



Roj: **AJM M 38/2019 - ECLI:ES:JMM:2019:38A**

Id Cendoj: **28079470072019200003**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **11/04/2019**

Nº de Recurso: **737/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación. Concurso de acreedores**

Ponente: **JUAN CARLOS PICAZO MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid .

Proceso: ICO 737/19 (CON 389/10) .

AUTO.

En Madrid, a 11 de abril de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO.

ÚNICO.- La representación procesal de AC de TEINVER, S.L. en el escrito de demanda solicitó la adopción, como medida cautelar in audita parte consistente en la suspensión cautelar del convenio arbitral, hasta que se resuelva el presente incidente. Por providencia de 1/04/2019 no fue apreciada la urgencia, siendo citadas las partes a la vista de mediadas celebrada el 4/04/2019. En la misma se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, quedando los autos pendientes de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- El artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) recoge dos de los requisitos exigidos por el Ordenamiento Jurídico para acordar medidas cautelares dentro del proceso civil, como son, el peligro de mora procesal (*periculum in mora*) y la apariencia de un buen derecho (*fumus boni iuris*) . Respecto del *periculum in mora*, señala el párrafo 1º de tal precepto que "*sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.*" En relación a la apariencia de buen derecho, establece el párrafo segundo del artículo 728 que "*el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios.*"

Por otro lado, el artículo 726.1 LEC determina que "*el tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características:*

Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado."

Se ha de tener en cuanto lo dispuesto en el AAP MAD secc. 28ª 3/19, de 11 de enero, conforme al cual constatamos que *existe un cierto riesgo inherente para el tribunal en el pronunciamiento sobre la apariencia de*



buen derecho de la pretensión de fondo, derivado de la necesidad de tener que aventurar una valoración sobre la prosperabilidad de tal pretensión en un momento muy temprano en la tramitación procesal, con un conocimiento aún muy limitado del objeto del proceso y de su prueba. Tal riesgo, además, se proyecta de un modo reflejo en la postura procesal de cada parte, una vez conocen la valoración hecha por el tribunal sobre esa apariencia de buen derecho, de modo que en cierta medida, a partir de ese conocimiento, reaccionan a ello a través de sus alegaciones y propuestas de prueba frente o a favor de aquellos argumentos que el tribunal ha tenido que adelantar al resolver la medida cautelar. Por tal razón, se presenta como más prudente el análisis previo del presupuesto del periculum in mora, y solo si la medida instada supera dicho requisito, entonces se justifica entrar al conocimiento del *fumus boni iuris*. Este es el orden de estudio de las cuestiones que se seguirá en esta apelación.

Por otro lado, en cuento a la naturaleza de las medidas solicitadas en este proceso, como medidas anticipatorias del fallo, el referido auto ya dijo que frente a ello, debe recordarse que dentro del mismo régimen regulativo de las medidas cautelares propias, coexisten con ellas otras distintas, con una naturaleza jurídica diferenciable, a las que se ha denominado doctrinalmente como medidas anticipatorias, destinadas a otorgar la posibilidad de protección anticipada e *in natura* de ciertos derechos o intereses. Así el art. 726.2 LEC dispone que "con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte". Su finalidad no es coincidente con las medidas cautelares puras, ya que en estas no se ordena al sometido a ella una actuación de contenido igual a la condena que deba soportar al final del proceso, sino que se adoptan medidas instrumentales de garantía, v. gr. embargo o prohibición de disponer de un bien, para asegurar instrumentalmente aquel comportamiento que será susceptibles de ser impuesto en la condena, como la imposición del pago o a la orden entrega de dicho bien, cuyo contenido es distinto nítidamente del de la medida de garantía. En cambio, en las medidas anticipatorias lo impuesto cautelarmente es ya el propio comportamiento que integra la futura condena, de modo que dicho comportamiento forzoso se anticipa en el tiempo al fallo definitivo, pero conservando su identidad material. Es como si en procesos de reclamación de cantidad dineraria, la medida no consistiese en embargar, sino en la orden de pago inmediato al principio del proceso. Lo único verdaderamente coincidente de ambas es su adopción en un momento procesal temprano.

(...)

Lo relevante de esa diferente naturaleza es que los presupuestos para adoptar las medidas cautelares, previstos en el art. 728 LEC, deben ser modulados e interpretados a la luz de la especialidad de tales medidas anticipatorias, lo que se manifestará en el análisis concreto de cada presupuesto.

SEGUNDO.- Hechos probados.

Tal y como se dispone en el propio escrito de demanda, son hechos pacíficos e indiscutidos:

i.- En fecha 02.10.2001 SEPI (Sociedad Española de Participaciones Industriales) vendió a AIR COMET la compañía de nacionalidad argentina INTERINVEST, que era propietaria del GRUPO AEROLÍNEAS formado por las compañías AEROLÍNEAS ARGENTINAS, AUSTRAL, JET PAQ, OPTAR y AEROHANDLING.

ii.- En febrero del 2008 la REPÚBLICA ARGENTINA inició un proceso de expropiación de las acciones de las sociedades del GRUPO AEROLÍNEAS, expropiación que se ejecutó en diciembre del 2008 por el precio de 1 peso argentino.

iii.- Las sociedades del GRUPO MARSANS, al que pertenecen tanto TEINVER, S.L. como AIR COMET, entraron en dificultades en los años 2009-2010, produciéndose la insolvencia generalizada de todas las compañías del grupo. En estas circunstancias, GRUPO MARSANS no contaba con dinero para financiar una reclamación de la indemnización por la expropiación contra la REPÚBLICA ARGENTINA ante el CIADI2 al amparo de lo dispuesto por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio del CIADI)3.

iv.- En fecha 30.01.2009 TEINVER, S.L. y otras dos sociales, que en aquél momento eran las socias de AIR COMET, interpusieron demanda contra la REPÚBLICA ARGENTINA ante el CIADI reclamando una indemnización de 1.036 millones USD, caso ARB/09/01.

v.- Para financiar el procedimiento, TEINVER, S.L. y las otras dos sociedades demandantes suscribieron contrato de financiación ("funding agreement") de fecha 14.04.2010 con BURFORD CAPITAL LIMITED. El objeto del contrato era financiar el procedimiento iniciado ante el CIADI en reclamación de indemnización a la REPÚBLICA ARGENTINA. Adjuntamos dicho contrato como Documento nº 1, incluyendo su traducción a lengua española (vid. páginas 57 y ss. del PDF adjunto).

vi.- En lo que aquí interesa, ha de destacarse el contrato contiene una cláusula de **arbitraje** del tenor literal siguiente:

20. LEY APLICABLE. ARBITRAJE

20.1 El presente Contrato se regirá y deberá interpretarse de conformidad con las leyes de Inglaterra, aunque no se aplicarán sus normas sobre conflicto de derechos

20.2 Toda diferencia, controversia o reclamación que surja en relación con este Contrato, incluidos los referidos a su celebración, existencia, validez, interpretación, cumplimiento, incumplimiento o extinción, deberá ser sometido para su decisión definitiva, con exclusión de toda otra jurisdicción, a un procedimiento de arbitraje sustanciado de conformidad con el Reglamento de Arbitraje (el "Reglamento") de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), cuyo texto se considerará incorporado al presente por remisión. El intento del Demandante de obtener rescancimiento en cualquier otro fuero acarreará el incumplimiento de este Contrato y le dará derecho al Financiadore a compensación, resarcimiento y absoluta indemnidad por los costos y gastos incurridos en relación con dicha circunstancia.

20.3 El Tribunal estará conformado por tres árbitros. Cada una de las partes deberá designar un árbitro y los dos árbitros que ellas elijan, a su vez, deberán, dentro de los treinta días siguientes a la selección del segundo árbitro por una de las partes, acordar la designación de un tercer árbitro, quien oficiará como Presidente del Tribunal. En el supuesto de que los árbitros no llegaran a un acuerdo en el plazo previsto ni luego de él,

la Corte de Arbitraje Internacional de Londres deberá designar al tercer árbitro que presidirá el Tribunal.

20.4 El arbitraje deberá llevarse a cabo en Londres, Inglaterra.

20.5 El arbitraje deberá desarrollarse en inglés.

20.6 Además del convenio arbitral establecido precedentemente como única solución disponible en caso de controversias, las partes se comprometen en forma expresa a no adoptar posturas contrarias al hecho consensuado de que el Financiadore no se encuentra sujeto a los tribunales de los Estados Unidos ni por la competencia de éstos en razón de la persona ni por su jurisdicción.

vii.- El 23 de diciembre de 2010 fue declarado en concurso TEINVER, S.L.

viii.- En fecha 12.03.2018 TITAN CONSORTIUM 1, L.L.C. adquirió la posición contractual de BURFORD, subrogándose a todos los efectos.

ix.- TEINVER, S.L. ha recibido una misiva de fecha 08.03.2019, remitida por parte de la LCIA, en la que se le informa que TITAN ha interpuesto una solicitud de inicio de **arbitraje** en fecha 07.03.2019 frente a TEINVER, fundamentándose en la cláusula arbitral contenida en el "funding agreement".

x.- En el informe trimestral de la AC de 31/10/2018 consta, como un crédito contra la masa devengado, pendiente de pago y sin cuantía, el crédito en favor de TITAN CONSORTIUM 1, L.L.C. por el contrato de financiación ("funding agreement") de fecha 14.04.2010.

xi.- Por la AC de TEINVER, S.L. se ha interpuesto demanda de rescisión de todo o parte del contrato de financiación suscrito con BURFORD, del que ahora es parte TITAN CONSORTIUM 1, L.L.C.

xii.- La solicitud de **arbitraje** ante la Corte de **Arbitraje** Internacional de Londres interpuesta por TITAN CONSORTIUM 1, L.L.C., que se declare, al amparo del Derecho inglés, que el contrato de financiación y la cláusula TIR son válidos y aplicables, a fin de aportar dicha declaración al incidente concursal de rescisión a fin de ayudar al Juez Español del Concurso en su determinación del carácter perjudicial de la cláusula TIR (documento nº 5 aportado por TITAN CONSORTIUM 1, L.L.C. al acto de la vista)

TERCERO.- Peligro de mora procesal.

Vistos los requisitos exigidos por la ley para adoptar cualquier medida cautelar en el proceso civil, procede el estudio de las solicitadas por la actora en su escrito de demanda, a los efectos de determinar la procedencia o no de su adopción.

Así las cosas, en el presente caso no concurren los presupuestos requeridos por la ley, ya que no se ha justificado por el solicitante, al menos, el peligro de mora procesal.

Efectivamente, tal y como dijo la defensa de TITAN CONSORTIUM 1, L.L.C., la pretensión de la solicitud de **arbitraje** ante la Corte de **Arbitraje** Internacional de Londres interpuesta por TITAN CONSORTIUM 1, L.L.C. tiene por objeto una mera declaración a los efectos de poder aportar un medio de defensa en el incidente concursal de rescisión planteado por la AC de TEINVER, S.L. del contrato de financiación o de parte del mismo. Es decir,



es un pronunciamiento mero declarativo que pudiera afectar, directamente, a este proceso incidental u a otro dentro del concurso de TEINVER, S.L.

Es más, tal y como señala la propia AC, el artículo 1.2, d) del Reglamento (UE) n ° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis) dice que *se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: el arbitraje*. Es decir, que lo que manifieste dicha Corte Arbitral, sin entrar en mayor disquisición, no será de reconocimiento automático en España y, por tanto, en sede concursal.

Tampoco se ha justificado por la solicitante que antes de resolver el incidente concursal haya de resolver dicha la Corte de Arbitraje Internacional de Londres. Es más, el argumento del *Brexit*, a día de hoy ha decaído por la prórroga del mismo alcanzada ayer.

Por tanto, no concurriendo el requisito de peligro de mora procesal, sin entrar a analizar otros requisitos, debemos desestimar la petición de medida cautelar.

TERCERO.-Costas.

Conforme al artículo 736 LEC, en los autos desestimatorios de medidas cautelares las costas del incidente se impondrán conforme al artículo 394 LEC.

En virtud de lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA.

Desestimo la solicitud interpuesta por la representación procesal de AC de TEINVER, S.L., imponiendo a esta parte las costas del incidente.

Esta resolución no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días a partir del siguiente a su notificación (artículos 455 y 736 LEC).

Así por este auto lo acuerdo, mando y firmo, Juan Carlos Picazo Menéndez, Magistrado-Juez de este Juzgado y su Partido. DOY FE.