

2. DERECHO MERCANTIL

SWAP Y SYNALAGMA

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

SUMARIO: I. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SENTENCIAS DE 8 Y 9 ENERO DE 2013.—II. LA OPINIÓN MAYORITARIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.—III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL SWAP Y SU CARÁCTER SINALAGMÁTICO.—III. EPÍLOGO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SENTENCIAS DE 8 Y 9 ENERO DE 2013

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de enero de 2013 (*RJ* 2013/1631) se soluciona la problemática de la calificación concursal de un crédito procedente de un contrato de permuta financiera (*swap*) sobre la dicotomía consistente entre su consideración como crédito concursal o bien como crédito contra masa, que sin duda es la cuestión trascendental de carácter concursal que se resuelve en ambas casaciones¹, aunque no va a ser ésta la que analicemos en el presente trabajo², centrándonos por el contrario en el carácter sinalagmático —en contra de lo sostenido por el Tribunal Supremo— de estos peculiares instrumentos finan-

¹ Lo cual ha de analizarse también en el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 5/2005, que tantas controversias —no sólo interpretativas— ha suscitado desde su aprobación. En este sentido y sobre la naturaleza de las garantías financieras y su relación con el pacto comisorio, vid. REDONDO TRIGO, «El pacto marciano, el pacto *ex intervallo* y la fiducia *cum creditore* en las garantías financieras del Real Decreto-ley 5/2005», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 83, núm. 699, 2007, págs. 355-375.

² Vid. SAN JUAN Y MUÑOZ, «Sinalagma y concurso de acreedores. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, de 8 y 9 de enero de 2013, sobre el *swap* y el Real Decreto-ley 5/2005», en *Diario La Ley*, núm. 8057, Sección *Doctrina*, de 8 de abril de 2013, año XXXIV; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Garantías financieras. Las modificaciones introducidas en el Real Decreto-ley 5/2005», en *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, vol. 1, núm. 7 (noviembre), 2011, págs. 49-67; URÍA FERNÁNDEZ, «El régimen concursal aplicable a los acuerdos de compensación contractual», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN: 1698-4188, núm. 12, 2010, págs. 59-70; FIERRO DOMECO, «Close-out netting de contratos marco de derivados bajo el Real Decreto-ley 5/2005: Los efectos de la modificación al artículo 16.2 introducida por la Disposición Final 8.^a de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago», en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 2010, págs. 255-260; FERNÁNDEZ ARAOZ, «Garantías financieras y procedimiento concursal: reflexiones en torno a alguna de las cuestiones suscitadas tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ruiz de Velasco*, coord. por Abel B. Veiga Copo, 2010, págs. 140-172; J. I. CANLE, «Concurso de acreedores y *swap* de tipos de interés», en *Anuario de Derecho Concursal*, 2011, pag. 351 y sigs., pag. 354.

cieros (*swaps*), sobre los que ya nos hemos ocupado en otro momento anterior en cuanto a la nulidad de los mismos, cuando se produzca en su contratación una vulneración de la normativa imperativa aplicable al caso (Ley del Mercado de Valores y normativa de desarrollo, en aplicación de lo previsto en el art. 6.3 del CC)³.

El Tribunal Supremo principalmente mediante el recurso a la doctrina de las obligaciones recíprocas y sinalagmáticas, concluye que debido a la ausencia de sinalagma, las relaciones jurídicas derivadas de la permuta financiera deben ser calificadas como crédito ordinario y por tanto quedan excluidas de los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal.

El razonamiento utilizado en dicha sentencia, de 8 de enero de 2013, fue el siguiente:

«2. Valoración de la Sala

2.1. Las prestaciones en contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento:

28. El artículo 61.2 de la Ley Concursal dispone que “[l]a declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte” y añade “[l]as prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa”.

29. De forma paralela el artículo 84.2 dispone que “[t]endrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: (...) 6.º Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso...”.

30. Ahora bien, la Ley Concursal y el Código Civil (LEG 1889/27), no definen lo que debe entenderse por “obligaciones recíprocas”, limitándose este a mencionar las “prestaciones recíprocas” en el artículo 1120, las “obligaciones recíprocas” en el 1100 y el 1124 y la “reciprocidad de intereses” en el 1289, lo que ha dado lugar a que con frecuencia se identifiquen las recíprocas con las que dimanen de contratos “onerosos”, de los que derivan prestaciones a cargo de ambas partes.

31. La jurisprudencia, sin embargo, ha diferenciado entre el “sinalagma genético”, referido al momento en el que se perfecciona la relación obligatoria en el que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación y el “sinalagma funcional” en el que ambas prestaciones deben cumplirse simultáneamente, sin perjuicio de las excepciones que imponen los usos del tráfico o el pacto.

32. En este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 1979 (RJ 1979/871) se refiere “al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica (de las obligaciones recíprocas)”, la de 14 de mayo de 1982 (RJ 1982/2572) al “contrato sinalagmático (con sinalagma genético y funcional) en el que se pactaron obligaciones recíprocas ligadas por un nexo de interdependencia”, la 1033/1994, de 18 de noviembre (RJ 1994/9322), reiterada en la 814/2007, de 5 de julio (RJ 2007/5125) afirma que “las obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble, el genérico en cuanto una atribución obligacional debe su origen a

³ Vid. REDONDO TRIGO, «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 2011, págs. 625-655.

la otra, y el funcional significativo de la interdependencia que las dos relaciones obligacionales tienen entre sí en cuanto a su cumplimiento; de tal forma que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazados ambos deberes, que tienen que cumplirse simultáneamente”, la 458/1996, de 8 de junio (RJ 1996/4833), al “sinalagma funcional”, y la 1194/2004, de 9 de diciembre, reiterada en los números 168/2010, de 30 de marzo (RJ 2010/2538), 108/2011, de 10 de marzo (RJ 2011/2764), y 132/2011, de 11 de marzo (RJ 2011/3320), sostiene que “las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debidos a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor”.

2.2. La inexistencia de reciprocidad funcional en el swap desvinculado:

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

Por lo tanto, a juicio del Tribunal Supremo, el hecho de la existencia de un swap desvinculado de cualquier otro tipo de operación y que no se haya probado en el proceso que del mismo surjan obligaciones para ambas partes supone, por tanto, la inexistencia de sinalagma y como consecuencia de ello la calificación concursal del crédito como ordinario.

Cabe sin embargo señalar que en el recurso (más allá del acierto o no del cumplimiento con las reglas procesales de la carga probatoria en la instancia oportuna) se alegó por la entidad de crédito correspondiente lo siguiente:

«En su desarrollo afirma que el apartado 3.5 del contrato marco de forma expresa dispone lo que sigue: “Carácter recíproco de las Obligaciones: El cumplimiento de las obligaciones de pago o de entrega de cada una de las partes, a que vengan obligadas por cada operación, no será exigible cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias...”. También sostiene que: “Tal es la reciprocidad expresamente pactada, que el incumplimiento de una de las partes posibilita la denuncia del contrato y la resolución o vencimiento anticipado, regulado en el artículo 1124 del Código Civil para las obligaciones recíprocas”, y que el “producto swap ligado a la inflación” se define como “intercambio de flujos... en el que el cliente va a percibir un importe variable... A CAMBIO de pagar una serie de importes fijos...”».

En nuestra opinión, la *ratio decindi* de la sentencia de casación es deudora de la que ofreciese la sentencia de apelación, es decir, de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de febrero de 2011 (*JUR* 2011/328443), cuando afirmó lo siguiente:

«De hecho, en el contrato de swap de cada liquidación periódica aflora una única obligación para una sola de las partes, sin perjuicio de que en futuras liquidaciones, por el cambio de las circunstancias, pudiera surgir alguna otra obligación para la otra parte, se trata de obligaciones que, si bien nacen del mismo contrato, no traen causa unas de otras, son desde esta perspectiva autónomas.

Prueba de ello es que el swap sobre tipos de interés reúne los requisitos con que la doctrina caracteriza los contratos aleatorios: la indeterminación inicial del resultado; la dependencia definitiva del mismo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto; y la voluntariedad de las partes al asumir ese riesgo. A diferencia de los contratos conmutativos, en los que cada parte sabe desde su perfección el contenido de cada prestación, en los contratos aleatorios las partes quedan expuestas desde su perfección a unos resultados (positivos o negativos) que sólo son verificables cuando se produce el evento previsto, en nuestro caso: el tipo aplicable a la fecha convenida de cada liquidación periódica. Por eso, como se ha afirmado en la doctrina, el swap sobre tipos de interés encierra una apuesta bilateral, ya que las dos partes quedan obligadas desde que se confirma la operación de swap, pero sólo una de ellas ejecutará su prestación en cada liquidación periódica según el resultado del cálculo que corresponda a dicha liquidación.

En consecuencia, no cabe hablar de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, pues en cada una de las liquidaciones lo será por alguna de las partes. Por ese motivo, no entran dentro del presupuesto previsto en el artículo 61.2 LC, que afecta tan sólo a los “contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte”. El swap podría dar lugar a obligaciones para ambas partes, pero no serían recíprocas, sino autónomas, razón por la cual no merecen el tratamiento previsto en el artículo 61.2 LC».

Es decir, parece que para la sentencia de apelación —de forma errónea, en nuestra opinión— la exclusión del carácter sinalagmático del *swap* viene producida por el carácter aleatorio del mismo, así como por el hecho de que anuda a la simultaneidad de cumplimiento el carácter sinalagmático de las obligaciones derivadas del *swap*.

En este sentido, SAN JUAN Y MUÑOZ⁴ afirma que: «la sentencia de 9 de febrero de 2011 (*La Ley* 165408/2011) de la AP de Barcelona también trata este tema pero para rechazar que su consideración de aleatorio (y no conmutativo) nos lleve a una situación de reciprocidad (...) Se trata, bajo nuestro punto de vista, de un nuevo error tanto en el hecho de descartar la reciprocidad —sin más— de las obligaciones aleatorias como en determinar la imposibilidad de simultaneidad fijándose en el resultado final de las operaciones de liquidación. La sentencia del TS, de 8 de enero de 2013, nos señala claramente (apartado 32) que el cumplimiento simultáneo lo es “en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor”. Y es evidente que también en cada liquidación que debe hacerse quien resulte obligado por ella podrá ser exigido en tanto la siguiente, o la anterior,

⁴ Vid., *op. cit.*

puede resultar a favor o en contra pero en cualquier caso con posibilidad de exigir en función de su cumplimiento en la anterior a cada una de ellas. Es decir, todas las liquidaciones son interdependientes, en cuanto a su cumplimiento, de la siguiente y de la anterior. Esta última en cuanto ya existente y la siguiente en cuanto a la aleatoriedad del resultado».

Con idénticos argumentos la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de enero de 2013 (RJ 2013/1633), niega también el carácter de crédito contra la masa de las liquidaciones del swap, fallando lo siguiente:

2.2. *La inexistencia de reciprocidad funcional en el swap desvinculado:*

32. *En el presente litigio, bajo la denominación de «confirmación de permuta financiera de tipos de interés (Swap Bonificado 3X3 con Barrera Knock-In)», las partes suscribieron un contrato desvinculado de cualquier otra operación, por el que una de ellas debería pagar el saldo resultante de la diferencia entre «un Tipo de Interés Variable EURIBOR3M» y «un tipo de interés fijo o variable determinado en función del Tipo Barrera Knock-In)».*

33. *No se trata, en consecuencia, de obligaciones funcionalmente recíprocas, ya que nada más surgen obligaciones para una de las partes. En este sentido la sentencia de la Audiencia declara que «las prestaciones pendientes de cumplimiento para una de las partes, en este caso para la concursada, no guardan relación causal con las que pudieran derivarse en el futuro para la otra», sin que la falta de reciprocidad quede desvirtuada por la afirmación formal, que aparece contraria al propio comportamiento de la recurrente, de que banco y cliente se pagan mutuamente a fin de «permutar flujos financieros», probablemente dirigida a eludir la eventual aplicación de las reglas concursales.*

II. LA OPINIÓN MAYORITARIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

La cuestión no ha sido pacífica en las Audiencias Provinciales, aunque sin embargo el parecer mayoritario era el contrario al defendido por la Audiencia Provincial de Barcelona y que ha sido confirmado por estas dos sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 9 de enero de 2013.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 12 de septiembre de 2012 (AC 2012/1715), resume el parecer de la denominada jurisprudencia menor del siguiente modo:

«El criterio sentado en la sentencia apelada y confirmado por las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16-2-12 (AC 2012/687), 16-5-11 (AC 2011/1250), 21-2-11 (JUR 2011/181727) o 9-2-11 (JUR 2011/328443) entre otras, no es el mayoritario en las Audiencias Provinciales que se inclinan por calificar las liquidaciones de la permuta financiera producidas después de la declaración del concurso como crédito contra la masa (sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza de 26-10-10 (JUR 2010/412347) o 19-11-11, Valencia de 20-1-11 (AC 2011/306), Pontevedra 13-10-10, 29-3-12 ó 27-4-12, Badajoz de 5-5-11 (JUR 2011/214723), Madrid de 18-10-10 o Jaén de 19-2-10, entre otras).

Son dos los criterios en los que en esencia se funda la calificación acogida mayoritariamente: la aplicación del artículo 16.2 del Real Decreto-ley 5/05, de 11 de marzo (RCL 2005/503), Ley de Mercado de Valores en su redacción por Ley 16/09, de 13 de noviembre (RCL 2009/2193 y RCL 2010/1119) de Servicios de Pago y/o la consideración de la aplicabilidad del artículo 61.2 y del 84.5.º y 6.º de la LC (RCL 2003/1748) a

estas liquidaciones, que contradice lo razonado en la sentencia aquí apelada, porque estaríamos ante el cumplimiento de una obligación recíproca del concursado.

Esta Sala ya determinó en su sentencia de 2-11-11 (JUR 2012/10579) que el contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipo de interés (swap en su terminología original anglosajona) es un contrato atípico, bilateral y recíproco que, en esencia, consiste en que las partes acuerdan intercambiar unos tipos de interés respecto de un capital nominal de referencia (nocional), que no es real, en el sentido de que no supone que dicho capital se haya entregado por el banco al cliente en préstamo u otra figura ni que el cliente deposite dicho capital en el banco bajo cualquier forma, y así se intercambian los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados, bien por pagos parciales bien por liquidaciones al final del término de vigencia pactado, de lo que puede resultar a favor de cada una de las partes un saldo positivo o negativo. Supone prestación de cobertura al riesgo de una subida de tipos de interés para el cliente durante su vigencia e implica que el banco paga al cliente un tipo de interés variable sobre el capital nominal durante el contrato según el vigente al inicio del contrato o de cada periodo de pago y al vencimiento este cliente debe liquidar al banco un interés sobre el capital nominal pactado al tipo variable vigente a la finalización del contrato y así el saldo resultante se obtiene de la diferencia entre el tipo pagado por el banco durante el contrato y el tipo que se pacta que ha de pagar a la liquidación el cliente de forma que si el tipo variable de referencia para el banco se mantiene al final del contrato por encima del pactado en la liquidación a cargo del cliente el saldo será favorable para este último y si el tipo variable de referencia para el banco se sitúa por debajo del pactado para el cliente a la liquidación el saldo será favorable para el banco.

Considerado así como contrato generador de obligaciones recíprocas, es obvio que sus liquidaciones periódicas, que nacen de un mecanismo de compensación y producidas tras el concurso que sean de saldo negativo para el concursado, constituyen una obligación recíproca pendiente de cumplimiento por el mismo e integrable en el artículo 61.2 de la LC. Se trata además de un contrato aleatorio, como determina la sentencia apelada en su sentido tradicional, de aquel en que el riesgo de pérdida o ganancia es común a ambos contratantes [STS 14-5-62 (RJ 1962/2357)], determinándose quién paga y quién gana por un hecho incierto y que por ello es apto para generar obligaciones para uno u otro contratante, cada una de las cuales tiene su causa en la obligación consentida por la otra parte, obligándose mutuamente y con deberes recíprocos, sin perjuicio de que a lo largo de la vida del contrato (tracto sucesivo) se vayan generando para una u otra de las partes, pudiendo variar una u otra en cada momento concreto de liquidación, obligaciones de pago, sin que por ello pierda la naturaleza de contrato bilateral y recíproco. Por todo ello le serían de aplicación a las liquidaciones negativas para el concursado producidas durante el concurso la calificación de cumplimiento de una obligación recíproca del concursado y ello por el artículo 61.2 y el artículo 84.2.º de la LC se constituyen como crédito contra la masa».

También, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 26 de octubre de octubre de 2010 (JUR 2010/412347), razonaba lo siguiente:

«En efecto, en primer lugar es preciso definir los contornos del contrato litigioso. La “permuta financiera” también recibe el nombre de “swap” o “clip de intereses”. Mediante este pacto las partes acuerdan intercambiarse entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un determinado tipo de interés (fijo contra variable o variable contra variable) calculado sobre un determinado importe de capital. De tal manera

que no se pagan intereses remuneratorios ni moratorios a consecuencia de un capital recibido, sino de un acuerdo con obligaciones recíprocas que dependiendo de un hecho imprevisto (subida o bajada de tipos de interés) una u otra parte vendrá obligada a pagar una cantidad de dinero, pero no en concepto de intereses [art. 1790 CC (LEG 1889/27)]: contrato aleatorio). De ahí el denominativo inglés «swap», que significa canje, trueque o cambalache.

La finalidad de este contrato, generalmente, es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, al alza —claro está—, de los tipos de interés variable. Por lo tanto, se trata de un contrato aleatorio con tintes especulativos, que no es un pacto de intereses, sino un intercambio (swap) de dinero. Su objeto y causa no es una obligación de intereses sobre un capital recibido, sino la recepción de un capital que se calcula sobre unos intereses en relación a otros que fluctúan y aplicados a un capital convenido, no necesariamente sobre una deuda que pudiera existir entre las partes. Por ello se le llama también “contrato marco de gestión de riesgos financieros” [SAP de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 18 de junio de 2009 y de Zaragoza, Sección 5.ª, de 4 de octubre de 2010 (JUR 2010/374176)].

SEXTO

En atención a esta concepción del contrato cuyas consecuencias crediticias hay que calificar en el seno del concurso, habrá que definir la clase de crédito que —en su caso— posea “Caixa Penedés”.

En este sentido hay que distinguir entre “contratos de swap” y “operaciones de swap”. El contrato establece el régimen general al que estarán sujetas las operaciones concretas de intercambio entre las partes. Cada operación o intercambio de posturas cuando venza un plazo de liquidación no supone la celebración de un nuevo contrato, sino una fase o liquidación de ese único contrato que, por tal, es de tracto sucesivo.

De ahí que haya que diferenciar —a la luz del art. 61 de la LC— entre una liquidación definitiva del contrato, una vez declarado el concurso o las sucesivas liquidaciones que se vayan produciendo durante la vida de éste.

En el primer supuesto, la consideración ha de ser de crédito ordinario. Si el contrato vence o se ha resuelto por motivo del concurso y ya no se cierran nuevas operaciones, el saldo resultante de los flujos de dinero a favor de uno u otro contratante (Close-out-netting), aunque se averigüe durante el concurso, trae causa de una relación jurídica previa al concurso, por lo que —ex arts. 84 y sigs. LC no podrá tener la consideración de crédito contra la masa y sí —por tanto— de crédito ordinario.

Sin embargo, si asistimos a una liquidación u “operación de swap” durante el concurso, estaríamos ante el cumplimiento de una obligación recíproca del concursado —en su caso—, lo que podría situar a ese crédito del tercero en la calificación de “crédito contra la masa”; como se colige del citado artículo 84-5.º y 6.º de la Ley Concursal. En tanto no se resuelva el contrato».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 2011 (AC 2011/306), ratifica la calificación de crédito contra la masa, en función de lo siguiente:

«SEGUNDO:

La problemática que se somete a la consideración de este Tribunal no es ciertamente sencilla, ni por razón de la normativa aplicable, ni como consecuencia de

los diversos criterios que han venido a seguir los Juzgados de lo Mercantil, con anterioridad y posterioridad a la reforma operada en el Real Decreto-ley 5/2005 (RCL 2005/503), Ley del Mercado de Valores (RCL 1988/1644), por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

Antes de producirse la indicada reforma era de ver la existencia de diferentes criterios respecto de la calificación que merecían los créditos derivados de las liquidaciones verificadas en los contratos de permuta financiera de intereses en función de ser anteriores o posteriores a la declaración del concurso, así como de las indemnizaciones por resolución anticipada. Así, en la sentencia del Juzgado Mercantil, número 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2008, se concluía que “siempre que el contrato haya vencido o haya sido resuelto con motivo de la declaración del concurso y no se cierren nuevas operaciones, el saldo resultante del close-out netting tendrá la consideración de crédito ordinario”. Las sentencias del Juzgado Mercantil, número 1 de Málaga, de 4 de junio de 2008; la del Juzgado Mercantil, número 2 de Pontevedra, de 19 de junio de 2009, o la sentencia del Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona, de 3 de abril de 2009, consideraban que al tratarse de un contrato con obligaciones recíprocas pendiente de cumplimiento por ambas partes, las liquidaciones posteriores a la declaración de concurso serían créditos contra la masa en aplicación del artículo 84.2.6.º de la Ley Concursal. A su vez, la sentencia del Juzgado Mercantil, número 4 de Barcelona, de 28 de septiembre de 2009, consideraba el crédito como subordinado al entender que lo que se reclama no son sino intereses ya que el swap es un contrato vinculado a una operación de pasivo que el concursado tiene con la misma entidad bancaria, por lo que aboga por la resolución automática del contrato al tiempo de la declaración de concurso en aplicación del artículo 59 de la Ley Concursal, tesis que ha mantenido, asimismo el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de los de Valencia, de 15 de noviembre de 2010. Finalmente, la sentencia de 1 de diciembre de 2009, del Juzgado Mercantil, número 7 de Barcelona, calificaba el crédito como contingente.

Tras la entrada en vigor de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, ha operado la modificación del segundo párrafo del punto 2 del artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2005 (norma que tiene la consideración de Ley especial respecto de la Ley Concursal, con las consecuencias que de ello se derivan) en virtud del cual en tanto se mantenga vigente el acuerdo o compensación contractual, en sede concursal, se aplicará lo dispuesto en el artículo 61.2; y si el acuerdo fuere resuelto con posterioridad a la declaración del concurso se estará a lo prevenido en el artículo 62.4, lo que implica la satisfacción con cargo a la masa».

En cuanto a la bilateralidad de las prestaciones derivadas del swap, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 13 de octubre de 2010 (AC 2010/1778), se expresaba así:

«Esta Audiencia ha venido manteniendo el carácter bilateral de los contratos como el que es objeto de litis [sentencias de 7 de abril de 2010 (JUR 2010/174861), 25 de febrero de 2010 (JUR 2010/145274)]. En concreto, el contrato suscrito entre la empresa concursada y BANKINTER, en el que es objeto de contratación un producto financiero denominado “Clip Bankinter”, reviste las características de un contrato swap o de permuta de tipos de interés, que cabe definir como aquél en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado.

Según la doctrina, cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de bilateral y sinalagmático, en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia, y mediante la fórmula de la compensación, durante los periodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. De los diferentes tipos posibles de swap, el que ahora nos interesa, el llamado swap de intereses, y que viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca Privada (pág. 10) como “aquella operación (léase contrato) por la que las partes acuerdan intercambiarse entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada”. También en estrictos términos de ciencia económica, el Dictionary of Banking Terms americano lo define como “un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable”.

No obstante, la sentencia de instancia considera que “hasta cierto punto, el contrato es unilateral y no bilateral, en tanto que genera obligaciones principales —la de pagar el saldo deudor resultante— sólo a cargo de una de las partes, aunque dicha parte pueda no ser siempre la misma. Si ello es así, no es un contrato de tracto sucesivo en el sentido de que genere obligaciones recíprocas periódicas a cargo de ambos contratantes”.

Sin embargo, no se deben confundir las obligaciones (recíprocas), que nacen del contrato, con sus formas de extinción (en este caso, compensación automática y pago del saldo resultante a cargo de una de las partes). La forma de realización de los pagos sucesivos en cumplimiento del contrato aplicando la mencionada fórmula de compensación (generando un cargo sólo a una de las partes) no implica que el contrato deje de ser bilateral, pues lo que se genera son obligaciones recíprocas de pago a cargo de ambas partes en cada liquidación y, por tanto, mediante un tracto sucesivo».

O sea, según la mayoría de las Audiencias Provinciales, el carácter sinalagmático del swap ha sido una de las notas o características integrantes de este instrumento financiero aunque, como hemos podido comprobar, la tesis propuesta por la Audiencia Provincial de Barcelona ha sido la que ha triunfado en estas dos sentencias del Tribunal Supremo —Jurisprudencia—, lo cual, sin duda, será objeto de una mayor reticencia en su contratación al concedérsele la calificación de crédito concursal ordinario y no crédito contra la masa. Ello unido a la consabida problemática existente en la contratación de los mismos, en cuanto a los posibles vicios del consentimiento (dolo, error) que se han venido estimando por numerosas resoluciones judiciales, hacen que podamos asistir, sin duda, a un gran decaimiento de este instrumento financiero que fuera tan utilizado en determinados sectores de nuestro tráfico jurídico y económico.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL SWAP. SU CARÁCTER SINALAGMÁTICO

ALONSO SOTO⁵ caracterizaba al swap de la siguiente forma: a) es un contrato único. No son varios contratos ligados entre sí, sino un solo contrato que ge-

⁵ Vid. ALONSO SOTO, «La permuta financiera (swap)», en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, pág. 43.

nera diversas relaciones obligatorias; *b*) es un contrato atípico, no regulado en nuestro Derecho, aunque se haga una mención al mismo algunas normas; *c*) es un contrato consensual, que se perfecciona por mero acuerdo de voluntades, no precisando forma escrita, aunque a efectos de su reclamación judicial puede resultar más ventajosa esta última si se incorpora además a un documento público; *d*) es un contrato bilateral, generador de obligaciones recíprocas para las dos partes; *e*) es un contrato sinalagmático, en el que existe una causa recíproca o más bien una interdependencia entre las prestaciones de las dos partes de modo que cada prestación actúa como contravalor de la otra, resultando de aplicación la *exceptio non adimpleti contractus*; *f*) es un contrato de naturaleza continuada que no se agota en la realización de una sola prestación, sino que abarca sucesivas prestaciones que se van materializando a través del tiempo de vigencia del contrato; *g*) es un contrato en el que se intercambian obligaciones legales suscritas. Es decir, se permutan los medios de pago y no los pagos en sí; *h*) es un contrato en el que las partes actúan en una posición de igualdad, estableciéndose un auténtico equilibrio de las prestaciones, por lo que no serán de aplicación las normas que establecen una especial protección para la parte más débil de la relación contractual.

La acuñación de la distinción entre sinalagma genético y funcional se la debemos a la doctrina alemana del siglo XIX y más concretamente a BECHMANN⁶.

El profesor Díez-PICAZO⁷ razona que: «La idea del “sinalagma genético” significa que en la génesis de la relación obligatoria cada deber de prestación constituye para la otra parte la razón de ser o la causa por la que queda obligada a realizar o ejecutar su propia prestación. Por ello, un regular desenvolvimiento de la relación obligatoria sinalagmática exige la existencia de ambas obligaciones. La inexistencia o la subsiguiente desaparición de uno de los deberes de prestación lleva aparejada la consecuencia de que el otro, aislado, carezca por completo de sentido y de razón de ser. En esta idea tiene su fundamento el fenómeno de la resolución por imposibilidad sobrevenida, que más adelante estudiaremos con mayor detenimiento.

El “sinalagma funcional” significa que ambos deberes de prestación, funcionalmente enlazados, deben “cumplirse” simultáneamente. La regla de la ejecución simultánea de las prestaciones recíprocas aparece así como una consecuencia inmediata de su interdependencia funcional. Es la idea que preside los artículos 1466 y 1500 en relación con el contrato de compraventa y que es aplicable a todas las relaciones sinalagmáticas.

La regla de la ejecución simultánea de las obligaciones sinalagmáticas encuentra, sin embargo, algunas excepciones. El negocio jurídico constitutivo de la obligación, los usos del tráfico o la naturaleza de las cosas pueden imponer un distanciamiento o una separación de las prestaciones. Por ejemplo: se vende al fiado; el comprador hace previa entrega del precio; se ejecuta una obra o se realiza un trabajo que se cobrará más adelante. Cuando las prestaciones se distancian temporalmente, el que cumple primero concede crédito. La interdependencia o reciprocidad entre las obligaciones continúa en tales casos existiendo, en la medida en que cada una de ellas es la razón de ser de la prestación y de la obligación recíproca».

⁶ BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen Recht*. I, Erlangen, 1876 (reimpresión. Darmstadt, 1965), pág. 540 y sigs.

⁷ Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II. *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, págs. 432 y 433.

Así puede sostenerse que el sinalagma genético hace referencia a la reciprocidad e interdependencia entre las obligaciones, y el sinalagma funcional está ligado a las propias prestaciones.

Como apreciase FERNÁNDEZ URZAINQUI⁸, pese a que dichos conceptos de sinalagma genético y funcional han sido admitidos pacíficamente en nuestra doctrina y jurisprudencia, han existido autores⁹ los que han puesto en tela de juicio el propio concepto del sinalagma funcional, generalmente atendiendo a que el juego del mismo vendría desempeñado por lo que DE CASTRO¹⁰ entendió como la continuada influencia de la causa, cuando razonaba con acierto que: «La causa es citada en el Código Civil como requisito para la existencia del contrato (art. 1261). De ahí el perjuicio de que la función de la causa acaba en el momento mismo de haber dado nacimiento al negocio jurídico. Esta limitación del significado de la causa resulta inadecuada para las relaciones jurídicas de larga e indeterminada duración, como lo muestran las figuras de la condición y del modo. La ley misma ha previsto casos en que la finalidad perseguida por las partes se vea frustrada para considerar extinguida la relación; lo que ha permitido que la doctrina ligue la figura de la causa con lo dispuesto sobre resolución del contrato por incumplimiento (art. 1124) y sobre la imposibilidad del cumplimiento (arts. 1182 y 1186)».

Si bien observamos que la caracterización del *swap* que realiza la Jurisprudencia es la de un contrato aleatorio, no es menos cierto que su configuración como conmutativo o aleatorio, no ha sido una cuestión pacífica en nuestra doctrina.

CANLE¹¹ se refiere así al problema: «e) Se trata de un contrato oneroso, pues las partes no intervienen en el mismo con ánimo de liberalidad, sino que con su formalización pretenden la obtención de alguna ventaja de carácter económico. Dentro del género constituido por los contratos onerosos, cabría plantearse si el *swap* es un contrato de carácter conmutativo o aleatorio.

En vía de principio, a favor de su consideración como contrato aleatorio se muestra la incertidumbre que el contrato implica una vez que el mismo ha sido formalizado. En efecto, el concreto importe de las obligaciones periódicas asumidas por las partes dependerá de la evolución del activo subyacente a que las mismas hayan sido objeto de indexación (en nuestro caso tipos de interés de referencia). No obstante, sin negar la existencia de factores aleatorios en su operatividad práctica, hemos de concluir con la doctrina mayoritaria que nos encontramos ante un contrato conmutativo, por cuanto que las aleas no es predicable del negocio en su conjunto, tal y como exige el Código Civil (art. 1790), sino únicamente del concreto importe de las prestaciones que periódica y recíprocamente cada una de las partes ha de satisfacer a la obra, sin perjuicio de la existencia de un pacto de compensación contractual entre ambas obligaciones.

⁸ FERNÁNDEZ URZAINQUI, «La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 639, marzo-abril de 1997, pág. 407.

⁹ ALONSO PÉREZ, *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967, págs. 31-32; VATTIER FUENZALIDA, «Obligaciones bilaterales», en *Nueva enciclopedia jurídica*, t. XXV, Barcelona, 1986, págs. 35 y 36.

¹⁰ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 313.

¹¹ Vid., *op. cit.*

Vid., sobre el carácter conmutativo o aleatorio del *swap*: VEGA, *El contrato de permuta financiera (swap)*, Aranzadi, 2002, págs. 76 y 77; DÍAZ RUIZ, «El contrato de *swap*», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 36, págs. 442-748.

En efecto, las obligaciones asumidas por las partes en el momento de su formalización suelen ser económicamente equivalentes; no obstante, como consecuencia de la incertidumbre existente sobre el resultado económico de su formalización para cada una de ellas por efecto de la imprevisible evolución de los tipos de interés en los mercados, es probable que el resultado de su contratación, alcanzado el vencimiento inicialmente pactado o al tiempo en que haya de practicarse cada liquidación del contrato, dé lugar a que una de las partes contratantes soporte obligaciones de pago mayores que su contraparte, compensándose éstas, de ordinario, con la reducción del coste financiero a tipo variable soportado por dicho contratante, conforme a la finalidad de cobertura del riesgo de tipo de interés antes referida».

En realidad la cuestión a raíz de lo dispuesto en el artículo 1790 del Código, lejos de mostrarse como sencilla, puede ser objeto de la correspondiente polémica. De hecho, PUIG BRUTAU¹² manifestaba que no hay contrato aleatorio cuando las partes cumplen sus obligaciones respectivas de la manera precisamente determinada al celebrar el contrato, aunque ignoren el alcance económico con que definitivamente lo adquirido quedará incorporado a su patrimonio, mientras que en el contrato que propiamente tiene tal carácter, lo aleatorio se manifiesta en el desarrollo normal y ulterior del derecho adquirido. La incertidumbre afecta a la propia exigibilidad de la prestación o a su cuantía, ante la indeterminación inicial.

GITRAMA GONZÁLEZ¹³ conceptualiza gráficamente al contrato aleatorio al decir que «el alea parece convertirse en causa del contrato aleatorio y no consiste sino en el hecho de que al tiempo de la celebración del contrato es incierto para cada una de las partes si la reportará una pérdida o una ventaja que sea proporcionada al sacrificio patrimonial a soportar (...) El artículo 1790 más que definir describe cómo la efectividad del contrato aleatorio dependerá, bien de que se realice un acontecimiento incierto, como ocurre, por ejemplo, en el seguro de accidentes, en el juego y en la apuesta; bien de que aún siendo de realización cierta el evento previsto, se ignore cuándo ocurrirá, como acontece, por ejemplo, en el seguro sobre la vida para caso de muerte».

Lo anterior incide también, en nuestra opinión, en que es difícil caracterizar al *swap* como un auténtico contrato aleatorio, siendo más bien un contrato conmutativo donde existe aleatoriedad en cuanto a la determinación concreta de la prestación.

No obstante y pese a la polémica sobre la caracterización del *swap* como contrato aleatorio efectuada por la Jurisprudencia, como hemos apuntado, la misma entiende la existencia de un auténtico alea, en el sentido de que en el mismo confluirían las notas típicas del contrato aleatorio, como son: la indeterminación inicial del resultado, la dependencia definitiva del mismo de las circunstancias aleatorias que lo configuran y la asunción del riesgo intrínseco al mismo por los intervinientes del contrato, lo que hace que el análisis del carácter bilateral del contrato y por lo tanto su sinalagma resulte necesario a la hora de poder dar respuesta a la falta que del sinalagma funcional han realizado las sentencias referidas, incluso aunque se mantuviera la caracterización del contrato de *swap* como de un contrato aleatorio en su totalidad, como según tendremos oportunidad de apreciar a continuación.

¹² PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, 1956, pág. 290.

¹³ GITRAMA GONZÁLEZ, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, págs. 1714 y 1715.

En este sentido, cabe recordar que el artículo 1790 del Código Civil prevé expresamente lo siguiente: «*Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado*».

Pues bien, como afirma GILARTE ZAPATERO, «Aparece discutido en la doctrina si la bilateralidad del riesgo resulta o no consustancial con el concepto de contrato aleatorio. Así, limitada la cuestión a nuestro Derecho, se sostiene en un sentido que, para poder apreciar la existencia de contrato aleatorio es preciso, en todo caso, que la probabilidad de obtener la ventaja o de sufrir la pérdida debe ser común y recíproca para las partes, estimando, en suma, que aquél es siempre oneroso, bilateral y recíproco. En sentido contrario se afirma, de conformidad con el propio precepto comentado, que los contratos aleatorios pueden ser también unilaterales y gratuitos. El tema muy controvertido, sobre todo ante la realidad de contratos en los que la reciprocidad del riesgo en los términos señalados no aparece clara (préstamo a la gruesa, asistencia marítima, mandatos aleatorios, renta vitalicia gratuita, contratos aleatorios colectivos, etc.), excede del interés práctico de estos comentarios, pero, a mi juicio, debe entenderse que, aun existiendo el riesgo de pérdida para una sola de las partes, el contrato debe ser calificado de aleatorio siempre que la medida definitiva del beneficio de la otra se corresponda con el perjuicio de la primera y dependa de un acontecimiento incierto. En la renta vitalicia gratuita, ciertamente, el pensionista nada puede perder, pero su efectiva ganancia, su cuantía total, aparece en relación con la mayor o menor duración de la vida contemplada. Igualmente, el perjuicio económico definitivo del obligado a pagar la renta depende de tal circunstancia».

Por su parte, GITRAMA GONZÁLEZ, en relación con la bilateralidad o unilateralidad del contrato aleatorio, se pronunciaba de la siguiente forma¹⁴: «¿Aleatoriedad unilateral? La máxima pureza de los contratos aleatorios se da cuando se concluyen entre dos particulares en que las probabilidades de ganancias y pérdidas son necesariamente recíprocas. Uno de ellos ganará y otro perderá; por ejemplo, juego y apuesta entre dos personas individuales, renta vitalicia constituida por un particular, etc. Más si el juego lo realiza este particular en la Lotería Nacional, la Apuesta en el Patronato de Mutuas Deportivas Benéficas, la renta vitalicia se contrata con el Banco Vitalicio de España o el Seguro con una poderosa Compañía Aseguradora... entonces la entidad con la que el particular contrata en realidad no corre riesgo alguno ni soporta ningún alea. Paga los premios, las rentas, las indemnizaciones llegado el caso, con el capital que ha ido formando con la venta de billetes o boletos, con los bienes o las primas que han ido recibiendo el Banco o la Aseguradora y todo mediante detenidos estudios hechos con el cálculo de probabilidades sobre datos estadísticos para fijar cuanto el particular debe desembolsar o ir desembolsando con vistas a ese evento incierto, lo que hace que solo el particular que paga, ocurra lo que ocurra, es el que de verdad corre el alea. Por lo que no es aventurado decir que bajo la capa genérica de los contratos aleatorios del artículo 1790, haya algunos que solamente resultan aleatorios para alguna de las partes. Podría parecer de lo dicho que, sobre todo el seguro, excluye el riesgo para la aseguradora, pues que se funda, independiente del contrato con cada particular, en aquellas reglas matemáticas extrañas a las calificaciones jurídicas que permiten a la Compañía, como si hubiere una mutualidad entre

¹⁴ GITRAMA GONZÁLEZ, vid., *op. cit.*, págs. 1715 y 1716.

todos los aseguradores, pagar las indemnizaciones a aquellos que sean alcanzados por el siniestro, pero el cálculo de probabilidades y el reaseguro hace cuantificar el importe de las primas de modo que la Aseguradora, aun cumpliendo todos sus deberes de indemnizar; siempre obtendrá beneficios; para ella, en conjunto, no hay riesgo alguno sino siempre ganancias. Por manera análoga también, por ejemplo, en el juego puede lograrse la reducción del riesgo, como prueba en que en los Casinos de Juego, que se someten a criterios de cobertura similares a los utilizados por los aseguradores, se reducen los riesgos de pérdidas hasta que estos dejan prácticamente de existir (VÁZQUEZ BOTE, *RCDI*, 1969, pág. 356). Sólo si se examina cada contrato de seguro o juego en tales casos, aisladamente, cabe percibir el riesgo *uti singuli*; el que para una de las partes, la más poderosa, no se aprecia en el conjunto. Todo esto enlaza con la debida cuestión de si cabe la aleatoriedad unilateral. Bástenos decir aquí que la Compañía de Seguros que contrata con un particular un seguro de vida, tiene en cuenta la edad de éste, estado de salud, la duración media de la vida humana a resultados de las estadísticas... de modo que el conjunto de sus operaciones la produce un beneficio calculable de antemano casi exactamente. Pero examinando *uti singuli* cada contrato, el alea es bilateral. La mayor o menor duración de la vida contemplada determinará, en cada caso particular, la producción de ganancias o pérdidas para cada una de las partes».

Como sabemos, es propio de las obligaciones bilaterales, el régimen de la mora establecido en el artículo 1100 del Código Civil, la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, la facultad resolutoria del artículo 1124 del Código Civil, el régimen del reparto de riesgos por pérdida de la cosa debida o imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Concretamente y conectado con el sinalagma funcional, RODRÍGUEZ-ROSADO¹⁵ especifica que: «Por sinalagma funcional, en cambio, se entiende el hecho de que la prestación de cada parte depende, en su ejecución, del recíproco cumplimiento de la otra. Manifestaciones de ese sinalagma funcional serían, típicamente, la excepción concedida a la contraparte en caso de falta de cumplimiento de la contraprestación (la llamada *exceptio non adimpleti contractus*, y la con ella relacionada *exceptio non rite adimpleti contractus*), el hecho de que la imposibilidad sobrevenida fortuita de cumplir para una parte determine el perecimiento de la obligación de la otra y la institución de la resolución de los contratos por incumplimiento».

Asimismo, RODRÍGUEZ-ROSADO¹⁶ y en sede específica del análisis sinalagmático funcional, propio de los contratos aleatorios, razona acertadamente que: «Otra categoría contractual en torno a la cual se ha discutido la aplicación del remedio resolutorio, a mi juicio con escasos motivos, es la de los contratos aleatorios. Es claro que en ellos la reciprocidad no se da entre las prestaciones que hayan de realizar las partes, pues es incluso posible que el alea determine que una de ellas no tenga que realizar ninguna. Pero ello no obsta a la existencia de reciprocidad en las obligaciones asumidas por cada una como eventualmente posibles, por más que dependientes de un caso fortuito. En consecuencia, siempre y cuando esa reciprocidad exista, es decir, siempre que el contrato no se configure como unilateral y gratuito, nada impide a la parte que sufre un efectivo incumplimiento optar por la resolución contractual. Así lo prevén explícitamente, respecto de dos contratos de carácter aleatorio, el artículo 15 de la Ley de contrato de seguro,

¹⁵ RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, 2013, págs. 11 y 12.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 163.

y el artículo 1795 del Código Civil, referido al contrato de alimentos. El artículo 1805 del Código, que niega al perceptor de una renta vitalicia la posibilidad de ejercer la resolución por impago de las pensiones vencidas, ha de ser tenido como norma excepcional, de carácter dispositivo, aplicable sólo a este supuesto —y no al inverso de incumplimiento de la obligación del rentista de transferir un capital en bienes muebles o inmuebles— y no susceptible de aplicación analógica».

Pues bien, en nuestra opinión, la bilateralidad del contrato de *swap* no puede ser negada por el carácter aleatorio que del mismo predica la Jurisprudencia (pese a la crítica a dicha calificación de contrario aleatorio en su globalidad puede realizarse, según nos hemos referido con anterioridad).

Como hemos podido ver en la Jurisprudencia, en el *swap*, el *alea* se verifica cuando se produce el evento previsto, es decir, el tipo aplicable a la fecha convenida de cada liquidación periódica, pero la bilateralidad del *alea* implica que una de las partes contractuales del *swap* sea la que efectivamente pierda o gane en el instrumento financiero particular contratado. Ambas partes se han obligado recíprocamente en la génesis obligacional, con apreciación de sinalagma genético en el *swap* concreto, con completa interrelación entre las correspondientes liquidaciones periódicas del instrumento financiero particular, ya que tanto el particular como la entidad financiera se obligan al pago convenido cuando acontezca el evento aleatorio y la razón de ser o causa de la obligación de la entidad financiera es la propia del particular e igualmente de forma recíproca.

¿Pero, incluso conforme a su naturaleza aleatoria, acreditada la bilateralidad genética del *swap*, se puede compartir la inexistencia de bilateralidad funcional del *swap* tal y como hace el Tribunal Supremo? A nuestro juicio no, la posibilidad de que sólo puedan existir prestaciones a cargo de una de las partes es nota intrínseca a la aleatoriedad de este particular instrumento financiero, es decir, es el evento fortuito acordado el que otorga la bilateralidad propia al *swap*. Dicha bilateralidad otorgaría, por ejemplo, el remedio resolutorio al contratante cumplidor frente al contratante incumplidor, así como la posibilidad de alegar la *exceptio non adimpleti contractus*. Ello sucede, por ejemplo, en contratos aleatorios típicos como el contrato de seguro (art. 15 de la Ley del Contrato de Seguro) y el contrato de vitalicio (art. 1795 del CC), sin que la nota del *alea*, impida su configuración como sinalagmáticos funcionales, por otro lado sancionada legalmente.

La configuración del *alea* en el *swap*, puede implicar, efectivamente que una de las partes no tenga que realizar prestación en un determinado momento temporal, o incluso, durante la totalidad de la duración de este instrumento financiero particular (como por ejemplo, en el contrato de seguro donde durante la vigencia de la póliza no se produce el siniestro objeto de cobertura), pero ello, no puede suponer que no exista una bilateralidad funcional, ya que es el evento fortuito querido y asumido por las partes el que origina aleatoriamente el cargo de la prestación debida, recíprocamente asumida.

Por otro lado, y como hemos expuesto, el hecho de que las sentencias de casación no aclaren la afirmación de la sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de febrero de 2011, consistente en que no puede hablarse de prestaciones recíprocas pendiente de cumplimiento para ambas partes, puesto que en definitiva sólo tras la correspondiente operación de liquidación puede conocerse si existe obligación de pago o no para una de las partes, no añade claridad al tratamiento del problema. ¿Pero esto quiere decir que el *swap* no goza de bilateralidad funcional por ello? De nuevo, nuestra opinión no es coincidente con la expresada en estas sentencias de casación y la motivación que hacen suya de la sentencia de apelación, si realmente quisieron decir eso.

En primer lugar, la respuesta a este interrogante está también especialmente conectada con la ofrecida a la bilateralidad funcional del contrato aleatorio típico, consideración que merece el *swap* a juicio de esta Jurisprudencia. Esto es, será el *alea* asumido específicamente por ambas partes del instrumento financiero (evolución del tipo de interés como evento fortuito determinante del pago correspondiente) el que determine específicamente la prestación debida por la parte contractual correspondiente y durante la ejecución del *swap*, de ahí que se haya de deducir que el cumplimiento de la obligación a cargo de una de las partes depende de la otra. De no ser así, ¿se podría entender que ante una posición alcista del tipo de interés ante la que se ha cubierto el contratante del *swap* pagase la liquidación correspondiente la entidad financiera, si previamente su contraparte no ha pagado la liquidación que le hubiera supuesto el pago ante una bajada del tipo de interés? Evidentemente, no. El desarrollo de la ejecución y el cumplimiento de las prestaciones debidas están así íntimamente conectadas y si el particular contratante cumple, ha de serlo, porque la entidad financiera también ha cumplido en su caso, si efectivamente el *alea* asumido lo ha querido así para ambos casos.

Por otro lado (aunque cueste su entendimiento según la literalidad del razonamiento de las sentencias de casación y su referencia a las correspondientes de apelación) el hecho de que no exista simultáneo cumplimiento en un *swap*, en función del lógico desenvolvimiento de las prestaciones aleatorias contratadas, ¿podría suponer también la exclusión de la bilateralidad funcional del *swap*? Pues, a nuestro juicio, tampoco. El cumplimiento simultáneo de prestaciones no puede configurarse como nota de la que haga depender la bilateralidad o sinalagma funcional de las correspondientes relaciones obligatorias, aunque no es menos cierto que ello hace que goce esta obligación bilateral de no simultáneo cumplimiento de unas características propias.

Como razona FERNÁNDEZ URZAINQUI¹⁷, «La simultaneidad en la ejecución de las prestaciones, con ser, sin embargo, un efecto normal o natural de las obligaciones bilaterales, no constituye una exigencia consustancial a su naturaleza, siendo susceptible de derogación por disposición legal o convencional, así como de exclusión por los usos del tráfico o la propia naturaleza de la relación obligacional, que en determinados casos pueden imponer el cumplimiento anticipado de una de las prestaciones sin quiebra de reciprocidad. Tal sucederá en la compraventa con precio aplazado o en el arrendamiento —de cosas, de obra o de servicios— en que se realiza anticipadamente la prestación del arrendador o la del arrendatario.

En estos supuestos de cumplimiento anticipado de una de las partes, la excepción de incumplimiento contractual y la especial regulación de la mora en las obligaciones recíprocas, sin llegar a quedar por completo anuladas, ven limitado su ámbito de aplicación en cuanto el obligado al cumplimiento previo no puede oponer con éxito la excepción a la prestación del reclamante ni puede, con la sola ejecución de su prestación, constituir en mora al otro obligado o, por la pendencia de la aplazada, tener por compensada la mora en que eventualmente hubiera llegado a incurrir.

En definitiva, tanto la excepción de incumplimiento contractual como el específico régimen de constitución en mora descansan sobre el presupuesto de la coetaneidad en la ejecución de las prestaciones correlativas, sin el cual sólo parcial y limitadamente despliegan sus efectos».

¹⁷ Vid., *op. cit.*, págs. 410 y 411.

También, con carácter general y para la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* (efecto típico del sinalagma funcional), RODRÍGUEZ-ROSADO¹⁸ afirma que: «La excepción de incumplimiento también podrá ser alegada en aquellos contratos en que una de las partes se ha obligado a cumplir primero, pero entonces sólo por la parte a la que se concedió cumplir con posterioridad, y para el caso de que la otra le reclame la prestación sin haber adelantado la suya. En estos casos, la excepción tiene una eficacia más fuerte que en los contratos de cumplimiento simultáneo, pues no bastará al demandante con el ofrecimiento de la prestación coetáneo al cumplimiento al cumplimiento que exige, sino que habrá efectivamente de cumplir su prestación anticipadamente —así sea por consignación, si la otra parte no quiere aceptar su cumplimiento, o llevando a cabo el ofrecimiento sin condicionante alguno cuando ni siquiera la consignación es posible— para que no le pueda ser opuesta la excepción de incumplimiento. Lógicamente, la parte obligada a cumplir primero no contará aquí con la excepción de incumplimiento frente a la pretensión de la otra parte.

Sin embargo, varios Códigos Civiles europeos (321 BGB, arts. 1461 y 429 del Código Civil italiano y portugués, respectivamente) y, siguiendo sus pasos, varias propuestas de Derecho unificado [art. 9:201 de los Principios de Derecho Contractual europeo, art. III.3:401 (2) del *Draft Common Frame of Reference*], admiten la posibilidad de que el contratante que se obligó a cumplir primero pueda emplear la *exceptio non adimpleti contractus* cuando aparezcan circunstancias que le hagan racionalmente temer que la otra parte no realizará su prestación cuando venza. El Código Civil español no recoge ninguna previsión al respecto, pero varios autores han señalado, con razón, que ese beneficio del plazo de que goza una de las partes y que impide a la otra oponer a su pretensión la excepción de incumplimiento, decaerá en virtud del artículo 1129 del Código Civil en varias circunstancias, típicamente cuando el favorecido devenga insolvente o disminuya las garantías dadas. Por medio de esa norma se alcanzará entonces el efecto previsto por las disposiciones extranjeras citadas, pues se permitirá a la parte que debía anticipar su prestación emplear la excepción de incumplimiento para obtener el cumplimiento simultáneo de las prestaciones. Y en los casos no cubiertos por ese precepto, como pueden ser los de declaraciones anticipadas de voluntad de no cumplir, parece claro que la pretensión de cumplimiento podrá ser rechazada por contraria a la buena fe».

En el *swap*, como hemos apuntado, es el *alea* querido por las partes el que determina el momento solutorio al que se han obligado recíprocamente. Pues bien, debido a esa aleatoriedad será una de las partes la que en primer lugar tenga que cumplir con su obligación (en el contrato de seguro, el tomador abona la prima desde el primer momento sin que haya dado lugar la obligación de pago de la indemnización por parte de la aseguradora en ese primer momento de la vida contractual al no haber acaecido el siniestro objeto de cobertura) y si en función de esa aleatoriedad en el futuro es la contraparte la obligada al pago convenido, esta falta de simultaneidad temporal solutoria no puede suponer la inexistencia de bilateralidad funcional en el *swap*. Es decir, la entidad financiera no tendría que abonar (*exceptio*) su pago correspondiente debido en función del *alea*, si previamente y debido a dicho *alea*, su contraparte no hubiera satisfecho el pago pactado (a modo de lo que sucede en el contrato de seguro —aleatorio por excelencia— donde si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro el asegurador quedará liberado de su obligación).

¹⁸ Vid., *op. cit.*, págs. 95 y 96.

III. EPÍLOGO

Recientemente, el carácter sinalagmático del *swap* se ha venido admitiendo como regla general en la corriente de las Audiencias Provinciales citadas y en los autores, aunque con determinadas vacilaciones en cuanto a las particularidades en las que se desenvuelva el instrumento financiero en cuestión.

Sin ambages, CANLE¹⁹ ha afirmado lo siguiente: «Es un contrato bilateral o sinalagmático, pues por su virtud las partes quedan obligadas a efectuar determinados pagos con arreglo a unos parámetros previamente establecidos en el contrato, de suerte tal que existe una interdependencia entre las prestaciones de las partes, de modo que cada una de ellas es causa de la otra. Entendiendo por tales aquellos contratos en los que cada parte está facultada para exigir de la contraparte la prestación debida, como consecuencia del carácter recíproco de las obligaciones contraídas, al constituirse las partes, simultáneamente, en acreedoras y deudoras de sus respectivas obligaciones y créditos. Lejos de constituir una mera disquisición teórica, la consideración del *swap* como un contrato bilateral, generador de obligaciones recíprocas va a tener relevantes efectos jurídicos: en cuanto a la constitución en mora de los obligados, que no se producirá en tanto la contraparte no cumpla o se allane a cumplir la prestación por ella debida [art. 1100 del CC (*LEG* 1889/27)]; en cuanto a la facultad resolutoria contemplada en relación con las obligaciones recíprocas (art. 1124 del CC), y en cuanto a la clasificación de los créditos devengados con posterioridad a la declaración de concurso, como más adelante indicaremos.

Y el carácter recíproco de las prestaciones debidas, en modo alguno desaparece o resulta desvirtuado como consecuencia del establecimiento en el contrato de un acuerdo de compensación contractual, usual en sede de permutas financieras, donde las partes, aun cuando están obligadas recíprocamente a realizarse pagos mutuos, convienen que la liquidación de dichas obligaciones se efectúe mediante un “pago por diferencias”, operando el instituto jurídico de la compensación en el importe concurrente de las obligaciones recíprocamente debidas».

Por su parte, Tásies²⁰ ha razonado que: «Conviene precisar un poco más el concepto. La doctrina sobre la distinción y las diversas clases de bilateralidad de los contratos es una discusión que remonta a tiempos muy antiguos y ha sido objeto de enconados debates entre los tratadistas. El aspecto más destacado del contrato bilateral es el carácter sinalagmático de las obligaciones que se generan, y que es a su vez el determinante de las obligaciones recíprocas propias de este tipo de contrato. En este sentido la doctrina distingue el “sinalagma genético” —es decir de la obligación que condiciona necesariamente la contraprestación del otro (verbigracia, en el contrato de compraventa, la obligación consistente en el “deber de vender” es la génesis o la causa de la obligación del “deber de pagar” de la contraparte)—, del denominado “sinalagma funcional” —implícito en toda obligación recíproca (es decir, en el ejemplo anterior, el “deber de vender” y el “deber de pagar” el precio deben realizarse al mismo tiempo—. Y ambos sinalagmas deben coexistir conjunta y sincrónicamente en las obligaciones recíprocas. Entendida así la estructura fundamental de las obligaciones recíprocas, no encontramos razón suficiente para calificar al contrato marco de operaciones

¹⁹ Vid., *op. cit.*

²⁰ TÁSIES BELETA, «Nuevas consideraciones sobre el *swap* de intereses en sede concursal», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2011.

financieras como un contrato de prestaciones recíprocas, porque se trata, en realidad, de prestaciones independientes de forma que una no determina o configure la otra (sinalagma genético), sin perjuicio de que puedan tener el sinalagma funcional del cumplimiento simultáneo por mor de la compensación contractual que se efectúa a los saldos de cada una de las obligaciones (saldo neto)».

En nuestra opinión, el carácter sinalagmático (genético y funcional) del *swap* no puede negarse en función de los razonamientos efectuados por esta Jurisprudencia, que realizan una especialidad en esta permuta de intereses que en realidad no existe como tal en la propia permuta. Sin duda, la degradación en la calificación del crédito derivado del *swap* en el concurso de acreedores, de crédito contra la masa a crédito ordinario, junto con la meritada problemática existente en la formación de la voluntad del contratante del *swap*, en cuanto a la apreciación o no de vicios del consentimiento en la misma, supondrán a nuestro juicio que las partes interesadas acudan a la práctica de coberturas de riesgos, mediante otro tipo de figuras típicas existentes al efecto. En definitiva, la disminución de la calidad (calificación del crédito concursal) de estos instrumentos financieros supone un claro desincentivo a su contratación con los lógicos efectos a tener en cuenta en la práctica.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ: *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967.
- ALONSO SOTO: «La permuta financiera (*swap*)», en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Editorial Civitas, Madrid, 1990.
- BECHMANN: *Der Kauf nach gemeinen Recht. I*, Erlangen, 1876 (reimpresión. Darmstadt, 1965).
- CANLE: «Concurso de acreedores y *swap* de tipos de interés», en *Anuario de Derecho Concursal*, 2011.
- DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DÍAZ RUIZ: «El contrato de *swap*», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 36.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ ARAOZ: «Garantías financieras y procedimiento concursal: reflexiones en torno a alguna de las cuestiones suscitadas tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Ruiz de Velasco*, coord. por Abel B. VEIGA COPO, 2010.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI: «La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 639, marzo-abril de 1997.
- FIERRO DOMÉCO: «*Close-out netting* de contratos marco de derivados bajo el Real Decreto-ley 5/2005: Los efectos de la modificación al artículo 16.2 introducida por la Disposición Final 8.ª de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago», en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 2010.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ: «Garantías financieras. Las modificaciones introducidas en el Real Decreto-ley 5/2005», en *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, vol. 1, núm. 7 (noviembre), 2011.
- GITRAMA GONZÁLEZ: *Comentarios del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, 1956.

- REDONDO TRIGO: «El pacto marciano, el pacto *ex intervallo* y la fiducia *cum creditore* en las garantías financieras del Real Decreto-ley 5/2005», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 83, núm. 699, 2007.
- REDONDO TRIGO: «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 2011.
- RODRÍGUEZ-ROSADO: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, 2013.
- SAN JUAN Y MUÑOZ: «Sinalagma y concurso de acreedores. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 9 de enero de 2013 sobre el swap y el Real Decreto-ley 5/2005», en *Diario La Ley*, núm. 8057, Sección *Doctrina*, de 8 de abril de 2013, año XXXIV.
- TÁSIES BELETA: «Nuevas consideraciones sobre el swap de intereses en sede concursal», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2011.
- URÍA FERNÁNDEZ: «El régimen concursal aplicable a los acuerdos de compensación contractual», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN: 1698-4188, núm. 12, 2010.
- VATTIER FUENZALIDA: «Obligaciones bilaterales», en *Nueva enciclopedia jurídica*, t. XXV, Barcelona, 1986.
- VEGA, VEGA: *El contrato de permuta financiera (swap)*, Aranzadi, 2002.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de enero de 2013 (*RJ* 2013/1631).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de enero de 2013 (*RJ* 2013/1633).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 13 de octubre de 2010 (*AC* 2010/1778).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 26 octubre de octubre de 2010 (*JUR* 2010/412347).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 20 de enero de 2011 (*AC* 2011/306).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de febrero de 2011 (*JUR* 2011/328443).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 12 de septiembre de 2012 (*AC* 2012/1715).

RESUMEN

DERECHO CONTRACTUAL Y CONCURSAL SWAPS

En las sentencias del Tribunal Supremo, de 8 y 9 de enero de 2013, se niega el carácter sinalagmático del swap de intereses en contra de la genuina concepción de la naturaleza jurídica de este tipo de instrumentos financieros y de la propia esencia bilateral y sinalagmática de los mismos.

ABSTRACT

CONTRACT LAW AND BANKRUPTCY LAW SWAPS

The Supreme Court's rulings of 8 and 9 January 2013 deny the synallagmatic nature of interest rate swaps. These decisions disregard the genuine conception of swaps' legal nature and the very nature of swaps as bilateral synallagmatic financial instruments.