



Roj: SAP BI 613/2012
Id Cendoj: 48020370042012100098
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Bilbao
Sección: 4
Nº de Recurso: 652/2011
Nº de Resolución: 288/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FERNANDO VALDES-SOLIS CECCHINI
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Sekzioa: 4ª/4.

BARROETA ALDAMAR 10-3ªplanta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016665

Fax / Faxes: 94-4016992

N.I.G. / IZO : 48.04.2-09/010230

R.apelac.conc.L2 / E_R.apelac.conc.L2 652/2011

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Jdo. de lo Mercantil nº 2 (Bilbao) / Merkataritzako Ep. zk. 2 (Bilbao)

Autos de Inc. concursal de impugnación de inventario/lista acreedores 878/2009 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A.

Procurador/a/ Prokuradorea:RAFAEL EGUIDAZU BUERBA

Abogado/a / Abokatua: JORGE CARLOS CARAMES PUENTES

Recurrido/a / Errekurritua: ADMON CONCURSAL DE CA DE PAZ SL- Eutimio y CA. DE PAZ S.L.

Procurador/a / Prokuradorea: SIN PROCURADOR Sin Apellido y GERMAN ORS SIMON

Abogado/a/ Abokatua: IGONE ALVAREZ JIMENEZ y CARMELO RENOBALES SCHEIFLER

SENTENCIA Nº 288/2012

ILMOS. SRES.

D. FERNANDO VALDÉS SOLÍS CECCHINI

Dª REYES CASTRESANA GARCÍA

D. JOSÉ ÁNGEL ODRIÓZOLA FERNÁNDEZ

En BILBAO (BIZKAIA), a veinticuatro de abril de dos mil doce.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, los presentes autos de **P. INCIDENTE CONCURSAL Nº 878/09** , procedentes del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao y seguidos entre partes:

Como parte recurrente **BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A.**, representada por el Procurador Sr. Eguidazu Buerba y dirigido por el Letrado Sr. Caramés Puentes.

Como parte apelada que se opone al recurso **CA DE PAZ, S.A.**, representada por el Procurador Sr. Ors Simón y dirigido por el Letrado Sr. C. Renobales Scheifler.

Y como partes que no se oponen/no impugnan **LA ADMÓN. CONCURSAL DE CA DE PAZ, S.L., T.G.S.S., HACIENDA FORAL DE BIZKAIA (Dpto. de Hacienda), AGENCIA ESTATAL TRIBUTARIA Y ADMÓN. GENERAL DEL ESTADO.**

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 15 de marzo de 2010 es del tenor literal siguiente:

"FALLO:1.- DESESTIMAR la demanda formulada por la entidad BANCO SANTANDER SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Eguidazu Buerba, frente a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de Ca de Paz SL; y frente a la propia concursada CA DE PAZ SL, representada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Ors Simón; absolviendo a las demandadas de todas las pretensiones contenidas en la demanda.

2.- ESTIMAR la demanda reconvencional formulada por la entidad CA DE PAZ SL, representada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Ors Simón frente a la entidad BANCO SANTANDER SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Eguidazu Buerba; declarando la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de 10 de julio de 2.003 así como la de la confirmación de las condiciones de las mismas, en la modalidad de permutas financieras de tipos de interés de 26 de julio de 2.007.

3.- No procede fijar crédito alguno a favor de entidad BANCO SANTANDER SA, derivado de los contratos señalados en el anterior punto.

4.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancia, y las comunes, si las hubiere, por mitad".

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el **nº 652/11 de Registro** y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FERNANDO VALDÉS SOLÍS CECCHINI.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se dilucida en los presentes autos la nulidad de un contrato de "swap" suscrito entre el concursado y el BSCH; y se discute la nulidad en el marco de un incidente de impugnación de informe de la administración al amparo de lo dispuesto en los arts. 96 y 192 de la Ley Concursal . La Sentencia de primera instancia estima la demanda reconvencional articulada por el concursado y declara la nulidad del contrato de swap, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración; es contra dicha sentencia que se alza el BSCH.

SEGUNDO.- El primero de los motivos articulados por el recurrente hace referencia a incompetencia de jurisdicción del Juzgado de lo mercantil que ha conocido de la causa, alegando el recurrente que esta materia está reservada al conocimiento de los juzgados del orden civil, no a los de lo mercantil, y solicitando en consecuencia que declaremos la nulidad de la sentencia por tal motivo.

Articulado este motivo en vía de recurso (en primera instancia no se invocó esta excepción) y planteado desde la óptica de su posibilidad de estimación de oficio, el mismo debe ser rechazado. Se ampara la recurrente en múltiples sentencias en que efectivamente por órganos civiles ajenos a lo mercantil se ha conocido de la validez de estos contratos y resuelto sobre la misma, pero deducir de la existencia de estos procedimientos la consecuencia de su atribución exclusiva y excluyente a la jurisdicción civil ordinaria (por contraposición a la mercantil) no es admisible. Dos son las razones para desestimar este motivo: primero el principio de conocimiento universal que se atribuye al juez del concurso sobre todas las materias conexas con el mismo tal y como resulta primordialmente del art. 9 de la LC ; en segundo lugar muchos juzgados de lo mercantil han conocido de causas en que se discutía la validez de estos contratos, causas que han

llegado a las audiencias provinciales donde nunca se ha apreciado la excepción alegada; tal es el caso SAP, de Vitoria, sección 1 del 19 de Octubre del 2011 SAP, Civil sección 1 del 28 de Julio del 2011 de Girona de crédito subordinado lo califica la Sentencia de Valencia, sección 9 del 11 de Julio del 2011 ; la sentencia también de Valencia nº 4372/2011 desestima el recurso frente a sentencia del Juzgado de lo Mercantil en que se analizaba un "swap" y el concursado pedía su nulidad. El Juzgado de lo Mercantil nº 7 Barcelona del 17 de Mayo del 2011 entra a conocer, en procedimiento ordinario, de una demanda de nulidad de un swap y por último la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de sección 15 del 16 de Mayo del 2011. En todos estos supuestos se ha entrado a conocer de la validez de contratos como el que nos ocupa sin cuestionarse nunca la competencia de la jurisdicción mercantil.

TERCERO.- El segundo de los motivos invocado por la recurrente hace referencia la carencia de legitimación de la demandada y concursada para reconvenir, compitiendo tal facultad a la administración concursal por virtud de lo dispuesto en el art. 72 de la LC , sin que la administración concursal lo haya efectuado.

Como señala la sentencia recurrida es esta cuestión que presenta varias vertientes que podrían justificar la legitimación del concursado a estos efectos; pero en el supuesto enjuiciado es relevante el hecho de que la administración concursal haga suya la reconvencción articulada por el concursado subsanando de esta manera cualquier falta de legitimación que inicialmente pudiera concurrir en el concursado. Desde esta óptica el recurso debe ser desestimado.

CUARTO.- El último motivo del recurso parte de la estimación de los anteriores lo que de por sí comporta su no estimación. Pero entrando en el fondo de la cuestión debatida esta Sala se ha pronunciado sobre los contratos de permuta financiera en nuestras sentencias de 20 de diciembre de 2011 y 28 de marzo de 2012 definiéndolo en el siguiente sentido: "aquel contrato en que dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos. En el caso más habitual, una de las partes paga los intereses a un tipo fijo y la otra a un tipo variable, de modo que quien (normalmente el cliente) paga a un tipo variable busca que mediante el instrumento financiero este tipo variable tenga un techo máximo viniendo a convertirlo en lo más parecido a un tipo fijo.?"

"El problema de estos instrumentos financieros es que se opera a futuro, es decir, se juega con la incertidumbre o riesgo de que se produzca un alteración brusca del subyacente que viene a garantizar las operaciones y que, producida la alteración, el cliente se encuentre con que un contrato que inicialmente vendría a cubrirle de oscilaciones de tipos de interés que le perjudicarían en lo futuro se convierta en un coste pues, producida la alteración, es el quien se ve abocado a hacer abonos al banco y no como venía sucediendo en que el banco le viene haciendo abonos cubriendo las oscilaciones de los tipos de interés."

En nuestra Sentencia dictada en el recurso ordinario rollo de Sala 566/2011 venimos a poner el acento en la información que el Banco facilita al cliente sobre el riesgo que asume al contratar un producto como el que nos ocupa; es decir, hacer saber al cliente y que éste comprenda que no está contratando un seguro de tipo de interés en que, mediante el abono de una prima, siempre verá cubierto un determinado tipo de interés de cualquier oscilación que se pueda producir en el mercado. Se trata de un producto que en definitiva viene a establecer un sistema por el que, en base a unos cálculos de futura evolución de los tipos, se decide la cobertura bien al alza bien a la baja de los tipos de interés y que, caso de que la evolución ulterior de los tipos no coincida con la previsión contractual, puede entrañar para el cliente ¿ aquí demandante ¿ pérdidas en la operación de las que deberá rembolsar al Banco.

Esta información la ponemos en relación con la capacidad o conocimientos financieros que el cliente o demandante pueda tener a su alcance pues evidentemente no es lo mismo que estos contratos se concluyan con personas profanas cuyas relaciones con el banco se limitan a meras operaciones de ventanilla de aquellas otras que bien por su actividad profesional bien por su actividad financiera deban ser consideradas más entendidas en la materia.

Valorando en el caso concreto y en relación con las variables que dejamos expuestas nos encontramos con que el banco reconvenido no ha practicado prueba alguna en el sentido de acreditar la información que se facilitó al reconviniendo y los conocimientos financieros de éste en relación con el contrato que nos ocupa. Y esta falta de prueba debe perjudicar al BSCH en el sentido que venimos indicando en nuestras anteriores sentencias ya citadas, por lo que el recurso debe ser íntegramente desestimado.

QUINTO.- Desestimado el recurso procede imponer al recurrente las costas de esta apelación.

SEXTO -. La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

Vistos los artículos citados y los de legal y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander Central Hispano, S.A., contra Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao en incidente concursal nº 878/2009 de que el presente rollo dimana, debemos confirmar e íntegramente confirmamos la sentencia apelada, imponiendo al recurrente las costas del presente recurso.

Transfírase el depósito por el Secretario Judicial del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, **si se acredita interés casacional**. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4704 0000 00 0652 11. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.