuestos especiales de reconocimiento", indica que los créditos sometidos a condición suspensiva "serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares 'como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro'".

La reciente Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba de 19 de abril de 2010 clasifica los créditos con fianza solidaria del concursado como créditos contingentes.

Para resolver la cuestión, ciertamente polémica, y que ha dado lugar a resoluciones contradictorias de los Juzgados y Tribunales mercantiles, puede servir de pauta orientadora, la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal, sobre la suspensión de pagos y la fianza solidaria

La jurisprudencia venía considerando la subsistencia de la fianza, aunque el acreedor se acoja a los beneficios de la suspensión de pagos, sin que ésta impida el reintegro total de la deuda por quienes la garantizaron (SSTS de 18 de junio de 1957, 15 de noviembre de 1967 o 7 de junio de 1983).

Como expresión de la mentada doctrina se cita la STS de 16 de noviembre de 1991, que señala al respecto:

*"Es doctrina de esta Sala que la eficacia del convenio entre acreedores y deudor en procedimiento de suspensión de pagos no impide que el acreedor pueda reclamar a los fiadores toda la deuda y en el momento oportuno, salvo que a ello hubiese renunciado, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, y así las Sentencias de 7 de junio de 1983 y 6 de octubre de 1986, que citan muchas otras, establecen que los efectos del convenio se limitan a los "intervinientes" en el proceso de suspensión y sólo a ellos afecta el mandato del Juez de estar y pasar por lo acordado en el convenio, sin que pueda perjudicar ni beneficiar al deudor distinto del que dio lugar al expediente, ni coartar o interferir la acción que contra alguno de ellos corresponda al acreedor para la efectividad de su crédito, de tal manera que la subsistencia de la responsabilidad de los, terceros al abono con posterioridad al convenio no admite más lógica excepción que la del pago efectivo y completo del crédito garantizado, ya que los pactos sobre el tiempo y forma de hacerlo sólo afectan a los "intervinientes" en dicho convenio y modelan exclusivamente la responsabilidad del suspenso de acuerdo con la finalidad del proceso concursal, que es la de abrir cauce a una situación anómala, doctrina general que es de evidente aplicación a los supuestos en que los acreedores tienen individualmente asegurado su crédito con cualquiera de los medios que la ley permite,*

*como el aval, el seguro o la fianza , pues precisamente la insolvencia del deudor, que se evidencia mediante el expediente de suspensión de pagos, es lo que sitúa al fiador en la obligación de responder por la deuda insatisfecha, sin que en forma alguna pueda aprovecharse de las moratorias o facilidades concedidas al suspenso en el convenio, con la única excepción de que el acreedor se hubiera conformado con no cobrar más que lo que le corresponda en la liquidación y repartimiento hechos en las diligencias de suspensión de pagos, renunciando expresamente al derecho de garantía, lo que no ocurre, repetimos, en el caso de autos; y al no entenderlo así la Sentencia recurrida, el motivo tiene que ser acogido".*

Y más recientemente la STS de 10 de abril de 1995 señaló:

*"esta Sala tiene declarado que el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal, pues por el hecho de la suspensión de pagos de éste entran en función como sujetos pasivos de la obligación contraída y ni la inclusión del crédito avalado entre los que sean objeto del convenio desvirtúa la obligación resultante del aval, salvo en el caso de que el acreedor se conforme con no cobrar más que lo que le corresponda en la liquidación y repartimientos hechos en las diligencias de la suspensión de pagos(Sentencias de 18 de Febrero de 1952 y 7 de Junio de 1983)".*

Por último, podemos cerrar esta exposición de la doctrina jurisprudencial con la cita de la STS de 14 de junio de 2004, que señala que la suspensión de pagos "no le afecta al fiador, que debe de cumplir, en todo caso, frente al acreedor al que le afecte el aval, si éste no cobra total o parcialmente la deuda, y así, la jurisprudencia lo ha resuelto constantemente de esta manera, citándose, como más recientes, las S.S. de esta Sala de 17 de septiembre de 2002 (la que cita, a su vez las de 10 de abril de 1995, y las referidas por ésta, de 18 de febrero de 1952 y 7 de junio de 1953) y la de 22 de julio también de 2002, diciéndose por la primera que: "esta Sala tiene declarado que el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal, pues por el hecho de la suspensión de pagos de ésta entran en función como sujetos pasivos de la obligación contraída y ni la inclusión del crédito avalado entre los que sean objeto del Convenio desvirtúan la obligación resultante del aval", y "si la acreedora demandante tenía o no posibilidad de cobrar su crédito a través de la suspensión de Pagos ... es indiferente a su derecho a reclamar su pago a los avalistas solidarios"; y la segunda de las Sentencias indicadas, recogiendo además la doctrina sentada por esta

misma Sala anteriormente en las de 10-VI-99, 10-IV-95, 24-I-89, 19-XII-89, 16-XI-91, 10-IV-95, 8-I-97 y 4-VII-66, termina diciendo que, el mantener lo contrario a lo anteriormente dicho, "adolece de un error de base, consistente en prescindir de la propia finalidad de la fianza como garantía del acreedor frente a la insolvencia total o parcial del deudor(art. 1.830 C.c.) o frente a su mera liquidez cuando el fiador haya renunciado a la excusión o se haya obligado solidariamente con el deudor(art. 1.831 C.c. ), supuesto este último que, como declara laS. de 3 de octubre de 1995, el acreedor puede dirigir su acción contra el deudor que estime más conveniente, incluido el fiador", añadiendo la misma que "no debe olvidarse que si bien algún sector doctrinal mantiene la tesis de la liberación o reducción de la obligación del fiador cuando en los supuestos de concurso, quiebra y suspensión de pagos el deudor llegue a determinados acuerdos con sus acreedores, sobre todo si el acuerdo consiste en una reducción de la cuantía de los créditos con extinción por el exceso, las sentencias anteriormente citadas y transcritas demuestran que la jurisprudencia de esta Sala se inclina por el criterio, asimismo mantenido por prestigiosos autores de la doctrina científica, de que en tales casos subsiste la responsabilidad del fiador por la cuantía total de la obligación garantizada, tanto por persistir el interés del acreedor en la finalidad de garantía propia de la fianza como por no ser verdaderamente incardinable el Convenio de la Suspensión de Pagos en el concepto de transacción según el sentido del art. 1.835 C.c., ya que el Convenio se impone por una determinada mayoría de los acreedores y no tiene por qué eliminar la garantía adicional que, sobre el patrimonio del deudor, representa la fianza para aquel acreedor que, pese a quedar vinculado por el convenio frente al deudor común, no renuncie expresamente a dicha garantía frente a su fiador singular."

### **III. CLASIFICACIÓN DE LAS CUOTAS DE LEASING POSTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO**

De forma ilustrativa la SAP de Barcelona de 19 de junio de 2008 define el contrato de leasing con cita de la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:

*“La STS de 4 de diciembre 2007 recapitula la doctrina jurisprudencial sobre el contrato de leasing: se trata de una «institución del derecho comercial importado del área jurídica de los EEUU y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial» (Sentencias de 20 de julio de 2000 y 28 de noviembre de 1997), es un*

*contrato atípico por el que una empresa especializada cede el uso de un producto -que ella no ha producido sino que ha sido adquirida de un tercero en arrendamiento al usuario, con la opción de compra, finalizado el arrendamiento, por un precio, normalmente muy bajo (en este sentido, y por todas, Sentencia de 14 de diciembre de 2004). Se trata pues, de un «contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el art. 1.255 CC (Sentencia de 26 de junio de 1989), que además, nada tiene que ver ni con la compraventa a plazos, ni con el préstamo de financiación a comprador (Sentencias de 14 de diciembre de 2004, 4 de abril de 2002 y 19 de julio de 1999), figuras con las que a veces ha sido confundido, ya que la finalidad del leasing, es decir, su función económica que constituye su causa no es otra que permitir a los empresarios que no tienen liquidez o medios financieros para adquirir, desde un principio, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, disfrutar de ellos obteniendo la cesión de uso de los mismos, una vez han sido adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, por una entidad financiera, la cual, al margen de los beneficios fiscales que se les reconocieron desde la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su DA 7a, se constituye a cambio en acreedora de una contraprestación a pagar por el arrendatario financiero, consistente en el abono periódico de cuotas -calculadas en función de la amortización del precio y remuneración por el demérito que el uso acarreará a los bienes-, incluyéndose necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario, con un valor fijo que suele corresponder al resto de precio pendiente de amortizar, y que no impide calificar el contrato como de arrendamiento financiero con independencia de que su montante no se corresponda con el importe de cada cuota (Sentencias de 4 de junio de 2001 y 21 de diciembre de 2001).”*

Sobre la clasificación de los créditos por cuotas de leasing, no hay un criterio uniforme de las Audiencias Provinciales, debiendo distinguirse entre cuotas de vencimiento anterior o posterior a la declaración de concurso.

La citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de junio de 2009, califica como crédito contra la masa las cuotas posteriores a la declaración de concurso, y como crédito con privilegio especial, las anteriores. Respecto de los intereses, han de calificarse como subordinados, los devengados antes de la declaración de concurso, dejando de devengarse a partir de dicha fecha. Señala esta resolución:

*“Una consecuencia inmediata de esta consideración de contrato de tracto sucesivo es que el derecho a la contraprestación por la cesión del uso del bien, en este caso una plaza de parking, no nace desde la firma del contrato y su exigibilidad está fraccionada y sujeta a vencimientos mensuales sucesivos, como pudiera ocurrir con la devolución de un préstamo o el pago aplazado de una compraventa, sino que cada cuota mensual o renta es la contraprestación pactada por la cesión durante ese mes del bien. Por esta razón, no todas las cuotas adeudadas, con independencia de su vencimiento, tienen la consideración de créditos concursales, sino que este tratamiento estará reservado tan*

*sólo para las cuotas nacidas antes de la declaración de concurso, pero no para las posteriores, que pasan a tener la consideración de créditos contra la masa. Por esta razón, no resulta de aplicación el art. 59 LC a dichas cuotas posteriores a la declaración de concurso, pues este precepto afecta a los créditos concursales, en nuestro caso a las cuotas anteriores. La consecuencia inmediata será que, en virtud del art. 59 LC, en relación con el art. 90.1.4 LC, tal y como fue interpretado respecto de las cuotas de leasing en nuestra anterior sentencia de 15 de mayo de 2009 (RA 465/08), las cuotas vencidas antes de la declaración de concurso tendrán la consideración de créditos con privilegio especial, respecto del bien, lo que resulta irrelevante desde el momento en que el arrendador financiero ha optado por recuperarlo, al ejercitar la acción de separación como consecuencia de la resolución del contrato de leasing; los intereses moratorios devengados con posterioridad al vencimiento de cada una de estas cuotas antes de la declaración de concurso deberían considerarse créditos subordinados (art. 92.3º LC) y estos intereses son los que dejarían de devengarse una vez declarado el concurso, por aplicación del art. 59 LC. Pero las cuotas del arrendamiento financiero devengadas con posterioridad a la declaración de concurso tienen la consideración de créditos contra la masa, razón por la cual no cabe excluir de ellas la carga financiera y negar su exigibilidad al amparo del art. 59 LC.”*

Igualmente considera crédito contra la masa las cuotas de arrendamiento financiero posteriores a la declaración de concurso, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid de 24 de junio de 2005, en aplicación de los artículos 61.2 y 84.2.6 de la Ley Concursal.

Con un criterio diverso, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia de 2 de mayo de 2007, que considera crédito ordinario las cuotas de leasing que venzan tras el concurso, como si la obligación del arrendador financiero no fuese de tracto sucesivo.

Y la SAP de Alicante de 15 de enero de 2007, considera todas las cuotas como crédito concursal con privilegio especial, incluso las vencidas tras la declaración de concurso.

Respecto de las cuotas anteriores a la declaración de concurso, el artículo 90.1.4º LC, atribuye un privilegio especial (que la Audiencia Provincial de Alicante otorga igualmente a las cuotas posteriores). La doctrina de los tribunales mercantiles difiere igualmente en cuanto a los requisitos para la aplicación del privilegio. El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid en sentencia de 24 de junio de 2005 considera que el crédito es privilegiado aunque no esté inscrito. Igualmente, el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao en resolución de 7 de noviembre de 2006 considera que no es compraventa de bienes muebles ni tiene el requisito de inscripción del artículo 15 LVBMP. Por el

contrario, la SAP de Alicante considera que tiene que estar inscrito para gozar del privilegio en sentencia de 7 de noviembre de 2008, aplicando la DA 1ª LVBMP, que remite al artículo 15 para oponibilidad.

Si el contrato de leasing se ha resuelto, las cuotas ya no gozan de privilegio. En este sentido se ha pronunciado la citada SAP de Alicante de 7 de noviembre de 2008.

#### **IV. LA PROHIBICION DE COMPENSACION**

La prohibición de compensación, recogida en el art. 58 LC, no supone novedad respecto del sistema anterior, donde ha constituido uno de los mecanismos utilizados para obtener la insensibilización de la masa activa de la quiebra.

Este precepto señala que tras la declaración de concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.

Esta regla está relacionada con el principio de la *par conditio creditorum*, de modo que, siendo la compensación una forma de extinción de obligaciones (art. 1156 CC), una vez declarado el concurso, ningún acreedor podrá satisfacer total o parcialmente su crédito contra el concursado mediante la compensación de éste con un crédito que el concursado ostente contra dicho acreedor.

Por excepción, la Ley Concursal permite la compensación de los créditos y deudas del concursado cuando los requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso; requisitos que se recogen en el art. 1196 CC y jurisprudencia en aplicación de dicho precepto (Vg. SSTs 21-3-1932 y 20-5-1993). Es decir, la Ley admite que puedan compensarse las deudas que a la fecha de la declaración de concurso, estuviesen vencidas, y fuesen líquidas y exigibles, y siempre que la deuda del acreedor no se trate de un supuesto en que proceda el ejercicio de las acciones de reintegración (art. 71 LC).

Aun cuando resulta innecesaria la referencia, el art. 58 LC prevé que la resolución de las controversias que se susciten en materia de compensación se ventile a través de los cauces del incidente concursal (arts. 192 a 196).

Lo expuesto sobre la compensación se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 205 LC, que se incluye en el Título IX de la LC, en que se regulan las cuestiones que plantea el concurso con elemento extranjero, fenómeno carente de adecuada regulación en el derecho anterior y cada vez más frecuente en una economía globalizada; de forma que en dicho Título se contienen unas normas de derecho internacional privado sobre esta materia, que siguen, con las convenientes adaptaciones, el modelo del Reglamento (CE) nº 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia (en vigor desde el 31 de mayo de 2002). Así, se facilita, como recoge la Exposición de Motivos, la aplicación de ambos textos en el ámbito intracomunitario y se ajusta el mismo modelo normativo a la regulación de otras relaciones jurídicas que están fuera de ese ámbito. En este sentido, la nueva regulación se inspira también en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza, recomendada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997.

El citado art. 205 LC, señala que la declaración de concurso no afectará al derecho de un acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia, lo que se entiende sin perjuicio de las acciones de reintegración que en su caso procedan.

En igual sentido, el art. 6 del reglamento del Consejo nº 1346/2000, establece: *“La apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho de un acreedor a reclamar la compensación de su crédito con el crédito del deudor, cuando la Ley aplicable al crédito del deudor insolvente permita dicha compensación”*.

Hay que tener en cuenta asimismo el artículo 5 del RD 5/2005, de 11 de marzo, convalidado por resolución de 7 de abril, sobre reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, que establece: *“Este capítulo se aplicará 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 éste”.*

Se citan a continuación algunas resoluciones significativas sobre el artículo 58 de la Ley Concursal:

1º . La prohibición se refiere a la compensación legal, no a la convencional (Sentencia JM-1 Murcia 28.04.2005):

*“Por contra, el legislador concursal ha optado de una manera clara por prohibir la compensación dentro del concurso, admitiendo sólo sus efectos en el caso de que los requisitos de la misma se hayan producido con anterioridad a la declaración (art. 58 de la Ley Concursal). Con ello la reforma lo que ha hecho es asumir la postura de la doctrina mayoritaria sobre la compensación dentro de la quiebra, de manera que se considera que a efectos del concurso sólo es operativa la compensación de créditos y deudas cuyos requisitos se han producido antes de la declaración del concurso. Es en el artículo 1196 del Código Civil donde se establecen los requisitos que deben cumplirse para que proceda la compensación; que los obligados lo sean recíprocamente con carácter principal, que las deudas consistan en una cantidad de dinero (o siendo fungibles de la misma especie y calidad), que se trate de deudas vencidas, líquidas y exigibles y que no exista sobre las mismas retención o contienda promovida por tercero y notificada oportunamente al deudor.*

*Que el art. 58 de la Ley Concursal prohíba la compensación, salvo si esos requisitos aludidos se hubieran producido con anterioridad a la declaración, resulta lógico porque en tal caso la obligación estaría extinguida pendiente únicamente de la declaración. Y esa salvedad, cuya interpretación ha de ser restrictiva dado el carácter prohibitivo de la norma, ha de entenderse referida exclusivamente a la compensación LEGAL- a la que se opera cuando concurren los tantas veces repetidos requisitos del art.1196 del código civil- y no a la CONVENCIONAL como pretende la entidad actora. Hacer extensiva la excepción del último inciso del primer párrafo (que exige expresamente la concurrencia de los requisitos de la compensación) a la convencional daría lugar a abusos pues se alegaran frecuentemente en la práctica judicial pretendidos acuerdos entre el deudor común y sus acreedores más allegados en ese sentido, que de admitirse, vulnerarían el principio de la par conditio creditorum que no permite que se pueda utilizar una parte del activo del concurso en beneficio de unos acreedores, perjudicando a los demás.”*

2º Resulta admisible la compensación en cuenta corriente:

- SAP Barcelona, sección 15, 30.09.2008:

*“Se cita a continuación la Sentencia de esta Sala de 21 de mayo de 2007 para que sirva de antecedente que debe guiar la solución al presente conflicto. Pero el supuesto allí contemplado no es similar a este. En aquel litigio, decíamos en aquella Sentencia, el Banco no hizo uso de una cláusula de compensación convencional como la que ahora examinamos (aplicando saldos dinerarios obrantes en otras cuentas o en general depósitos, créditos o derechos, líquidos o no, de la concursada obrantes o depositados en la entidad de crédito), sino que, reproducimos textualmente, "estando la póliza de crédito operativa tras la declaración del concurso, fueron efectuados ingresos en la propia cuenta corriente de crédito vinculada, por mérito de la gestión de cobro de efectos comerciales y otras operaciones, de tal modo que, al tiempo que minoraban el saldo deudor a cargo del acreditado por compensación automática, se incrementaba el saldo crediticio disponible", explicando seguidamente que "lo que ha tenido lugar no es una compensación prohibida por el art. 58 LC (RCL 2003, 1748), sino la reducción del saldo deudor existente a la fecha del concurso a consecuencia de la operativa consustancial a la póliza de crédito de acuerdo con el sistema de cuenta corriente vinculada, que produjo sus naturales efectos tras ser declarado el concurso, ya que el contrato continuó vigente". Por eso se razonaba en aquella Sentencia que "No cabe comprender en la prohibición del art. 58 Ley Concursal la compensación que tiene lugar por el tracto sucesivo de una relación contractual que sigue en vigor tras la declaración del concurso y cuya operativa técnica se asienta precisamente en el sistema de compensación automática por acuerdo de las partes y por la naturaleza propia de la dinámica contractual, como es el caso de la cuenta corriente de crédito en la que se reflejan las disposiciones e ingresos del acreditado. En tal supuesto, como es el presente, la compensación propia del sistema de cuenta corriente de crédito queda sustraída de la prohibición legal, porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto, quedando sometida la relación, como concluye el Sr. Magistrado, al régimen de los contratos pendientes de ejecución (art. 61 LC), ya que la Administración Concursal y la concursada optaron por la vigencia de la relación crediticia tras ser declarado el concurso, sin que el Banco anticipara el vencimiento".*

*Esta operativa no es la que ha dado origen a la demanda de reintegración. En este caso no se han efectuado ingresos por la acreditada-concursada en la cuenta de crédito abierta por virtud de la póliza de referencia, siguiendo la dinámica pactada para disminuir el saldo deudor, en particular los obtenidos por el pago de las facturas descontadas, sino que la entidad de crédito, con pretendido amparo en una cláusula que le faculta para compensar cualesquiera bienes, saldos o derechos que pudiera ostentar frente a ella la acreditada por cualquier título, ha rescatado unas participaciones en un fondo de inversión y ha aplicado el producto al saldo deudor de la cuenta de crédito.”*

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid de 1.03.2006:

*“Y debe tenerse en cuenta al respecto que, aun cuando -como es sabido- la mecánica propia de la cuenta corriente se funda en el principio de compensación, y, a pesar de que el art. 58 de la Ley Concursal es contrario en términos generales a la operatividad*

*de dicho principio en el seno del concurso, lo cierto es que la doctrina se ha encargado de poner de relieve, acudiendo al Derecho comparado, cómo las legislaciones que cuentan con una norma equivalente al aludido art. 58 reconocen no obstante, como excepción a dicha regla general, la operatividad de la compensación en el seno del concurso en el caso de «operaciones conexas» o créditos «ex eadem causa», y, en especial, cuando se trata -como en el caso- de contratos de cuenta corriente mercantil («Comentario de la Ley Concursal», Angel Rojo y otros, pag. 1088, Edit. Thomson). Precisión ésta que se efectúa porque, aun cuando se trata de una cuestión exclusivamente concerniente a los créditos concursales, no obstante pudiera plantear problemas interpretativos la aplicabilidad del art. 58 LC a aquellos créditos que, no obstante aparecer calificados como créditos contra la masa, no lo sean por naturaleza y deban dicha calificación, exclusivamente, al ejercicio de la opción prevista en el art. 155-2 LC.»*

3º Es extemporáneo el incidente sobre compensación, al ser firme el inventario y la lista de acreedores (Auto Audiencia Provincial Córdoba 11 mayo 2009)

4º Compensabilidad de los créditos a favor de la concursada con pagos de créditos contra la masa. Inaplicabilidad del artículo 58 Ley Concursal.

- SAP Barcelona(Sección 15) 10.03.2008 (Rollo 698/2007)

*“TERCERO: Lógicamente, la prohibición de compensación del art. 58 LC debe integrarse con las reglas de pago dentro de la liquidación. La razón que impide la compensación de los créditos y las deudas del concursado es evitar el pago -la compensación es una forma de satisfacción del crédito-, alterando las reglas de la par condicio creditorum. Si la compensación se realiza durante la liquidación, y únicamente respecto de los créditos que conforme a las reglas de los arts. 154 y ss. LC en cada caso puedan ser satisfechos con lo obtenido de la realización de los bienes y derechos del concursado, entonces no se altera la par condicio creditorum, ya que el acreedor del concursado consigue la satisfacción de su crédito, mediante compensación con deudas frente al concursado, sólo en la medida en que procedería su satisfacción aplicando las referidas reglas de pago. Pero un presupuesto esencial para esa compensación es que se cumplan los requisitos previstos en el art. 1196 CC, y en concreto que ambas deudas estén vencidas, sean líquidas y exigibles. La deuda que la Administración Concursal pretende compensar con lo que se debería pagar a la AEAT en la fase de liquidación es de 13.589,40 euros, y se justificaría por un derecho de la concursada a la devolución de las cuotas del IVA soportadas. Este derecho que, como muy bien apunta la Abogado del Estado, viene regulado en los arts. 99.5 y 115.3 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre de IVA, para que sea exigible tiene que haber sido objeto de un acto expreso de reconocimiento por parte de la AEAT, previa comprobación de la solicitud presentada por el interesado en su declaración de liquidación correspondiente al último periodo del año. La Administración concursal alega en su recurso que la deuda de AEAT frente a la concursada por devolución de IVA, por el importe reseñado, fue objeto de autoliquidación por la concursada y reconocido por la Agencia Tributaria, como se desprende del informe que firma el Subjefe de la Unidad de Recaudación de noviembre de 2006. Este informe aportado con*

*la demanda de impugnación de la rendición de cuentas, refiere que la autoliquidación en la que se solicitaba la compensación fue presentada el día 23 de octubre de 2006, y que a la fecha de emisión de dicho informe todavía no se había generado dicha devolución, esto es, no había sido reconocido todavía. En otros términos, no era todavía exigible. Por ello, mientras no conste su reconocimiento por la Administración Tributaria no cabrá su compensación."*

5º El descuento bancario y la compensación:

- SAP Zaragoza (Sección 5) 15.01.2008 (JUR 2008/87788). Rechaza que hubiese operado *ipse legis* la compensación legal del débito por impagos de descuento:

*"PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente incidente pretende resolver si el crédito que ostenta (u ostentaba) la entidad bancaria frente a la sociedad concursada, como consecuencia de una póliza de descuento de efectos de comercio, ha de entenderse extinguido como consecuencia de "compensación" operada antes de la declaración del concurso de la sociedad descontataria o si por el contrario, no puede admitirse la "compensación" por haberse intentado con posterioridad a dicha fecha y por aplicación de lo dispuesto en el art. 58 L.C.*

*SEGUNDO.- Nadie discute en esta litis que el Art 58 citado prohibiría el efecto extintivo de una pretendida compensación de créditos entre banco acreedor y sociedad concursada deudora, cuando aquel modo de extinción de las obligaciones hubiera tenido lugar después del Auto de declaración del concurso de "Zara Inox, S.L.". Por lo tanto, la cuestión litigiosa se centra en determinar la fecha de dicha "compensación".*

*TERCERO.- Pero además, el supuesto enjuiciado presenta una especialidad, pues se trata de una relación de "descuento". Lo que origina algunas peculiaridades. Esta sección en su sentencia 733/01, de 11 de diciembre, recogiendo la doctrina del Alto Tribunal, exponía que "Por el contrato de descuento el poseedor de un título valor no vencido lo transfiere a un banco (generalmente) para que le anticipe su importe, con ciertas deducciones o descuento (de ahí su nombre), todo ello con independencia del contrato subyacente del que surgieron los efectos descontados. Es pues, autónomo e independiente, no naciendo ninguna obligación del descuento para el tercero que contrató con el descontatario. Se trata, además, de una cesión "pro solvendo" (no "pro soluto") o "salvo buen fin", de tal modo que si llegado el vencimiento de los títulos descontados, no son hechos efectivos por el obligado a su pago, surge el derecho del Banco descontante a obtener del descontatario el reintegro del importe de los expresados títulos".*

*En la misma línea la S.T.S. de 10-febrero.2006 cuando razona que "el descuento bancario se caracteriza porque el Banco (descontante) anticipa al cliente (cedente o descontado) el importe del crédito que éste tiene con un tercero, previa deducción de los intereses correspondientes por el tiempo que falta para su vencimiento, mediante la adquisición por el descontante de la titularidad del crédito cedido, y en el que la cesión tiene lugar pro solvendo y con la cláusula salvo buen fin, tal como viene declarando una profusa jurisprudencia. Y que precisamente ese doble mecanismo del anticipo y el derecho de reintegro en caso de fracaso del cobro del crédito constituye el aspecto más característico de la operación de descuento. El anticipo puede tener lugar de diversas formas, y entre ellas el ingreso en una cuenta de crédito o en una cuenta corriente; y el derecho de reintegro puede ejercitarse judicialmente a través de diversas acciones o*

*hacerse efectivo extrajudicialmente mediante el contra-asiento, operación que consiste en cargar al librador los efectos que resultaren impagados".*

*CUARTO.- Por lo tanto, según esta doctrina, el derecho de crédito nace para el banco descontante cuando no se produce el "buen fin" de los efectos mercantiles. A partir de ahí tiene Abierta la posibilidad de cobrarse del descontatario empleando los medios legales y contractuales a su alcance. Entre ellos reclamar judicialmente el saldo deudor de la póliza mercantil de descuento o bien, como se deduce de ella, compensándose el crédito contra la descontataria con los saldos positivos que ésta posea en el banco descontante. Sin embargo, se deduce de la estipulación octava, de la póliza de descuento, la "compensación" no es sino una posibilidad que ha de ejercitar el banco, pues éste puede preferir otras opciones. De hecho, una vez cerrada la cuenta deudora derivada de dicho contrato de descuento, se presenta demanda ejecutiva, redactada con fecha 18 de mayo de 2005. Por lo tanto, lo que no puede pretender la entidad bancaria es cobrar por dos vías un crédito derivado de dicha relación de descuento (mediante la compensación y a través de una demanda ejecutiva). En consecuencia, la carga de la prueba del momento en que "Barclays" decide abandonar la reclamación judicial y optar por la vía de la compensación le corresponde a ella(art 217 LEC). Y de la documental obrante en autos, ciertamente, no se puede inferir que tal método extintivo respecto a dicho crédito se actuara antes del día 8-9-05 (auto de declaración del concurso). Sino, en todo caso, el 14-9-05 (f.20). Pero, aún así, dado que la deuda de "Zara Inox, S.L." superaba los 12.733,152, hubiera sido necesario acudir a la imputación de pagos (art 1174 C.c.) para concretar la posible compensación automática que ex art 1196 C.c. aduce la entidad bancaria. Y de los autos no se desprenden elementos bastantes para justificar tal automaticidad extintiva."*

- SAP Valencia(sección 9) 28.01.2008 (JUR 2008/155990). Improcedencia de oponer la compensación (vía exceptio doli) por el descontatario al banco descontante, al estar en concurso el firmante del pagaré:

*“Según resulta de los autos, la entidad actora a virtud de la póliza de garantía para operaciones de descuento de efectos de comercio suscrita en fecha 10 de diciembre de 2003 con la mercantil OBRAS Y SERVICIOS ALACUAS XXI SL, es tenedora por descuento de un pagaré emitido el día 18 de octubre de 2004 por el demandado, Hugo, por importe de 12.930'20 Euros y con vencimiento el día 22 de enero de 2005. Dicho pagaré no fue atendido a la fecha de su vencimiento, si bien a cuenta de la citada deuda la entidad actora recibió la cantidad de 7.691'67 euros con lo que el débito quedó fijado en 5.238'45 Euros, que es la cantidad reclamada en el presente procedimiento. Frente a dicha reclamación el demandado alegó como motivo de posición la compensación de créditos, -que entiende oponible a la entidad bancaria descontataria-, al ser tenedora de tres pagarés que se acompañaban a la demanda (f.38) y que se decían emitidos por la entidad OBRAS Y SERVICIOS ALACUAS XXI SL - si bien sólo en uno de tales documentos aparecía la antefirma de dicha mercantil- cuyo importe se decía determinaba un saldo netamente superior al importe que constaba en el pagaré objeto de autos.*

*El propio demandado manifestaba en su escrito de contestación a la demanda que la citada mercantil OBRAS Y SERVICIOS ALACUAS XXI SL había sido declarada en concurso a virtud de Auto de fecha 1 de septiembre de 2005 dictado por el Juzgado de lo mercantil nº 1 de Valencia, acompañando a tal efecto la carta informativa que en su día*

recibió del Administrador Concursal (D. Jose Ángel) -de fecha 25 de octubre de 2005-, y por la que según su contenido (f. 36) se le hacía saber que en dicho procedimiento el Sr. Hugo aparecía como deudor y, por ende, formando parte de la masa activa de la mencionada mercantil, por lo que era requerido a fin de que presentase determinada documentación; igualmente acompañaba a su escrito de contestación a la demanda (f.37) la carta, fechada el 1 de noviembre de 2005, que a su vez remitió el hoy recurrente a dicho Administrador Concursal, haciendo saber a éste que la empresa en situación de concurso tenía contraída con el Sr. Hugo una deuda de 8000 Euros. Consta acreditado, por así expresamente haberlo admitido la parte demandada y resultar tanto de la declaración testifical del Administrador Concursal, Sr. Jose Ángel, como del testimonio de la lista de acreedores del concursado (f. 74 y ss), que pese a la comunicación sobre la situación concursal de la entidad OBRAS Y SERVICIOS ALACUAS XXI SL, el hoy apelante no solicitó su inclusión como acreedor en el referido procedimiento concursal. Tales circunstancias determinan, per se, la imposibilidad de efectuar una eventual compensación de créditos -o deudas- en los términos que se pretenden por la parte recurrente, a tenor de la prohibición genérica que al efecto establece el artículo 58 de la Ley Concursal. Y ello no es más que mera consecuencia de la regla general propia de todo concurso - que refiere la propia Exposición de Motivos de dicha Ley-, cual es el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores del concursado, y por razón de la que en el propio Auto de declaración de concurso (art. 21.1 .5º LC) se ha de contener el pronunciamiento relativo al llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos en el plazo que al efecto se establece, llevándose para ello a cabo la publicación en el Boletín Oficial del Estado y demás publicaciones que establece el artículo 23 de la Ley Concursal con la finalidad de obtener la integración de la masa pasiva (art. 49 LC). A tenor de cuanto se ha expuesto, y una vez declarada judicialmente la situación concursal de OBRAS Y SERVICIOS ALACUAS XXI SL -de la que obviamente tenía pleno y cabal conocimiento el recurrente con anterioridad a la fecha de la contestación a la demanda-, por mera disposición legal, resulta inviable oponer la excepción de compensación de créditos respecto de la concursada y aún menos en sede de un procedimiento en el que dicha mercantil no es parte, lo que de hecho supondría la infracción de los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema que también proclama la Exposición de Motivos de la Ley Concursal. En definitiva, y una vez que tuvo conocimiento del procedimiento concursal, debió acudir a éste el Sr. Hugo a los efectos de obtener la satisfacción de su crédito. Finalmente, simplemente añadir en relación con la excepción alegada por el demandado recurrente, y a mayor abundamiento de la cuestión relativa a la situación concursal, que 498 conforme a las disposiciones de la Ley Cambiaria (artículos 96, 20 y 67 LCCh) el acogimiento de la excepción de compensación de créditos -que supone el resurgimiento de la relación causal del pagaré- requiere la presencia de dos requisitos cuando, como en el caso de autos, quien ejercita la acción es un tercero: 1º) el conocimiento por el adquirente de que el deudor podía excepcionar contra el transmitente del pagaré, y 2º) la posibilidad de invocar la "exceptio doli", según dispone el artículo 1269 CC, esto es, la carencia de buena fe o existencia de un comportamiento desleal o incorrecto con arreglo a las normas del tráfico, sin que en el caso de autos, y de la prueba practicada, resulte acreditado que la tenedora del pagaré, que procedió previamente a su descuento en virtud de la póliza a que antes se ha hecho referencia abonando su importe al descontante, haya incurrido en connivencia alguna con el beneficiario del pagaré.”

## V. CLASIFICACION DE LOS CREDITOS DERIVADOS DE CONTRATOS DE PERMUTA FINANCIERA (SWAP)

### 5.1. QUÉ ES EL SWAP?

Un swap, o permuta financiera, es un contrato por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras. Estas cantidades se determinan mediante una fórmula que debe ser igual a la diferencia entre los flujos de caja generados por dos operaciones financieras diferentes. Es decir, lo que hace el swap es intercambiar los flujos de caja generados por una operación financiera, por los flujos de caja generados por otra operación financiera. Normalmente los intercambios de dinero futuros están referenciados a tipos de interés, llamándose IRS (Interest Rate Swap), aunque de forma más genérica se puede considerar un swap cualquier intercambio futuro de bienes o servicios (entre ellos el dinero) referenciado a cualquier variable observable. Un swap se considera un instrumento derivado (Wikipedia). Por tanto, se trata de un contrato en el que las partes acuerdan intercambiarse cantidades de dinero y hacer pagos recíprocos en determinadas fechas, sobre la base de módulos objetivos. Son contratos en los que dos agentes económicos acuerdan intercambiar flujos monetarios, expresados en una o varias divisas, calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia que pueden ser fijos o variables, durante un cierto período de tiempo.

En la doctrina, ALONSO SOTO, define la operación de swap como una transacción financiera en virtud de la cual diversos organismos o empresas acuerdan intercambiarse flujos de pagos en el tiempo, con la mutua suposición de verse ambos favorecidos en el trueque.

Los Juzgados y Tribunales que se han pronunciado en materia de swaps los definen en los términos similares. Resulta ilustrativa la definición de swap de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2008, que señala: *“las operaciones de permuta financiera o swaps constituyen contratos en los que dos agentes económicos acuerdan intercambiar flujos monetarios, expresados en una o varias divisas, calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia que pueden ser*

*fijos o variables, durante un cierto período de tiempo. Dichos contratos pueden revestir diversas modalidades en función del objeto de la permuta, pudiéndose distinguir entre swaps de tipos de interés, de divisas, de commodities o de materias primas y de acciones.”*

Los principales tipos de flujos de caja intercambiados son: (i) Tipos de interés fijos por tipos de interés variables; (ii) Una divisa por otra divisa<sup>3</sup>; (iii) Rentabilidad de una acción por tipo de interés fijo; (IV) De commodities o materias primas.

Se trata de una figura importada del derecho anglosajón, que surge a finales de la década de los 70 como reacción a las alteraciones y fluctuaciones del mundo económico. En nuestro ordenamiento no tenemos ni una definición ni una regulación legal del swap<sup>4</sup>.

### **EL SWAP COMO PERMUTA DE INTERESES (IRS)**

De entre los diversas clases de permutas financieras, en función del objeto del contrato, destaca la permuta de intereses, en el que las partes acuerdan el intercambio de tipos de interés, que depende de la evolución de un tipo de interés determinado o un índice de referencia, siendo frecuente que los tipos de interés sean distintos para cada parte. Normalmente se intercambian intereses fijos por variables, aunque también se pueden intercambiar intereses a tipo variable sobre dos bases de referencia distintas. En el swap de intereses, se intercambian un flujo de pagos a un tipo de interés fijo por un flujo de pagos a tipos de interés variable. Los flujos de caja futuros derivados del swap en cuestión dependen de la evolución futura de los tipos de interés.

---

<sup>3</sup> Ejemplo de un swap de divisas realizado entre IBM y el Banco Mundial en 1981: IBM convirtió a dólares unas emisiones anteriores de deuda en francos suizos y marcos alemanes de IBM. El swap permitió a IBM aprovecharse del aumento del dólar a principios de los años 80 y fijar el tipo de cambio al que repagar su deuda. Por su parte el Banco Mundial emitió bonos en dólares que le proporcionaron los dólares necesarios para el swap, y consiguió a cambio financiamiento en francos suizos y marcos.

<sup>4</sup> El primer swap de divisas se cree que fue suscrito en Londres en 1979. Sin embargo, el verdadero swap inicial de divisas, el que llegó al incipiente mercado de swaps de divisas, involucró al Banco Mundial y a IBM como contrapartes. El contrato permitió al Banco Mundial obtener francos suizos y marcos alemanes para financiar sus operaciones en Suiza y Alemania del oeste, sin necesidad de tener que ir directamente a estos mercados de capital.

El swap de tipos de interés, o swap de intereses, se define como un contrato en el que dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos. En el caso más habitual una de las partes paga los intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBOR, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo o bien variable, pero referenciado, en este supuesto, a otra base distinta.

Por tanto, un swap no es un préstamo, ya que es exclusivamente un intercambio de flujos de tasas de interés y nadie presta el nominal a nadie, es decir, las cantidades de principal no se intercambian.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Alcalá la Real de 6 de junio de 2008 define el swap, señalando:

*“la permuta financiera o swap de tipos de interés consiste en un intercambio de tipos de interés, que juega con la evolución de un tipo de interés determinado o un concreto índice de referencia. De tal forma que, teóricamente, los contratantes 'ganan o pierden' según que el subyacente (valor o índice de referencia) sobrepase o no determinado techo (cap) o suelo (floor). En definitiva, una barrera que se fija y que determinará, en la fase de ejecución del contrato, 'quien ganará o perderá'. O lo que es lo mismo, mediante este contrato, una de las partes compra a la otra el derecho a ser indemnizada ante la subida de tipos de interés por encima de un nivel predeterminado y al mismo comprador (Cap) vende un floor a la misma contraparte por el que obliga a indemnizarle cuando los tipos de interés en el futuro bajen por debajo de un nivel predeterminado. Así, se aseguran unos tipos máximos y mínimos de interés cuando, como ocurre en este caso, dicho interés es variable.”*

La finalidad de estos contratos se expone de forma gráfica en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 18 de junio de 2009, que declara:

*“La finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio*

*con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian, hecho destacado en la sentencia recurrida al recoger la expresión de una de las partes demandadas que señala que estamos ante una apuesta sobre la evolución de los tipos de interés, añadiendo que como en toda apuesta se puede ganar o perder.”*

Se distinguen dos modalidades básicas de swaps de tipos de interés:

- 1) Swaps fijo contra variable o "coupon swap", en el que se intercambia un flujo a tipo fijo a cambio de otro a tipo variable. Se trata de una permuta financiera de interés fijo contra variable, en el que el intercambio es de flujo de intereses calculado con un tipo de interés fijo, contra flujos de intereses calculados con un tipo de interés variable, generalmente Euribor a un determinado plazo.
- 2) Swaps variable contra variable o "basis swaps", en el que se intercambian dos flujos de intereses calculados a tipo variable, como pudiera ser el EURIBOR 3 meses contra el EURIBOR 6 meses, EURIBOR 3 meses contra el LIBOR a 3 meses, etc.

A partir de dichos modelos, pueden introducirse variaciones y dar lugar a una amplia tipología, como los swaps con principal no constante, los swaps con comienzo diferido, los swaps con un tipo fijo que varía a lo largo de la operación, etc.

Una de las finalidades de la contratación de swap es la cobertura de riesgos, que consiste en tomar una posición de riesgo para compensar otra de igual cuantía, pero opuesta. Por ejemplo, una entidad financiera que ha concedido un préstamo, por el que recibe intereses a tipo fijo, a partir del dinero obtenido a tipo variable en el mercado interbancario. La entidad estará expuesta al riesgo de que los tipos de interés suban, lo que incrementará el coste de su deuda, sin poder compensarla con los intereses fijos que recibe por el préstamo concedido.

Por tanto, el swap nos expone a un riesgo por las posibles variaciones en los tipos de interés, por lo que también puede ser utilizado para tomar posiciones de riesgo basadas en nuestras suposiciones sobre la evolución futura de dichos tipos, si bien en este caso, se pueden producir pérdidas si no se cumplen nuestras expectativas, sin que exista otra posición con la que compensarlas, como ocurría en el caso de la cobertura. Las

posiciones de riesgo pueden asumirse de forma independiente o bien junto a otros activos derivados.

En el primero de los casos los ejemplos son variados:

- Si pensamos que los tipos de interés van a bajar, podríamos realizar un swap de cupón, mediante el que recibamos el tipo fijo, a cambio de pagar el tipo variable, obteniendo un beneficio en el caso de que se cumplan nuestras expectativas.
- Si pensamos que los tipos de interés van a subir, podríamos realizar un swap de cupón, por el cual paguemos el tipo fijo, a cambio de recibir el tipo variable, obteniendo un beneficio si se cumplen nuestras expectativas.
- Y si pensamos que los dos índices de referencia van a evolucionar de diferente manera, realizaremos un swap de bases que se beneficie de dicha variación.

### **5.3. CONTRATOS MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS (CMOF)**

Es importante distinguir entre contratos de swap y operación de swap. Esta última depende de un contrato marco o contrato compensación de operaciones financieras (CMOF) redactado y aprobado por la Asociación Española de la Banca (AEB) y la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA).

El CMOF o Contrato Marco de Operaciones Financieras es un contrato que regula las condiciones que regirán un contrato de Derivados financieros.

Los derivados financieros, como su nombre, indica son productos que derivan de otros productos financieros. En definitiva los derivados no son más que hipotéticas operaciones que se liquidan por diferencias entre el precio de mercado del subyacente y el precio pactado. Las características generales de los derivados financieros son las siguientes: (i) Su valor cambia en respuesta a los cambios de precio del activo subyacente; (ii) Requiere una inversión inicial neta muy pequeña o nula, respecto a otro tipo de contratos que tienen una respuesta similar ante cambios en las condiciones del mercado; (iii)- Se liquidará en una fecha futura; (iv) Pueden cotizarse en mercados organizados (como las bolsas) o no organizados ("OTC")

Dado que cada operación tiene una serie de características particulares lo habitual es firmar un contrato marco, "Contrato Marco de Operaciones Financieras", elaborado por la AEB y CECA, firmándose posteriormente un pliego de condiciones particulares para cada operación contratada. Son las partes las que proceden a su liquidación en la fecha de vencimiento.

Existe una versión creada por ISDA de uso común por las instituciones financieras. La organización ISDA ha establecido un contrato marco para operaciones en derivados entre las instituciones financieras. En el contrato marco se establecen las definiciones y condiciones generales que regularan cualquier derivado contratado entre dos instituciones financieras. La inclusión de un derivado contratado OTC entre dos instituciones financieras bajo el amparo de un contrato marco es voluntaria, pero suele hacerse ya que evita tener que redactar y negociar todas las condiciones y definiciones cada vez que se pacta una operación. Diferentes anexos al contrato marco regulan las características específicas de los distintos derivados existentes, por ejemplo swaps, derivados de crédito, derivados sobre renta variable, etc.<sup>5</sup>

En los supuestos a los que nos referimos, la permuta de intereses es una de las operaciones amparadas en un contrato Marco, siendo habitual después de la firma del contrato marco, la confirmación de la permuta financiera de los tipos de interés, mediante un nuevo documento suscrito, en el que se describen los términos y condiciones específicos de la operación. Cuando finaliza el contrato marco se produce lo que se denomina netting, que es la liquidación mediante compensación de los saldos positivos y negativos resultantes de las operaciones financieras existentes entre las partes.

Los contratos marco 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).

Los acuerdos de compensación contractual están regulados en el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para

---

<sup>5</sup> [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco)

la mejora de la contratación pública, que ha traspuesto 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 a los acuerdos de compensación contractual (artículo 3). Las partes en el acuerdo de compensación contractual han de ser las mencionadas en su artículo 4.1, si bien se permite que una de las partes pueda ser persona jurídica o física (artículo 4.2 y 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”. Y entre las reguladas en el artículo 2 LMV se encuentran las permutas, y por tanto, los swaps o permutas financieras a las que dedicamos el presente estudio.

En el apartado referente a los swaps y el concurso analizaremos la relación entre los acuerdos de compensación contractual y el artículo 58 de la Ley Concursal que prohíbe la compensación tras la declaración de concurso, salvo que los requisitos existieran con anterioridad.

#### **5.4. LA CLASIFICACION DE LOS CREDITOS DERIVADOS DE CONTRATOS DE PERMUTA FINANCIERA DE INTERESES. RESOLUCIONES JUDICIALES CONCURSALES SOBRE EL SWAP.**

La problemática del swap en el concurso de acreedores deriva de la dificultad en para clasificar los créditos derivados de un contrato marco de compensación. Los Juzgados de lo Mercantil que se han pronunciado sobre esta figura difieren en orden a la clasificación de los créditos derivados de swap. Entre los primeros pronunciamientos, destaca la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga de 4 de junio de 2008 que estima que las liquidaciones devengadas con posterioridad a la declaración del concurso y el importe de la cancelación anticipada instada por la administración concursal son créditos contra la masa; y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona considera de 19 de noviembre de 2008 califica el crédito como ordinario.

Con posterioridad se han sucedido otras resoluciones judiciales, habiendo adquirido una importancia tal, al incrementarse en número de incidentes concursales, que ha motivado incluso un pronunciamiento al respecto por los Jueces de Barcelona, que por su novedad e interés, se incorpora como Anexo de esta ponencia.

Se va a exponer en primer lugar la regulación legal aplicable a los acuerdos de compensación contractual en el caso de concurso de una de las partes, y a continuación, la interpretación que de los créditos derivados de contrato marco y permuta financiera han dado los Juzgados de lo Mercantil que se han pronunciado.

#### **5.4.1. REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE COMPENSACIÓN CONTRACTUAL**

Como se ha señalado anteriormente, los contratos marco de operaciones financieras (CMOF) constituyen una modalidad de acuerdos de compensación contractual regulados 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.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de marzo de 2008, aunque referida a garantías, ha declarado la preferente aplicación de dicho Real Decreto-Ley sobre la Ley Concursal.

El artículo 16 del RDL contiene algunas previsiones para los casos de concurso de alguna de las partes del acuerdo marco. Establece este precepto, con la última reforma operada por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago:

*“Artículo Decimosexto. Liquidación anticipada*

*1. La declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente de las operaciones financieras realizadas en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con este no podrá verse limitada, restringida o afectada en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa.*

*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 incurso en dichas situaciones exclusivamente el importe neto de las 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 art. 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 art. 62.4 de la Ley Concursal.*

*3. Las operaciones financieras o el acuerdo de compensación que las regula no podrán ser objeto de las acciones de reintegración que regula el art. 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.”*

Este precepto hay que relacionarlo con lo dispuesto en los arts. 61 a 63 LC, relativos a efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas, en cuanto sean compatibles, y en el artículo 71 LC, cuyo apartado 5.2º, excluye de la rescisión los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados. Conforme al apartado 3º del artículo 16 RDL, la acción podrá ser ejercitada por la administración concursal, que deberá probar el perjuicio.

El artículo 16 RDL supone una excepción al artículo 61.3 de la Ley Concursal que prohíbe las cláusulas de resolución del contrato por la sola declaración de concurso de una de las partes. Igualmente, constituye una excepción al artículo 58 de la Ley Concursal, que prohíbe la compensación tras la declaración de concurso.

El párrafo 2º del artículo 16.2 introducido por la Ley 16/2009 implica que la inclusión de una cláusula de vencimiento anticipado en un acuerdo marco no significa necesariamente que el contrato se resuelva o venza, pudiendo continuar su vigencia. En ese sentido ha de ser interpretado el primer inciso del mismo (*en caso de concurso, en tanto se mantenga vigente el acuerdo de compensación contractual*).

Si el acuerdo de compensación contractual continúa vigente, el citado precepto remite al primer párrafo del artículo 61.2 LC, que establece:

*“La 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. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa”.*

La duda que surge es si también resulta aplicable el artículo 61.2 párrafo 2 LC, que establece:

*“No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El juez citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.”*

Aun cuando no hay una remisión expresa tampoco se prohíbe, pudiendo aplicarse en tanto no resulte incompatible. Así lo han entendido los Jueces de lo Mercantil de Barcelona, cuando se trate de operaciones no vinculadas, ya que si estuvieran vinculadas consideran que al ser lo adeudado intereses, el contrato se extingue conforme al artículo 59 de la Ley Concursal, y el crédito resultante se califica como crédito concursal subordinado. Ahora bien, si la administración concursal resuelve en interés del concurso, el crédito resultante en aplicación del artículo 61.2.II se califica como crédito contra la masa.

El artículo 16.2.II del RDL también contiene una remisión al artículo 62.4 cuando el contrato fuese resuelto con posterioridad a la declaración de concurso. El artículo 62 LC regula la resolución del contrato por incumplimiento, que conforme al apartado 1º ha de ser, posterior de cualquiera de las partes, o incluso anterior, si se tratara de contratos de tracto sucesivo.

El apartado 4º del artículo 62 LC establece: *“Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda”*.

Debe tenerse en cuenta que nos encontramos con una operación financiera en el marco de un acuerdo de compensación contractual que supone que, conforme al artículo 16.2 párrafo 1º, *“se incluya como crédito o deuda de la parte incurso en dichas situaciones exclusivamente el importe neto de las operaciones financieras amparadas en el acuerdo, calculado conforme a las reglas establecidas en él.”*

A efectos aclaratorios conviene precisar que se denomina “netting” la compensación de todas las posiciones positivas y negativas derivadas de todas las operaciones financieras existentes entre las partes, surgiendo un único saldo (*close-out netting*), lo que además

evita que durante el concurso se produzca el denominado “*cherry picking*” (elección de mejores cerezas) que permitiría quedarse con las operaciones más ventajosas.

Continuando con la aplicación del artículo 62.4 LC por la expresa remisión del artículo 16.2.II del RDL, habrá que analizar la fecha de incumplimiento por el concursado para determinar la clasificación del crédito. Ahora bien, considero que la aplicación del precepto sólo puede producirse en caso de incumplimiento. Continúa sin resolverse la cuestión en los supuestos en los que la entidad financiera no ejercite la acción de resolución por incumplimiento. En dichos casos, resulta de aplicación el artículo 16.2.I, y si la liquidación es consecuencia de la cláusula de vencimiento anticipado por la declaración de concurso, deberá incluirse el crédito o deuda que corresponda al concursado. En caso de que resulte de la liquidación un crédito a favor de la entidad financiera, deberá incluirse en la masa pasiva del concurso como crédito concursal, en aplicación del artículo 61.1 LC, porque en dicho caso, sólo quedarán obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de una de las partes. En tanto se produzca la liquidación, el crédito deberá ser calificado como contingente por estar sometido a condición suspensiva (artículo 87.3 LC).

#### **5.4.2. RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE CLASIFICACIÓN EN EL CONCURSO DE CRÉDITOS DERIVADO DE SWAPS**

Paso a reproducir a continuación los fundamentos de algunas de las Sentencias dictadas sobre swaps por los Juzgados de lo Mercantil.

##### **- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga de 4 de junio de 2008:**

En esta Sentencia se considera que las liquidaciones anteriores a la declaración de concurso han de calificarse como créditos ordinarios, y las de vencimiento posterior, así como la liquidación final han de ser calificadas como créditos contra la masa, aplicando analógicamente el artículo 62.4 de la Ley Concursal, así como el artículo 84.2.6º LC. Argumenta esta Sentencia:

**- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2008:**

En la Sentencia se declara que las partes están conformes en la existencia del crédito derivado del Contrato Marco de Operaciones Financieras y en su carácter contingente aunque difieren en su clasificación como concursal ordinario o contra la masa. En dicha resolución se concluye que, siempre que el contrato se resuelva o venza anticipadamente por la declaración de concurso, y no se cierren nuevas operaciones, el crédito resultante del “close- out netting” (liquidación de saldos positivos y negativos), ha de ser calificado como crédito concursal, aunque la liquidación se produzca cuando el concurso ya se hubiere declarado.

**- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra de 31 de julio de 2009**

En esta Sentencia se resuelve que deben ser calificados como créditos contra la masa los que 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, por lo que así debe ser calificado el crédito derivado del contrato de permuta financiera.

Igual criterio se sigue en la **Sentencia del mismo Juzgado de 19 de junio de 2009** y en la **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 3 de abril de 2009**.

**- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona de 28 de septiembre de 2009**

Esta novedosa Sentencia califica el crédito de la entesa bancaria derivado de los contratos de permuta financiera como crédito subordinado, al ser intereses lo adeudado, manteniendo su efectividad o vigencia en función del contrato al que estén unidos. Este es el criterio de los Jueces de lo Mercantil de Barcelona en Conclusiones al Seminario de 21 de enero y 1 de febrero de 2010, que señalan que el crédito derivado de permuta financiera de tipo de interés cuando la administración concursal pueda probar su vinculación como una operación de pasivo, es concursal subordinado, extinguiéndose por virtud del artículo 59 de la Ley Concursal.

*6. En general este tipo de acuerdos (swaps) pueden nacer como contratos autónomos, pero también pueden configurarse como contratos vinculados a otras operaciones de pasivo. Concretamente lo habitual en los swap de intereses es que el importe nominal sobre el que se aplican los diferentes tipos de interés pactados, venga determinado por el importe del capital prestado por el banco al cliente en otra u otras operaciones de pasivo. De esta manera el swap de intereses no se suele configurar como un contrato*

*autónomo, sino un contrato vinculado a otro principal que es el contrato de préstamo o crédito, mediante el cual se modifica el pacto de intereses.*

*7. La causa concreta de este tipo de swaps es reducir los riesgos de las oscilaciones de los tipos de intereses y con ellos reducir los costes financieros de las operaciones crediticias, no es sencillamente la especulación. Por ello, han de vincularse esas operaciones, la operación de préstamo o crédito y la permuta financiera, cuya suerte han de seguir, y clasificarse conjuntamente con ellas.*

*8. Desde este punto de vista, el swap es un contrato que modifica el pacto de intereses de un préstamo, mediante una apuesta o, si queremos, una previsión, relacionada con la oscilación anual de los tipos de interés, de tal manera que si el prestatario gana, el banco tiene que devolver parte de los intereses recibidos por ese préstamo, si es el banco quien gana el prestatario ha de pagar un interés superior al que estaba pactado en el préstamo.*

*9. Por ello entiendo que, desde el punto de vista concursal, el contrato de swap de intereses ha de seguir la clasificación que corresponde al contrato al que está vinculado. Los pagos que el concursado ha de hacer como consecuencia de la liquidación son intereses, por lo que han de ser clasificados como subordinados (art. 92.3 LC).*

*10. Si por casualidad fuera el concursado el que hubiera que recibir pagos del banco, estos irían a disminuir el crédito del banco por intereses, pero el banco tampoco tendría que pagar al concursado, manteniendo conforme el art. 16 RDL 5/2005 EDL2005/6748 la validez del acuerdo de compensación contractual. Se trata de liquidar los intereses que el concursado tiene que pagar y clasificarlos oportunamente como subordinados.*

*11. Excepcionalmente, cuando el contrato swap venga vinculado a un contrato de crédito vigente en el momento de declaración de concurso, que no haya sido resuelto unilateralmente por la entidad financiera como consecuencia de dicha declaración, en coherencia con aquella postura, el crédito derivado de la liquidación del contrato de crédito, incluidos sus intereses, ha de ser considerado como un crédito contra la masa,*

*art. 61.2 LC, por tratarse de un contrato de prestaciones reciprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes a la fecha de la declaración de concurso.*

*12. En la hipótesis que la permuta financiera o swap de interesese fuese un contrato autónomo, no vinculado a otras operaciones financieras, hay dos opciones, la primera, consiste en considerar el contrato como un contrato bilateral, con obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes después de la declaración de concurso, y, la segunda, considerar que se trata de un contrato sobre el pago de intereses de un importe nominal.*

*13. La primera opción obligaría a clasificar el crédito derivado de la liquidación como una crédito contra la masa, art. 61.2 LC, y por tanto prededucible de la masa, art. 154 LC . El resultado de esa valoración es absolutamente irracional desde principio concursal, ya que a un contrato meramente especulativo, en el que no hay transferencia de capital, pero en el que los pagos son el resultado del calculo de unos intereses, se le daria un tratamiento mucho más beneficioso que a un préstamo, en que ha habido transferencia de capital, cuyos intereses, retributivos o moratorios, se subordinaban.*

*14. En la segunda opción chocamos con un problema respecto de la naturaleza de los pagos, ya que no son estrictamente hablando intereses. El importe nominal, sobre el que se aplican los tipos pactados, no responde a una transmisión de capital, por lo que los pagos no son técnicamente a intereses, entendido éstos como la retribución o producto de un capital. Ahora bien, no cabe la menor duda que todos lo cálculos se hace como si de intereses se trataran sobre un capital ficticio (nominal), pero lo que creo que deben de tener el mismo tratamiento concursal como si se tratara de intereses en sentido estricto, solución que es la que creo que debo de seguir al ser mas acorde con las reglas generales del concurso.*

*15. Declarado el concurso el art. 59 LC impone la suspensión del devengo de intereses, por ello declarado el contrato deben de extinguirse los contratos de permuta financiera de intereses por efecto de la ley. Esas operaciones deben de ser liquidadas por el banco a la fecha de declaración de concurso, art. 16 del RDL 5/2005 EDL2005/6748 , ya que la declaración de concurso no debe afectar a esas operaciones, y su resultado debe ser considerado como un crédito concursal y subordinado, conforme lo previsto en el art. 92.2 LC, al tratarse de un crédito de intereses anterior a la declaración de concurso.*

*16. Resumiendo, la administración concursal debe:*

*A) Determinar si el contrato de swap está vinculado a algún otro contrato de préstamo o crédito.*

*A.1. Si se trata de un contrato de préstamo o un contrato de crédito resuelto a la fecha de la declaración de concurso, la operación de permuta financiera de intereses debe ser liquidada a esa misma fecha, su resultado sumado o restado de la deuda de intereses que la póliza principal haya generado, reconocer el resultado y clasificarlo como un crédito subordinado.*

*A.2. En el supuesto que se tratara de un contrato vinculado a un contrato de crédito vigente después de la declaración del concurso, deberá, o bien, procederse a su resolución conforme a lo previsto en el art. 61 LC, o bien, caso de no instarse su resolución por ser de interés para el concurso, deberá de ser considerado como un crédito contra la masa como lo sería el crédito derivado de la póliza de crédito vigente, art. 61.2 LC .*

*B) Si la administración concursal no puede vincular el contrato de permuta financiera a ninguna operación de pasivo, de tal manera que se tratara de un contrato autónomo, deberá considerarse extinguido el contrato a la fecha de declaración del concurso, el banco debe de proceder a su liquidación a esa fecha y la administración concursal debe de reconocer el resultado y clasificar como un crédito subordinado.”*

**- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca de 11 de noviembre de 2009**

Esta Sentencia sigue el criterio de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2008, cuyos argumentos reproduce, y concluye que no constando nuevas operaciones de swap tras la declaración de concurso, no puede atribuirse al eventual crédito derivado de la liquidación de un contrato nacido con anterioridad a la declaración el pretendido carácter de crédito contra la masa por no encuadrarse en los supuestos del artículo 84 LC.

**- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona de 1 de diciembre de 2009**

Esta sentencia define el contrato de permuta financiera como “un negocio jurídico aleatorio puesto que existe un riesgo en la oscilación de los índices de referencia que puedan jugar a favor y en contra de ambas partes contratantes”, donde “las sucesivas liquidaciones no hacen surgir obligaciones recíprocas, sino la obligación unilateral de pago para una sola de las partes, de tal manera que el Banco contratante realizará el correspondiente cargo o abono en la cuenta de referencia en función del resultado del riesgo. Las llamadas liquidaciones, que suelen pactarse entre las partes, como en este caso, de forma trimestral, vienen a constituir hitos temporales que marcan en un momento temporal determinado la ganancia o la pérdida eventual, que forma parte del riesgo propio de estos contratos. Sin embargo de aquí no cabe deducir la existencia de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, las cuales surgen en el momento del nacimiento del negocio jurídico que coincide con la prestación del consentimiento mediante su firma. La obligación bilateral nace en el momento en que se firma el contrato y su determinación posterior depende de un suceso futuro e incierto, de un riesgo de manera que la liquidación puede variar a favor de una u otra parte, surgiendo una única obligación de pago para una de las partes. Por ello, no cabe dar aplicación al art. 84.2.6º ni al párrafo 9º de la LC y en consecuencia el crédito contingente que pudiera surgir a favor del banco no puede entenderse como un crédito contra la masa, al no poder encuadrarse en ninguno de estos supuestos”. Por ello, considera que las futuras liquidaciones son créditos contingentes, y que sólo habrá créditos contra la masa “si el negocio jurídico, el contrato se ha firmado con posterioridad a la declaración”, lo que considera que no ha sucedido en el caso enjuiciado, o si existe una aceptación o autorización en el sentido señalado en el citado párrafo 9º para que sea llevada a cabo cada liquidación.

**- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona de 15 de diciembre de 2009**

Esta Sentencia considera que el contrato de permuta financiera es un contrato de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, pero en el caso concreto, concluye que atendida la fecha de vencimiento del contrato y el tipo de interés vigente, las únicas obligaciones pendientes de cumplimiento hasta la fecha de vencimiento del contrato lo serán exclusivamente de la concursada, por lo que a los solos efectos concursales existirían obligaciones pendientes de cumplimiento únicamente para el concursado por

lo que el crédito debe ser concursal conforme al art. 61.1 LC.

**- Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 30 de noviembre de 2009 y 25 de enero de 2010.**

En estas Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona se argumenta en similares términos a la anteriormente mencionada de dicho Juzgado, dictadas por el mismo Magistrado (Ilmo. Sr. D. José María Ribelles), si bien merece ser destacado el Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia de 2010, que aunque insiste en la clasificación del crédito como concursal ordinario, aun cuando no esté liquidado el contrato, por su carácter contingente en cuanto que sometido a condición suspensiva, llega aún más, al señalar que el crédito podría haber sido calificado como subordinado por intereses si constara que estuviera vinculado a otra operación de crédito. Señala la Sentencia:

*“SEXTO.- Pues bien, ninguno de los mencionados fines u objetivos prejuzgan una calificación del crédito nacido de la permuta financiera como crédito contra la masa. Podemos admitir a lo sumo que, en aquellos casos en que la declaración de concurso se produzca durante la vigencia de un contrato de swap y la Administración concursal o el concursado (en función de si hay sustitución o intervención) confirmen nuevas operaciones en supuestos de continuidad de la actividad empresarial, técnicamente los saldos de las operaciones posteriores a la declaración de concurso negativos para el concursado deberían considerarse créditos con cargo a la masa, por aplicación del art. 61.2 de la LC . Las partes están conformes con que el contrato de swap , en el presente caso, no ha sido liquidado y se encuentra vigente. De ahí su carácter contingente, de acuerdo con el artículo 84.3º . La parte actora solicita en su demanda se considere como crédito contra la masa las liquidaciones posteriores a la declaración de concurso, de conformidad con lo previsto en los artículos 61.2º y 84.6º de la Ley Concursal . Al entender de la demandante nos hallamos ante un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, por lo que, de acuerdo con dichos preceptos, las prestaciones del concursado deben realizarse con cargo a la masa. Y aun cuando, ciertamente, la cuestión suscita serias dudas de derecho, en aquellos supuestos, como el enjuiciado, en el que el contrato de permuta financiera continúa en vigor, debe mantenerse el criterio de la administración concursal de atribuir a estas liquidaciones posteriores a la declaración del concurso la consideración de crédito*

ordinario. El contrato de swap es de naturaleza aleatoria, dado que la prestación, a cargo de la entidad de crédito o del acreditado, así como el monto total de la liquidación, depende de un hecho futuro e incierto -el alea-, como es el tipo de interés vigente en la fecha convenida de liquidación. Ello asemeja este tipo de contratos con aquellos que establecen obligaciones sujetas a condición suspensiva; y los créditos sujetos a condiciones suspensivas, aun cuando venzan y se liquiden tras la declaración de concurso, tienen la consideración de créditos ordinarios contingentes. Es, además, un contrato con obligaciones recíprocas; sin embargo entiendo que no cabe hablar, como exige el artículo 61.2º, de obligaciones recíprocas "pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte". La razón de ser de atribuir, en estos casos, la consideración de créditos contra la masa a las prestaciones del concursado no es otra que la de mantener la reciprocidad y la equivalencia con las prestaciones efectivas por parte del tercero (precio a cambio de cosa, en la compraventa, o renta a cambio de uso, en el arrendamiento, por ejemplo). En el presente caso no existen prestaciones pendientes de cumplimiento a cargo de la entidad de crédito, dado que no ha acontecido el hecho incierto del que depende el nacimiento de su obligación; de hecho, atendida la naturaleza del contrato y su carácter aleatorio, las prestaciones sólo alcanzarán a una de las partes. 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. El supuesto, por tanto, no tiene encaje en el tenor literal del artículo 61.2º y mucho menos en el espíritu y la finalidad perseguida por dicha norma (artículo 3 del Código Civil EDL1889/1 ). Ciertamente, tampoco encaja en el apartado primero del artículo 61, lo que evidencia que dicho precepto, en sus dos apartados, no contempla todas las situaciones posibles ni ofrece soluciones para todo tipo de contratos con obligaciones recíprocas. Y, a mi entender, el caso que nos ocupa, precisamente por no existir una prestación pendiente de cumplimiento a cargo de la entidad de crédito y por tratarse de una liquidación de una operación anterior, tiene mejor acomodo en el apartado primero del artículo 61, que obliga a incluir la prestación del concursado en la masa pasiva del concurso. Debe descartarse, por el contrario, la calificación del crédito como subordinado, pues a pesar de ser un swaps de intereses no consta que esté vinculado a otra operación de crédito. Por todo ello, la demanda debe estimarse parcialmente."