



Roj: **STS 2143/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2143**

Id Cendoj: **28079110012014100251**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2014**

Nº de Recurso: **1670/2012**

Nº de Resolución: **233/2014**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 3506/2012,**  
**STS 2143/2014**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintidós de Mayo de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por Avantis El Grupo Gedeco International Real State, SL y Mosel International Real State, SL, representadas por el Procurador de los Tribunales don Noel Mas-Bagá Munné, contra la sentencia dictada el veintiséis de abril de dos mil doce, por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de lo Mercantil número Seis de Barcelona. Ante esta Sala compareció el Procurador de los Tribunales don Isidro Orquin Cedenilla, en representación de Mosel International, SL y Avantis Grupo Gedeco International Real Estate, SL, en concepto de parte recurrente. Es parte recurrida Sánchez Romero Grupo Inmobiliario, SL, representada por el Procurador de los Tribunales don Diego Herrera Giménez y don Raimon Casanellas Bassols.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** En el concurso de Sánchez Romero Grupo Inmobiliario, SL, tramitado por el Juzgado de lo Mercantil número Seis de Barcelona, con el número 241/2008, se iniciaron los incidentes concursales números 710/2008 y 711/2008, luego acumulados y decididos en una misma sentencia.

I.- Por escrito, registrado por el Juzgado de lo Mercantil número Seis de Barcelona el treinta de septiembre de dos mil ocho, el Procurador de los Tribunales don Noel Mas-Bagá Munné, obrando en representación de Avantis El Grupo Gedeco International Real Estate, SL, interpuso demanda de incidente concursal.

En dicho escrito la citada representación procesal alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que, el cinco de junio de dos mil ocho, comunicó al Juzgado de lo Mercantil que tramitaba el concurso dos créditos de que era titular contra la concursada, Sánchez Romero Grupo Inmobiliario, SL.

Uno de esos créditos había nacido de un contrato que denomina " *de arras penitenciales* ", suscrito con la luego concursada el dos de noviembre de dos mil seis, y, en concreto, de la entrega por su representada de unas arras y de la posterior resolución del contrato por incumplimiento de quien las había recibido.

Expuso que la cuantía del crédito de Avantis El Grupo Gedeco International Real Estate, SL era de diez millones de euros (10 000 000 ?) y que la calificación que le correspondía en el concurso era la de crédito ordinario, de acuerdo con lo previsto en la norma del apartado 3 del artículo 89 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal .



Añadió que, además, esa deuda había generado intereses, por importe de ochenta y un mil trescientos sesenta y nueve euros (81 369,86 ?) y que el crédito correspondiente debía ser calificado como subordinado, de acuerdo con la norma del apartado 3 del artículo 92 de la misma Ley .

Indicó que el otro crédito había nacido de un contrato de préstamo que concedió a Sánchez Romero Grupo Inmobiliario, SL, el dos de noviembre de dos mil seis y que había vencido el treinta de diciembre del mismo año, por un importe de un millón cuatrocientos mil euros (1 400 000 ?), cuya calificación concursal procedente era la de crédito ordinario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 89.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio .

Y también que esa deuda generó intereses, por importe ochenta y un mil quinientos ocho euros, con cincuenta y dos céntimos (81 508,52 ?), de modo que la calificación que le correspondía al crédito era la de subordinado, por virtud del artículo 92.3 de la misma Ley .

Alegó que la administración concursal incluyó en el informe su crédito de diez millones de euros (10 000 000 ?), pero lo consideró contingente y que el crédito de ochenta y un mil trescientos sesenta y nueve euros (81 369,86 ?), por intereses de la suma anterior, no lo incluyó ni siquiera como subordinado.

Expuso que, no obstante, la administración concursal había reconocido los otros dos créditos antes señalados.

Añadió, para explicar los antecedentes de sus referidos derechos, que Sánchez Romero Grupo Inmobiliario, SL había tomado la decisión de orientar su actividad empresarial hacia Brasil y, en concreto, a la ciudad brasileña de Natal, donde tenía prevista la ejecución de un ambicioso proyecto urbanístico de grandes dimensiones; que a Avantis el Grupo Gedeco International Real Estate el proyecto le pareció atractivo y decidió implicarse en uno conocido como " *Elegance Natal* ", conforme a un determinado plan de negocio, aportado a las actuaciones como documento número 2; que las negociaciones entre ambas partes concluyeron el dos de noviembre de dos mil seis, con la celebración de un contrato titulado " *contrato privado de arras penitenciales* ", aportado como documento número 12; que, conforme a la cláusula 1.1 del mismo, al regular el objeto negocial, las partes declararon que " *Avantis hace entrega, en este acto a Grupo Sánchez de la cantidad de diez millones de euros (10 000 000 ?), en concepto de señal o arras penitenciales. Con el recibo de dicha cantidad, Grupo Sánchez se compromete y obliga a reservar a favor de Avantis el cuarenta por ciento de las participaciones durante el plazo de vigencia del presente contrato y Avantis de compromete y obliga a suscribir el oportuno contrato de compraventa conforme se determina en el presente documento* "; que en la misma cláusula se estipuló que " *el presente contrato no tiene el carácter de contrato de compraventa ni al mismo le pueden ser aplicables la normativa legal de la misma...* ". Precisó que las participaciones objeto del contrato eran aquellas de una sociedad brasileña denominada RN Brasil, de las que era titular Sánchez Romero Grupo Inmobiliario, SL. y que dicha sociedad brasileña interesaba en cuanto era titular de un derecho de opción de compra de ciento cuarenta y cinco hectáreas, en Prai de Jacuma, municipio de Ceará, Mirim, Natal/RN, terreno en que se iba a ejecutar el proyecto urbanístico.

Igualmente señaló que, en el contrato y en cuanto al plazo, se estableció que aquel " *estará vigente desde la fecha de su firma hasta la realización de la compraventa y, en todo caso, como máximo hasta pasados tres meses desde el treinta y uno de diciembre de dos mil diez, de conformidad con los plazos previstos para la realización de la compraventa establecidos en la cláusula 5ª* "; que el precio total de la compraventa se fijó en treinta y dos millones quinientos ochenta mil euros (32 508 000 ?); y que, además, las partes acordaron que la compraventa no tendría lugar si en el momento de su formalización no se acreditaba que la filial de Sánchez Romero, RN Brasil había abonado a la concedente de la opción los dos millones quinientos mil euros (2 500 000 ?) convenidos como parte de la contraprestación a su cargo - cláusula 3.3 -; que, además, RN Brasil debería haber obtenido licencia previa necesaria para el lanzamiento del proyecto, momento determinante a los efectos de fijar la fecha de la firma del contrato - cláusula 3.4 -; y que Sánchez Lorenzo tampoco hubiera realizado alguna actuación " *que pudiera implicar una alteración de la situación accionarial, organizativa o patrimonial de RN Brasil o que implicase la asunción de obligaciones o compromisos de cualquier clase que pudieran afectar a las participaciones o activos de la sociedad que excediesen de los establecido en el plan de negocio* " - cláusula 3.1 -.

Añadió, con apoyo en ciertos datos, que la luego concursada estaba ya descapitalizada en los años dos mil seis y dos mil siete - que, realmente, se hallaba en pésima situación financiera al firmar el contrato, a lo que ella era ajena, por desconocerlo, obviamente -.

Alegó que, con fecha dieciocho de enero de dos mil ocho, Sánchez Romero GI, SL la convocó ante un notario, para el día veinte de febrero de dos mil ocho, a fin de formalizar la venta proyectada, como probaba con el documento aportado con el número 19; pero que, realmente, en esa fecha no concurrían las condiciones pactadas, como comunicó oportunamente a la remitente, por medio del documento aportado con el número 20. Precisó que, en todo caso, acudió a la notaria y allí requirió al representante de Sánchez Romero GI, SL para que justificara documentalmente el cumplimiento de las condiciones apuestas, lo que no hizo.



Indicó que, en efecto, la licencia para la ejecución del proyecto " *Elegance Natal* " no se había concedido, sino solo la correspondiente al otro proyecto - el " *Gran Natal* " -; que el precio de dos millones quinientos mil euros no se había hecho efectivo a Spel, concedente de la opción, sino que para pago se asumieron deudas y produjeron subrogaciones, con infracción de lo previsto en la cláusula 3.3 del contrato; y que, además, se alteró el plan de negocio y se asumieron obligaciones no consentidas por ella; que tampoco permitió la demandada el examen de los documentos.

Alegó que el mismo día señalado para el otorgamiento de la escritura, Avantis El Grupo Gedeco International Real Estate, SL, ante los relatados incumplimientos, decidió resolver el contrato y reclamar la devolución de los diez millones de euros (10 000 000 ?) entregados en concepto de arras - como demostraba con los documentos aportados con los números 5 y 6 -.

Concluyó señalando que el comportamiento de la concursada había estado orientado a generar un conflicto ficticio, para determinar la calificación de su crédito. Y que, en cuanto al crédito por intereses, no había razón que justificara no incluir entre sus créditos el generado por los intereses de la deuda principal, tanto más si la administración concursal no había explicado la causa de no incluirlo.

Que, en todo caso, el crédito por arras no era un crédito litigioso - de conformidad con las normas de los artículos 1535 del Código Civil y 87.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal -, ya que no había litigio judicial o arbitral alguno por razón de ellas.

Finalmente indicó que, al analizar el inventario de la masa activa, había advertido que existía una inversión financiera a la largo plazo, por importe de cinco millones setecientos sesenta y cinco mil seiscientos ochenta y dos euros, con ochenta y ocho céntimos (5 765 682,88 ?), que no aparecía recogida en el resumen del inventario después, por lo que entendía que debía tratarse de un error material.

En el suplico de la demanda incidental, la representación procesal de Avantis El Grupo Gedeco International Real Estate, SL interesó del Juzgado de lo Mercantil número Seis de Barcelona una sentencia que estime la demanda interpuesta y, en consecuencia: " *Reconozca los créditos derivados del contrato de arras suscrito el dos de noviembre de dos mil seis, resuelto por mi mandante por incumplimiento de la concursada, por importe de diez millones de euros de principal, con la calificación de ordinario, respectivamente, sin la calificación de contingente. Incluya el crédito de ochenta y un mil trescientos sesenta y nueve euros (81 369,86 ?) de intereses, con la calificación de subordinado. Que se corrija el error material que figura en el resumen del inventario de la masa activa, al no incluirse cinco millones setecientos sesenta y cinco mil seiscientos ochenta y dos euros, con ochenta y ocho céntimos (5 765 682,88 ?) que sí aparecen en el cuerpo principal del inventario de la masa activa elaborado por la administración concursal. todo ello con expresa condena en costas para quien se oponga a dicha solicitud* ".

**SEGUNDO.** Por providencia de dos de octubre de dos mil diez, el Juzgado de lo Mercantil número Seis de Barcelona, admitió a trámite la demanda conforme a las reglas del incidente concursal.

I.- La concursada, Sánchez Romero Grupo Inmobiliario, SL, representada por la Procurador de los Tribunales doña Marta Pradera Rivero, presentó escrito de contestación en el que se opuso a la estimación de la demanda incidental, exponiendo las diferencias existentes entre los proyectos " *Gran Natal Golf* " y " *Elegance Natal Golf* ", este último el proyecto en el que entraron Avantis y Mosel, con el cuarenta y el veinte por ciento, respectivamente, de las participaciones.

Por lo demás, alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que las dos condiciones pactadas en el contrato se habían cumplido, pues la licencia previa estaba concedida desde el nueve de enero de dos mil siete, sin que en el contrato se hubiera exigido que la misma estuviera a nombre de una persona concreta - siendo que se había concedido a nombre de Spel, lo que no era impedimento alguno -; y que la condición consistente en el pago de los dos millones quinientos mil euros también había sido cumplida, como demostraba con un documento de liberación de la deuda, aportado con el número 8, de acuerdo con lo dispuesto sobre la asunción de deuda por el artículo 299 del Código Civil brasileño.

Añadió que, por otro lado, los correos electrónicos que aportaba demostraban que las dos demandantes fueron puntualmente informadas de cuanto acontecía en el proyecto y su ejecución.

Que, en definitiva, había demostrado que las que no quisieron cumplir fueron las demandantes, lo que equivalía a un desistimiento del contrato, razón por la que debía perder las arras.

En el suplico del escrito aportado, la representación procesal de la concursada interesó del Juzgado de lo Mercantil número Seis de Barcelona una sentencia " *por la que se acuerde excluir de la masa pasiva, sin calificación alguna, el crédito de diez millones de euros (10 000 000 ?) por el que la administración concursal*



ha reconocido a *Aventis El Grupo Gedeco International Real State, SL.* en la lista de acreedores acompañada al informe por ellas presentado " .

II.- También contestó la demanda la administración concursal, que, en síntesis, negó el error en el inventario de la masa activa que se le atribuía por la demandante, ya que había reclasificado las inversiones controvertidas. Añadió que los intereses no habían sido incluidos porque no se había demostrado cumplidamente el incumplimiento de Sánchez Romero Grupo Inmobiliario, SL; y que la calificación de los créditos impugnados por ser contingentes debía mantenerse, ya que sobre ellos había contienda extrajudicial y la administración concursal tenía serias dudas sobre la exigibilidad de las prestaciones correspondientes.

En el suplico del escrito, la administración concursal interesó del Juzgado de lo Mercantil número Seis de Barcelona, una sentencia desestimatoria de la demandada " *con expresa imposición en costas a la actora* " .

**TERCERO.** Por escrito registrado por el Juzgado de lo Mercantil número Seis de Barcelona, el treinta de septiembre de dos mil ocho, el Procurador de los Tribunales don Noel Mas-Bagá Munné, obrando en representación de Mosel International, SL, interpuso demanda de incidente concursal con la finalidad de impugnar la lista de acreedores de Sánchez Romero Grupo Inmobiliario, SL, presentada por la administración concursal, a fin de que se modificara la calificación de contingente atribuida a su afirmado crédito contra la concursada, el cual dijo nacido de la entrega de una suma de dinero en concepto de arras en un contrato celebrado con ella el veinticuatro de noviembre de dos mil seis, con el nombre de " *contrato privado de arras penitenciales* " , dada la resolución de éste por incumplimientos de las obligaciones asumidas por Sánchez Romero Grupo Inmobiliario, SL, a quien le comunicó su decisión el veinte de febrero de dos mil ocho, como demostraba con el documento aportado con el número 7.

Añadió que la cuantía de dicho crédito, nacido de la entrega de arras y de la resolución del contrato, era de cinco millones cuarenta mil euros seiscientos ochenta y cuatro euros, con noventa y tres céntimos (5 040 684,93 ?) y que la calificación que le correspondía era la de crédito ordinario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 89.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio , pese a que la administración concursal lo hubiera calificado, incorrectamente, como crédito contingente, por ser litigioso, lo que no sucedía, a la vista de los artículos 1535 del Código Civil y 87.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal , ya que no había litigio judicial o arbitral alguno sobre él.

También indicó que, al analizar el inventario de la masa activa, había advertido que existía una inversión financiera a la largo plazo, por importe de cinco millones setecientos sesenta y cinco mil seiscientos ochenta y dos euros, con ochenta y ocho céntimos (5 765 682,88 ?), que no aparecía recogida en el resumen del inventario después, por lo que entiende que debía tratarse de un error material.

Con esos antecedentes, en el suplico de la demanda, la representación procesal de Mosel International, SL interesó del Juzgado de lo Mercantil número Seis de Barcelona una sentencia que estime la demanda interpuesta y, en consecuencia: " *Reconozca los créditos derivados del contrato de arras suscrito el veinticuatro de noviembre de dos mil seis, resuelto por mi mandante por incumplimiento de la concursada, por importe de cinco millones cuarenta mil seiscientos ochenta y cuatro euros, con la calificación de ordinario, respectivamente, sin la calificación de contingente. Se corrija el error material que figura en el resumen del inventario de la masa activa, al no incluirse cinco millones setecientos sesenta y cinco mil seiscientos ochenta y dos euros, con ochenta y ocho céntimos (5 765 682,88 ?) que sí aparecen en el cuerpo principal del inventario de la masa activa elaborado por la administración concursal. Todo ello con expresa condena en costas para quien se oponga a dicha solicitud* " .

**CUARTO.** Por providencia de dos de octubre de dos mil ocho, el Juzgado de lo Mercantil número Seis de Barcelona admitió a trámite la demanda incidental interpuesta por la representación procesal de Mosel International, SL, por providencia de dos de octubre de dos mil ocho, dando inicio al incidente número 711/2008, acumulado el anterior, tramitado con el número 710/2008, por auto de uno de diciembre de dos mil ocho.

Contestó la demanda la administración concursal, por escrito registrado el veintiuno de octubre de dos mil ocho, en el que se refirió al inventario de la masa activa, para negar la existencia de omisión; a la naturaleza específica del contrato de arras y su resolución; y a la improcedencia de expresar en el informe una opinión sobre los incumplimientos alegados por la demandante. Finalmente afirmó la procedencia de mantener su calificación del crédito como contingente.

En el suplico de su escrito de contestación la administración concursal interesó del Juzgado de lo Mercantil número Seis de Barcelona una " *resolución desestimatoria* " de la demanda " *con expresa imposición en costas a la actora incidental* " .

**QUINTO.** Celebrada la vista del incidente el catorce de mayo de dos mil nueve, el Juzgado de lo Mercantil número Seis de Barcelona, en el incidente número 710/2008 , al que se había acumulado el 711/2008, dictó sentencia con fecha tres de noviembre de dos mil nueve , con la siguiente parte dispositiva: " *Fallo. Que*



*debo desestimar y desestimo la demanda incidental de impugnación del informe de la administración concursal interpuesta por el Procurador señor Sr. Mas-Bagá Munné, en nombre y representación de Avantis El Grupo Gedeco International Real Estate, SL. Asimismo se desestima la demanda incidental de impugnación del informe de la Administración Concursal interpuesta por el Procurador Sr. Mas-Bagá Munné, en nombre y representación de la compañía Mosel International, SL. No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales ".*

**SEXTO.** La representación procesal de las dos demandantes interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Seis de Barcelona, de tres de noviembre de dos mil nueve , dictada en el incidente número 710/2008 del concurso de acreedores número 241/2008.

Las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que se turnaron a la Sección Decimoquinta, la cual tramitó el recurso de apelación con el número 491/2011 y dictó sentencia con fecha veintiséis de abril de dos mil doce , con la siguiente parte dispositiva: " *Fallamos. Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Avantis El Grupo Gedeco International Real State, SL (Avantis) y de Mosel International Real State, SL, contra la sentencia dictada en fecha tres de noviembre de 2009 , que confirmamos sin imposición de costas ".*

**SÉPTIMO.** La representación procesal de Avantis El Grupo Gedeco International Real Estate, SL y Mosel International Real State SL interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada, en el rollo de apelación número 491/2011, el veintiséis de abril de dos mil doce .

Las actuaciones se elevaron a la Sala Primera del Tribunal Supremo la cual, por auto de veintiséis de febrero de dos mil trece , decidió: " *Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de las entidades mercantiles Avantis Grupo Gedeco International Real State, SL y Mosel International, SL, contra la sentencia dictada, con fecha veintiséis de abril de dos mil doce, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta ) , dimanante de los autos de incidente concursal de impugnación de lista de acreedores, número 710/2008, dimanante del procedimiento de concurso número 241/2008, del Juzgado de lo Mercantil número Seis de Barcelona ".*

**OCTAVO.** El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Avantis El Grupo Gedeco International Real Estate, SL y Mosel International Real State SL, contra la sentencia de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada, en el rollo de apelación número 491/2011, el veintiséis de abril de dos mil doce , se compone de dos motivos, en los que las recurrentes, con apoyo en la norma tercera del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia:

**PRIMERO.** La infracción del artículo 87, apartado 3, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal .

**SEGUNDO .** La infracción del artículo 97 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal .

**NOVENO.** Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador don Diego Herrera Giménez y don Raimon Casanellas Bassols, en nombre y representación de Sánchez Romero Grupo Inmobiliario, SL, impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

**DÉCIMO.** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintitrés de abril dos mil catorce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de los antecedentes.

Los créditos contra la concursada, Sánchez Romero Grupo Inmobiliario, SL, cuya existencia comunicaron las titulares Avantis El Grupo Gedeco International Real State, SL y Mosel International Real State, SL, - por importe, respectivamente, de diez millones de euros (10 000 000 ?) y de cinco millones cuarenta mil seiscientos ochenta y cuatro euros, con noventa y tres céntimos (5 040 684,93 ?) -, fueron incluidos por la administración concursal en la lista redactada, pero con la condición de contingentes a consecuencia de su carácter litigioso.

Esa calificación motivó la impugnación de ambas acreedoras, desestimada en las dos instancias.

Los derechos discutidos tienen por objeto recuperar las cantidades de dinero que Avantis El Grupo Gedeco International Real State, SL y Mosel International Real State, SL habían entregado a Sánchez Romero Grupo Inmobiliario, SL, en concepto de arras penitenciales, en el momento de celebrar sendos precontratos de venta de las participaciones en que se dividía el capital de una sociedad brasileña, en cuya adquisición estaban



interesadas. La particularidad del caso resulta de que las futuras compradoras declararon resueltas las respectivas relaciones contractuales por causa de incumplimientos que imputaron a la futura vendedora.

Sánchez Romero Grupo Inmobiliario, SL no sólo niega haber incumplido las prestaciones a su cargo, sino que atribuye la condición de incumplidoras a las dos sociedades ahora demandantes, afirmando, como consecuencia, el derecho a hacer suyas las sumas que había recibido en su día como arras.

Precisamente, la causa por la que el Tribunal de apelación consideró que los créditos de las demandantes contra la después concursada tenían la cualidad de contingentes, en cuanto litigiosos, fue esa discrepancia habida entre las partes sobre cuál de ellas había incumplido sus obligaciones y cual tenía derecho a las arras.

Hay que añadir que en ningún momento se ha declarado por el Tribunal que la discrepancia fuera aparente o manifiestamente carente de justificación, pese a que así se había afirmado en las demandas acumuladas.

#### **SEGUNDO. Enunciado y fundamentos de los dos motivos del recurso de casación de las demandantes.**

En el primer motivo de su recurso Avantis El Grupo Gedeco International Real State, SL y Mosel International Real State, SL denuncian la infracción de la norma del apartado 3 del artículo 87 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, con el argumento, expuesto en síntesis, de que el Tribunal de apelación había atribuido la condición de litigiosos a unos créditos respecto de los que no se había suscitado hasta el momento contienda judicial o arbitral alguna. Con lo que, sostienen, se había apartado de la jurisprudencia, así como de las opiniones doctrinales sobre la materia.

En el segundo motivo denuncian las recurrentes la infracción de la norma del artículo 97 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, con el argumento, también expuesto en síntesis, de que el Tribunal de apelación no había decidido otra cosa que exigir para el reconocimiento de sus créditos una decisión judicial, innecesaria cuando ya habían sido incluidos en la lista de acreedores por la administración concursal, sin impugnación alguna sobre su existencia - sino sólo sobre su calificación como contingentes -.

#### **TERCERO. Desestimación de los dos motivos.**

Según lo pactado - cláusula octava del precontrato - el destino de las arras dependía de cuál fuera la contratante que incumpliera sus obligaciones.

Consecuentemente, el tratamiento que, en el concurso de Sánchez Romero Grupo Inmobiliario, SL, merezcan los créditos de Avantis El Grupo Gedeco International Real State, SL y Mosel International Real State, SL, está condicionado a que las decisiones de las mismas de resolver las respectivas relaciones contractuales sean conformes a derecho - lo que ellas afirman y la otra litigante niega -.

Hay que recordar que - no obstante el tenor literal del artículo 1124 del Código Civil, que regula la resolución de las obligaciones recíprocas y, sobre todo, el de su antecedente, el artículo 1184 del Código Civil francés, que impuso un ejercicio judicial de la facultad de resolver por incumplimiento las relaciones jurídicas nacidas de "*les contrats synallagmatiques*", al disponer, en su tercer párrafo, que "*la résolution doit être demandée en justice*", con posibilidad de que el Juez concediera un aplazamiento, según las circunstancias; regla recibida en otros textos de la época, como el viejo Código Civil italiano de 1865, artículo 1165 -, la jurisprudencia ha interpretando dicho precepto en el sentido de que permite un ejercicio de la facultad resolutoria mediante declaración extrajudicial dirigida a la parte incumplidora, pero siempre a reserva de que, de haber controversia, los Tribunales, a instancia de cualquiera de las partes, declaren o nieguen el incumplimiento resolutorio y admitan o rechacen la oportunidad de hacerlo valer como causa de extinción sobrevenida de la relación contractual - sentencias de 10 de mayo de 1979, 20 de junio, 5 de julio y 6 de octubre de 1980, 5 de noviembre de 1982, 19 de noviembre de 1984, 14 de junio de 1988, 28 de febrero de 1989, 594/1993, de 15 de junio, 380/2005, de 20 de mayo, 478/2011, de 27 de junio, 162/2012, de 29 de marzo, 431/2013, de 3 de julio, entre otras muchas -.

Es cierto que, al reconocer el artículo 1124 al contratante perjudicado la facultad de "*escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación*", la expuesta doctrina lleva a entender que ésta última tiene lugar, no cuando se produjo el incumplimiento, sino cuando, acaecido el mismo, la contratante perjudicada, tras optar por resolver la relación, comunica su voluntad a la otra parte, con la que había perfeccionado un negocio jurídico bilateral, mediante una declaración de naturaleza recepticia - sentencia 639/2012, de 7 de noviembre, entre otras - o, en su caso, mediante un acto concluyente con el mismo significado - "*facta ex quibus voluntas concludi potest*" -.

En el caso a que se refiere el recurso la discrepancia sobre la eficacia de la decisión de las ahora recurrentes de resolver existe y, sin embargo, no hay decisión judicial al respecto, claramente necesaria. Además, no hay constancia de que alguna de las partes la hubiera demandado.



Precisamente, en esa ausencia de litigio se basan las recurrentes para negar que sus derechos a recuperar el dinero que entregaron como arras merezcan el calificativo de litigiosos.

Y tienen razón en ello, ya que ese adjetivo, entendido en su sentido propio - al que manda estar el artículo 3, apartado 1, del Código Civil - significa que el crédito es objeto de un litigio. Así lo establece, además, el artículo 1535 - del mismo Código - al regular el retracto anastasio - sentencias de 28 de febrero de 1991 y 976/2008, de 31 de octubre -. Y, como se ha dicho, ese litigio, en cualquiera de sus manifestaciones posibles, no existe.

Sin embargo, una cosa es que los créditos de las recurrentes no sean litigiosos y otra distinta que no merezcan ser considerados contingentes.

En efecto, que a las sumas entregadas y recibidas como arras tenga derecho una u otra parte de los respectivos precontratos depende de cuál de ellas hubiera incumplido y de que el incumplimiento tenga entidad resolutoria. Y eso, además de objeto de discrepancia entre las interesadas, no se muestra como evidente o manifiesto.

Así pues, la decisión judicial - o equivalente - se hace necesaria según la interpretación que la jurisprudencia da al artículo 1124 del Código Civil, respecto de la resolución extrajudicial.

En tal situación, dicha decisión constituye una "*condicio iuris*", en el sentido de requisito exigido por la ley, que atribuye a los créditos por el momento el carácter de expectativa, análogo al que corresponde a los que están sometidos a una propia condición suspensiva - "*condicio facti*" -.

Por tanto, al calificar los créditos de las demandante como contingentes, el Tribunal de apelación aplicó de un modo correcto - pese a lo que se afirma en el primer motivo - la norma del artículo 87, apartado 3, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, aunque no por ser litigiosos, sino ser análogos a los sometidos a condición suspensiva.

Tampoco infringió el artículo 97 de la misma Ley, pues no negó, sino lo contrario, que los créditos existan, bien que como contingentes, limitándose a identificar la causa de la incertidumbre, que perdurará en tanto no se cumpla lo que hemos denominado "*condicio iuris*" de efectos suspensivos.

Los dos motivos se desestiman - el primero con argumentos distintos de los empleados en las instancias, de acuerdo con la técnica de la equivalencia de resultados -.

#### **CUARTO. Régimen de las costas.**

La aplicación de la técnica de la equivalencia de resultados, que ha llevado a la desestimación del recurso de casación, justifica que no imponamos las costas de la casación a la recurrente, en aplicación de las normas de los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

#### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por Avantis El Grupo Gedeco International Real State, SL y de Mosel International Real State, SL, contra la sentencia dictada el veintiséis de abril de dos mil doce, por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona.

No formulamos pronunciamiento de condena en las costas causadas por el recurso desestimado.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. - Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. - Rafael Saraza Jimena. - Sebastian Sastre Papiol. - Firmado y rubricado. - PUBLICACIÓN. - Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.