

ÍNDICE

| | |
|------------------------------|---|
| ANTECEDENTES DE HECHO | 1 |
| FUNDAMENTOS DE DERECHO | 1 |
| FALLO | 3 |

FICHA TÉCNICA**Legislación**

Cita art.48.3 de 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal

Cita 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En Autos de PIEZA MEDIDAS CAUTELARES LEC EDL 2000/77463 (CONCURSAL) 306/2008, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de OVIEDO, se interpuso recurso de apelación contra el Auto de fecha 14 de noviembre de 2.008, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "ESTIMAR la solicitud de medidas cautelares formulada por la Administración concursal de FRIOVIVO S.A., contra ADIPAN S.A., ADITIVOS PARA LA PANIFICACIÓN, acordando el embargo preventivo de bienes de la demandada en cantidad suficiente para cubrir la cantidad reclamada que asciende a 789.378,76 euros (SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO EUROS CON SETENTA Y SEIS CÉNTIMOS). En concreto se acuerda el embargo de los siguientes bienes: 1º.- Solar en el paraje conocido como CRUZ con una superficie de tres mil cuatrocientos veinticinco metros cuadrados Inscrito en el Registro de la Propiedad de Algete, Tomo 3146, libro 40, folio 1521, finca de Valdeolmos núm. 3466. 2º.- Edificio industrial sito en el paraje conocido como CRUZ con una superficie de terreno de 2.645 metros cuadrados y una superficie construida de mil novecientos setenta y cuatro metros ochenta y seis decímetros cuadrados. Inscrito en el Registro de la Propiedad de Algete, tomo 3252, libro 55, folio 40, finca de Valdeolmos núm. 3468. 3º.- Solar en el paraje conocido como CRUZ con una superficie de dos mil setecientos treinta y seis metros cuadrados. Inscrito en el Registro de la Propiedad de Algete, tomo 3146, libro 40, folio 156, finca de Valdeolmos núm. 3467. 4º.- Nave industrial en la calle Cortijo Santa Teresa, que ocupa las parcelas B-24 y B-25 con una superficie de terreno de 1.315,25 metros cuadrados y construida de 1.488,72 metros cuadrados. Inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 1 de Málaga, es la finca núm. 15336, tomo 2914, libro 672, folio 129. 5º.- Embargo de las participaciones o acciones de que la demandada es titular a su vez en otras sociedades que comparten su objeto social y de la que es accionista mayoritaria: - PREMIERFRI, S.L., con C.I.F B- 92335222 y domicilio social en Polígono de Santa Teresa Ronda, 5, Málaga, empresa de la que ADIPAN, S.A. es propietaria del 100% de las participaciones. - FRIOCONFIT, S.L., con C.I.F. b- 23453988, con domicilio social en calle Río Guadalimar 34 Baeza, Jaén, de la que ADIPAN, S.A. es propietaria del 55,84% de las participaciones. - TALDEPAN, S.L., con CIF- b-81554230 y domicilio social en Calle Parque 15, Alapardo, Polígono de Valdeolmos, Madrid, empresa de la que ADIPAN, S.A. es propietaria del 55,84% de las participaciones. Líbrense mandamientos a los Registros de la Propiedad citados al objeto de que procedan a practicar las anotaciones procedentes indicando que la cantidad de que deben responder las fincas embargadas es de 789.378,76 euros. Notifíquese el embargo de participaciones sociales en la forma prevista en el art. 623.3 L.E.C EDL 2000/77463 .. Se imponen a la demandada las costas de esta primera instancia".

SEGUNDO.- El recurso de apelación fue interpuesto por ADIPAN S.A. ADITIVOS PARA LA PANIFICACION, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª ANA ALVAREZ ARENAS, y bajo la dirección letrada de Dª CRISTINA MARTINEZ ISPIZUA. Siendo parte apelada la ADMON. CONCURSAL DE FRIOVIVO S.A.

TERCERO.- Turnados los Autos a este Tribunal se formó el Rollo de Sala, registrándose con el número 207/09, tramitado el recurso con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo para el día 1 de octubre de 2.009, quedando los autos para dictar la resolución que proceda.

VISTOS.- Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la apelante "Adipan, S.A., Aditivos para la Panificación" contra el Auto de fecha 14 noviembre 2008 dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo en la Pieza de Medidas Cautelares 306/2008 en la que se acuerda la adopción de la medida de embargo preventivo de la demandada en bienes suficientes para cubrir la suma de 789.378,76 euros. Alega la apelante en su recurso, en síntesis, primeramente su disconformidad con la concurrencia del presupuesto referido a la apariencia de buen derecho toda vez que habiendo desistido en su momento del contrato que le vinculaba con la concursada no puede entenderse que resulte deudora de la suma que ahora se reclama, discrepando por otra parte de la liquidación que de dicha deuda presenta la Administración concursal junto con la demanda al no ajustarse a los términos de aquel contrato. Se continúa negando que exista periculum in mora a la vista de las

cuentas anuales de Adipan del año 2007 que arrojan beneficios para la sociedad, a lo que se une que se acudido además a la financiación externa con la ayuda de las garantías prestadas por los socios, por lo que no hay riesgo de insolvencia. Finalmente y por lo que respecta a la caución se solicita su fijación por el Tribunal al no existir causa de dispensa para ello.

SEGUNDO.- La situación jurídica que se plantea en el presente recurso dimana del contrato firmado en fecha 17 noviembre 2006 de una parte por "Frio vivo, S.A." -declarada judicialmente en situación de concurso mediante Auto de fecha 13 octubre 2006 - y de otra por "Adipan, S.A., Aditivos para la Panificación", documento en el que se expone primeramente que desde el mes de septiembre de ese año se venía produciendo una situación de hecho por la que el Grupo Orio -en el que se integra Adipan- estaba colaborando con Frio vivo en la actividad propia de esta última en la nave y terrenos que constituyen su domicilio social, pasando seguidamente a convenir una serie de acuerdos entre los que figuran, entre otros extremos, que Adipan habría de elaborar un estudio sobre la viabilidad de Frio vivo a lo largo de los tres meses siguientes a la fecha de declaración de concurso, plan que sería presentado a la entidad Frio vivo, a la Administración concursal y a la Sociedad Regional de Promoción del Principado de Asturias como propietaria de las naves y terrenos en los que se ubica la concursada. Por su parte Frio vivo se comprometía a continuar fabricando sus productos con las características técnicas y los controles de calidad indicados por Adipan, y esta última a su vez, se comprometía a suministrar a Frio vivo la materia prima necesaria para ello así como a comprar a Frio vivo toda la producción fabricada con las condiciones y estándares citados, fijándose como precio de venta de los productos comprados por Adipan el correspondiente a la suma del coste de la materia prima suministrada más el importe de los créditos contra la masa que se adjuntaban como anexo al contrato. Se convenía asimismo una compensación mensual entre los créditos que uno y otro tuvieran recíprocamente así como un procedimiento de liquidación mensual que habría de ser presentado a la Administración concursal para su aprobación. La firma de este contrato fue autorizada por el Juez del concurso mediante Providencia de 24 noviembre 2006 comenzando de esta manera a desarrollarse las relaciones entre una y otra empresa hasta que llegado el 18 enero 2007 Adipan presentó un plan de viabilidad en el que se hace constar la viabilidad de la empresa y la previsión de obtención de beneficios a partir del año 2009. Posteriormente y con fecha 17 septiembre 2006 Adipan remite por fax un comunicado a la Administración concursal de Frio vivo en el que expresa su voluntad de desistir en la colaboración que venían manteniendo, dando por resuelto con esa fecha los contratos de regulación de la relación comercial, a pesar de lo cual la Administración concursal presentó en el concurso los textos definitivos en cuyo activo se encontraba inventariado el saldo a favor de la concursada y contra Adipan por importe de 762.288,31 euros que resultaba de la última liquidación cerrada a fecha 30 noviembre 2007. Consta finalmente que el día 15 enero 2008 el Director Administrativo de Adipan-Grupo Orio remitió una carta a la Administración concursal en la que, tras mostrar su disconformidad con la liquidación presentada por Frio vivo, presentaba una liquidación alternativa que reducía el saldo deudor a 179.096,53 euros (doc. núm. 41 de la demanda incidental).

TERCERO.- Partiendo del desarrollo anteriormente expuesto la apelante Adipan sostiene en su recurso primeramente la ausencia de una apariencia de buen derecho en la medida cautelar solicitada por la Administración concursal, alegando para ello una serie de circunstancias tales como son primeramente las que atañen al contrato que regía la relación comercial entre ambas empresas, pues se sostiene a este respecto que Adipan no se encargaba en realidad de gestionar la producción de Frio vivo; la supuesta ocultación por parte de la Administración concursal al Juzgado del tercer anexo que acompañaba a dicho contrato en el que se contenía una limitación de los gastos que debía asumir Adipan; el desistimiento llevado a cabo por Adipan el 17 septiembre 2007 en el que se da por resuelto el contrato que unía a ambas partes; así como el desacuerdo que se expresa frente a la liquidación de la deuda llevada a cabo por la Administración concursal, pues se impugnan las cantidades que arrojan los conceptos de deudas por salarios, atrasos de convenio, pago de los seguros sociales, gastos del procedimiento concursal y honorarios de los administradores concursales. Lo cierto no obstante es que este cúmulo de alegaciones parecen avenirse mal con el hecho de que Frio vivo y Adipan continuaran reuniéndose mensualmente para aprobar las sucesivas liquidaciones que se derivaban de su relación comercial, lo que así se vino manteniendo incluso tras la presentación del plan de viabilidad; con el hecho de que el 25 octubre 2007 Adipan -con posterioridad por lo tanto la declaración de desistimiento- hubiera manifestado su intención de adquirir la empresa y reanudar la producción y, lo que es más importante, que el Director Administrativo de Adipan haya presentado con fecha 14 enero 2008 una liquidación alternativa en la que reconoce adeudar a Frio vivo la suma de 179.096,53 euros, elementos todos ellos que permiten entender suficientemente justificada la presencia de la apariencia de buen derecho, al menos en los términos meramente indicarios que aquí nos ocupan. La misma conclusión cabe alcanzar en lo referente al periculum in mora, pues en las cuentas anuales presentadas por la propia Adipan en el acto de la vista y correspondientes al ejercicio 2007 ya se constar en el informe de auditoría que el balance presentaría un fondo de maniobra negativo y un patrimonio neto muy disminuido por las pérdidas acumuladas si se diera cumplimiento a la consolidación de cuentas del Grupo Orio o al cálculo para la provisión de insolvencias para cubrir las necesidades a 31 diciembre 2007, a lo que se une que las cuentas deudoras y el beneficio de ejercicio, antes de impuestos, se muestran sobrevalorados. Cabe añadir a lo anterior otra serie de datos como son la existencia de importantes participaciones de Adipan en otras empresas con fondos propios negativos, que de la aprobada ampliación de capital queda pendiente de desembolso el 75% o que buena parte de sus bienes inmuebles aparezcan con fuertes cargas hipotecarias para la obtención de financiación. Procede en consecuencia confirmar la adopción de la medida cautelar de embargo preventivo si bien reduciendo su importe a la suma a que arriba se ha hecho referencia de 179.096,53 euros admitida expresamente por la demandada como adeudada, sin perjuicio de que en la vía declarativa pueda debatirse con la amplitud que le es propia la procedencia de ampliar la suma a la que es objeto de reclamación en la demanda principal.

CUARTO.- Por lo que se refiere finalmente a la caución -recuérdese que su ofrecimiento es presupuesto de concesión de la medida, mientras que su prestación es presupuesto para su ejecución- esta Sala discrepa de la postura expuesta en la recurrida. El carácter imperativo empleado en el art. 728-3 LEC EDL 2000/77463 al decir que "salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente" no deja lugar a dudas acerca de la necesidad de su constitución, pues las excepciones a dicha regla general no pueden ser otras que las legalmente contempladas y entre ellas no se encuentra la del solicitante en situación de concurso. Ciertamente la medida de embargo preventivo típicamente regulada en el art. 48-3 L.C EDL 2003/29207 . no contempla

que los solicitantes deban ofrecer ni prestar caución, pero semejante dispensa no parece que pueda hacerse extensible a cualquier otra medida cautelar por la sola circunstancia de la situación de insolvencia patrimonial que les aqueje. Debemos además recordar que nuestro Tribunal Constitucional en STC 202/87 no admitió la exención de caución para la adopción de una anotación preventiva de demanda cuando se tratara de una persona con insuficiencia de recursos para litigar, pues no juega en este ámbito la capacidad económica del actor sino el perjuicio que pueda sufrir el demandado, y ello es "justamente porque hay intereses contrapuestos". Procede por lo tanto imponer al solicitante la debida caución y determinar su importe atendiendo para ello a los parámetros de la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que merezca el fundamento de la solicitud de la demanda (art. 728-3 párrafo 2º LEC EDL 2000/77463), de todo lo cual y atendidas las razones expuestas en la presente resolución, teniendo además presente la intensidad del *fumus boni iuris*, se señala por este concepto la suma de 18.000 euros, la cual podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3º del art. 529 LEC EDL 2000/77463 .

QUINTO.- No ha lugar a realizar expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia (art. 398 LEC EDL 2000/77463).

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de "Adipan, S.A., Aditivos para la Panificación" contra el Auto de fecha 14 noviembre 2008 dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo en la Pieza de Medidas Cautelares 306/2008, debemos acordar y acordamos REVOCARLO en los extremos de reducir la suma del embargo preventivo a la de 179.096,53 euros así como declarar que dicha medida cautelar únicamente se llevará a cabo previa prestación de caución por parte la Administración concursal de Frio vivo por importe de 18.000 euros, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Así, por este auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 33044370012009200122