



Roj: **AAP M 10/2014 - ECLI: ES:APM:2014:10A**

Id Cendoj: **28079370282014200001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **03/03/2014**

Nº de Recurso: **496/2013**

Nº de Resolución: **39/2014**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigésimoctava
C/ Gral. Martínez Campos, 27 - 28010
Tfno.: 914931988
37007750

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0008823

ROLLO DE APELACIÓN: 496/13 .

Procedimiento de origen: MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS nº 527/12. Oposición a medidas cautelares adoptadas inaudita parte.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid.

Parte recurrente : "NATIXIS S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA"

Procurador: Doña María José Bueno Ramírez.

Letrado: Don Vicente Sierra Rocafort y don Pablo Gonzalo Álvarez.

Parte recurrente : "ELISEO FINANCE S.à.r.l.", "BANKIA S.A.", "GOLDMAN SACHS INTERNATIONAL BANK" y "TIBER SPAIN FONDO DE TITULAZIÓN DE ACTIVOS"

Procurador: Don Manuel Lanchares Perlado

Letrado: Doña Natalia Gómez Bernardo y don Rafael Murillo Tapia.

Parte recurrente : "CAIXA GERAL DE DEPOSITOS S.A. SUCURSAL EN FRANCIA", "MERRIL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED, LONDON BRANCH" y "BANC OF AMERICA SECURITIES LIMITED"

Procurador: Doña María José Bueno Ramírez.

Letrado: Don Borja Fernández de Tróconiz y don Javier Castresana Oliver.

Parte recurrida : ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE LA ENTIDAD "ALTECO GESTION Y PROMOCIÓN DE MARCAS. S.L."

Procurador:

Letrado: Don Gregorio de la Morena Sanz.

Parte recurrida : "ALTECO GESTION Y PROMOCIÓN DE MARCAS. S.L."

Procurador: Doña Sara Díaz Pardeiro.

Letrado: Don César Cervera Cantón, don Armando L. Betancor Álamo y don Bernardo Pinazo Osuna



ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

AUTO Nº 39/2014

En Madrid, a tres de marzo de dos mil catorce.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 496/13, el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 5 de febrero de 2013, desestimatorio del incidente de oposición promovido contra el auto de fecha 18 de octubre de 2012 dictado en la pieza de medidas cautelares previas núm. 527/12 seguida ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelantes, "**NATIXIS S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA**"; "**ELISEO FINANCE S.à.r.l.**", "**BANKIA S.A.**", "**GOLDMAN SACHS INTERNATIONAL BANK**" y "**TIBER SPAIN FONDO DE TITULACIÓN DE ACTIVOS**"; y las entidades "**CAIXA GERAL DE DEPOSITOS S.A. SUCURSAL EN FRANCIA**", "**MERRIL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED, LONDON BRANCH**" y "**BANC OF AMERICA SECURITIES LIMITED**"; siendo apelados la **ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE LA ENTIDAD "ALTECO GESTION Y PROMOCIÓN DE MARCAS. S.L."** y la entidad concursada "**ALTECO GESTION Y PROMOCIÓN DE MARCAS. S.L.**", todas ellas representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados, haciendo constar que la posición procesal de la mercantil apelante "**HYPOTTHEKENBANK FRANKFURT AG**" (antes denominada "**EUROHYPO AG**") ha sido asumida por la entidad "**BANC OF AMERICA SECURITIES LIMITED**".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La administración concursal de la entidad "**ALTECO GESTION Y PROMOCIÓN DE MARCAS. S.L.**" formuló solicitud de medidas cautelares previas e *inaudita* parte contra "**BANCA CÍVICA S.A.**", "**BANCO CAM S.A.U.**", "**BANCO CASTILLA LA MANCHA**", "**BANCO DE SABADELL S.A.**", "**BANCO DE VALENCIA S.A.**" (o su subrogado "**ELISEO FINANCE SARL**"), "**BANCO PASTOR**", "**BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**", "**BANKIA S.A.**", "**CAIXA GENERAL DE DEPÓSITOS S.A. SUCURSAL. FRANCE**", "**EUROHYPO AG SUCURSAL ESPAÑA**", "**NATIXIS S.A. SUCURSAL ESPAÑA**", "**NCG BANCO S.A.**", "**THE ROYAL BANK OF SCOTLAND PLC**", interesado la adopción de las siguientes medidas cautelares:

a) La suspensión de la ejecución extrajudicial de la prenda sobre acciones de Gecina, S.A.

b) Notifique y requiera a las ENTIDADES FINANCIERAS, en los domicilios antes indicados, para que suspendan la ejecución extrajudicial de la prenda de acciones, y, además, específicamente a Banco Popular en su condición de Banco Agente para que se lo notifique y comunique a todos los integrantes del crédito sindicado, incluidas las entidades extranjeras (Inglaterra y Francia).

c) Notifique y requiera en Inglaterra y Francia a las entidades de estos países de conformidad con el del Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil, para lo que los solicitantes facilitarán al Juzgado traducciones fieles de la resolución estimatoria que se dicte y del requerimiento acordado.

d) Por el mismo conduzco (sic) a CREDIT AGRICOLE LUXEMBOURG, S.A., a la Att. De D. Isidoro , con domicilio en NUM000 , DIRECCION000 , NUM001 Luxembourg. Fax 0035224678180, a CACEIS en igual domicilio."

SEGUNDO .- El Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid dictó, *inaudita* parte, auto de fecha 18 de octubre de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"I.- Debo estimar y estimo íntegramente la solicitud de medida cautelar interesada la Administración Concursal del concurso de ALTECO GESTIÓN Y PROMOCIÓN DE MARCAS SL, y en su virtud se resuelve:

1º.- Acordar las suspensión cautelar de toda forma de ejecución de la prenda constituida sobre acciones del capital social de Gecina SA que sean titularidad de ALTECO GESTIÓN Y PROMOCIÓN DE MARCAS SL.

2º.- Acordar requerir a las entidades y personas acreedores pignoraticios de dichas acciones, y en concreto a BANCA CÍVICA SA, BANCO CAM SAU, BANCO CASTILLA LA MANCA, BANCO DE SABADELL SA, BANCO DE VALENCIA SA (O SU SUBROGADO ELISEO FINANCE SARL), BANCO PASTOR, BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, BANKIA SA, CAIXA GENERAL DE DEPÓSITOS SA SUCCURS. FRANCE, EUROHYPO AG SUCURSAL ESPAÑA, NATIXIS SA SUCURSAL ESPAÑA, NCG BANCO SA, THE ROYAL BANK OF SCOTLAND PLC, para que se abstengan



de toda forma de realización o ejecución de dicha prenda sobre acciones de participación social en Gecina SA, que pertenezcan a ALTECO GESTIÓN Y PROMOCIÓN DE MARCAS SL. Tal requerimiento deberá hacerse bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad e incurrir en posible responsabilidad de daños y perjuicios causados a la masa, para el caso de una resolución estimatoria en el proceso principal.

3º.- Acordar requerir a cualquier depositario directo o indirecto de dichas acciones, en concreto a CREDIT AGRICOLE LUXEMBOURG SA y a CACEIS para que se abstengan de toda actuación tendente a la realización de dichas acciones, o actos de favorecimiento a los acreedores para tal fin.

4º.- Acordar a todas las personas y entidades citadas la notificación de esta resolución, de acuerdo con las exigencias legales en cada caso.

II.- Debo declarar y declaro que no procede exigir prestación de caución a la Administración Concursal para la inmediata efectividad de la medida acordada.

III.- Debo declarar y declaro que la efectividad de esta medida queda sometida únicamente a su alteración por este Juzgado, o a las resultas del proceso principal. A tal efecto, deberá la Administración Concursal del concurso de ALTECO GESTIÓN Y PROMOCIÓN DE MARCAS SL presentar demanda principal dentro de los veinte días hábiles siguientes a la fecha de esta resolución para la conservación de los efectos de la medida."

TERCERO .- Las entidades "NATIXIS S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA"; "BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.", "CAIXA GERAL DE DEPOSITOS S.A. SUCURSAL EN FRANCIA", "MERRIL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED LONDON BRANCH" (subrogado en la posición contractual que ostentaban las entidades BANCO CAM Y BANCO DE SABADELL) y "BANC OF AMERICA SECURITIES LIMITED" (subrogado en la posición contractual que ostentaba la entidad "NCG BANCO SA."); "ELISEO FINANCE Sà.r.l." (subrogado en la posición contractual que ostentaba la entidad "BANCO DE VALENCIA SA."), "BANKIA S.A." y "GOLDMAN SACHS INTERNATIONAL BANK" (en su condición de subrogada en la posición contractual que ostentaban las entidades "THE ROYAL BANK OF SCOTLAND PLC" y "CAIXABANK S.A." a su vez, esta última subrogada en la posición contractual que ostentaba las entidades "BANCA CÍVICA S.A." y parte del crédito ostentado por "BANCO POPULAR, SA."); e HYPOTHENKEN BANK (antes EUROHYPO A.G.), formularon oposición al auto de mediadas cauteles y, tras los trámites oportunos, el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid dictó auto de fecha 5 de febrero de 2013 , aclarado por otro de 7 de febrero de 2013 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

" I.- Con desestimación íntegra de las oposiciones formuladas por **NATIXIS SA. SUCURSAL EN ESPAÑA, BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, CAIXA GERAL DE DEPOSITOS SA. SUCURSAL EN FRANCIA, MERRYL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED LONDON BRANCH , BANK OF AMERICA SECURITIES LIMITED, ELISEO FINANCE SARL, BANKIA SA, GOLDMAN SACHS INTERNATIONAL BANK, e, HYPOTHENKEN BANK**, debo acordar y acuerdo el mantenimiento de la medida cautelar acordada en el presente proceso mediante Auto de fecha 18 de octubre de 2011, en todos sus extremos.

II.- Debo imponer e impongo las costas procesales generadas en la presente oposición a, **NATIXIS SA. SUCURSAL EN ESPAÑA, BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, CAIXA GERAL DE DEPOSITOS SA. SUCURSAL EN FRANCIA, MERRYL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED LONDON BRANCH , y BANK OF AMERICA SECURITIES LIMITED, ELISEO FINANCE SARL, BANKIA SA, GOLDMAN SACHS INTERNATIONAL BANK, e, HYPOTHENKEN BANK**, según tasación de las mismas que pudiera realizarse en incidente promovido al efecto. "

CUARTO .- Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por las respectivas representaciones de los opositores se interpusieron los correspondientes recursos de apelación a los que, una vez admitidos por el Juzgado, se han opuesto la concursada y la administración concursal. Tramitados en forma legal los recursos de apelación, que han dado lugar a la formación del presente rollo, se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 27 de febrero de 2014.

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

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ .

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- La administración concursal de la entidad "ALTECO GESTION Y PROMOCIÓN DE MARCAS. S.L." formuló solicitud de medidas cautelares previas e *inaudita* parte contra las entidades financieras que ya han quedado reseñadas en los antecedentes de hecho de esta resolución interesando las concretas medidas cautelares que también se han transcrito literalmente en dichos antecedentes y, en esencia, la suspensión de la ejecución extrajudicial de la garantía financiera otorgada en favor de dichas entidades por la mercantil "ALTECO GESTION Y PROMOCIÓN DE MARCAS. S.L." sobre determinadas acciones de la entidad francesa "GECINA, S.A.", titularidad de aquella sociedad, cuya prenda, sujeta a derecho luxemburgués, se había constituido en

garantía de una póliza de crédito suscrita entre dichas entidades financieras y la mercantil "ALTECO GESTION Y PROMOCIÓN DE MARCAS. S.L." como acreditada.

Las medidas cautelares se solicitaron con carácter previo a la interposición de una futura demanda en la que se pretendían ejercitar dos concretas acciones:

a) una acción de impugnación y, concretamente, según la administración concursal de inexistencia o subsidiariamente de nulidad o de ineficacia frente a terceros del contrato de prenda otorgado en documento privado con fecha 25 de marzo de 2009 por no haberse constituido la prenda con las formalidades exigidas en la ley española, que considera aplicable por haberse celebrado el contrato en España, a pesar de quedar sometida al Derecho de Luxemburgo por expreso pacto de las partes, limitándose a indicar el solicitante que por constituirse en documento privado la fecha no produce efecto frente a tercero con el exclusivo apoyo del artículo 1227 del Código Civil, añadiendo, sin más razonamiento, que de no quedar sujeta la prenda a la legislación española en cuanto a su formalización sería un fraude de ley y un abuso de derecho; y

b) la acción rescisoria concursal del artículo 71.1 de la Ley Concursal por entender perjudicial para la masa activa la modificación efectuada el día 30 de enero de 2012 -dentro de los años anteriores a la declaración de concurso, que tuvo lugar el día 11 de octubre de 2012- de la cláusula 23.3 del contrato de crédito de fecha 7 de mayo de 2006, en virtud de la cual se amplió la garantía prendaria, en tanto que con la redacción original sólo era posible la ejecución de la garantía en caso de resolución anticipada del contrato de crédito y como consecuencia de su novación la garantía se extendió también al supuesto de vencimiento final del término del contrato de crédito, lo que indirectamente suponía la modificación del contrato de prenda, lo que a juicio de la administración concursal constituía un acto perjudicial para la masa activa.

También se alegaba como justificación del peligro por la mora procesal: a) el hecho mismo de que las entidades financieras procedieran de modo inmediato y sin intervención judicial a la ejecución separada de las acciones para cobrar su importe e hicieran desaparecer éste en perjuicio de los acreedores; b) que se trataba de bienes necesarios para la masa activa y la actividad o producción de la concursada; c) que con la ejecución de la garantía se atacaba de forma directa al activo principal de la sociedad y a su tráfico mercantil.

Por lo demás, la solicitud previa a la demanda y la adopción de las medidas cautelares *inaudita* parte se justificaban implícitamente en la urgencia derivada de la inmediata ejecución de la garantía.

El Juzgado de lo Mercantil estimó *inaudita* parte la petición cautelar y acordó, sin necesidad de prestar caución, la suspensión de toda forma de ejecución de la prenda constituida sobre acciones del capital social de "GECINA, S.A." que fueran titularidad de "ALTECO GESTIÓN Y PROMOCIÓN DE MARCAS S.L.", con los demás pronunciamientos transcritos en los antecedentes de hecho de esta resolución. En esencia, el *periculum in mora* se sostenía en que: (i) se corría el riesgo de la inmediata ejecución de la garantía y, por ello, de que se perdieran de forma irrevocable e irreversible las acciones dadas en prenda; (ii) riesgo de daños para el concurso de enorme volumen, ya que el objeto de la garantía constituye prácticamente la totalidad de la masa activa, por lo que su realización consumiría el patrimonio destinado a satisfacer a los acreedores.

Por su parte, la apariencia de buen derecho se sostuvo sobre las siguientes bases: (i) el acto impugnado se ha realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso; (ii) las medidas las promueve la administración concursal, que es la legitimada para ejercitar la acción rescisoria concursal; (iii) la modificación del alcance de la garantía prendaria puede ser perjudicial para la masa activa, en tanto que supone una ampliación de los supuestos en que puede ejecutarse la prenda, pudiendo integrar un supuesto de ampliación de garantías sobre deudas preexistentes; (iv) puede tener sentido la alegación de la administración concursal según la cual la validez de la prenda queda sometida a Derecho español, con aplicación de los artículos 10 y 11 del Código Civil; (v) las garantías financieras pueden ser objeto de acciones de reintegración en el Estado de apertura del concurso aun cuando el objeto de la garantía esté en otro Estado miembro en aplicación de los artículos 5.4 y 4.2 del Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

Frente a la citada resolución las entidades financieras contra las que se dirigía la solicitud formularon oposición con argumentos sustancialmente coincidentes negando todas ellas la concurrencia del requisito del *periculum in mora* y de la apariencia de buen derecho, poniendo también de manifiesto la necesidad de que, de mantenerse la medida cautelar, se fijase caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que de ella pudieran seguirse para los demandados. Además, en el escrito de oposición formulado por "ELISEO FINANCE S.à.r.l.", entre otras entidades, y en el de "CAIXA GERAL DE DEPOSITOS S.A. SUCURSAL EN FRANCIA", entre otras entidades, se denunciaba la falta de instrumentalidad de la medida cautelar y, en el primero de ellos, la falta de subsidiariedad de la medida adoptada al poder ser sustituida por otra igualmente eficaz y menos gravosa, como la prohibición a los demandados de vender las acciones que adquirieran al ejecutar la prenda por apropiación, considerando, por último, que la solicitud cautelar incurría en fraude de ley al lograr que el



contrato de prenda se viera limitado o restringido por la apertura del concurso con infracción del artículo 15.5 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

Muy resumidamente, la ausencia del requisito de la apariencia de buen derecho se sostenía en los siguientes fundamentos: (i) la prenda estaba constituida y sujeta a Derecho luxemburgués al estar en Luxemburgo la cuenta principal de las acciones pignoras, lo que es conforme al artículo 17 del Real Decreto Ley 5/2005, cumpliendo el contrato los requisitos de forma del Derecho luxemburgués y, en su caso, de la norma española (artículo 8.1 Reglamento 5/2005); (ii) la prenda es inatacable desde el punto de vista del Derecho luxemburgués, lo que impide su rescisión en el Estado de apertura del concurso en aplicación del artículo 13 Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia; (iii) aun cuando se considerase que dicha norma no es aplicable, la prenda no podría rescindirse al no haberse alegado ni probado el fraude en su constitución, lo que es exigido por el artículo 15.5 del Real Decreto Ley 5/2005; (iv) la modificación del contrato de crédito no amplía los supuestos en que podía ejecutarse la prenda porque desde la constitución de ésta podía ejecutarse la prenda en caso de vencimiento final del contrato, por lo que el acto impugnado no causa perjuicio a la masa activa.

La falta de *periculum in mora*, según unas u otras oposiciones, se fundamentaba en que la ejecución de la prenda por apropiación era consustancial a su naturaleza, libremente aceptada por las partes, y que ningún obstáculo había, dada la solvencia de las demandadas, para que, en caso de estimarse la futura demanda, devolvieran a la masa el importe de las acciones y, en su caso, se volvieran a adquirir unos títulos que cotizan en bolsa o que al ejecutarse la prenda por apropiación ningún riesgo existía de ineffectividad de la sentencia puesto que las demandadas estaban en disposición de reintegrar las acciones.

El Juzgado de lo Mercantil rechazó las oposiciones partiendo, por un lado, de que en el incidente de oposición es carga de los opositores acreditar la ausencia de los requisitos que sostienen la medida cautelar cuya concurrencia ya ha sido afirmada por una resolución judicial y, de otro, que ha quedado fuera del objeto del incidente la apreciación del *fumus boni iuris* con base en la inicialmente alegada falta de validez de contrato de constitución de la prenda por defectos de forma conforme al Derecho español. En lo demás, la resolución, aunque admite "*a los meros efectos de resolver esta oposición*" que es aplicable el Derecho luxemburgués, considera que la modificación del contrato de crédito supuso un cambio de calado en la extensión del derecho real de prenda en tanto que ésta, tras la novación objeto de impugnación, garantizaba la devolución del importe adeudado no sólo en el supuesto de resolución anticipada sino también tras el vencimiento final del término, lo que podía constituir un acto perjudicial para la masa activa, sin que pudiera deducirse otra cosa de los informes jurídicos sobre Derecho luxemburgués aportados por los opositores a las medidas cautelares en tanto que el juzgador considera que, conforme a Derecho Luxemburgués, las partes pueden modular el contenido del derecho real de prenda de modo que ésta garantice las cantidades adeudadas para el supuesto de resolución anticipada y no de la devolución del importe adeudado al vencimiento final del contrato. Por último, frente a la alegación de que la prenda resulta intangible en el concurso de la deudora en aplicación del Reglamento (CE) 1.346/2000, de 29 de mayo, la resolución se remite a los razonamientos contenidos en los fundamentos jurídicos nº 14 y 15 del auto de medidas cautelares.

También rechaza las alegaciones que trataban de combatir el peligro por la mora procesal indicando que ni fáctica ni jurídicamente puede equipararse el interés de la concursada en la disposición de la titularidad sobre las acciones de "GECINA, S.A.", como situación generada *in natura*, a la mera compensación por equivalencia sobre dicha titularidad, pudiendo ser muy problemática, llegado el caso, la restitución de las acciones porque: (i) la admisión a cotización puede ser revocada o suspendida, lo que haría de todo punto imposible la restitución; (ii) su adquisición dependería la voluntad de venta de los nuevos titulares, terceros a quienes no se puede obligar a realizar dicha venta, por lo que no puede garantizarse tal restitución y (iii) al tratarse de mercados regulados, la recuperación de dichas acciones, dado su número y porcentaje sobre el capital social de "GECINA, S.A.", podría requerir la formulación de una OPA, lo que dificultaría la ejecución de la restitución.

Por último, la resolución mantiene su criterio sobre la adopción de las medidas cautelares sin necesidad de exigir caución a la administración concursal.

Frente a la resolución se alzan las demandadas que reprochan a la resolución haber invertido la carga de la prueba como consecuencia de su concepción del incidente de oposición; ponen de manifiesto la indebida admisión del dictamen sobre derecho luxemburgués aportado por la administración concursal en el acto de la vista de oposición, que alguna de las apelantes extiende a toda la prueba documental aportada; e insisten en la falta de concurrencia de los requisitos para la adopción de las medidas cautelares, reiterando, en esencia, los argumentos expuestos en sus respectivos escritos de oposición; además, la defensa de la entidad "ELISEO FINANCE S.à.r.l." y otras, también reitera la falta del requisito de la subsidiariedad; y todas ellas insisten



en la necesidad de prestar caución suficiente para responder de los daños y perjuicios en caso de que se mantuvieran las medidas cautelares.

Por su parte, en el escrito de apelación presentado por "ELISEO FINANCE S.à.r.l." y otras, se denuncia la incongruencia *extra petita* y falta de motivación de la resolución apelada, infracción procesal de falta de motivación que también se censura en el escrito de apelación interpuesto por la entidad "NATIXIS, S.A.", con base en las alegaciones que luego serán analizadas.

Por último, en el escrito de interposición del recurso de apelación formulado, entre otras entidades, por "ELISEO FINANCE S.à.r.l.", se interesa, además de la revocación de la resolución apelada con costas tanto de la oposición como del recurso de apelación, que conforme a lo establecido en el artículo 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se condene al solicitante de las medidas cautelares al pago de las costas derivadas de la oposición a la medida cautelar adoptada por el auto de 12 de octubre de 2012 (en realidad, 18 de octubre de 2012) en relación con la anunciada y no interpuesta acción de nulidad de la prenda por defectos de forma, declarando igualmente que la solicitante es responsable de los daños y perjuicios causados a las demandadas en relación con dicha anunciada y no interpuesta demanda.

La administración concursal y la concursada interesan la desestimación de los recursos de apelación y la confirmación de la resolución apelada.

Dada la complejidad que para la estructura de esta resolución supone la existencia de pluralidad de partes opositoras que han formulado cuatro escritos de apelación con alegaciones sólo parcialmente coincidentes, el tribunal, por razones sistemáticas y de claridad expositiva, considera adecuado abordar en primer lugar las alegaciones comunes relativas a la configuración del incidente de oposición e indebida admisión de la prueba propuesta por la administración concursal en el acto de la vista de oposición, para luego analizar las infracciones de normas o garantías procesales que podrían determinar, de apreciarse, la revocación de la resolución y que el tribunal resolviera directamente sobre las oposiciones al auto de medidas cautelares. Por último, se revoque o no la resolución como consecuencia de las alegadas infracciones procesales, el tribunal examinará hasta donde resulte necesario la justificación de los requisitos exigidos para la adopción de las medidas acordadas en el auto de medidas cautelares al que se opusieron las demandadas que se ahora se alzan contra la resolución que rechazó sus respectivas oposiciones.

SEGUNDO .-La naturaleza del incidente de oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado

La resolución apelada entiende que la posición procesal de la parte que se ve sometida a las medidas cautelares y se opone a su mantenimiento no es la misma que tendría en el cauce común de adopción de tales medidas con contradicción inicial. Considera que en el caso de las medidas acordadas *inaudita* parte existe ya una resolución judicial que ha examinado la concurrencia de los presupuestos necesarios para otorgar la medida con el examen de la documentación probatoria aportada por la parte solicitante. Afirma, además, que la medida acordada sin audiencia es plenamente válida y efectiva sin necesidad de ulterior trámite, en tanto que constituye una resolución judicial, no ya una mera solicitud de parte, que es directamente ejecutiva en sus propios términos.

Por todo ello, concluye que de deducirse la eventual oposición de la parte sometida a la medida, pasa a constituir una carga para la parte opositora el acreditar la ausencia de los requisitos que sostienen la medida ya adoptada, en sí misma válida y eficaz, carga que se refleja tanto en el orden de alegaciones como en la aportación de prueba y consecuencias de la falta de éxito en el resultado de su actividad probatoria, sin que, conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sea la parte que se ve favorecida por la medida cautelar quien debe volver a probar o acreditar los presupuestos para su mantenimiento, puesto que ello ya fue realizado en el trámite de adopción de la misma.

El tribunal no participa del planteamiento de la resolución apelada sobre el incidente de oposición a las medidas cautelares adoptadas *inaudita* parte.

Como ya hemos tenido ocasión de razonar en otras resoluciones, autos de 12 de abril de 2013 y 3 de enero de 2014, el incidente de oposición opera como un mecanismo para preservar el principio de contradicción en aquellos supuestos en que, por apreciarse justificación para ello, se ha adoptado una medida cautelar *inaudita* parte.

Se trata, como ha puesto de manifiesto cualificada doctrina, de restablecer el equilibrio entre las partes, momentáneamente roto por razones de urgencia o de efectividad, al haberse adoptado una medida cautelar sin haber oído a quien queda sujeto a ella.



Lo que se persigue por medio de dicho incidente es asegurar que aquel contra el que se decretó una medida sin oírle previamente pueda hacer valer sus argumentos con toda amplitud, preservando de esta forma el principio de contradicción y a ello responde el artículo 740 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando señala que el que formule oposición: "... podrá esgrimir como causas de aquella cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas efectivamente acordadas, sin limitación alguna".

El último inciso del precepto, cuando alude a la posibilidad de formular oposición "sin limitación alguna" tiene origen en las cuestiones que en su día suscitó el artículo 1.416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el cual dio lugar a dos interpretaciones divergentes en cuanto a la amplitud del objeto de la oposición al embargo preventivo que en él se regulaba: había un sector que, ateniéndose al literal del precepto, consideraba que la defensa del deudor solo podía referirse al presupuesto del peligro en la demora; para otro sector de la doctrina y los tribunales menos apegados a una interpretación literal del precepto, la defensa podía hacerse extensiva a la situación jurídica cautelable, a su acreditación documental y, en relación con este, a la exigibilidad o suficiencia de la fianza. El artículo 740 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil persigue poner fin a ese debate, consagrando la posibilidad de formular oposición con fundamento en cualesquiera de los elementos de ineludible concurrencia para la adopción de una medida cautelar.

El incidente de oposición se presenta, por tanto, como instrumento dotado de autonomía procesal y con objeto propio y definido, centrado en el reexamen de la pertinencia de las medidas cautelares.

El objeto del incidente de oposición está conformado exclusivamente por la reconsideración, en contradicción con el demandado, de la pertinencia de la medida cautelar ya adoptada, pero ello no implica inversión de la carga de la prueba tal y como se defiende en el auto apelado.

Por el contrario, en el incidente de oposición se trata, a la vista de la contradicción derivada de la oposición, esto es, de las alegaciones y pruebas que pueda aportar la parte demandada, de decidir si las medidas cautelares fueron o no correctamente adoptadas, sin que ello traslade a los demandados la carga de acreditar la falta de concurrencia de los requisitos exigidos para su adopción. El hecho de que el juez adopte *inaudita* parte una medida cautelar no traslada al opositor la carga de probar la no concurrencia de los requisitos exigidos para su adopción y le bastará alegar, por ejemplo, que el solicitante no acreditó oportunamente alguno de ellos o que ni siquiera llegó a alegar las circunstancias que pudieran justificar cualquiera de los presupuestos legales y, en consecuencia, que las medidas fueron indebidamente adoptadas.

El incidente de oposición no relaja las exigencias derivadas del contenido del artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que requiere que el solicitante justifique cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción, de modo que, adoptadas las medidas sin audiencia de parte, en el incidente de oposición el que las sufre tenga que acreditar que no concurren dichos presupuestos. Como es natural, el opositor puede intentar acreditar la falta de concurrencia de los presupuestos legales para la adopción de la medida pero también le basta con esgrimir como causa de oposición "*cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia... de la medida o medidas efectivamente acordadas*".

En definitiva, de lo se trata es que el juez, a la vista de las alegaciones y pruebas aportadas por las demandadas, reconsidere su decisión sobre la procedencia de adoptar las medidas cautelares. De otra forma, la posición procesal del sujeto pasivo de la tutela cautelar se vería injustificadamente agravada de modo que, primero, tiene que soportar una medida cautelar sin ser oído, para luego, tener que acreditar que no concurrían los requisitos para adoptar las que se decretaron sin oírle, cuando ésta es carga del solicitante, se pidan las medidas con o sin audiencia de parte.

TERCERO .-Revisión de la declaración de pertinencia de los medios de prueba propuestos por la administración concursal en el acto de la vista de oposición

A la vista de la resolución apelada, esta cuestión podría parecer irrelevante en la medida en que aquélla no toma en consideración para fundar su decisión desestimatoria de las oposiciones al auto de medidas cautelares ninguna de las pruebas propuestas por la administración concursal en el acto de la vista y que fueron admitidas por el juez, pero conviene dejar resuelta dicha cuestión dado que tal falta de consideración viene determinada, precisamente, por la concepción del incidente de oposición que mantiene el juzgador y que aquí ha sido rechazada, lo que, en su caso, puede afectar a la posterior valoración sobre la acreditación de los requisitos exigidos para mantener las medidas cautelares.

Todas las demandadas consideran que debió rechazarse en la vista la aportación del informe de Derecho extranjero suscrito por Kleyr Grasso Associes aportado por la administración concursal en el acto de la vista de oposición, incluso en los recursos encabezados, respectivamente, por la entidad "ELISEO FINANCE S.à.r.l.",



"CAIXA GERAL DE DEPÓSITOS S.A., SUCURSAL. FRANCE" y "NATIXIS S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA" se extiende ese juicio negativo a los demás documentos aportados por la administración concursal en dicho acto.

Con independencia de que en el juzgado se admitiera y se desestimara el recurso de reposición interpuesto en el acto de la vista contra la decisión de admitir los medios de prueba propuestos por la administración concursal, lo cierto es que contra la resolución del juez en dicho acto sobre la pertinencia o impertinencia de los medios de prueba no cabía recurso alguno (artículos 734.3 y 741.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, en ningún caso, contra la resolución por la que se admite un medio de prueba cabe interponer recurso de apelación, como indebidamente se efectúa en los recursos formulados por "NATIXIS S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA" e "HYPOTTHEKENBANK FRANKFURT AG", cuya posición procesal ha sido asumida por la entidad "BANC OF AMERICA SECURITIES LIMITED".

La consecuencia de la indebida declaración de impertinencia o pertinencia de un medio de prueba en primera instancia no es otra que se denuncie la infracción con ocasión de la interposición del recurso de apelación de modo que, en el primer caso, se propongan en segunda instancia las pruebas que hubieran sido indebidamente denegadas en la instancia precedente (artículo 460.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, en el segundo, que no se tomen en consideración aquellos medios de prueba que indebidamente hubieran sido admitidos (artículo 734.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y en tal sentido tendremos por hechas las alegaciones de todas las apelantes.

Aclarado lo anterior, también debe precisarse que el recurso de reposición interpuesto contra la admisión de los medios de prueba se limitó a la aportación del informe de derecho extranjero y no a los demás medios de prueba propuestos por la administración concursal (01:28:36 y ss de la grabación del acto de la vista) y, en consecuencia, sólo cabe reproducir en segunda instancia si ese concreto medio de prueba fue correctamente declarado pertinente.

Hecha la anterior precisión, el tribunal considera que, efectivamente, la prueba fue correctamente admitida en el acto de la vista de oposición aunque, ya anticipamos, que su admisión en nada cambia el signo de esta resolución, como luego se razonará.

El contenido de la solicitud de medidas cautelares está regulado en el artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con independencia de que se formulen antes, con la demanda o después de su presentación. Cualquiera que sea el momento en que, conforme al artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se presente la petición cautelar, la solicitud debe cumplir los requisitos generales del artículo 732 sin perjuicio de que, además, se cumplan los específicos exigidos para cuando se presente con anterioridad -las razones de urgencia o necesidad a que alude el artículo 730.2- o con posterioridad -los hechos o circunstancias que justifiquen la solicitud en ese momento a que se refiere el artículo 730.4- y, en cualquiera de los supuestos si, además, se pretende la adopción inaudita parte, que se cumplan los requisitos del artículo 733.2, esto es, que se acrediten razones de urgencia que impidan la citación del demandado o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar.

En cualquier caso, por imperativo del artículo 732.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , para el actor la posibilidad de proponer prueba precluye con la solicitud de medidas cautelares.

Como es natural, que la medida cautelar se pida y se otorgue sin audiencia de parte no coloca al solicitante en mejor posición frente a la oposición del demandado que cuando que pide y se otorga con previa audiencia. Si con audiencia, a pesar de la literalidad del artículo 734.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el solicitante no puede proponer medios de prueba que debió aportar o proponer en la solicitud, cuando se adoptan sin previa audiencia, en caso de posterior oposición, no pueden ampliarse las posibilidades de prueba de la parte solicitante en la medida que la oposición viene a suplir la falta de audiencia previa.

En definitiva, la remisión que efectúa el artículo 741.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al artículo 734 -que contempla que en la vista de medidas cautelares, con audiencia o tras la oposición, el actor y demandado puedan exponer lo que a su derecho convenga, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan- no puede eludir la previsión contenida en el artículo 732 según la cual para el actor precluye la posibilidad de proponer pruebas con la solicitud de las medidas cautelares de modo que éste en la vista sólo podrá servirse de las que hubiera propuesto en la solicitud cautelar.

Ahora bien, tanto en la vista celebrada para dar audiencia al demandado como la que se celebre como consecuencia de la oposición de las medidas adoptadas inaudita parte, nada impide otorgar al solicitante la oportunidad de contradecir los hechos y razones aducidos por el demandado como causa de oposición a la medida cautelar y proponer las pruebas en sustento de los mismos, siempre que se trate de combatir, por ejemplo, la invocación de una posible excepción que pudiera afectar a la apariencia de buen derecho o alegaciones sorpresivas introducidas por los demandados.



Este es también el criterio que se sigue para el juicio declarativo y, concretamente, para la aportación de dictámenes tras la demanda de conformidad con los artículos 238 y 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que por analogía podemos tener en cuenta para el proceso cautelar. Para que resulte aplicable esta norma de naturaleza excepcional no basta con que los términos de la contestación a la demanda sugieran a la parte actora la conveniencia de reforzar sus planteamientos mediante la aportación de informes periciales. Por el contrario, la pertinencia de esos informes periciales, en principio extemporáneos, sólo concurre cuando, como señala el precepto legal, son los propios términos de la contestación los que ponen de manifiesto esa necesidad probatoria, todo lo cual requiere que pueda afirmarse con solvencia que los argumentos hechos valer por la parte demandada revisten características de tal naturaleza que resultan para la parte demandante sorprendidos en sentido propio. Cuando ello no sucede así, la necesidad de la prueba pericial no nace de la contestación a la demanda sino que nace con la propia demanda. Tampoco cabe admitir que la incorporación de dictámenes periciales se efectúe a modo de contra-prueba e incluso de réplica encubierta, en este sentido sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2011 .

En la solicitud cautelar se sostenía que conforme al contrato de prenda la garantía sólo podía ser ejecutada en los supuestos de declaración de resolución anticipada y éstos eran los previstos en el artículo 23 del contrato de crédito que sólo contemplaba como tal la resolución anticipada y no el vencimiento final del contrato. Como consecuencia de la novación del contrato de crédito que se pretende impugnar se modifica el citado artículo 23 para incluir en dicho precepto el vencimiento final del contrato de modo que, a juicio de la administración concursal, se amplían los supuestos en que la garantía puede ser ejecutada, lo que constituye un acto perjudicial para la masa activa.

Son los demandados los que en el escrito de oposición alegan que conforme al Derecho luxemburgués es irrelevante la modificación porque aunque no se hubiera realizado la novación, la prenda, por su propia naturaleza, comprendía la ejecución de la garantía al vencimiento final del contrato. No es sorprendente la invocación del Derecho luxemburgués cuando la prenda se constituye con sujeción a dicho Derecho pero sí que sea irrelevante la novación -que efectivamente se acordó- conforme a esa normativa.

Dado que la modificación se realizó, la prueba aportada por la administración concursal trata de combatir la alegación sorprendente de que, en realidad, conforme al Derecho luxemburgués la novación es insustancial porque aunque no se hubiera hecho la garantía cubría el supuesto de vencimiento final aun cuando no estuviera contemplada expresamente en la redacción inicial del contrato de crédito al que se remitía el de constitución de la prenda.

CUARTO .- De la alegada infracción de normas o garantías procesales: incongruencia *extra petita* y falta de motivación

4.1 Incongruencia extra petita por infracción de la prohibición del principio de la mutatio libelli con vulneración del artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En el escrito de apelación formulado, entre otras, por la entidad "ELISEO FINANCE S.à.r.l.", se reprocha a la resolución apelada haber incurrido en incongruencia bajo el enunciado que acabamos de transcribir como rúbrica de este apartado.

Resulta difícil dar contestación a la alegación por construirse de forma absolutamente artificial y confusa, invocando cuestiones heterogéneas que nada tienen que ver con el reproche de incongruencia, tales como la inversión de la carga de la prueba, falta de prueba del Derecho luxemburgués, indebida valoración de la prueba, interpretación errónea del Real Decreto Ley 5/2005 o la desigualdad en el tratamiento de las partes.

Lo único que podríamos relacionar con el vicio de incongruencia en la modalidad invocada, que supone que la resolución se ha pronunciado sobre un extremo que no ha sido objeto de las pretensiones de las partes, sería la referencia que hace el apelante a que, según éste, el auto apelado considera que la cuestión gira en torno a si la voluntad de las partes puede excluir bajo Derecho luxemburgués el supuesto de vencimiento final como supuesto de ejecución de la garantía, lo que se desarrolla en la resolución sin apoyo en alegación alguna efectuada por el solicitante. Esto es, lo que parece que alega y no precisa el apelante es que el juez al resolver la oposición se ha apartado de la causa de pedir deducida en la solicitud, lo que, sencillamente, no es cierto.

En la solicitud se afirma que la novación es un acto perjudicial para la masa activa porque se incluye como causa de ejecución de la prenda el supuesto de vencimiento final, es más, es la única alegación que se efectúa en la solicitud para atacar el acto que se reprocha perjudicial y ante la alegación contenida en todas las oposiciones de que, conforme al Derecho luxemburgués, la prenda comprendería en todo caso la ejecución al vencimiento final, la resolución da contestación a dichas oposiciones para, acertadamente o no, rechazarlas, pero ni el solicitante ha incurrido en la prohibición de la *mutatio libelli* ni la resolución es incongruente.



El solicitante puede abandonar durante la sustanciación de las medidas cautelares algunos de los argumentos utilizados para sostener la petición cautelar sin que ello implique infracción alguna. Nada impide al solicitante mantener en la oposición que ya no va sostener la petición en la inicialmente alegada ineficacia de la prenda por defectos en su constitución sin que ello implique una *mutatio libelli* prohibida.

Otra cosa es que adoptada una medida cautelar con base a esa supuesta ineficacia luego no se presentara la demanda ejercitando esa acción, en cuyo caso se deben producir los efectos contemplados en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que también estima infringido el recurrente. Sin embargo, las consecuencias previstas en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deben ser declaradas en el Juzgado y no directamente en apelación cuyo ámbito se limita a revisar si la medida cautelar se adoptó o no correctamente, hasta el punto de que podría confirmarse la resolución y, en su caso, tener que alzarse en el Juzgado por efecto del citado precepto. En todo caso, la medida cautelar se adoptó con fundamento en el carácter perjudicial de la novación del contrato de crédito que implicaba una ampliación de los supuestos de ejecución de la prenda, cuya válida constitución se admite, por lo que, sin perjuicio de lo que pudiera apreciar el Juzgado y, concretamente, el secretario en aplicación del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ningún efecto parece que podría tener el hecho de que no se hubiera ejercitado la acción de reintegración respecto de la prenda por defectos en su constitución.

4.2. *Incongruencia extra petita en relación con las pretensiones de la solicitud de medida cautelar, con infracción del artículo 721.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

La misma parte alega ahora que en la solicitud cautelar lo que se pidió fue *"la suspensión de la ejecución extrajudicial de la prenda sobre acciones de Gecina"* mientras que la medida cautelar acordada consiste en *"la suspensión cautelar de toda forma de ejecución de la prenda constituida sobre acciones de capital social de Gecina"*.

En esencia, se tacha de incongruencia la resolución porque la medida otorgada (suspensión de toda forma de ejecución de la garantía) excede de la solicitada (la ejecución extrajudicial) de modo que, no habiéndose solicitado, se impide a los acreedores ejecutar la prenda en función de compromisos no sujetos a reintegración o derechos concedidos por la Ley de Luxemburgo.

La medida cautelar se otorgó en el auto de 18 de octubre de 2012 por lo que la supuesta incongruencia debió ser oportunamente alegada en trámite de oposición, por lo que ahora constituye una cuestión nueva vedada por el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hemos de recordar que, de acuerdo a nuestra tradición histórica, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, acoge un modelo de segunda instancia limitada, como *revisio prioris instantie*. La prohibición de introducir cuestiones nuevas en segunda instancia es un principio fundamental del recurso de apelación, positivizado en el citado artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por no ser un nuevo proceso, las partes no pueden pretender articular pretensiones nuevas o solicitudes no deducidas oportunamente en aquella. No solo no cabe modificar el objeto de las actuaciones de manera improcedente respecto de la primera instancia sino que tampoco cabe convertir la apelación en un juicio nuevo.

4.3 *Falta motivación.*

Tanto en el recurso de apelación encabezado por la entidad "ELISEO FINANCE S.à.r.l." como en el formulado por la mercantil "NATIXIS, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA" se imputa a la resolución apelada el vicio de falta de motivación y exhaustividad con infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las partes alegan que pese a ser un argumento fundamental de sus respectivos escritos de oposición, la resolución no ha dado contestación alguna a los mencionados escritos cuando alegaban que conforme al artículo 13 del Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo sobre Procedimientos de Insolvencia, la prenda no era impugnabile mediante una acción de reintegración porque está sujeta a Derecho Luxemburgués y según éste no es posible, en ningún caso, impugnar la prenda, llegando el primero de los recursos antes reseñados a calificar la omisión como rayana en la incongruencia.

Tiene declarado el Tribunal Constitucional (por todas sentencias 134/2008, de 23 de octubre y 191/2011, de 12 de diciembre) que: *"el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000,*



de 31 de enero , FJ 2 ; 87/2000, de 27 de marzo , FJ 6 ; 82/2001, de 26 de marzo , FJ 2 ; 221/2001, de 31 de octubre , FJ 6 ; 55/2003, de 24 de marzo , FJ 6 ; 223/2005, de 12 de septiembre , FJ 3 ; 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2 ; y 177/2007, de 23 de julio , FJ 5 , entre otras muchas).

De este modo, no cabe reputar como fundadas en Derecho aquellas decisiones judiciales en la que este Tribunal compruebe que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o que siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas en la resolución (por todas, SSTC 214/1999, de 29 de noviembre , FJ 4 ; 223/2002, de 25 de noviembre, FJ 6 ; 20/2004, de 23 de febrero, FJ 6 ; y 177/2007, de 23 de julio , FJ 4)".

Asiste la razón a las recurrentes cuando censuran a la resolución recurrida no haber analizado un argumento nuclear de su defensa frente a las medidas cautelares adoptadas.

El auto de medidas analizó, con encomiable profundidad y acierto, a la vista de los artículos 4.2.m , 5.1 y 4 del Reglamento (CE) nº 1346/2000 por qué la apertura de un procedimiento de insolvencia en España permitía el ejercicio de acciones de reintegración respecto de garantías financieras a pesar de que el objeto de la garantía se encontrara en el momento de apertura del procedimiento en otro Estado miembro.

El auto indicaba en su apartado 14 que el artículo 5.1 del Reglamento dispone que: " *La apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho real de un acreedor o de un tercero sobre bienes, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, que pertenezcan al deudor y que, en el momento de apertura del procedimiento se encuentren en el territorio de otro Estado miembro* ", para concretar con precisión en su apartado 2º que: " *Los derechos contemplados en el apartado 1 son, en particular: a) el derecho a realizar o hacer realizar el bien y a ser pagado con el producto o los rendimientos de dicho bien, en particular, en virtud de prenda o hipoteca* ".

A continuación destaca que la finalidad de dicha norma es excluir los derechos reales, en especial los de garantía, constituidos conforme al Derecho de otro Estado de los efectos generales que la ley del Estado de apertura vincula a la declaración de concurso. Sin embargo, el precepto no veda, sino que expresamente permite (artículo 5.4 del Reglamento), que aquellas garantías sujetas a la regulación de un Estado distinto del de apertura puedan ser sometidas a enjuiciamiento de validez y de reintegración en el proceso de insolvencia seguido en el Estado de apertura, juicio de validez conforme a las normas nacionales de constitución del derecho real, y juicio de reintegración conforme a las normas del Estado de apertura del concurso (artículo 4.2 del Reglamento), por lo que nada impide, añade la resolución, que de modo instrumental a tales procesos pueda acordarse como medida cautelar la suspensión de la ejecución del concreto derecho atacado, no como efecto general del concurso, sino como medida cautelar dirigida contra el preciso derecho sometido a las acciones de reintegración.

Por esta razón, el apartado 15 de la resolución sale al paso de que pudiera invocarse el artículo 56 de la Ley Concursal para paralizar la ejecución de la prenda, pues se trataría de un efecto general de la declaración de concurso en el Estado de apertura que por aplicación del artículo 5.1 del Reglamento no podría afectar a la ejecución de la prenda.

Frente a dicho planteamiento, las demandadas alegaron que como excepción al artículo 5.4 del Reglamento, el artículo 13 impide su aplicación cuando se dan dos circunstancias: a) que el acto perjudicial para los intereses de los acreedores esté sujeto a la Ley de un Estado miembro distinto del Estado de apertura; y b) que en ese caso concreto, dicha Ley no permite en ningún caso que se impugne dicho acto.

Este argumento es tan esencial en la defensa de las demandadas que, de acogerse, haría que se esfumara por completo la apariencia de buen derecho. Sin embargo, no ha tenido replica alguna en el auto que resuelve la oposición.

La resolución parece hacerse eco de este argumento en sus apartados 24 y 25. El primero se limita a señalar que las demandadas alegan que la prenda resulta intangible para el concurso de conformidad con el Reglamento (CE) 1346/2000, añadiendo en el segundo, ya como valoración del órgano judicial, que por tratarse de una cuestión jurídico técnica las argumentaciones efectuadas en los escritos de oposición "... *no abroga las razones jurídicas recogidas en los FFJJ nº 14 y 15 del Auto de medidas, por lo que no aparece justificado apartarse del criterio allí mantenido*".

Nadie discute que la motivación por remisión es perfectamente válida (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2012 y del Tribunal Constitucional de 1 de octubre de 1990 , 30 de septiembre de 2002 y de 17 de julio de 2005).

El problema es que los razonamientos a los que se remite la resolución no dan respuesta a la cuestión planteada, entre otras razones porque ni siquiera tenía por qué plantearse la aplicación del artículo 13 del



Reglamento porque su alegación y la prueba de las circunstancias determinantes de su aplicación corresponde a quien resulta beneficiado por el acto perjudicial.

En definitiva, afirmada la sujeción de la ejecución de la prenda al ejercicio de acciones de reintegración en el concurso abierto en España por aplicación del artículo 5.4 del Reglamento, que es lo único que se analiza y tenía que analizarse respecto del particular que ahora no ocupa en el auto de medidas cautelares, una vez que las demandadas han invocado el artículo 13 del Reglamento, manteniendo que: a) la prenda está sujeta a la Ley de Luxemburgo; y b) que dicha Ley no permite en ningún caso que se impugne la prenda, el órgano judicial para cumplir el deber de motivación debió dar alguna respuesta para rechazar el argumento y no se da con la remisión a los apartados 14 y 15 del auto de medidas porque nada se dice en ellos sobre esta cuestión.

Debe, en consecuencia, acogerse el reproche de falta de motivación que, incluso, podría calificarse de incongruencia omisiva.

En este sentido, como ya destacamos en nuestra sentencia de 5 de marzo de 2012, el Tribunal Supremo, en sentencias de 7 de abril de 2010 y 20 de abril de 2011, entre otras, con apoyatura en la doctrina sentada al efecto por el Tribunal Constitucional, señala que el derecho de los litigantes a una motivación jurídica no les faculta a exigir que la argumentación sea exhaustiva en sentido absoluto y alcance a todos los aspectos y perspectivas que ofrezca la cuestión litigiosa, bastando con que se expongan las razones decisivas que permitan, en último término, la impugnación de la decisión. Pero también es cierto que el propio Tribunal Constitucional ha matizado dicha doctrina, al diferenciar entre alegaciones sustanciales y no sustanciales y señalar, respecto de las primeras, que de la resolución judicial ha de deducirse, cuando menos de forma implícita, que han sido objeto de la necesaria consideración en la fundamentación del fallo, apreciando que, de otro modo, se incurriría en vicio de incongruencia omisiva. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 187/2000, de 10 de julio se pronuncia en los siguientes términos: *" En rigor, cabe distinguir, de un lado, entre las respuestas a las alegaciones deducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, y, de otro, entre las respuestas a estas dos cuestiones y la motivación de dichas respuestas. Concretamente, en el supuesto de las alegaciones no puede entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de que el órgano judicial no dé respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones vertidas en el proceso, de modo que ese derecho puede satisfacerse, atendiendo a las circunstancias de cada caso, con una respuesta a las alegaciones de fondo que vertebran el razonamiento de las partes, aunque se dé una respuesta genérica o incluso aunque se omita esa respuesta respecto de alguna alegación secundaria . En los demás supuestos, la falta de respuesta a las alegaciones puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva y, más precisamente, por falta de motivación suficiente" .*

Dicha doctrina aparece reflejada igualmente en las sentencias del Tribunal Constitucional 4/2006, de 16 de enero; 144/2007, de 18 de junio; 176/2007, de 23 de julio y 24/2010, de 27 de abril, entre otras. Concretamente, la de 18 de junio de 2007 indica: *" Ahora bien, como hemos señalado en la reciente STC 4/2006, de 16 de enero, aunque es cierto que no puede entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de que el órgano judicial no dé respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones vertidas en el proceso, "el art. 24.1 CE sí exige la consideración de las que sean sustanciales, de las que vertebran el razonamiento de las partes, al margen de que pueda darse una respuesta sólo genérica, y con independencia de que pueda omitirse esa respuesta, en cambio, respecto de las alegaciones de carácter secundario". En efecto, el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva "no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe respuesta, sino también cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes. Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Hiro Balani c. España y Ruiz Torija c. España, de 9 de diciembre de 1994, y lo han reconocido nuestras SSTC 85/2000, de 27 de marzo; 1/2001, de 15 de enero; 5/2001, de 15 de enero; 148/2003, de 14 de julio, y 8/2004, de 9 de febrero, entre otras" (FJ 3). En suma, "es igualmente obligado no omitir la consideración de las alegaciones concretas que resulten sustanciales para el caso y decisivas para el fallo. Esto es, cuando la cuestión puesta de manifiesto no es una simple alegación secundaria, instrumental en el razonamiento jurídico, sino un alegato sustancial que contiene los hechos o argumentos jurídicos básicos y fundamentales que nutren la pretensión, dicha cuestión integra la razón por la que se pide, debiendo ser tratada en forma expresa o, en su caso, considerada en forma siquiera implícita por la Sentencia, pues de otro modo se desatiende la defensa esgrimida por la parte en un aspecto con posible incidencia sobre el fallo, dando lugar a una denegación de justicia" (STC 4/2006, de 16 de enero, FJ 3)".*

El acogimiento de la infracción procesal denunciada y que ha sido cometida en la resolución apelada determina, en aplicación del artículo 465.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la revocación del auto apelado y que el tribunal resuelva las cuestiones objeto del incidente de oposición.



QUINTO .- Hechos relevantes a los efectos de resolución de la oposición formulada por las entidades demandadas

A los efectos de esta resolución debemos fijar los siguientes hechos que tomamos del auto del Juzgado por el que se adoptaron las medidas cautelares, corregidos y completados en lo que consideramos necesario:

1º.- Un sindicato bancario concedió en el día 7 de mayo de 2006 un crédito a las mercantiles "ALTECO GESTIÓN Y PROMOCIÓN DE MARCAS, S.L." y a la entidad "MAG IMPORT S.L." (también declarada en concurso por el Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid) por importe máximo de 2.160.000.000 euros, a fin de permitir a las acreditadas lanzar una OPA para la adquisición de acciones de la entidad "METROVACESA S.A." para adquirir el 26% de su capital social (doc. nº 1 de la solicitud).

2º.- La cláusula 23.3 del contrato de crédito establecía en su redacción original:

"23. RESOLUCIÓN ANTICIPADA

...

23.3 Consecuencias de la resolución anticipada

En el supuesto de que, conforme a lo previsto en la Estipulación 23.2 precedente, el Agente declarara la resolución anticipada del presente Contrato, los Acreditados quedarán obligados, con sujeción al régimen de responsabilidad previsto en la Estipulación 7.2, a satisfacer a las Entidades Acreditantes, en la misma fecha en que la resolución anticipada hubiera sido declarada, el Importe del Crédito pendiente de amortización, así como las demás cantidades debidas en virtud de este Contrato, incluyendo intereses ordinarios e indemnizatorios, comisiones, impuestos y gastos devengados de acuerdo con lo previsto en este Contrato, e igualmente la indemnización que corresponda conforme a la Estipulación 24 siguiente".

3º.- En garantía de dicho crédito, por "ALTECO GESTIÓN Y PROMOCIÓN DE MARCAS S.L." y por "MAG IMPORT S.L." se constituyó una prenda en favor de las entidades bancarias sobre las acciones así adquiridas y otras, también títulos de capital de "METROVACESA S.A.", que estaban previamente en el patrimonio de las acreditadas (documento nº 4 de la oposición formulada, entre otras, por "CAIXA GERAL DE DEPOSITOS S.A. SUCURSAL EN FRANCIA").

4º.- Como consecuencia del acuerdo de separación de los accionistas de "METROVACESA, S.A.", "ALTECO GESTIÓN Y PROMOCIÓN DE MARCAS S.L." y "MAG IMPORT S.L." enajenaron sus títulos en dicha sociedad y adquirieron las acciones de la entidad de nacionalidad francesa "GECINA, S.A." lo que determinó la cancelación de la prenda constituida sobre las acciones de "METROVACESA, S.A.", constituyéndose el día 12 de diciembre de 2007 una nueva prenda sobre las acciones de "GECINA, S.A.", titularidad de los acreditados, sujeta a Derecho francés (documentos nº 5 y 6 del escrito de oposición antes reseñado).

5º.- Con posterioridad, se canceló la prenda otorgada bajo Derecho francés y con fecha 25 de marzo de 2009 se otorgó un nuevo contrato de prenda mediante documento privado suscrito en España, extendiéndose no sólo a las citadas acciones, sino también a los presentes y futuros dividendos que las mismas pudiesen generar, pactándose en la cláusula 21 que el contrato se regiría e interpretaría conforme a la legislación de Luxemburgo (documento nº 2 de la oposición antes reseñadas en la que se aporta copia con traducción jurada y traducción jurada aportada por la administración concursal obrante a los folios 269 y ss del Tomo II).

6º.- En el contrato de prenda se contemplaba la ejecución de la garantía en caso de declaración resolución anticipada o incumplimiento declarado -según la traducción jurada a la que se atiende- (cláusula 12.1), considerándose como tal: la declaración de la resolución anticipada (o un incumplimiento declarado) según se define en la cláusula 23 del contrato de crédito.

7º La acciones objeto de la garantía están depositadas en Luxemburgo en la entidad "CREDIT AGRICOLE LUXEMBOURG S.A.", siendo éste el banco depositario, estando anotada la garantía en los libros de dicha entidad tal y como resulta de propio contrato de prenda y de los documentos nº 4 a 5 bis del escrito de oposición presentado por la entidad "NATIXIS, S.A., SUCURSAL ESPAÑA", entre otros. Las acciones están subdepositadas en una subcuenta de la entidad CACEIS, sociedad anónima sujeta a la ley francesa, en la que también constan pignoradas (documento nº 8 de la solicitud).

8º.- Con fecha 30 de enero de 2012 se modificó el contrato de crédito que, en lo que aquí interesa, dio nueva redacción a la estipulación 23.3 que quedó redactada en los términos que a continuación se transcribirán (documento nº 3 de la solicitud). El objeto de la modificación se limitó a determinados añadidos que se resaltan en negrita:

"23.3 Consecuencias de la resolución anticipada y la Fecha de Vencimiento Final :



En el supuesto de que, conforme a lo previsto en la Estipulación 23.2 precedente, el Agente declarara la resolución anticipada del presente Contrato **o llegada la Fecha de Vencimiento Finallos Acreditados no hayan efectuado el pago de la totalidad de las cantidades debidas a dicha fecha en virtud de este Contrato**, los Acreditados quedarán obligados, con sujeción al régimen de responsabilidad previsto en la Estipulación 7.2, a satisfacer a las Entidades Acreditantes, en la misma fecha en que la resolución anticipada hubiera sido declarada **o en la Fecha de Vencimiento Final, según sea el caso**, el Importe del Crédito pendiente de amortización, así como las demás cantidades debidas en virtud de este Contrato, incluyendo intereses ordinarios e indemnizatorios, comisiones, impuestos y gastos devengados de acuerdo con lo previsto en este Contrato, e igualmente la indemnización que corresponda conforme a la Estipulación 24 siguiente ."

9º.- Tras diversas novaciones, la fecha de vencimiento final del crédito quedó fijada, según determinadas circunstancias, para alguna de las siguientes fechas: 31 de mayo, 15 de junio o 29 de junio de 2012 (documento nº 4 de la solicitud).

10º.- En fecha de 6 de junio de 2012 se realiza una comunicación por las entidades bancarias en la que se refiere que el mismo ha llegado a su término final en fecha de 31 de mayo de 2012 y se reclama el pago (documento nº 5 de la solicitud).

11º.- El concurso de la entidad "ALTECO GESTIÓN Y PROMOCIÓN DE MARCAS, S.L." se declaró por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid mediante auto de fecha 11 de octubre de 2012 . Previamente este deudor había presentado comunicación de precurso con fecha de 1 de junio de 2012.

12º.- Por "ALTECO GESTIÓN Y PROMOCIÓN DE MARCAS, S.L." se recibió una comunicación, en fecha de 17 de octubre de 2012, por parte de una agencia de valores "GESTIÓN DE PATRIMONIOS INMOBILIARIOS S.A.", en la que se da cuenta de la pretensión de las entidades de crédito de proceder a la ejecución de la prenda sobre dichos valores mobiliarios en fecha de 19 de octubre de 2012 (documento nº 6 de la solicitud).

SEXTO .- De la falta de concurrencia de los requisitos exigidos para adoptar la medida cautelar

El auto de fecha 18 de octubre de 2012 , objeto de oposición, entendió que concurrían todos los presupuestos legales para la adopción de las medidas cautelares solicitadas y tramitadas inaudita parte.

En todos los escritos de oposición se combate en primer lugar la apreciada apariencia de buen derecho, por lo que comenzaremos por su examen a la vista de las oposiciones formuladas.

Conviene indicar respecto de este requisito, como ya hemos expuesto en diversas resoluciones (autos de 24 de abril, 8 de mayo y 19 de junio de 2009, entre otros), que el otorgamiento de una medida cautelar exige que se constate que la pretensión de la parte solicitante tiene el grado de solidez necesario para justificar la concesión de la tutela cautelar.

Para ello el juez debe examinar todo el material probatorio que ya tenga a su disposición en la correspondiente pieza y debe plantearse, con pleno rigor y en toda su amplitud, la problemática jurídica que se haya suscitado, lo que debe permitirle alcanzar entonces un juicio provisional sobre la pretensión del demandante, lo que no supone prejuzgar el fondo del asunto porque aquél no resulta vinculante para el que definitivamente efectuará tras la celebración del juicio. Sólo si ese enjuiciamiento provisional resultase favorable podrá plantearse el otorgamiento de la tutela cautelar, sin que el umbral para poder acceder a una medida cautelar pueda rebajarse respecto a tal exigencia.

En definitiva, el tribunal considera que la adopción o rechazo de las medidas cautelares exigen el examen de las alegaciones efectuadas y de la prueba practicada, y si a la vista de las mismas, aunque sea en esta fase inicial del proceso, considera que hay una base cierta para la prosperabilidad de la demanda, otorgará las medidas cautelares y las denegará en caso contrario, sin que ello implique prejuzgar el fondo del asunto, que se juzgará una vez desarrollado el proceso a la vista de la prueba practicada en el mismo, que puede o no confirmar la valoración efectuada en sede cautelar.

La resolución de medidas cautelares no prejuzga el fondo de asunto sino que lo juzga provisionalmente con base en las alegaciones y material probatorio hasta este momento aportado por las partes y a los solos efectos de conceder o denegar la tutela cautelar interesada.

No compartimos, en consecuencia, algunas de las apreciaciones que sobre este requisito se expresan en el auto de medidas cautelares, concretamente, que sea suficiente para su apreciación *"la comprobación formal de que la hipótesis de hechos descritos en la demanda coinciden, en su apariencia y descripción, con el supuesto de hecho de las normas jurídicas que se pretenden aplicar con su consecuencia jurídica, y todo lo más, que tal hipótesis de hechos se respalda, inicial y externamente, por ciertos documentos, u otros tipos de prueba, pero con el limitado alcance señalado. Se trata pues de una mera valoración provisoria, de tipo eventual y claudicante ."*



Precisado lo anterior, el tribunal considera que el requisito de la apariencia de buen derecho ha quedado por completo desvirtuado como consecuencia de las alegaciones de las demandadas y de las pruebas practicadas en el incidente de oposición por las siguientes razones: 1) inatacabilidad de la ejecución de la prenda constituida conforme a Derecho luxemburgués por aplicación del artículo 13 del Reglamento (CE) nº 1346/2000; 2) inexistencia de perjuicio derivado de la novación; 3) falta de alegación y prueba de que, en su caso, la novación impugnada fuera un acto realizado en fraude de los derechos de los acreedores.

A continuación trataremos de fundamentar las anteriores las anteriores conclusiones.

1.- Inatacabilidad de la ejecución de la prenda constituida conforme a Derecho luxemburgués por aplicación del artículo 13 del Reglamento (CE) nº 1346/2000

En principio y siempre a los meros efectos de resolver la pretensión cautelar, debemos partir de que la prenda se constituyó conforme al Derecho luxemburgués y se rige por dicho Derecho, que regula tanto sus efectos jurídico-reales como obligaciones.

El artículo 17 del Real Decreto 5/2005 bajo el epígrafe "Normas de Conflicto" y con la rúbrica "Determinación de la ley aplicable" establece:

1. La ley aplicable a las garantías financieras cuyo objeto consiste en valores representados mediante anotaciones en cuenta será la del Estado en el que esté situada la cuenta principal, entendiendo por cuenta principal aquella en la que se realicen las anotaciones por las cuales se presta al beneficiario dicha garantía pignoratícia de anotaciones en cuenta. La referencia a la legislación de un Estado es una referencia a su legislación material, por lo que se desestimarán toda norma en virtud de la cual, para decidir la cuestión relevante, se tenga que hacer referencia a la legislación de otro Estado.

2. Dicha ley será aplicable en todo lo relacionado con las materias siguientes:

a) La naturaleza jurídica y los efectos sobre la propiedad del objeto de la garantía.

b) Los requisitos para perfeccionar un acuerdo de garantía financiera, así como el cumplimiento de los requisitos necesarios para hacer que el acuerdo y la aportación de garantías surtan efectos frente a terceros.

c) El rango del título o derecho de una persona sobre la garantía, en relación con otros títulos o derechos reivindicados o si ha tenido lugar una adquisición de buena fe.

d) El procedimiento para la realización de la garantía tras un supuesto de ejecución.

3. Cuando el objeto de garantía sean derechos de crédito, la ley aplicable a la eficacia frente al deudor o frente a terceros de la cesión o de la prenda será la que rige el crédito cedido o pignorado."

Las acciones de "GECINA, S.A." son valores representados mediante anotaciones en cuenta, estando situada la cuenta principal en Luxemburgo, concretamente abierta en la entidad "CREDIT AGRICOLE LUXEMBOURG, S.A." (CALUX), con domicilio en Luxemburgo, tal y como se deduce del propio contrato de prenda en el que se designa a dicha entidad como depositaria y como cuentas las abiertas en dicha entidad, figurando en el anexo 3 las cuentas abiertas por los pignorantes en Luxemburgo, siendo requisito para la entrada en vigor de la prenda la anotación de los activos pignorados en las correspondientes cuentas (cláusula 2.2 en relación a las definiciones de la estipulación 1.1 y anexo 3).

En definitiva, la cuenta principal en donde están anotadas las acciones y en las que se han realizado las anotaciones por las cuales se prestó a los beneficiarios la garantía pignoratícia se encuentra en Luxemburgo en la entidad CALUX (documentos nº 4 a 5 bis del escrito de oposición presentado por la entidad "NATIXIS, S.A., SUCURSAL ESPAÑA"). Por lo demás que la cuenta principal está abierta en Luxemburgo en la entidad CALUX resulta de los propios documentos aportador por la administración concursal, concretamente del documento nº 8 acompañado a la solicitud y de los documentos nº 2 y 3 aportados por dicha parte en el acto de la vista. Estos últimos consisten precisamente en las cartas de instrucciones por las que los pignorantes ordenan transferir las acciones a las cuentas abiertas por aquéllos en la entidad CALUX. El hecho de que estén subdepositadas en una subcuenta abierta en la entidad CACEIS, sujeta a Ley francesa no es relevante, pues debe atenderse a la cuenta principal, indicándose en la propia solicitud que CACEIS también tiene un domicilio en Luxemburgo.

Por último, hasta el propio dictamen aportado por la administración concursal en el acto de la vista admite que la *lex rei sitae* que rige los aspectos relativos a la creación, formalización y ejecución de la prenda es la luxemburguesa.

De lo expuesto cabe concluir que los aspectos a que se refiere el artículo 17 del Real Decreto Ley 5/2005 se encuentran regulados por la Ley luxemburguesa por ser *lex rei sitae* y los aspectos obligaciones se regulan



también por dicha ley en virtud del pacto contenido en el contrato de prenda que es perfectamente válido en aplicación del artículo 3 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que establece el principio de libertad de elección, siendo dicho Convenio el aplicable al supuesto de autos por razones temporales en tanto que el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) sólo es aplicable a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009 (artículo 28) y la prenda se constituyó con anterioridad.

Sentado lo anterior, además de ser perfectamente válida la constitución de la garantía financiera en virtud de documento privado conforme a la Ley luxemburguesa, tal y como resulta de los *affidávit* presentados por los demandados -y, por cierto, también conforme a Derecho español, en contra de la errónea tesis mantenida por la administración concursal, por aplicación del artículo 8.1 del Real Decreto Ley 5/2005 -, la apariencia de buen derecho se diluye por completo en tanto que de los informes de Derecho luxemburgués aportados por los demandados resulta que la prenda sujeta a dicho derecho resulta inmune al ejercicio de acciones de reintegración. En este sentido se expresan contundentemente los informes de los profesores Pierre-Henri Conac, André Prüm y Alex Schmitt, en aplicación del artículo 20 de la ley luxemburguesa de 5 de agosto de 2005, modificada, sobre acuerdos de garantía financiera.

De lo hasta ahora actuado en sede cautelar, resultaría aplicable el artículo 13 del Reglamento (CE) 1346/2000, que impide impugnar la modificación del contrato de novación en la medida que amplía los supuestos de ejecución de la prenda en tanto que ésta está sujeta a Derecho luxemburgués y según éste no es posible, en ningún caso, impugnar la prenda como consecuencia de la apertura de un proceso concursal.

Por último indicar que si se pretende atacar la novación efectuada en el contrato de crédito no es porque afecte a este contrato, respecto del cual es irrelevante porque nadie duda de que sea exigible la deuda a vencimiento final de contrato sino porque en la tesis de la administración concursal se modifica el contrato de prenda para ampliar los supuestos en que ésta puede ejecutarse lo que otorga a la medida el necesario carácter instrumental que, de otro modo, ni siquiera concurría.

2.- Inexistencia de perjuicio derivado de la novación.

Aun cuando no se considerase aplicable el artículo 13 del Reglamento (CE) 1346/2000, la modificación operada en el contrato de crédito no puede indiciariamente tacharse de perjudicial para la masa activa del concurso de "ALTECO GESTION Y PROMOCIÓN DE MARCAS. S.L."

Como es natural, no existe mejor prueba del contenido de derecho extranjero que la interpretación que del mismo se haga en una resolución judicial dictada por un tribunal del Estado que aplica su propio Derecho, por ello resulta pertinente la admisión de la sentencia dictada con fecha 29 de enero de 2014 por el Tribunal de Distrito de Luxemburgo, aportada por algunas de las demandadas al amparo del artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Dicha resolución, además, se ocupa de un tema nuclear para esta resolución y sobre la que han debatido intensamente la partes aportando los oportunos dictámenes sobre derecho extranjero, por lo que se cumplen los requisitos que el citado precepto exige para su admisión. A fin de evitar estériles polémicas se hace constar expresamente que no se han tomado en consideración las alegaciones efectuadas por las propias partes que en su día aportaron la sentencia en los escritos presentados con ocasión del traslado conferido a las demás partes para alegaciones.

En la sentencia, además de ratificar que el Derecho luxemburgués es aplicable a los efectos reales de la prenda al estar abierta la cuenta pertinente en los libros de CALUX en Luxemburgo, indica que: "... el derecho a realizar la prenda en caso de impago a vencimiento es de la esencia misma de la prenda y que toda cláusula que prive al acreedor de este derecho deberá ser considerada nula..."

Además del incumplimiento, es decir el incumplimiento de la obligación garantizada, otros eventos libremente determinados por las partes podrán permitir al acreedor ejecutar la prenda

Estos otros hechos, cuya realización comportará la ejecución de la prenda, al contrario del "incumplimiento" ya previsto en la ley modificada de 2005 y que las partes no tienen por qué transcribir en su contrato, deberán ser precisados por las partes en el acuerdo de garantía financiera o en el convenio que contenga la obligación financiera.

Esto es lo que las partes en el presente caso han hecho en el artículo 23 del contrato de préstamo, al cual se refiere el contrato de prenda, que prevé los hechos que dan lugar a la resolución anticipada del crédito y al vencimiento anticipado...



A la vista de estos artículos, el argumento de los demandados según el cual la prenda tendría vocación de ser ejecutada en la hipótesis de una resolución anticipada, mientras que el vencimiento final del préstamo estaría garantizado por los mandatos de venta, debe rechazarse por ser contraria a los términos claros del contrato

La interpretación de los demandados choca además contra el sentido común, dado que una de las prioridades de los prestamistas es garantizar sus derechos frente a un procedimiento de insolvencia..."

La alegaciones efectuadas por la concursada sobre las irregularidades cometidas por el Tribunal luxemburgués y la denuncia del Gran Ducado de Luxemburgo ante la Comisión Europea, precisamente, por el hecho de haberse dictado dicha sentencia, son por completo irrelevantes en lo que aquí interesa, sin que tampoco se trate aquí de reconocer o ejecutar en España dicha resolución.

Además de que no corresponde a este tribunal enjuiciar la actuación de un tribunal extranjero ni, mucho menos, revisar el contenido de la resolución y menos aún de valorar si aquélla debió o no ser dictada, la relevancia de dicha resolución reside, precisamente, en que nos suministra una información cualificada sobre la configuración de la prenda desde la óptica del Derecho Luxemburgués, que es el aplicable, que confirma la opinión de los informes jurídicos aportados por las demandadas y rebate por completo el aportado por la administración concursal. Por ello, tampoco son relevantes las alegaciones de la administración concursal sobre si el tribunal luxemburgués debía o no haber suspendido la tramitación de su procedimiento y, desde luego, nada impide aportar en segunda instancia resoluciones judiciales al amparo del artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni su aportación produce innovación alguna en el objeto del proceso. Por el contrario, el citado precepto prevé expresamente que puedan aportarse en primera instancia "o en cualquier recurso".

Dicho lo anterior, indiciariamente podemos descartar que la modificación operada en el contrato de crédito implicase una ampliación de las posibilidades de ejecutar la prenda al vencimiento final del contrato porque sin esa modificación también podría haberse ejecutado la prenda no sólo en caso de resolución anticipada sino también al llegar el vencimiento final del contrato de crédito.

3.- Falta de alegación y prueba de que, en su caso, la novación impugnada fuera un acto realizado en fraude de los derechos de los acreedores .

Aun cuando no se considerase aplicable el artículo 13 del Reglamento (CE) 1346/2000 y la modificación operada en el contrato de crédito se tachase de perjudicial para la masa activa, indiciariamente, tampoco podría rescindirse la garantía financiera por falta de alegación y prueba de que se tratara de un acto realizado en fraude de acreedores de conformidad con la *lex concursus* aplicable en atención de los artículos 4.2.m y 5.4 del Reglamento (CE) 1346/2000.

El artículo 15.5.del Real Decreto Ley 5/2005 , en su redacción dada por la Ley 7/2011, de 11 de abril, aplicable al supuesto de autos en atención a la fecha en que se produce la ampliación de la garantía que se pretende impugnar, establece:

" Los acuerdos de garantías financieras o la aportación de estas, formalizados o aportadas, anteriores a la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa sólo podrán rescindirse o impugnarse al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal , por la administración concursal, que tendrá que demostrar que se han realizado en fraude de acreedores."

A la misma conclusión llegaríamos aunque se aplicara la redacción primitiva pues aunque en ella se establecía que para que pudieran *anularse* los acuerdos de garantía financiera o la aportación de ésta, dichos actos debían de haberse *realizado en perjuicio de acreedores* , la interpretación de la norma conforme a la Directiva que traspone -la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera-; la propia mención a la Ley Concursal contenida en el precepto; y la posterior reforma operada por la Ley 7/2011, de 11 de abril, exigía entender que la norma nacional comprendía las acciones rescisorias y que la expresión *en perjuicio de acreedores* -que no perjuicio para la masa activa, que es el requisito general- era equivalente al fraude de acreedores, teniendo la modificación legal operada carácter interpretativo, como analizamos extensamente en nuestra sentencia de 5 de abril de 2013 .

Los argumentos expuestos nos permiten rechazar ya la concurrencia del requisito de la apariencia de buen derecho, lo que determina la estimación de las oposiciones formuladas por los demandados y el alzamiento de las medidas cautelares acordadas en el auto de fecha 18 de octubre de 2012 , sin necesidad ya de examinar el resto de objeciones planteadas por los opositores que cuestionaban también otros requisitos y presupuestos necesarios para adoptar la medida cautelar. Rechazada la apariencia de buen derecho, la concurrencia o no de los demás requisitos es intrascendente en tanto que la ausencia de *fumus boni iuris* justifica por sí misma el acogimiento de las oposiciones y el alzamiento de las medidas inicialmente adoptadas.



SÉPTIMO .- De la pretensión de condena formulada al amparo del artículo 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

En el recurso de apelación interpuesto, entre otras entidades, por "ELISEO FINANCE S.à.r.l." se interesa además de la revocación de la resolución apelada con costas tanto de la oposición como del recurso de apelación que, conforme a lo establecido en el artículo 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se condene al solicitante de las medidas cautelares al pago de las costas derivadas de la oposición a la medida cautelar adoptada por el auto de 18 de octubre de 2012 en relación con la anunciada y no interpuesta acción de nulidad de la prenda por defectos de forma, declarando igualmente que la solicitante es responsable de los daños y perjuicios causados a las demandadas en relación con dicha anunciada y no interpuesta demanda.

Para la desestimación de esta singular petición basta con que nos remitamos a lo expuesto en el apartado 1 del cuarto de los razonamientos jurídicos de esta resolución, reiterando que, en su caso, los efectos señalados en el artículo 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como consecuencia de la falta de ejercicio de una de acciones anunciadas en la solicitud cautelar, deben ser apreciados en primera instancia.

OCTAVO .- Costas

La estimación total o parcial de los recursos de apelación determina que no proceda imponer las costas ocasionadas por los mismos a ninguna de las partes, de conformidad con el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

La revocación de la resolución apelada con estimación de las oposiciones formuladas por los demandados implica que las costas causadas en primera instancia en el incidente de oposición sean a cargo del solicitante, de conformidad con lo establecido en el artículo 741.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que debe condenarse al pago de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya ocasionados.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Estimar los recursos de apelación interpuestos por la procuradora doña María José Bueno Ramírez en nombre y representación de "**NATIXIS S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA**"; por el procurador don Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de las entidades "**ELISEO FINANCE S.à.r.l.**", "**BANKIA S.A.**", "**GOLDMAN SACHS INTERNATIONAL BANK**" y "**TIBER SPAIN FONDO DE TITULACIÓN DE ACTIVOS**"; y por la procuradora doña María José Bueno Ramírez en nombre y representación de las entidades "**CAIXA GERAL DE DEPOSITOS S.A. SUCURSAL EN FRANCIA**", "**MERRIL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED, LONDON BRANCH**" y "**BANC OF AMERICA SECURITIES LIMITED**", asumiendo también esta última la posición procesal de la mercantil apelante "**HYPOTTHEKENBANK FRANKFURT AG**" (antes denominada "**EUROHYPO AG**"), contra el auto dictado el 5 de febrero de 2013 por el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid en el procedimiento número 572/2012, del que este rollo dimana.

2.- Revocar dicha resolución dejándola sin efecto y, en su lugar, estimando las oposiciones formuladas por las entidades apelantes, acordamos:

2.1.- Alzar las medidas adoptadas *inaudita* parte por auto de fecha 18 de octubre de 2012 .

2.2.- Condenar a la parte solicitante de las medidas cautelares al pago de los daños y perjuicios que las medidas cautelares en su momento adoptadas hayan causado a las demandadas.

2.3.- No ha lugar a lo solicitado por el procurador don Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de las mercantiles "**ELISEO FINANCE S.à.r.l.**", "**BANKIA S.A.**", "**GOLDMAN SACHS INTERNATIONAL BANK**" y "**TIBER SPAIN FONDO DE TITULACIÓN DE ACTIVOS**" en el apartado c) del escrito de interposición de su recurso de apelación con relación a los efectos del artículo 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.4.- Condenar a la parte solicitante de las medidas cautelares al pago de las costas ocasionadas a las demandadas en primera instancia con el incidente de oposición.

3.- No hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas ocasionadas en esta segunda instancia.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal que constan en el encabezamiento de esta resolución.