



Roj: **SAP M 2187/2025 - ECLI:ES:APM:2025:2187**

Id Cendoj: **28079370282025100134**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **13/02/2025**

Nº de Recurso: **551/2023**

Nº de Resolución: **54/2025**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA MERCEDES CURTO POLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL CIVIL DE MADRID

Sección Vigésimoctava

C/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

N.I.G.:28.079.00.2-2022/0035512

Rollo de apelación 551/2023

Materia: Obligaciones

Órgano judicial de procedencia: Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid

Autos de origen: **Pieza incidente concursal. Otros (art. 192 LC) 83/2022**

Parte apelante: D. Jesús María y otros 3

Procurador: D^a Sonia de la Serna Blázquez

Parte apelada: AEROLÍNEAS ARGENTINAS S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA

Procurador: D. Jacobo García García

Parte apelada: ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE LA MERCANTIL AIR COMET S.A.

Letrado: D. Sixto

Parte apelada: AIR COMET S.A.

Procurador: D. Argimiro Vázquez Guillén

SENTENCIA nº 54/2025

En Madrid, a 13 de febrero de 2025

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. José Manuel Vicente Bobadilla, D. Alfonso Muñoz Paredes y D^a M^a Mercedes Curto Polo ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 551/2023, los autos de la Pieza incidente concursal (art. 192 LC) 83/2022, provenientes del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En los autos de referencia, el del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid, con fecha 11 de mayo de 2023, dictó sentencia con el siguiente fallo:

*"DESESTIMAR la demanda incidental presentada por el Procurador de los Tribunales don Noel Dorremochea Guiot en nombre y representación de don Borja, don Jesús María, don Doroteo y don Antonio y **CONDENAR** a la parte actora al pago de las costas procesales."*

SEGUNDO.-Publicada y notificada dicha resolución, por la representación procesal de los demandantes, Don Borja, Don Jesús María, Don Doroteo y Don Antonio, se interpuso recurso de apelación. Admitido el recurso y efectuado el preceptivo traslado, por la Administración Concursal de AIR COMET S.A. se formuló oposición al recurso.

TERCERO.-La deliberación, votación y fallo del asunto tuvo lugar el día 16 de enero de 2025.

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

Ha actuado como ponente el Ilma. Sra. Magistrada D^a M^a Mercedes Curto Polo, que expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Con fecha 3 de febrero de 2022 el Procurador de los Tribunales don Noel Dorremochea Guiot en nombre y representación de don Borja, don Jesús María, don Doroteo y don Antonio presentó demanda incidental frente a AIR COMET, S.A.U. y Administración Concursal de AIR COMET, S.A.U., en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación solicitó que se dictara sentencia por la que *"estimando la demanda se declare que don Borja, don Jesús María, don Doroteo y don Antonio ostentan un derecho de crédito prededucible de la masa por importe de OCHO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL NOVECIENTOS EUROS (8.820.900€) más los intereses legales, devengados desde la interposición de la presente reclamación judicial, de conformidad con los acuerdos de reconocimiento de honorarios suscritos, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada en el caso de que medie expresa oposición de la concursada"*.

El objeto de la demanda es la declaración del derecho de los demandantes a la percepción de una retribución variable vinculada al Laudo dictado por el CIADI el 21 de julio de 2017, y confirmado de forma definitiva el 29 de mayo de 2019, frente a la República de Argentina, en relación con la expropiación de Aerolíneas Argentinas, S.A, Austral Líneas Aéreas-Cielos del Sur, S.A, Aerohandling, S.A, Jetpaq, S.A y Optar, S.A. Retribución (derecho al cobro de determinados importes variables, "success fee" o primas de éxito ligadas al resultado obtenido en el procedimiento arbitral) que entienden es absolutamente independiente de los importes que puedan haber recibido durante la tramitación del **arbitraje**.

2. Interesa reseñar, por lo que luego se dirá, que literalmente los demandantes señalaban en su demanda que *"...tanto Air Comet como su Administración Concursal pactaron contractualmente y reconocieron expresamente con sus propios actos que determinados asesores o colaboradores -entre los que se encuentran mis representados- fueran retribuidos por todos los trabajos previos al **arbitraje** seguido ante el CIADI, a través de primas de éxito debidamente cuantificadas."*

Además, se pactó expresamente que **dichos honorarios de éxito se percibieran con carácter previo al reparto del importe neto derivado de la indemnización**, lo que determina la existencia de un crédito prededucible de la masa en favor de mis representados.

*Gracias a los arduos trabajos desarrollados por mis mandantes en los ejercicios 2008, 2009 y 2010, y que acreditaremos convenientemente, se dictó Laudo reconociendo una indemnización de **320.760.000 \$** más intereses. Como veremos, la intervención de mis representados fue imprescindible para presentar y documentar la demanda ante el CIADI y resultó absolutamente fundamental para llegar a este beneficioso resultado, y venía motivada precisamente por los compromisos de honorarios pactados."*

Igualmente, aunque de manera fluctuante en las fechas precisas, en la página 11 de su demanda, se argumentaba que tales trabajos se habían desarrollado entre enero de 2008 y marzo de 2010.

3. Y partiendo de tales consideraciones apoyaban su demanda en abundante documental, iniciando con los compromisos de honorarios firmados en octubre de 2008 entre los demandantes y el accionista mayoritario del Grupo Aerolíneas Argentinas (INTERINVEST) (Documentos nº 19 a 22 de la demanda), seguidos del **Contrato de Cesión de Derechos de Crédito** (Documento nº 23 de la demanda) suscrito el 18 de enero de 2010 entre AIR COMET - como cesionaria - y BUSURSA, TRANSPORTES DE CERCANÍAS Y TEINVER - como cedentes. Y ello

en la medida en que quienes pusieron la demanda de **arbitraje** ante el CIADI no fue AIRCOMET S.A.U., sino sus accionistas. En la Estipulación Segunda de dicho contrato se indicaba lo siguiente:

"Segundo.- Las partes acuerdan que la determinación de la cantidad neta, cesible a AIR COMET, S.A.U., será la resultante de deducir al eventual derecho de cobro reconocido por el CIADI a favor de los cedentes, los gastos necesarios, útiles y pertinentes, así como las retribuciones que hayan de satisfacerse al Tribunal Internacional CIADI. También serán objeto de deducción para determinar el monto del derecho de cobro neto, los gastos y honorarios de asesores jurídicos, consultores, peritos, testigos, expertos, informes, tasaciones y remuneración de intereses o comisiones que fuere necesario abonar a las Entidades, empresas o despachos a las que sea necesario acudir para que financien la reclamación. Por último, también será deducible para determinar el derecho de cobro cedido a favor de AIR COMET, S.A.U. el porcentaje de comisión a éxito (success fee) que se pacte contractualmente a favor de cualquiera de los intervinientes en el proceso que se sigue ante el CIADI, ya se devenguen por actuaciones previas a la interposición de la reclamación formal, durante su tramitación, eventuales recursos o alzas y ejecución.

AIR COMET, S.A.U., a través de su representante legal acepta formal y expresamente los términos de la presente estipulación, en orden a la determinación del derecho de cobro neto cesible".

Igualmente, entienden que dicha retribución variable se reflejó en el **Funding Agreement** de 8 de junio de 2010 suscrito entre BUSURSA, TRANSPORTES DE CERCANÍAS, TEINVER Y BURFORD, del que AIR COMET nunca llegó a ser parte.

En el mismo, se hacen constantes referencias a los honorarios previstos para los *counsel*o asesores locales y se determina expresamente cómo su retribución debe ser tomada en consideración a los efectos del cálculo del importe neto; entendiendo los demandantes que ellos eran merecedores de tal calificación.

Por otro lado, invocaban la doctrina de los actos propios por entender que la retribución de los demandantes había sido confirmada en distintas ocasiones por la Administración Concursal de AIR COMET. Así, consideran que en el acuerdo para la determinación del importe neto objeto de cesión suscrito el 21 de junio de 2010 por D. Marcial en nombre de la demandada AIR COMET, y sus tres Administradores Concursales D. Sixto, D. Arsenio y D. Alberto, se ratifican los Compromisos de Honorarios y se cuantifican en forma específica, al incluir la remuneración variable de los demandantes dentro de las deducciones que se debían realizar para hallar el beneficio neto objeto de cesión (Documento nº 27 de la demanda). Igualmente, entienden que tal reconocimiento se realiza en la comunicación efectuada por los administradores concursales en fecha 6 de junio de 2014. A todo ello se añadiría igualmente la **cuantificación expresa y numérica del crédito por parte del despacho profesional del Sr. Arsenio (LexAudit & Concursal)** (figurando éste en copia en el correo) con carácter inmediatamente posterior al dictado del laudo.

Por otro lado, entienden que igualmente el reconocimiento y cuantificación del crédito de los demandantes fue realizado por los abogados encargados de la tramitación del **arbitraje**, King & Spalding.

Por último, consideran que su postura viene respaldada por el hecho de que la Administración Concursal de AIR COMET no hubiera reconocido ningún crédito concursal a los demandantes, por considerar que se trataba de créditos prededucibles antes de realizar el reparto correspondiente.

4. Se opuso la demandada, quien, tras alegar los hechos y Derecho que tuvo por conveniente, acabo suplicando:

1. Con carácter *principal*, dictar sentencia que desestime íntegramente la demanda formulada por don Borja, don Jesús María, don Doroteo y don Antonio, con expresa condena en costas.

2. Con carácter *subsidiario*, dictar sentencia por la que reconozca a don Borja, don Jesús María, don Doroteo y don Antonio un crédito concursal ordinario a calcular sobre una base de 24.000.000 dólares, sin costas.

3. Con carácter *más subsidiario*, dictar sentencia por la que reconozca a don Borja, don Jesús María, don Doroteo y don Antonio un crédito concursal ordinario a calcular sobre una base de 31.000.000 dólares, sin costas.

4. Con carácter *más subsidiario*, dictar sentencia por la que reconozca a don Borja, don Jesús María, don Doroteo y don Antonio un crédito concursal ordinario por importe de 8.820.900,00 dólares, sin costas.

5. Ha quedado acreditado que durante el año 2008 surgió un conflicto entre el Grupo Marsans y el Gobierno de la República Argentina en relación con las compañías que formaban parte del GRUPO AEROLÍNEAS (básicamente AEROLÍNEAS ARGENTINAS y AUSTRAL). Dicho conflicto se inició con la voluntad del Gobierno de la República Argentina de tomar el control accionario de ambas compañías.

Durante el año 2008 se llevaron a cabo negociaciones entre Grupo Marsans y el Gobierno para alcanzar un acuerdo que comportara la adquisición de las acciones del GRUPO AEROLÍNEAS a un precio pactado, precio del que sería beneficiaria AIR COMET.

En es en el contexto de estas negociaciones en las que en noviembre de 2008 se firmaron los compromisos de honorarios por los que AIR COMET o INTERVEST (en el caso de D. Borja) se comprometían a abonar a los demandantes un porcentaje del importe recibido por tal adquisición.

Finalmente no hubo acuerdo. Por ello, la República Argentina inició por Ley 26.412 de 03.09.2008 el proceso de expropiación de las acciones del GRUPO AEROLÍNEAS. El proceso se ejecutó por Ley 26.466 y Decreto 2347/2008, ambos de fecha 30.12.2008. La indemnización acordada a favor de AIR COMET por la expropiación fue de 1 peso argentino.

Disconformes, TEINVER, TRANSPORTES DE CERCANÍAS y AUTOBUSES URBANOS DEL SUR, sociedades que en aquel momento tenían el 100% del accionariado de AIR COMET, contrataron al despacho de abogados americano KING&SPALDING para que interpusiera una demanda de **arbitraje** ante el Tribunal Arbitral CIADI 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). La demanda se interpuso el 30.01.2009.

Para financiar el proceso arbitral, TEINVER, TRANSPORTES DE CERCANÍAS y AUTOBUSES URBANOS DEL SUR (no AIR COMET) suscribieron el 14.04.2010 el llamado "*Funding agreement*", en virtud del cual el fondo de inversión inglés BURFORD CAPITAL LIMITED financió el litigio. Dentro del "*Funding agreement*" se regulaba la posibilidad de que BURFORD o KING&SPALDING como "nominated lawyers" (los abogados designados) pudiesen contratar "counsels" (asesores). Asimismo, el contrato contenía un anexo 2 ("*Schedule 2*") en el que se mencionaba la forma de cálculo de la retribución de BURFORD y se preveía el pago de estos "counsels" con carácter previo al pago de la comisión de éxito de BURFORD.

Durante el litigio, BURFORD y KING&SPALDING contrataron y pagaron a los asesores, entre los que se encontraban algunos de los demandantes (no don Antonio). Por tales trabajos los demandantes no reclaman nada en la presente litis.

6. Los demandantes reclaman su crédito con cargo al importe neto de la indemnización que le correspondería a AIR COMET con fundamento en el acuerdo de cesión de crédito suscrito el 18 de enero de 2010 entre AIR COMET - como cesionaria - y BUSURSA, TRANSPORTES DE CERCANÍAS Y TEINVER - como cedentes; en el que, a su entender, se reconocía el carácter prededucible de los honorarios de estos asesores.

7. Con posterioridad al dictado del laudo arbitral, en fecha 12.03.2018, TITAN adquirió la posición contractual de BURFORD subrogándose en ella.

Los demandantes solicitaron de manera simultánea con su demanda la adopción de medidas cautelares *inaudita parte* objeto de impedir el reparto de los fondos que entraran en el concurso como consecuencia de los pagos efectuados por TITAN hasta el momento en que fuera reconocido su crédito.

No habiéndose acogido la solicitud de adopción *inaudita parte*, se celebró la correspondiente comparecencia, y por Auto de 7 de abril de 2022, el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid desestimó la petición de adopción de medidas cautelares por entender que no concurría el periculum in mora. Considera al respecto la juzgadora de instancia que, habiendo sido declarada Air Comet, S.A.U en concurso el 20 de abril de 2010, no fue hasta julio de 2019 cuando los demandantes realizaron alguna actuación en el seno del concurso para el reconocimiento de su crédito, de modo que la postura de los instantes en el concurso había sido de absoluta pasividad durante todo el tiempo en que se había dilatado el proceso. En consecuencia, teniendo en cuenta que la situación cautelable debe valorarse en función de la pretensión ejercitada, concluyó que la urgencia y necesidad pretendida resultaba contradicha con la pasividad mostrada por los instantes a lo largo de todos aquellos años.

8. La Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid por Auto de 27 de enero de 2023 confirmó la denegación de medidas cautelares sobre el fundamento de la ausencia de *fumus bonis iuris*. A este respecto, considera que "*Los créditos cuyo reconocimiento se interesa como créditos contra la masa derivan de los contratos de prestación de servicios relacionados con lo que denominan la "Transacción". A través de los mismos se acuerda la retribución de las "contribuciones" del asesor. Estos contratos se suscribieron el 12 de octubre de 2008.*

La retribución se calcula en función de un porcentaje del "precio" y/o compensación" total que perciban las sociedades contratantes del Estado Nacional Argentino o cualquier importe recibido de terceros.

Los servicios se corresponden con las actividades llevadas a cabo en relación a la mencionada "Transacción", es decir, la adquisición de Aerolíneas y/o Austral a través de cualquier mecanismo jurídico, incluida la expropiación.



La STS 140/2014, de 24 de marzo, explica el fundamento de la calificación de un crédito derivado de contratos que establecen obligaciones recíprocas como crédito contra la masa.

En los contratos con obligaciones recíprocas, para que la prestación a cargo del concursado pueda ser considerada como crédito contra la masa, a partir de la declaración de concurso, es necesario que el deber de prestación del deudor sea recíproco del asumido por el acreedor, y que ambos se hallen pendientes de cumplimiento.

La reciprocidad debe existir en la fase posterior a la perfección del contrato, lo que se ha venido en llamar la fase funcional. La reciprocidad se pierde si una de las partes hubiera cumplido enteramente con su prestación antes de la declaración de concurso, lo que determina que el crédito de la parte in bonis sea considerado concursal, pues no existe reciprocidad funcional.

La calificación de un crédito como crédito contra la masa requiere que las prestaciones recíprocas subsistan en el momento de declaración de concurso - artículos 84.2.6° LC y 242.9° TRLC -. La forma en la que se pacte la retribución no transforma el crédito concursal en crédito contra la masa. Si la retribución derivada de los servicios prestados está pendiente de cuantificación se dará lugar a la clasificación del crédito concursal como contingente. Se trata de una retribución de los servicios establecida per relationem - no un contrato parciario, aunque el tratamiento sería el mismo, puesto que también es un contrato con obligaciones recíprocas -. El que la exigibilidad de la retribución dependa del resultado de la reclamación ante el CIADI o de lo que se obtenga finalmente no altera la calificación del crédito.

Naturalmente, como crédito concursal, era necesario haber comunicado en tiempo el crédito o haber recurrido en su caso el informe de la AC.

Lo cierto es que las actuaciones a las que se refieren los contratos de 2008 son las previas a la adquisición por parte del Estado Nacional Argentino de Aerolíneas y/o Austral a través de cualquier mecanismo jurídico, incluida la expropiación. Se trata de las actuaciones referidas a la denominada "Transacción". Los contratos no se refieren - aunque sería igualmente irrelevante en lo que nos ocupa - a ningún tipo de servicio dedicado a la preparación de un procedimiento judicial o arbitral.

No se ha discutido que el proceso de expropiación se ejecutó por Ley 26.466 y Decreto 2347/2008, ambos de fecha 30.12.2008.

TEINVER, TRANSPORTES DE CERCANÍAS y AUTOBUSES URBANOS DEL SUR, sociedades que en aquel momento tenían el 100% del accionariado de AIR COMET, contrataron al despacho de abogados americano KING&SPALDING para que interpusiera una demanda de **arbitraje** ante el Tribunal Arbitral CIADI. La demanda se interpuso el 30.01.2009 por dichas sociedades, sin intervención de AIR COMET. Y la declaración de concurso de AIR COMET es de fecha 20.04.2010.

En consecuencia, en ningún caso nos encontraríamos ante créditos contra la masa, incluso aunque los servicios previstos en los contratos de 2008 se extendieran - que no - al periodo que sostiene la demanda (p. 11): "gestiones llevadas a cabo entre el 7 de febrero de 2008 y el 3 de marzo de 2010".

Debemos añadir que, aunque los créditos hubieran sido considerados como créditos contra la masa por la AC, no es posible invocar la doctrina de los propios actos, puesto que dicha figura es de imposible estimación cuando lo realizado trasciende de la esfera voluntarista negocial u obligacional para afectar o incidir en la de aplicación de una norma positiva de carácter imperativo - entre otras, STS de 10 de febrero de 1993 -. El régimen de calificación de los créditos en el concurso no es disponible.

Y lo mismo podemos señalar respecto de la pretendida "igualdad de trato" que se invoca en relación a KING & SPALDING, despacho encargado de la defensa de las concursadas en el **arbitraje**, al margen de que cada contrato tiene sus propias características que no es el caso examinar aquí, puesto que no se trata de calificar su crédito.

Por otra parte, el contrato que se refiere a D. Borja fue suscrito con INTERINVEST, no con AIR COMET.

En fecha 18.01.2010 TEINVER, TRANSPORTES DE CERCANÍAS, AUTOBUSES URBANOS DEL SUR y AIR COMET suscriben un contrato de "cesión de derechos de cobro" por el que se ceden a AIR COMET los "derechos netos de cobro" que se obtengan de la demanda presentada ante el CIADI.

Dicho contrato establece lo que se entiende por "derechos netos de cobro" (aplicando a la cantidad reconocida por el CIADI determinadas deducciones que acepta AIR COMET). Lo que se cede es ese derecho de cobro y se determina su alcance, sin más.

Y, en cualquier caso, tampoco dicho contrato permitiría que las deducciones se practiquen al margen de las normas concursales. Su tratamiento se somete al concurso, y el régimen aplicable es el que hemos expuesto".



9. La Sentencia del Juzgado de lo mercantil nº 8 de Madrid de 11 de mayo de 2023, ahora recurrida, desestima la demanda haciendo suyas las valoraciones realizadas por la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, considerando que en ningún caso se podría reconocer el crédito de las demandantes como crédito contra la masa, prededucible, teniendo en cuenta que el pretendido crédito respondería a la prestación de servicios realizados con anterioridad a la declaración del concurso de AIRCOMET; y que, tratándose de un contrato de tracto sucesivo con obligaciones recíprocas, por parte de los demandantes se habría realizado completamente la prestación con anterioridad al concurso. Por lo que, en todo caso, su reclamación tendría la calificación de crédito concursal. Y no habiendo sido comunicado en plazo, no podría ser reconocido en estos momentos.

10. Disconforme apelan las demandantes, con fundamento en los siguientes motivos. En primer lugar, alegan la infracción, por inaplicación, de la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que define y configura el contrato de comisión mercantil, en relación con los compromisos de honorarios firmados por los apelantes los días 9, 12, 13 de octubre de 2008.

En segundo lugar, hacen valer el error en la valoración de la prueba en relación con los siguientes documentos:

-Compromisos de honorarios de octubre de 2008,

-Letters Agreements del 13 de agosto de 2010 suscritas entre D. Borja, D. Doroteo y D. Jesús María con el despacho de abogados King and Spalding;

-El contrato de cesión de derechos de cobro de 18 de enero de 2010,

-El Funding Agreement de 14 de abril de 2010,

-El acuerdo de determinación del beneficio neto firmado el 21 de junio de 2010

-La solicitud de autorización de la Administración Concursal de AIR COMET S.A.U. al Juzgado de lo Mercantil de 25 de junio de 2010 para la firma del Funding Agreement

-El Auto del Juzgado de lo mercantil nº 8 de 22 de diciembre de 2010 autorizando tal firma.

-La Comunicación remitida por la Administración Concursal de AIR COMET a BURFORD de 6 de junio de 2014 haciendo referencia a la retribución de los counsels.

El tercer motivo de apelación es la infracción, por inaplicación, del art. 242.12º y del artículo 242.1.10º del TRLC por tratarse de un crédito contra la masa y, por ende, prededucible.

Como cuarto motivo del recurso alegan infracción del art. 542.1 TRLC en relación con el art. 394 LEC al haberle sido impuestas las costas.

Con carácter previo a tales motivos, la parte recurrente realiza una exposición de los hechos en la que debemos destacar que altera sustancialmente los expuestos en la demanda, sirviéndole de fundamento para los motivos de recurso como seguidamente se dirá.

Se opone la Administración Concursal insistiendo en los argumentos que ya hizo valer en su contestación a la demanda.

SEGUNDO.- DE LA NUEVA EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS REALIZADA POR LAS RECURRENTES EN LA QUE SE FUNDAMENTAN LOS TRES PRIMEROS MOTIVOS DE RECURSO.

11. Los motivos de recurso esgrimidos por las apelantes están íntimamente relacionados con la nueva exposición de los hechos que realizan en el "*motivo previo*", alterando sustancialmente los términos del debate en primera instancia.

En efecto, entiende la parte apelante que la colaboración de los demandantes con fundamento en los compromisos de honorarios de octubre de 2008 no se limitó a los años 2008 a 2010, como había afirmado en la demanda; sino que se extendió a lo largo de todo el procedimiento arbitral. En virtud de dichos compromisos los demandantes se obligaban a prestar la máxima colaboración a su alcance para que INTERVEST/ AIR COMET obtuvieran una contraprestación, a través de cualquier mecanismo jurídico, por el traslado de las acciones representativas del capital accionarial de AEROLÍNEAS ARGENTINAS y AUSTRAL al Estado Argentino (la Transacción). Entiende, por tanto, que se trataba de una suerte de comisión de venta por cuanto la labor de los comisionistas ("asesores") era la de negociar la venta del Grupo Aerolíneas Argentinas por cuenta del propietario (INTERVEST/AIR COMET).

Esa colaboración comprometida con arreglo a tales contratos era compatible con los suscritos con KING & SPALDING para la colaboración a lo largo del procedimiento arbitral (Engagement Letters) en los que las obligaciones se limitaban a la prestación de servicios de consultoría y a concurrir a las audiencias que se previeran, y se pactaba una remuneración por tarifa horaria.



Por tanto, tanto antes como durante el procedimiento arbitral los demandantes vinieron realizando sus mayores esfuerzos de colaboración con fundamento en los compromisos de honorarios firmados en octubre de 2008. Tratándose de una obligación de resultado, y no de medios, el crédito dimanante de dichos compromisos en la forma de comisión a éxito habría nacido cuando se dicta el laudo arbitral del CIADI, que reconoce una compensación por la expropiación realizada por el Gobierno Argentino.

En consecuencia, el crédito se devengó en fecha 21 de julio de 2017, debiendo ser calificado como crédito contra la masa en la medida en que AIR COMET S.A.U. había sido declarada en concurso en abril de 2010.

Afirma que la Administración Concursal reconoció en varios momentos el crédito de las apelantes como crédito contra la masa porque entendió que los compromisos de honorarios de octubre de 2008 consistían jurídicamente en un contrato de comisión mercantil y que la obtención del laudo arbitral determinaría el origen del derecho a percibir la remuneración pactada.

Abunda el recurso en afirmar la intensa actividad realizada por los apelantes para el cumplimiento de los compromisos de honorarios de octubre de 2008. Y ello para acabar proponiendo que, en el caso de que se sitúe el momento de nacimiento del crédito derivado de la comisión mercantil no en la emisión del laudo arbitral, sino en el momento de realización de los trabajos, estos se extendieron desde agosto de 2010 a julio de 2017; fechas posteriores al Auto de declaración del concurso de AIR COMET de 20 de abril de 2010. Proponiendo, por tanto, una fecha alternativa de nacimiento del crédito, en todo caso, posterior a la declaración del concurso, para entender que se debería calificar como crédito contra la masa.

12. Esta nueva exposición de los hechos fundamenta los tres primeros motivos de oposición al recurso: inaplicación, de la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que define y configura el contrato de comisión mercantil, error en la valoración de la prueba, e infracción del art. 242.12º y del artículo 242.1.10º del TRLC por tratarse de un crédito contra la masa y, por ende, prededucible.

13. Pues bien, esta alteración de los hechos vertidos en la demanda bastaría por sí sola para desestimar el recurso de apelación.

A este respecto debe recordarse, como establece reiterada jurisprudencia (entre otras, STS 308/2022, de 19 de abril) que en segunda instancia opera la regla *pendente appellatione nihil innovetur*, conforme a la cual, aunque el recurso de apelación permite al tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a la Audiencia Provincial a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en la primera instancia. De modo que la segunda instancia se puede extender únicamente a lo que ha sido objeto de previa discusión ante el juzgado, pues como establece el art. 456.1 LEC "(...) en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia (...)". La STS de 18 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5727/2014) indica al respecto lo siguiente: "1.- La prohibición de introducción de cuestiones nuevas en la apelación es un principio fundamental del recurso de apelación. Se recoge en el art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que dispone que en el recurso de apelación podrá perseguirse que se revoque una sentencia "con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia". Impide que ante el tribunal de apelación se planteen recursos de apelación sobre cuestiones no alegadas oportunamente en la primera instancia y, por tanto, respecto de las que no se ha dado al juzgado de primera instancia la posibilidad de resolverlas. 2.- Esta exigencia no es un formalismo retórico o injustificado. Es una regla que entronca con la esencia del recurso de apelación. La pretensión que se haga valer en segunda instancia ha de coincidir esencialmente con la planteada en la primera instancia. El tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia de primera instancia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de oportuna invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el juez conforme a lo que el tribunal de apelación entiende que es la solución correcta. El recurrente puede pretender que el tribunal de apelación revoque la sentencia de primera instancia porque esta no haya resuelto oportunamente las cuestiones de hecho y de derecho planteadas oportunamente en los trámites alegatorios de la primera instancia (fundamentalmente, la demanda, la contestación y las alegaciones complementarias de la audiencia previa), pero no puede modificar el objeto del proceso, introduciendo nuevas pretensiones en el recurso de apelación para que el tribunal que conozca del recurso las adopte, y revoque por tal motivo la sentencia apelada. No puede alterarse el objeto del proceso tal y como fue conformado en la primera instancia. De acuerdo a nuestra tradición histórica, la Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente vigente acoge un modelo de segunda instancia limitada, como "revisio prioris instantie" (revisión de la instancia anterior). 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".

Igualmente, la STS de 8 de mayo de 2024 (ROJ: STS 2149/2024) citando la STS del Pleno 537/2013, de 14 de enero de 2014, insiste en que *"en nuestro ordenamiento las controversias que se someten a la decisión judicial deben resolverse conforme a las pretensiones iniciales sin que afecten a este planteamiento, en principio, las modificaciones producidas tras este momento inicial lo que se denomina la perpetuatio actionis. Consecuencia de este principio es la prohibición del cambio de demanda -mutatio libelli- en el proceso civil. Los escritos de demanda y contestación delimitan el objeto del proceso sin perjuicio de algunas adicciones permitidas"*.

14. En este sentido atendido al contenido del escrito de demanda y del recurso de apelación, observamos que los apelantes introducen cuestiones nuevas que no habían sido planteadas en la instancia para fundamentar algunos motivos de su recurso. Así, cabe señalar cómo en la demanda se hablaba expresamente de los servicios prestados desde enero de 2008 a marzo de 2010 (p. 11). Fue contundente igualmente D. Borja en su declaración en la vista del incidente concursal extendiendo la prestación de servicios por los que reclamaba la indemnización durante 2008 hasta finales de 2009, principios de 2010. En la propia relación de tareas que presentan los demandantes a instancia de la administración concursal se refieren básicamente a las actividades llevadas a cabo entre 2008 y 2010, de las que dieron luego cuenta durante el procedimiento arbitral y que fueron decisivas para el éxito del mismo. Por el contrario, ahora se pretende que se extienda la prestación de servicios cuya remuneración se reclama hasta el año 2017. Esta nueva exposición de los hechos plantea además algunas lagunas importantes, que afectan incluso a la legitimación activa para reclamar en la medida en que D. Antonio, demandante y ahora apelante, no intervino en el procedimiento arbitral.

Por otro lado, la calificación como crédito prededucible se fundamentaba en la demanda en la propia literalidad del contrato de prestación de servicios, así como en los términos en los que se expresaba el acuerdo de cesión, el funding agreement o el acuerdo de determinación de beneficio neto. Ahora se fundamenta tal calificación en el pretendido momento de devengo del crédito en 2017, posteriormente a la declaración de concurso de AIR COMET.

No fue debatida en primera instancia la calificación jurídica del contrato celebrado. La propia demanda habla de prestación de servicios. En cambio, pretenden ahora las apelantes que se califique como contrato de comisión, atribuyendo a la sentencia de instancia una incongruencia omisiva que, en ningún caso puede ser tal, en la medida en que tal cuestión no fue objeto de debate, como se ha expuesto.

15. Atendiendo a tales consideraciones, necesariamente han de desestimarse los tres primeros motivos que se articulan en el recurso de apelación.

16. Difícilmente puede haber infracción, por inaplicación, de la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que define y configura el contrato de comisión mercantil, por cuanto se trata de una cuestión nueva, introducida en esta instancia, que no fue objeto de debate en la primera y que, por tanto, no puede ser objeto de pronunciamiento.

17. Tampoco se aprecia que la valoración de la prueba realizada por la juzgadora a quo sea ilógica o irracional. La juzgadora de instancia parte del Auto de la Audiencia Provincial que es contundente en relación con la calificación jurídica de determinados hechos, ausente todo carácter de provisional o indiciario, aunque se dicte en el seno de un procedimiento de medidas cautelares. No tiene duda el Auto de la Audiencia Provincial de que se trata de créditos concursales por obedecer a servicios prestados con anterioridad a la declaración del concurso partiendo de los hechos relatados en la demanda. Créditos concursales que no habían sido comunicados a tiempo en el procedimiento concursal. Partiendo de tal calificación jurídica que, atendiendo a la valoración de la prueba practicada, la juzgadora refrenda en su resolución, entiende que, en modo alguno, se puede estimar la demanda de las actoras en la medida en que solicitaban la declaración de la existencia a su favor de un crédito prededucible de la masa del concurso.

Y es que, como queda apuntado, la parte demandante reclamaba la prestación correspondiente a los servicios prestados entre enero de 2008 y marzo de 2010, por lo que, siendo declarada AIR COMET con posterioridad, necesariamente el crédito por sus pretendidos honorarios debe calificarse como concursal; y ello con independencia de que, siendo indeterminada su cuantía, pudiera calificarse como contingente.

Pretenden ahora las apelantes desplazar el momento de devengo del crédito reclamado a 2017 con una clara alteración de los términos del debate. Por lo que necesariamente este segundo motivo también debe ser desestimado.

18. E igual suerte desestimatoria debe seguir el tercer motivo de apelación en relación con la incorrecta calificación del crédito reclamado. Insiste la apelante en la calificación como crédito contra la masa de la comisión devengada como consecuencia de la colaboración realizada por los apelantes con fundamento en los compromisos de honorarios de octubre de 2008. Si bien ahora fundamenta tal carácter en el nacimiento del crédito con posterioridad a la declaración del concurso de AIR COMET bien en el momento de emisión del laudo

arbitral, bien, alternativamente, en julio de 2017 cuando acabaron los servicios prestados por los recurrentes con fundamento en tales contratos; cuando en primera instancia fundamenta tal carácter en los propios contratos de prestación de servicios celebrados, así como en otra documental aportada con la demanda en la que se reconocía el carácter de prededucible de la remuneración pactada (entre ellos, el documento de cesión del crédito).

Como se ha venido afirmando, atendiendo a los términos en los que se desarrolló el debate en primera instancia, no cabe duda de que el crédito ha de calificarse como concursal. Los servicios cuya retribución se reclama se prestaron desde 2008 a marzo de 2010. Habiendo sido declarada en concurso AIR COMET en abril de 2010 se trataría de créditos concursales. Y ello, pese a que no estuviera cuantificada la retribución; lo cual llevaría a su calificación como crédito contingente.

No altera tal calificación el hecho de que la Administración Concursal de AIR COMET pudiera haber reconocido el carácter prededucible en algún momento en razón del carácter imperativo de las normas concursales de calificación de créditos.

TERCERO. DE LA INFRACCIÓN DEL ART. 542.1 TRLC EN RELACIÓN CON EL ART. 394 LEC .

19. Como cuarto motivo del recurso de apelación alegan las recurrentes infracción del art. 542.1 TRLC en relación con el art. 394 LEC.

Establece el art. 542.1 TRLC que *"La sentencia que recaiga en el incidente concursal se registrá en materia de costas por lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, tanto en cuanto a su imposición como en lo relativo a su exacción, y serán inmediatamente exigibles, una vez firme la sentencia, con independencia del estado en que se encuentre el concurso"*.

En la medida en que se han desestimado íntegramente las pretensiones articuladas por las demandantes, no cabe duda de que deben pechar con las costas del procedimiento, por cuanto no se aprecian dudas de hecho o de derecho que puedan motivar la inaplicación de la norma general. Por lo que el motivo debe ser desestimado.

CUARTO. DE LAS COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

20. La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición de las costas causadas en esta instancia, conforme a lo previsto en el art. 398.2 LEC.

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

FALLO

La Sala acuerda:

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Borja , DON Jesús María , DON Doroteo y DON Antonio contra la sentencia dictada el 11 de mayo de 2023 por el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid, en el incidente concursal 83/2022, del que este rollo dimana.

2.- Condenar a DON Borja , DON Jesús María , DON Doroteo y DON Antonio al pago de las costas generadas por su recurso.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.