



Roj: **ATS 1818/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1818A**

Id Cendoj: **28079110012019200854**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2019**

Nº de Recurso: **2271/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Fecha del auto: 20/02/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2271/2016

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 15 DE BARCELONA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: AGS-SGG/rf

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2271/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Eduardo Baena Ruiz

En Madrid, a 20 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La representación procesal de Delforca 2008 S.A. y de Mobiliaria Monesa S.A. presentó escrito de interposición de recurso de casación e infracción procesal, contra la sentencia dictada, con fecha de 19 de abril de 2016, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), en el rollo de apelación n.º 756/2015-2.ª, dimanante de los autos de incidente concursal n.º 55/2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona.

SEGUNDO.- Mediante diligencia de ordenación de 9 de junio de 2016 se acordó la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes ante por término de treinta días.

TERCERO.- Formado el rollo de sala, la procuradora doña Mercedes Caro Bonilla, en nombre y representación de Delforca 2008 S.A. y de Mobiliaria Monesa S.A., presentó escrito, personándose en concepto de parte recurrente. Asimismo, el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación del Banco Santander S.A., presentó escrito, personándose en concepto de parte recurrida. Y el procurador don Vicente Ruigómez Muriedas, en nombre y representación de la administración concursal de Delforca 2008 S.A., presentó escrito, personándose en concepto de parte recurrida. Posteriormente, la procuradora Sra. Caro Bonilla fue sustituida por el procurador D. Pedro Miguel Arrillaga Pisón, en la representación de Delforca 2008 S.A.U.

CUARTO.- Por providencia de 20 de junio de 2018 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas.

QUINTO.- Mediante escrito de fecha 9 de julio de 2018 la representación procesal de la parte recurrente interesó la admisión del recurso.

La parte recurrida Banco Santander presentó escrito de alegaciones en fecha 9 de julio de 2018 en el que se mostraba favorable a la inadmisión de los recursos formulados.

SEXTO.- La parte recurrente ha efectuado los depósitos para recurrir exigidos por la Disposición Adicional 15.ª de la LOPJ .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los presentes recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación se han interpuesto contra una sentencia dictada en la segunda instancia de un procedimiento de incidente concursal, tramitado por razón de la materia, por lo que su acceso a la casación es la del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC , por razón de interés casacional.

SEGUNDO.- La representación procesal de Delforca 2008 S.A. y de Mobiliaria Monesa S.A. ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, e indica, en cuanto a la modalidad, que formula recurso de casación por la vía del art. 477.2.3.º LEC .

Más en concreto, la recurrente interpone el recurso de casación, articulándolo en dos motivos.

El motivo primero se funda en la infracción del art. 17 del Reglamento de la Corte Española de **Arbitraje** y del art. 27 de la Ley de **Arbitraje** , en relación con el art. 52.2 LC , y de la doctrina de la sala, con cita de las SSTs de 12 de noviembre de 1992 y 19 de junio de 2002 (sic).

A lo largo del desarrollo del motivo se aduce que existe una etapa prearbitral, que ha sido reconocida por el CSC y que el secretario general de la Corte Española de **Arbitraje**, en su diligencia preliminar de fecha 3 de marzo de 2008 diferenció sendas etapas, prearbitral y arbitral, y fijó como momento en el que debe entenderse iniciado el **arbitraje**, el del ingreso de las provisiones de fondos de las partes, una vez constituido el Tribunal Arbitral. A este respecto, el recurso se remite al documento n.º 2 del escrito presentado por tal representación en fecha de 17 de diciembre de 2012. Seguidamente alega que la sentencia recurrida no interpreta debidamente el Reglamento de la Corte Española de **Arbitraje**. Asimismo aduce contradicción de la sentencia recurrida con la SAP de las Islas Baleares (sección 5.ª) de 23 de febrero de 2011 y el AAP de Barcelona (sección 4.ª) de 1 de diciembre de 2011 .

El motivo segundo se funda en la infracción del art. 87.3 LC , en relación con el art. 1535 CC , y de la doctrina de la sala, con cita de las SSTs de 28 de febrero de 2006 y 8 de septiembre de 1998 . En síntesis sostiene que, de acuerdo al art. 1535 CC , el crédito litigioso es aquel respecto del cual se ha contestado a una demanda interpuesta en reclamación del mismo.

TERCERO.- Así planteado el recurso no procede su admisión. En relación con la inadmisión del primer motivo:

El motivo incurre en la causa de inadmisión de falta de acreditación del interés casacional, por falta de identidad de razón entre las cuestiones resueltas por las sentencias aportadas y el caso objeto de recurso (art. 483.2.3.º LEC).

Este tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el requisito de la identidad de razón entre las cuestiones resueltas por las sentencias invocadas y el caso objeto de recurso, cuando de oposición a la doctrina jurisprudencial se refiere, tanto en los acuerdos antes mencionados; como en sus sentencias, señalando la n.º 349/2014 de 3 de julio :

"En primer lugar, en general, respecto de los motivos invocados que se fundan en interés casacional, como señala la Sentencia 1146/2007, de 31 de octubre es necesario que descansen "al menos en dos o más sentencias de esta Sala sobre casos similares, de modo que su doctrina común pudiera considerarse aplicable al concretamente enjuiciado (Sentencia de 11 de octubre de 2005 , entre otras)". En el mismo sentido las SSTS 702/2010, de 4 de noviembre , 659/2011, de 3 de octubre y 171/2013, de 6 de marzo , al decir, en relación con la vulneración de la doctrina jurisprudencial, que "ese conflicto jurídico debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un "interés casacional" que se manifieste nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo".

El motivo primero se funda en la infracción del art. 17 del Reglamento de la Corte Española de **Arbitraje** y del art. 27 de la Ley de **Arbitraje** , en relación con el art. 52.2 LC , y de la doctrina de la sala, con cita de las SSTS de 12 de noviembre de 1992 y 19 de junio de 2002 (sic).

Así, la STS de 12 de noviembre de 1992 , pondera un supuesto de nulidad de laudo arbitral, "por haber dictado los árbitros el laudo arbitral fuera del plazo señalado en el compromiso", por lo tanto toma en consideración "el plazo que vincula a los árbitros", además de concluir la aplicación de la previa Ley de **Arbitraje** de 1953. Por otra parte, el recurso cita la STS de 19 de junio de 2002 , si bien parece referirse a la STS 612/2001, de 19 de junio (Rec. n.º 1421/1996) , que también considera de aplicación la Ley de 1953.

Por lo tanto, la doctrina que emana de sendas resoluciones no ha podido ser infringida, cuando la sentencia recurrida no analiza la aplicación de la Ley de **Arbitraje** de 1953.

Por otra parte, el motivo primero adolece de la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, porque se desarrolla al margen de la razón decisoria de la sentencia recurrida (art. 483.2.4.º LEC).

En efecto, el motivo primero se funda en la infracción del art. 17 del Reglamento de la Corte Española de **Arbitraje** y del art. 27 de la Ley de **Arbitraje** , en relación con el art. 52.2 LC , y de la doctrina de la sala, con cita de las SSTS de 12 de noviembre de 1992 y 19 de junio de 2002 .

A lo largo del desarrollo del motivo se aduce que existe una etapa prearbitral, que ha sido reconocida por el CSC y que el secretario general de la Corte Española de **Arbitraje**, en su diligencia preliminar de fecha 3 de marzo de 2008, diferenció sendas etapas, prearbitral y arbitral, y fijó como momento en el que debe entenderse iniciado el **arbitraje**, el del ingreso de las provisiones de fondos de las partes, una vez constituido el Tribunal Arbitral. A este respecto, el recurso se remite al documento n.º 2 del escrito presentado por tal representación en fecha de 17 de diciembre de 2012.

Por lo tanto, elude que la sentencia recurrida pone de manifiesto que:

"6º) Por auto de 26 de octubre de 2012 el Juzgado acuerda la suspensión del procedimiento arbitral entre BANCO DE SANTANDER y DELFORCA, esgrimiendo como argumento principal que el **arbitraje** se encontraba en una etapa pre- jurisdiccional y, por tanto, que no estaba afectado por lo dispuesto en el artículo 52.2º de la Ley Concursal (conforme a dicho precepto los "procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán hasta la firmeza del laudo") . Al mismo tiempo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52.1º de la LC , ordena la suspensión de los efectos del convenio arbitral por cuanto su mantenimiento producía un perjuicio para la tramitación del concurso.

"No es controvertido que la Corte Española de **Arbitraje** acató la decisión del Juzgado y, en definitiva, que suspendió provisionalmente la tramitación del **arbitraje** por acuerdo de 15 de noviembre de 2012".

Asimismo, razona que:

"Pues bien, por resolución de esta misma fecha recaída en el rollo 761/2015, hemos estimado el recurso de apelación interpuesto por BANCO DE SANTANDER y dejado sin efecto tanto la orden de suspensión del proceso arbitral que se sigue ante la Corte Española de **Arbitraje** como la suspensión de los efectos del convenio arbitral. Rechazamos la tesis del Juzgado, que entendió que el proceso arbitral no se había iniciado, a los efectos establecidos en el artículo 52.2º de la Ley Concursal , por encontrarse en la fase pre-arbitral y previa a la intervención propiamente jurisdiccional de los árbitros.[...]".

Y concluye que:

"[...] La lógica consecuencia de revocación del acuerdo de suspensión del proceso arbitral, en atención a lo expuesto, es la estimación de este recurso y el reconocimiento del crédito de BANCO SANTANDER como contingente, ordinario y sin cuantía propia, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87.3º de la Ley Concursal . De acuerdo con lo dispuesto en dicho precepto, "los créditos sometidos a condición suspensiva o los litigiosos serán reconocidos como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda". No basta, a nuestro modo de ver, con que existe una contienda todavía no judicializada, para que el crédito merezca tal calificación (interpretación amplia del artículo 87.3º a la que alude el recurso), sino que es necesario que esa contienda se esté dirimiendo en un proceso judicial o arbitral y que este, al tiempo del reconocimiento del crédito en el informe, no haya concluido. Así resulta del propio precepto, cuando dispone que la contingencia desaparece por la confirmación del crédito por sentencia firme o susceptible de ejecución provisional.

"Ha de equipararse, a estos efectos, el **arbitraje**, que es un equivalente jurisdiccional (como ha dicho reiteradamente el Tribunal Constitucional) , con los procedimientos iniciados ante la jurisdicción ordinaria. El crédito tendrá carácter litigioso tanto si la reclamación se dilucida en un proceso judicial como si está sometido a un **arbitraje** pendiente. Esa equiparación se da en distintos pasajes de la Ley Concursal, como el ordenar la continuación tanto de los procedimientos pendientes hasta sentencia firme (artículo 51) como de los **arbitrajes** en curso hasta la firmeza del laudo (artículo 52.2); la vinculación del juez del concurso a las sentencias y laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso (artículo 53); o la necesaria inclusión en la lista de acreedores de los créditos reconocidos por laudo o resolución procesal (artículo 86).

"Como bien indica la recurrente, el proceso arbitral había quedado "suspendido provisionalmente" y no extinguido o terminado, por mucho que la orden de suspensión tuviera por finalidad atraer para el concurso la controversia de la que conocía la Corte Española del **Arbitraje**. Y esa orden de suspensión, además, ha sido revocada, alzándose definitivamente, por lo que el proceso arbitral, iniciado antes de la declaración de concurso, ha de continuar hasta la firmeza del laudo, conforme a lo dispuesto en el artículo 52.2.º de la Ley Concursal . Para que la contingencia, exteriorizada en la existencia de un proceso, se dé, no es necesario que se haya interpuesto la demanda arbitral, como sostiene Delforca en su escrito de oposición. Basta con que el **arbitraje**, como es el caso, se haya iniciado".

CUARTO.- El motivo segundo del recurso de casación ha de ser inadmitido al incurrir en falta de respeto al ámbito de discusión jurídica habida en la instancia, al plantear una cuestión que la sentencia recurrida no analiza (art 483.2.2.º LEC , en relación con el art. 477.1 LEC), y por falta de acreditación del interés casacional, por falta de identidad de razón entre las cuestiones resueltas por las sentencias aportadas y el caso objeto de recurso (art. 483.2.3.º LEC), (art. 477.2.3 .º y art. 483.2.3.º LEC).

En efecto, la representación procesal de Delforca 2008 S.A. y de Mobiliaria Monesa S.A. alega la infracción del art. 87.3 LC , en relación con el art. 1535 CC .

Ahora bien, ni la sentencia recurrida ni la de primera instancia aplican el art. 1535 CC .

En efecto, Banco Santander ejerció acción de impugnación de la lista de acreedores. A este respecto, Banco Santander alegó que limitaba su impugnación, única y exclusivamente, al reconocimiento del crédito como concursal, ordinario, contingente y sin cuantía, rechazando expresamente entrar a discutir el fondo de la controversia de la que dimana el crédito, habida cuenta que esta se estaba dirimiendo en el procedimiento arbitral ante la Corte Española de **Arbitraje**. Dicho procedimiento había quedado en suspenso, lo que no puede equipararse a la terminación del procedimiento arbitral. Y la Corte Española de **Arbitraje** se había limitado a acordar la suspensión provisional del proceso. Por tanto el crédito seguía teniendo la consideración de litigioso y debía reconocerse con la calificación propuesta conforme a lo dispuesto en el artículo 87.3.º de la Ley Concursal .

Así, la sentencia recurrida pone de manifiesto el dictado de resolución de idéntica fecha, en el rollo de apelación 761/2015, en los que se razona la aplicación del art. 52.2.º LC , en relación con el art. 27 de la Ley de **Arbitraje** , el art. 4, apartado b) LA, y el Reglamento de la Corte Española de **Arbitraje** .

Además tampoco se acredita el interés casacional ya que en el motivo segundo se funda en la infracción del art. 87.3 LC , en relación con el art. 1535 CC , y de la doctrina de la sala, con cita de las SSTs de 28 de febrero de 2006 y 8 de septiembre de 1998 .

A lo largo del desarrollo del motivo argumenta que, de acuerdo con el art. 87.3 LC , los créditos litigiosos serán reconocidos como contingentes. Seguidamente aduce la necesidad de examinar el carácter litigioso del crédito, y de ahí que alegue que no existe más que un precepto que defina los criterios de atribución del carácter litigioso de un crédito, así, el art. 1535 CC .



Como se ha expuesto, se aduce interés casacional por oposición a la doctrina de esta sala, sin embargo, las sentencias citadas en el recurso no resuelven la cuestión controvertida en el presente supuesto. Así, el supuesto de hecho de la STS 192/2006, de 28 de febrero, parte del ejercicio de una acción de nulidad de compraventa, y aplica tanto el art. 1459.5.º CC, como los arts. 1535, párrafo 2.º, y 1291.4.º LC, y no aborda la clasificación de los créditos de acuerdo a la Ley Concursal. Por otra parte, la STS de 8 de septiembre de 1998 pondera las prohibiciones para la compra, en aplicación del art. 1459.5 CC, en relación con el art. 1535 CC.

De forma que no se acredita el interés casacional alegado en los términos exigidos. Asimismo, la sentencia recurrida no se opone a la doctrina de la sala, resultando procedente la cita de la STS 548/2016, de 20 de septiembre:

"El art. 87.3 LC dispone que "los créditos (...) litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la clasificación que corresponda (...)". Esta condición de litigioso la tiene cualquier crédito cuya existencia haya sido directamente cuestionada en un procedimiento judicial, mientras no recaiga una resolución firme o susceptible de ejecución provisional que lo reconozca".

QUINTO.- La improcedencia del recurso de casación determina que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, puesto que mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la disposición final 16.ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5.ª, párrafo segundo, LEC.

SEXTO.- Las alegaciones efectuadas por la recurrente en el trámite de audiencia previa a esta resolución, no desvirtúan los anteriores argumentos. A pesar de los esfuerzos argumentativos de la parte recurrente defendiendo la admisión de sus recursos e ilustrando a este Tribunal sobre el devenir de los distintos laudos que en la ejecución del convenio se han dictado -laudos de fecha 12 de mayo de 2009, 14 de mayo de 2017 y 18 de mayo de 2018-, ello es ajeno a las pretensiones, objeto de este procedimiento.

La *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, y por tanto, el recurso queda limitado a si es procedente el reconocimiento de un crédito insinuado por Banco Santander como contingente, litigioso en el concurso de Delforca; y quedando reservado al proceso arbitral, resolver sobre la existencia y cuantía del crédito.

Los procesales arbitrales desarrollados en virtud del convenio arbitral suscrito entre las partes y los laudos obtenidos, así como su validez, no influyen en el presente procedimiento, ni alteran la resolución de la admisión de los presentes recursos. Consecuentemente, procede declarar inadmisibles el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 483.4 y 473.2 LEC, dejando sentado el art. 473.3 y el art. 483.5 que contra este auto no cabe recurso alguno.

SÉPTIMO.- Abierto el trámite de puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión contemplado en los arts. 483.3 y 473.2 LEC y habiendo formulado alegaciones la parte recurrida, procede imponer las costas a la parte recurrente.

OCTAVO.- La inadmisión del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la LOPJ.

NOVENO.- La inadmisión del recurso conlleva la pérdida de los depósitos constituidos (DA 15ª.9 LOPJ).

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA :

1.º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Delforca 2008 S.A. y de Mobiliaria Monesa S.A. contra la sentencia dictada, con fecha de 19 de abril de 2016, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), en el rollo de apelación n.º 756/2015 -2.ª, dimanante de los autos de incidente concursal n.º 55/2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona.

2.º) Declarar firme dicha sentencia.

3.º) Con imposición de costas a la parte recurrente, que perderá los depósitos constituidos.

4.º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución, al órgano de procedencia.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.