

II. CRÉDITO CONCURSAL SUBORDINADO O CRÉDITO MASA

2.1. SWAP. Liquidaciones negativas, son intereses?

STS de 24 de mayo de 2018 (nº 306/2018; rec. 2715/2015)

“2. La impugnación del banco debe ser estimada. No puede afirmarse que el crédito derivado de las liquidaciones de un contrato de swap de intereses, a cargo de la concursada que ha concertado dicho contrato para garantizar su posición económica ante las modificaciones que pueda sufrir el interés variable pactado en un contrato de préstamo o crédito, sea un crédito por intereses al que resulte de aplicación el art. 92.3 de la Ley Concursal.

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

Que la causa del contrato de swap de intereses vinculado a un contrato de préstamo o crédito a interés variable sea la reducción del riesgo de subida o bajada del tipo de interés no significa que las liquidaciones negativas para el prestatario tengan la consideración de intereses y merezcan la calificación de crédito subordinado en el concurso. Ni la suscripción del contrato de swap altera las prestaciones propias del préstamo o del crédito a interés variable, ni la firma del préstamo o crédito supone alteración alguna de las prestaciones del swap.

Aun cuando el motivo por el que se concertó el swap de intereses esté relacionado con la suscripción de otro contrato que obligue al pago de intereses variables, ello no es razón suficiente para considerar que el contrato de swap ha perdido su autonomía y que sus prestaciones deben ser asimiladas a intereses”.

En el mismo sentido STS de 20 de junio de 2018 (nº 372/2018; rec. 2498/2015)

2.2. Indemnización en despido objetivo por falta de preaviso

SAP de Murcia, sección 4, de 13 de septiembre de 2018 (nº 551/2018; rec. 100/2017)

“Tercero.- La indemnización por falta de preaviso en el despido objetivo

1. La AC considera que la indemnización por falta de preaviso en la extinción del contrato laboral por causas objetivas reconocida a Berta y a Agustina como créditos contra la masa no procede por los siguientes motivos: a) no resultar acreditado, a no ser posible determinar cuándo se comunicó el despido a las trabajadoras, y b) su naturaleza no es salarial, sino sancionadora y debe ser considerado crédito subordinado

2. Carecen de rigor ambas alegaciones. Respecto de a) porque olvida que está fijado en sentencia firme, que vincula al juez concursal (art 53LC), que debe limitarse a darle el

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

tratamiento correspondiente, sin que pueda cuestionarse el acierto de lo decidido por otro juzgado. Y en cuanto a b), el que no tenga naturaleza salarial, como dice la sentencia de lo social, es irrelevante, pues al ser una cantidad indemnizatoria por la falta de las formalidades preceptivas que se devenga tras el concurso, dado que la extinción es post-concursal, estamos ante un crédito contra la masa de los previstos en el art 84.2.5 LC”.

2.3. Crédito público europeo. ¿Son aplicables las categorías de clasificación del derecho concursal español?

SAP de Alicante, Civil sección 8 del 28 de noviembre de 2017 (nº 476/2017; rec. 243/2017)

*“El tema de debate que se eleva a este Tribunal no es otro que el relativo a la **clasificación crediticia** que corresponde al **crédito derivado** de la **Decisión de la Comisión Europea declarando de ayudas ilegales e incompatibles con el derecho de competencia los avales concedidos** en su día por el IVF (Instituto Valenciano de Finanzas) al **Elche CF** y **ordenando la recuperación del importe de la ayuda que la propia Comisión cuantifica.***

*4.- **La administración concursal, contra el criterio del acreedor, ha estimado que el crédito de recuperación de la ayuda ilegal es un crédito concursal, y en tanto público, calificable por el art. 91.4 Ley Concursal (LC), atribuyendo en consecuencia la condición de crédito con privilegio general al 50% del importe reclamado -1.844.000 euros-, de concursal ordinario la otra mitad del citado crédito y, a los intereses - computados desde la fecha de la concesión de la ayuda y sólo hasta la fecha de declaración del concurso-, de crédito subordinado - art 59 -.***

La Sentencia de instancia ha valorado positivamente la posición del IVF y llega a la conclusión de que el crédito en cuestión -como propone la entidad acreedora- es un crédito -comprendidos los intereses- contra la masa del art. 84.2.10º LC - créditos que resulten de obligaciones nacidas de la Ley-, esencialmente porque en la ley, en el art. 108 del Tratado y atendida la propia naturaleza de la resolución dictada por la Comisión, una Decisión que es instrumento propio del derecho derivado, se encuentra el origen de la obligación de restituir la ayuda estatal ilegal cuya concreción, tras el procedimiento legal, corresponde a la Comisión; crédito contra la masa, dice la Sentencia, que se extiende al total del importe fijado por la Decisión, incluidos los intereses en atención a la naturaleza reparatoria de la libre competencia a los que se refiere además el art. 16.2 del Reglamento 2015/1589 .

*En efecto, **no aceptamos** que se califique el crédito nacido de la decisión de la Comisión europea con la calificación de crédito contra la masa nacido de obligación nacida de la ley del art. 84.2.10º LC por dos razones, una de orden sustantiva y otra de componente temporal.*

La razón sustantiva se sustenta en que, como es el caso, la Decisión de la Comisión nace a partir de la incoación de un procedimiento aplicable a las ayudas ilegales y al que hace referencia el Capítulo III del Reglamento 2015/1589 (Capítulo III del

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

*Reglamento 659/1999, vigente al tiempo de la incoación del procedimiento por la Comisión) y aunque formalmente constituye parte de derecho derivado de la UE - art 288 TFUE -, es lo cierto que **no pertenece a la categoría de las decisiones legislativas** (como son las adoptadas conjuntamente por el Parlamento y el Consejo, el Parlamento con la participación del Consejo o el Consejo con la participación del Parlamento - art 290 TFUE -) sino de las decisiones no legislativas que, recordaremos, pueden adoptar tanto el Consejo Europeo como la Comisión. Decisiones que no son, por ello, equiparables a una Ley tanto más cuando, siendo designados destinatarios concretos, es solo obligatoria para éstos, careciendo en suma del carácter general propio de las leyes.*

Por visualizarlo desde la perspectiva del derecho español, difícilmente el crédito que nace de una Decisión no legislativa es análoga con los típicos créditos contra la masa que, como créditos nacidos de la ley, ha considerado incluibles en el precepto invocado por la jurisprudencia, ad exemplum , la obligación del empleador de retener el IRPF de la nómina de su trabajador que debe hacer en cumplimiento de un deber legal de naturaleza tributaria.

*Y hay además una razón o componente **temporal** que abunda el razonamiento contrario a la calificación de la Sentencia de instancia y que nace del propio tenor del art. 84.2.10º LC que exige no solo que la obligación, para ser crédito contra la masa, nazca de la ley, sino también que su origen sea posterior a la declaración del concurso. Y esta condición temporal no concurre en el caso pues al declararse la incompatibilidad con el mercado interior de la ayuda y en consecuencia, su ilegalidad por infracción del art 108.3 TFUE , se produce como efecto derivado de tal declaración el del obligado reestablecimiento de la situación anterior mediante la restitución íntegra de la ayuda (en tanto consecuencia lógica de su ilegalidad, dice la STJUE C-183/91), intereses incluidos, lo que a la postre hace que la Decisión contenga un pronunciamiento sobre la consecuencia derivada de un acto ilegal cometido en la fecha en que tuvo lugar la ayuda, fecha a la cual ha de retrotraerse la consecuencia económica de tal acto con lo que **la fecha determinante del crédito no es la de su reconocimiento por la Decisión, que no es constitutiva sino declarativa, sino la fecha en que se realizaron los actos ahora calificados de ayuda ilegal**, indiscutiblemente en el caso, mucho antes de la declaración concursal del beneficiario de la ayuda pública”.*

Dice el Tribunal que la calificación de la AC es formalmente correcta, si bien:

el objetivo de la recuperación consiste en restablecer la situación que existía en el mercado antes de la concesión de la ayuda (asunto C-75/97) pues como dice el citado Tribunal en el asunto C-348/93 (...) Y es tan imperativo el reestablecimiento de la competencia que si no es posible la recuperación, entiende la justicia europea que debería procederse a la liquidación de la beneficiaria - STGUE de 21 de octubre de 2014, asunto T-268/13 -.

*Con tales apreciaciones, y dada la situación concursal de la beneficiaria de la ayuda, resulta preciso adoptar las decisiones que garanticen, en base a lo expuesto en relación a la efectividad del derecho europeo antes señalado, el cumplimiento de la recuperación lo que requiere, entiende el Tribunal, **no de una calificación del crédito conforme a la legislación concursal sino de definición de su naturaleza para, con ella,***

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

integrarlo en el proceso concursal del modo más eficaz posible para la consecución del resultado requerido por la Comisión de recuperación inmediata y efectiva de la ayuda ilegal.

*Partiendo de que el crédito nace de la Decisión de la Comisión, la conclusión que alcanzamos es que debemos excluir la calificación del crédito conforme a las categorías propias del proceso concursal español dado que estamos ante un **crédito autónomo, con origen en el derecho europeo, inderogable por el derecho nacional,** tanto en lo que constituye su objeto como sus condiciones principales y por consiguiente, **en lo que hace a su eficacia, crédito que por sus características resulta ser plenamente eficaz contra la masa y, en consecuencia, ejecutable al margen de los criterios de prelación y pago establecidos en la legislación concursal, crédito que por estar vencido ha de ser satisfecho de manera inmediata y sin demora**”.*