



Roj: **ATS 13634/2018 - ECLI:ES:TS:2018:13634A**

Id Cendoj: **28079110012018204835**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2018**

Nº de Recurso: **2268/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Fecha del auto: 19/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2268/2016

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Procedencia: AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 15 DE BARCELONA

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: SGG/rf

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2268/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** La representación procesal de Delforca 2008 S.A. presentó escrito formulando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta) de fecha 19 de abril de 2016, en el rollo de apelación n.º 749/2015, dimanante de los autos de incidente concursal núm. 190/2013 del concurso voluntario núm. 543/2012, del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Barcelona.

**SEGUNDO.-** Mediante diligencia de ordenación se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes ante esta sala, apareciendo notificada dicha resolución a los procuradores de los litigantes.

**TERCERO.-** El procurador D. Ignacio López Chocarro, sustituido por la procuradora D.ª Mercedes Caro Bonilla, en representación de Delforca 2008 S.A., presentó escrito de fecha 14 de julio de 2016 personándose en concepto de parte recurrente.

La Administración Concursal de Delforca 2008 S.A. presentó escrito de fecha 20 de junio de 2016 personándose en concepto de parte recurrida.

El procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de Banco Santander S.A., presentó escrito de fecha 26 de julio de 2016 personándose en concepto de parte recurrida.

La procuradora D.ª Pilar Cermeño Roco, en representación de Sociedad de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España presentó escrito de fecha 26 de julio de 2016 personándose en concepto de parte recurrida.

**CUARTO.-** Por providencia de fecha 17 de octubre de 2018 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal y casación a las partes personadas.

**QUINTO.-** La parte recurrente formuló sus alegaciones en escrito de fecha 5 de noviembre de 2018. La parte recurrida Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España presentó escrito de alegaciones en fecha 5 de noviembre de 2018, en el que se mostró favorable a la inadmisión de los recursos. La parte recurrida Banco Santander S.A. presentó escrito de alegaciones en fecha 5 de noviembre de 2018, en el que se mostró favorable las causas de inadmisión manifestadas.

**SEXTO.-** La parte recurrente constituyó el depósito para recurrir exigido por la disposición adicional 15.ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En la medida que la sentencia que constituye objeto del presente recurso se dictó en un juicio tramitado por las normas del incidente concursal ( art. 62.2 LC), el cauce adecuado para acceder a la casación es el contemplado en el ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC, acreditando la existencia de interés casacional.

En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, en tanto no se confiera a los TSJ la competencia para conocer del mismo, procederá respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477 LEC, debiendo formularse conjuntamente con el de casación al no tratarse de ninguno de los supuestos previstos en los números 1.º -tutela judicial civil de derechos fundamentales- y 2.º -cuantía superior a 600.000 euros- del artículo 477.2 LEC.

Partiendo de estas premisas, el acuerdo de esta sala sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de fecha 27 de enero de 2017 - al igual que hacía el de 30 de diciembre de 2011-, contempla como causa de inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal -cuando se formula conjuntamente con el recurso de casación- la inadmisión de este último, motivo por el que procede analizar y resolver en primer lugar la procedencia del recurso de casación, y en caso de admitirse pasar a analizar los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

**SEGUNDO.-** La Audiencia estimó el recurso de apelación de Banco Santander S.A. y revocó la sentencia de primera instancia. Se sostiene que el convenio arbitral es un contrato y el **arbitraje** una manifestación de la autonomía privada; por lo que es el pacto que da vida al **arbitraje** y sus efectos se agotan con el inicio del procedimiento arbitral; no se estima que del mismo nazcan obligaciones sinalagmáticas recíprocas que en su caso estuvieran pendientes de cumplimiento, por lo que no cabe promover su resolución por incumplimiento. Por otro lado, las irregularidades procedimentales, así como la falta de independencia de los árbitros o de la Cámara Española de **Arbitraje**, no llevan aparejada la resolución del convenio arbitral conforme las disposiciones de la Ley de **Arbitraje**.

La parte recurrente se opone a la calificación jurídica realizada por la Audiencia, ya que considera que el convenio es un contrato, sinalagmático, de tracto sucesivo que genera obligaciones recíprocas para ambas



partes; por lo tanto, ante su incumplimiento, es susceptible de resolución al amparo de las disposiciones de la LC, y en su caso del art. 1124 CC.

**TERCERO.**- El recurso de casación se articula en tres motivos, que se formulan al amparo del art. 477.2. 3.º LEC en relación con el art. 477.1 LEC.

En el primer motivo, la parte recurrente alega la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de recurso de acuerdo a lo dispuesto en el art. 477.1 LEC, por vulneración de lo establecido en los arts. 21 y 22 de la Ley de **Arbitraje**, con infracción de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 12 de noviembre de 1992, 11 de febrero de 2010 y 23 de mayo de 2002.

La parte recurrente sostiene que la sentencia niega la naturaleza contractual al convenio arbitral, así como su carácter sinalagmático y de tracto sucesivo, y su carácter generador de obligaciones recíprocas respecto de los intervinientes. Se manifiesta que se aplica indebidamente el art. 22 LA a la situación controvertida, por cuanto corresponde el conocimiento de la acción ejercitada en su conocimiento a los tribunales.

El motivo incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.2.º LEC de falta de cumplimiento en el escrito de interposición del recurso, de los requisitos del desarrollo de los motivos, en relación con la cita de preceptos heterogéneos que generan ambigüedad e indefinición de la infracción cometida y discordancia entre el encabezamiento y desarrollo del motivo.

La parte recurrente alude a la vulneración del art. 21 LA que regula la responsabilidad de los árbitros y las instituciones arbitrales y el art. 22 LA que determina la potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia, por lo tanto, son dos preceptos con un contenido totalmente heterogéneo. Sin embargo, a lo largo del desarrollo del motivo se centra en defender el carácter contractual del convenio arbitral y su carácter obligacional, cuestión ajena a los preceptos citados. No se delimita con claridad y precisión la infracción cometida en relación con alguno de los artículos mencionados; ya que únicamente en la parte final del desarrollo del motivo, se menciona que el art. 22 LA se aplica indebida y erróneamente, cuando la acción ejercitada corresponde en su conocimiento a los tribunales y no está sometida a competencia del órgano arbitral, pero sin explicar con claridad y precisión expositiva que permita identificar la infracción cometida. La mezcla de argumentos genera ambigüedad y existe una discordancia entre el encabezamiento del motivo y su desarrollo.

**CUARTO.**- El motivo también incurre en la causa de inadmisión prevista en el artículo 483.2.4.º LEC, de carencia manifiesta de fundamento, por hacer supuesto de la cuestión; esto es, formular una impugnación dando por sentado lo que falta por demostrar o afirmando lo contrario a lo declarado como cierto en la instancia, tal y como ha venido sosteniendo la doctrina jurisprudencial ( SSTS 286/2011, de 29 de abril; 329/2013, de 6 de mayo y 159/2016, de 16 de marzo).

Ello porque la parte recurrente parte de una premisa incorrecta. Sostiene que la Audiencia niega el carácter contractual del convenio arbitral y de la vinculación al mismo de las partes. La Audiencia conoce la naturaleza jurídica del **arbitraje**, sin embargo, no le anuda los efectos pretendidos por la parte recurrente. Así en el fundamento décimo primero, explica:

"El convenio arbitral es un contrato y el **arbitraje** una manifestación de la autonomía privada. Por el convenio arbitral las partes se obligan a someter a **arbitraje** todas o alguna de las controversias surgidas o que puedan surgir de una determinada relación jurídica. Más allá de ese compromiso sobre la forma en que deben dirimir las controversias, del convenio arbitral no nacen obligaciones o prestaciones en sentido estricto de carácter patrimonial. El convenio arbitral es el pacto que da vida al **arbitraje** y, como bien indica la recurrente, sus efectos se agotan con el inicio del procedimiento arbitral. En definitiva el convenio arbitral, como contrato, no cumple con los requisitos exigidos por el art. 61.2.º LC".

**QUINTO.**- En el segundo motivo, se denuncia la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de recurso de acuerdo a lo dispuesto en el art. 477.1 LEC, por vulneración de lo establecido en los arts. 61 y 62 LC, con infracción de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 760/2012 de 18 de diciembre y núm. 161/2012 de 21 de marzo.

El motivo incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.2.º LEC de falta de cumplimiento en el escrito de interposición del recurso, de los requisitos del desarrollo de los motivos, en relación con la cita de preceptos heterogéneos y mezcla de cuestiones procesales, que generan ambigüedad e indefinición de la infracción cometida.

La parte alude a dos preceptos vulnerados de la LC, que tienen contenidos diferentes. El art. 61 LC regula la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas y el art. 62 LC establece la resolución de los distintos



contratos por incumplimiento. Se trata por tanto de dos artículos que establecen cuestiones muy diversas, sin que tampoco se precise el apartado en su caso vulnerado, ya que, a la vista de su contenido, no son aplicables al presente supuesto en su integridad. En el desarrollo del motivo se mezclan argumentos de carácter procesal relativos a la declinatoria de **arbitraje** y cosa juzgada, que no son propias del recurso de casación. Por lo tanto, la cita de preceptos heterogéneos, genera ambigüedad e indefinición de la infracción cometida, por lo que incurre en causa de inadmisión.

**SEXTO.-** El motivo también incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2. 2.º LEC de falta de cumplimiento en el escrito de interposición del recurso, de los requisitos de desarrollo de los motivos, 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.

En relación con el interés casacional alegado, lo cierto es que la sentencia núm. 760/2012, de 18 de diciembre versa sobre la posibilidad de impugnación de la lista de acreedores por no inclusión de crédito derivado de contrato de asesoramiento y si cabe alegar como excepción el incumplimiento contractual del mismo, frente a la solicitud de inclusión. Respecto de la sentencia núm. 161/2012, de 21 de marzo trata sobre la resolución de un contrato de suministro, es decir de tracto sucesivo, y el cumplimiento del mismo al amparo del art. 62.3 LC, en interés del concurso.

En el presente caso, como se ha expuesto, la *ratio decidendi* de la sentencia radica en determinar si cabe aplicar la facultad resolutoria del art. 61.2 LC al convenio arbitral que vincula a las partes intervinientes. Se analiza la naturaleza jurídica del convenio de **arbitraje**, como contrato. No se considera un contrato de tracto sucesivo. Por lo tanto, las sentencias referidas no son idóneas para acreditar el interés casacional, ya que no se aprecia analogía entre los supuestos de hecho.

**SÉPTIMO.-** En el último motivo se alega la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de recurso de acuerdo a lo dispuesto en el art. 477.1 LEC, por vulneración de lo establecido en los arts. 1124 CC, con infracción de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 y 2 de julio de 2015.

La parte recurrente sostiene que la sentencia no reconoce la facultad de resolver las obligaciones al amparo del art. 1124 CC, en caso de incumplimiento contractual.

El motivo incurre en la causa de inadmisión de falta de cumplimiento en el escrito de interposición del recurso, de los requisitos del desarrollo de los motivos, en relación por falta de respeto al ámbito de la discusión jurídica habida en la instancia al plantear cuestiones que no afectan a la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida ( art. 483.2.2.º LEC).

Se alega que la sentencia no reconoce la facultad resolutoria de los contratos prevista en el art. 1124 CC en caso de incumplimiento. Sin embargo, dicha cuestión es ajena a la *ratio decidendi* de la sentencia, sin que se haya mencionado ni se haya resuelto sobre la misma en la sentencia recurrida. La sentencia se centra en determinar la naturaleza jurídica del contrato de vincula a las partes y los efectos que se derivan del mismo; y si es posible su resolución al amparo del art. 61.2 LC así como si la existencia de irregularidades procedimentales en el proceso de **arbitraje** justifican su resolución al amparo de las disposiciones de la Ley de **Arbitraje**.

**OCTAVO.-** La improcedencia del recurso de casación determina igualmente que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya 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, de la LEC.

**NOVENO.-** Por todo ello, el recurso ha de resultar inadmitido en su integridad al incurrir en las causas de inadmisión expuestas. 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 una acción rescisoria de un convenio arbitral. Los procesales arbitrales desarrollados en virtud del mismo 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. Tampoco pueden tomarse en consideración las restantes alegaciones vertidas por la parte recurrente en su escrito alegatorio, pues no hace sino reproducir los mismos argumentos utilizados en el recurso, a los que se ha dado cumplida respuesta.

En consecuencia, 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.



**DÉCIMO.-** Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el art. 483.3 de la LEC y habiendo formulado alegaciones las partes recurridas, procede hacer expresa imposición de las costas del presente recurso a la parte recurrente.

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

#### **PARTE DISPOSITIVA**

##### **LA SALA ACUERDA:**

1º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Delforca 2008 S.A. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta) de fecha 19 de abril de 2016, en el rollo de apelación n.º 749/2015, dimanante de los autos de incidente concursal núm. 190/2013 del concurso voluntario núm. 543/2012, del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Barcelona.

2º) Declarar firme dicha sentencia.

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

4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a la parte recurrente y recurrida, comparecidas ante esta Sala.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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