

En Madrid, 18 de octubre de 2012.

ANTECEDENTES DE HECHO

En fecha 25 de septiembre de 2012 se ha interpuesto petición de medidas cautelares previas a demanda incidental dirigida al presente Juzgado por conocer del Concurso de Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL.

En el citado escrito por la Administración concursar, y en el suplico del mismo se solicita se adopte como medida cautelar:

- Petición: La suspensión de la ejecución extrajudicial de la prenda sobre acciones de Gecina, S.A. 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). Notifique y requiera en Inglaterra y Francia a las entidades de estos países de conformidad con el del Reglamento (CE) núm. 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, Por el mismo conduzco a Credit Agricole Luxembourg, S.A., a la Att. De D. Juan Pablo, con domicilio en ..., A., L-2520 Luxembourg. Fax ... 180, a Caceis en igual domicilio.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Marco normativo básico de la tutela cautelar.

1.- Todo proceso judicial, por su propia naturaleza, conlleva un transcurso de tiempo entre el momento inicial de su incoación y aquel otro en el que se dicta la resolución definitiva. Ese lapso de tiempo puede provocar que la situación fáctica sobre la que el litigio ha de incidir se vea modificada entre el momento en que el actor interpone su demanda y aquel en que el Tribunal resuelve, determinando que la tutela judicial otorgada pueda ser ineficaz, debido a la transformación de las circunstancias de hecho que sirven de presupuesto objetivo al proceso y a la resolución. Puede además devenir dicha resolución inejecutable, ya de modo específico, ya por equivalencia, debido a la voluntad del condenado, quien puede colocarse en situación de hacer imposible cualquier ejecución eficaz, contrariando lo dispuesto en los arts. 118 CE, 18.2 LOPJ y 522 LEC.

Para paliar los anteriores riesgos el Ordenamiento procesal admite la posibilidad de adoptar ciertas medidas, en el mismo momento de la incoación del proceso, o incluso con anterioridad al mismo, art. 730 LEC, con el fin de garantizar la eficacia de la resolución que en su día deba dictarse. Ello supone una precipitación parcial de la concesión de la tutela judicial impetrada en demanda a un momento anterior de sentencia, sin pleno conocimiento aún del objeto del proceso, lo que exige en todo caso la observancia de ciertas garantías.

Contenido de la medida instada.

2.- Por AC del presente concurso de Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL se presenta escrito de solicitud de medidas cautelares por el que:

i) Insta la orden de paralización de ejecución de las garantías prendarias otorgadas por Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL sobre acciones de la entidad Gecina SA, pertenecientes a aquella, a favor de varias entidades financieras, prendas constituidas conforme al Derecho de Luxemburgo;

ii) Anuncia que dichas garantías será objeto de una acción de reintegración, del art. 71 LC;

iii) Señala que la prenda se rige en sus efectos por la Ley de Luxemburgo, pero su constitución se realiza en España, por lo que sus requisitos de validez deben ser observados conforme a esta normativa, y no reúne los requisitos para predicar dicha validez, lo que será también objeto de ataque vía art. 71.7 LC;

iv) Señala el carácter urgente de dicha medida, ante los indicios de una ejecución inmediata de la prenda sobre las acciones, que impediría en todo caso la restauración de la situación jurídica, por lo que pide que se resuelva con carácter inmediato y sin previa audiencia de la parte demandada, de acuerdo con el art. 733.2 LEC.

Competencia objetiva e internacional.

3.- Dispone el art. 725.1 LEC que *“cuando las medidas cautelares se soliciten con anterioridad a la demanda, no se admitirá declinatoria fundada en falta de competencia territorial, pero el tribunal examinará de oficio su jurisdicción, su competencia objetiva y territorial”*. Se impone por tanto el examen previo de la competencia objetiva del Juez del concurso de Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL para resolver sobre la medida instada.

Pese a la amplia dicción literal del art. 8.4 LC, *“la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: (...) toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado”*, con la sola exclusión de las que pendan de procesos de familia o filiación y arbitrales, lo cierto es que en todo caso la medida cautelar conserva el rasgo esencial de resultar instrumental de un proceso principal, como exige el art. 726.1.1 LEC. Solo así puede seguirse denominando medida cautelar, ya que de otro modo sería una simple diligencia conservativa del patrimonio, del art. 43.1 *in fine* LC, incapaces éstas de afectar de modo relevante derechos de terceros y destinado de modo exclusivo a responder a vías de mero hecho, ya del propio deudor ya de terceros.

Ello impone que el proceso principal del que vayan a ser instrumentales tales medidas sea competencia del Juez del concurso, de acuerdo con el art. 723.1 LEC, *“será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que (...) si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal”*.

Toda vez que lo anunciado, en el escrito de solicitud de las medidas, como demanda principal por la AC del concurso de Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL es una acción de reintegración que afecta a la validez y eficacia de las prendas otorgadas sobre los valores titularidad de Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL, y una acción sobre nulidad civil de la garantía del art. 71.7 LC, ha de predicarse la competencia objetiva del Juez del concurso para la demanda principal y con ello, para las medidas cautelares, art. 72 LC.

Competencia internacional. No ha de obviarse que las prendas sobre acciones que pretender ser objeto de reintegración por la AC están constituidas, según se señala en el propio escrito de solicitud, conforme al Derecho luxemburgués.

En tal sentido, el art. 4.1 RCEE 1364/2000 dispone que *“la Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento”*. Toda vez que el art. 3 RCEE, dedicado a la competencia internacional, se ocupa tan solo del problema relativo a la apertura del concurso, y no regula las concretas acciones reintegradoras del patrimonio del deudor, ha de concluirse que la norma que rige el procedimiento será aplicable a los incidentes que deriven del proceso de insolvencia donde se discutan las pretensiones de reintegración. Por tanto, el concurso de Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL se rige, en cuanto a los aspectos procesales, como señala el art. 4.1 RCEE, por la norma española, LC, que atribuye el conocimiento de dichas acciones al Juez del concurso.

Ello aparece reforzado con la dicción del art. 4.2 RCEE, donde se reseña que *“la Ley del Estado de apertura determinará (...) desarrollo (...) del procedimiento de insolvencia (...) y en particular: m) las normas relativas a la nulidad, anulabilidad o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores”*. Por ello, aún cuando el derecho real de prenda sobre las acciones esté sujeto al Derecho de Luxemburgo, las acciones que puedan ejercitarse referente a la perjudicialidad para la masa contra las mismas queda sometida a la norma española, como Estado de apertura, incluidas las normas de determinación de la competencia judicial.

Y, es más, el régimen jurídico especial previsto en el art. 5 RCEE sobre los efectos, regla de excepción en lo sustantivo, de los concursos en cuanto a los derechos reales de terceros, fija expresamente que dicho régimen de excepción no es extensible en modo alguno a las acciones de reintegración, al disponer el ap. 4 del citado art. 5 RCEE que *“lo dispuesto en el ap. 1 no impide el ejercicio de las acciones de nulidad, anulabilidad o inoponibilidad contempladas en la letra m) del ap. 2 del art. 4”*.

Hechos relevantes.

8.- A los efectos de resolver sobre la tutela cautelar instada por la AC del concurso de Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL, se deben tener presentes los siguientes hechos:

1º.- Por un grupo de entidades bancarias, integrado por 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, Eurohyopo AG Sucursal España, Natixis SA sucursal España, NCG Banco SA, The Royal Bank Of Scotland PLC, se concedió en fecha de 7 de mayo de 2006 un préstamo a favor de Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL y de la entidad Mag Import SL (también declarada en concurso por el Juzgado Mercantil núm. 5 de Madrid) por cuantía de 2.160.000.000€, a fin de permitir a estas prestatarias la adquisición de acciones de la entidad Metrovacesa SA. En garantía de dicho préstamo, por Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL y por Mag Import SL se constituyó prenda a favor de aquellas entidades bancarias sobre las acciones así adquiridas y otras, también títulos de capital de Metrovacesa SA, que estaban previamente en el patrimonio de las prestatarias (doc. núm. 1 de la solicitud).

2º.- Posteriormente, por procesos de reestructuración empresarial, Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL y Mag Import SL enajenaron sus títulos de Metrovacesa SA y procedieron a la adquisición de acciones de la entidad de nacionalidad francesa Gecina SA. Con ello se produjo una sustitución en el objeto de la prenda, y se pactó en fecha de 25 de marzo de 2009 un nuevo régimen jurídico sobre tal prenda, sujeta en cuanto a sus efectos al Derecho de Luxemburgo, pero documentada privadamente en España, y pasó a extenderse no sólo sobre las citadas acciones, sino también sobre los presentes y futuros dividendos que las mismas pudiesen generar (doc. núm. 20.1 y 20.2 de la solicitud de concurso, a la que se remite la petición cautelar de la AC, y doc. núm. 2 de la solicitud).

Dichas acciones se encuentran depositadas en la entidad Credit Agricole Luxembourg SA, que a su vez las tienes depositadas en una subcuenta de Caceis.

3.- Se había previsto inicialmente, al momento de constitución de la prenda, que la ejecución de la misma sólo tendría lugar en caso de resolución anticipada del préstamo sindicado bancario, basada en incumplimientos contractuales. Pero en fecha de 30 de enero de 2012 se modifica dicha previsión en la cláusula 23.3 del contrato de préstamo sindicado, y pasa a incluirse también la posibilidad de ejecución de la prenda en caso de vencimiento final del contrato (doc. núm. 3 de la petición).

4º.- De acuerdo con la cláusula 3.2 del contrato de préstamo sindicado la fecha de terminación regular del plazo contractual era el día 17 de febrero de 2012, pero en escritura notarial de 26 de abril de 2012 se prorrogó esa fecha de vencimiento ordinario al día 29 de junio de 2012 (doc. núm. 4).

En fecha de 6 de junio de 2012 se realiza una comunicación por las entidades bancarias donde además de requerir de pago, en la que se refiere que el mismo ha llegado a su término final en fecha de 31 de mayo de 2012, y reclama el pago (doc. núm. 5).

5º.- El concurso de Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL se ha declarado mediante Auto de fecha 11 de octubre de 2012. Previamente este deudor presentó comunicación de precurso en fecha de 1 de junio de 2012,

6º.- Por Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL se recibe una comunicación, en fecha de 17 de octubre de 2012, por parte de una agencia de valores, Gestión de Patrimonios Inmobiliarios SA, 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 (doc. núm. 5 de la solicitud).

Peligro de mora procesal.

7.- Presupuestos de las medidas. Una parte de las garantías exigidas por la ley para las actuaciones cautelares, debido a la ausencia de pleno conocimiento del asunto al momento de su adopción, se expresan en forma de presupuestos, requisito habilitante de su adopción, como verdaderas condiciones de validez, y otra parte, en garantías propias de la ejecución de la medida, recogidos en el art. 728 LEC, que se analizarán por separado.

8.- Contenido. En cuanto al denominado "*periculum in mora*", art. 728.1 LEC, lo que significa la existencia de un riesgo de transformación de la situación fáctica sobre la que deba recaer la resolución a adoptar en el proceso principal, que determine la posible inejecutabilidad de la misma, ya parcial, ya total.

Lo cierto es que tal riesgo existe siempre que pende cualquier clase de litigio, ya que la propia tramitación del procedimiento exige un lapso temporal, entre la incoación y la resolución del mismo, durante el cual puede verse alterada la situación de hecho sobre la que recae el litigio, produciendo la imposibilidad de hacer efectiva en aquel momento futuro la tutela jurídica otorgada. Únicamente podría conjurarse ese riesgo si la resolución final del proceso se adoptase de modo inmediato a la deducción de la demanda, lo que es imposible.

Precisamente por ser tal riesgo consustancial a la pendencia de todo litigio, el *periculum In mora* necesario para la adopción de la medida cautelar no puede confundirse con aquel riesgo genérico y abstracto de mera potencialidad de alteración de las situaciones de hecho por parte del demandado o de terceros, por que de ser así, el juicio de valoración del art. 728 LEC en cuanto a la mora procesal sería inútil, ya que sería ésta inseparable del proceso mismo, y bastaría exigir del juzgador tan solo el examen del *fumus boni iuris*, dando el riesgo de mora por supuesto en todo caso. Es así evidente que el art. 728 LEC exige para acceder a la tutela cautelar, la que constituye un cauce excepcional de obtener una resolución judicial sin pleno conocimiento de la causa, una acreditación de un riesgo real y evidente, concretado por hechos o indicios ya puestos de manifiesto y que apunten a la presencia de un peligro individualizado y bien determinado. No basta, en ningún caso y bajo ningún concepto, para integrar el *periculum in mora* preciso para acceder a la excepcional tutela cautelar la mera invocación de riesgos potenciales, genéricos e indeterminados, comunes a toda clase de situaciones jurídicas y pependencias procesales.

9.- Riesgo reforzado. Además, cuando la parte solicitante opta por la vía procesal de adopción de medidas sin previa audiencia de la parte demandada, art. 733.2 LEC, se ha de exigir una mayor concurrencia de dicho presupuesto, toda vez que no se trata exclusivamente de la precipitación de la tutela judicial, sino aún más de su otorgamiento sin previa audiencia de ninguna clase a la parte que puede verse sometida a sus efectos.

10.- Valoración. En este sentido se han de valorar de modo especial los siguientes extremos:

i.- Se trata de prendas sobre acciones, valores mobiliarios, de participación social de la sociedad Gecina SA, que se encuentran sometidas a cotización oficial en un mercado secundario de valores, lo que determina que su realización se haga de forma inmediata y bajo autotutela del acreedor, bastando al efecto una orden de venta del acreedor pignoraticio, o incluso por apropiación directa del acreedor. Es decir, se corre el riesgo, derivado de la propia naturaleza de la garantía objeto del proceso, de pérdida de forma irrevindicable de los derechos otorgados en garantía, lo que determina la inminente desaparición de tales derechos y la irreversibilidad de su pérdida.

ii.- El sistema de realización de la prenda antes apuntado estará regido por el Derecho luxemburgués, cuyo contenido es objeto de alegación y prueba por las partes interesadas en sus efectos, art. 281.3 LEC, pero pese a ello, *prime facie*, debe señalarse que el contenido de tal regulación debe estar regido por las normas de armonización comunitaria sobre garantías financieras, contenidas en la Directiva CE 2002/47, de 6 de junio de 2002, del Consejo, que inspira igualmente la regulación española de la materia, contenida en el D-Ley 5/2005, de 11 de marzo, y que tiene por finalidad imponer en todo el espacio europeo el sistema de autotutela automática del acreedor pignoraticio, bien por satisfacción con apropiación directa de las acciones, bien por su venta inmediata en el mercado secundario oficial en que coticen.

iii.- El riesgo de daños para el concurso de Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL se presente de un enorme volumen, ya que dichas acciones del capital social de Gecina SA constituyen prácticamente el total de la masa activa del concurso de aquel deudor, por lo que su realización consumiría todo el patrimonio destinado a satisfacer a los acreedores, particularmente aquellos que no disponen de dicha garantía, a los que, de luego estimarse la acción de reintegración, se generaría un perjuicio irreparable.

El riesgo de ejecución de las garantías financieras, dada la simplicidad del método legal previsto para su realización, siempre existe con cierta potencialidad, pero en el caso de las acciones propiedad de Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL se presenta como inminente, ya que se le da cuenta de intención inmediata de venta, en el plazo de muy pocos días. Es pues un peligro actual, creíble y apremiante, como para justificar no ya el peligro demora procesal, sino incluso la adopción de la medida sin previa audiencia de los interesados a quienes afecte su contenido.

Apariencia de buen derecho.

11.- Contenido. Dispone el art. 728.2 LEC que *“el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud 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”*. Ello exige un principio de justificación previa de la pretensión principal de la parte actora, que permita un juicio de pronóstico de posible acogimiento final de la pretensión. Es decir, de modo *“ex ante”* la acción deducida debe presentar una cierta apariencia de verosimilitud en los hechos y en el Derecho invocado. Tales indicios suelen resultar de modo preferente de documentos, sin perjuicio de otras formas de justificación indiciaria.

No puede, al pronunciarse sobre esta apariencia de buen derecho, adelantarse valoraciones de prueba que corresponden al momento de dictar sentencia en los autos principales, ni prejuzgar en modo alguno en sentido del fallo. Por tanto, el examen de la concurrencia de este requisito ha de contraerse a 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.

12.- Medida previas a demanda. Cuando la solicitud deducida es incluso previa al momento preferente para tal petición, la presentación de la demanda principal, art. 730.1 LEC, se debe aún ser más prudente y cuidadoso con la valoración de la apariencia de buen derecho, toda vez que al Juez le falta incluso el total de la información que suele ser vertida en dicha demanda, acto que aún siendo de parte suele contener la totalidad del relato fáctico sobre el que versará el objeto del proceso, acompañado de toda la documental precisa, y del basamento jurídico para valorar dichos hechos. Frente a ello, en la solicitud previa de medidas, suele aportarse únicamente una visión fragmentaria de las alegaciones y de los documentos.

13.- Valoración: De acuerdo con lo expuesto anteriormente, no se precisa en este momento procesal un análisis jurídico pormenorizado del fondo del asunto, propio de la sentencia definitiva que se dicte en el proceso principal, sino que basta con señalar que:

i.- El acto que se tacha de perjudicial para la masa activa, en las términos del art. 71 LC, se desarrolla precisamente dentro de los 2 años anteriores a la declaración de concurso, dentro del plazo legal para el ejercicio de esta clase de acciones.

ii.- La acción se anuncia por parte de la AC del concurso de Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL, órgano legitimado con carácter exclusivo por la ley, art. 72 LO, a fin de deducir acciones de reintegración concursal.

iii.- El acto señalado como perjudicial consiste en la variación del alcance de la garantía prendaria operada en la relación jurídica en enero de 2012, ya que con anterioridad la prenda garantizaba a favor de los acreedores bancarios únicamente el supuesto de vencimiento anticipado de la relación de préstamo, basado en incumplimiento de las prestatarias. Sólo en ese supuesto, los acreedores pignoraticios tenían derecho a realizar el poderoso instrumento de ejecución que constituye en Derecho esa clase de garantías financieras. En caso de terminación regular del plazo de la relación jurídica, dichos acreedores no podrían acudir a su derecho prendario para realizar su crédito, sino que quedarían exclusivamente para su pago las vías ordinarias en Derecho.

Pero con el cambio operado en enero de 2012, se amplía la garantía prendaria a un nuevo supuesto de resultado contractual antes no protegido por dicha pignoración, la terminación regular del contrato. Y además, ello se hace en un momento muy próximo a fijado precisamente como vencimiento ordinario del contrato, y además cuando en Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL pueden estar ya presentes signos reveladores de la situación de insolvencia, puesto que en fecha de 1 de junio de 2012 se realizó por tal deudor la comunicación prevista en el art. 5 bis LC.

iv.- Las circunstancias anteriores, dicho de modo meramente provisorio y claudicante, a la forzosa necesidad legal de resolver la petición cautelar, pudieran integrar un supuesto de ampliación de garantías sobre deudas preexistentes, que coloque a los acreedores favorecidos en una posición de preeminencia respecto de los demás para satisfacer sus créditos frente a la masa activa, así mermada jurídicamente e insuficiente para el pago de todos los acreedores, con quebranto del principio de *pars conductio creditorum*.

Ello es suficiente para predicar, eventualmente, que la demanda de reintegración podría tener fundamento en Derecho, siempre sin perjuicio, claro está, de los argumentos que pueda aportar la parte demandada y del examen de la prueba para acreditar que la totalidad de los hechos alegados son ciertos y que no concurren otros que los desvirtúen, todo ello propio de la fase de juicio plenario.

v.- Igualmente apunta la AC que del contenido de la prenda se deduce que queda sometida al Derecho de Luxemburgo sólo en cuanto a sus efectos, pero que carece de conexión por lo demás con dicha jurisdicción y legislación, y que su firma se produce en España, de modo instrumental al contrato de préstamo que se rige y somete expresamente a la legislación española. Estima la AC que debe por tanto aplicarse el Derecho español para determinar la validez de la prenda, la cual, pese a recaer sobre acciones de participación social de sociedad cotizada, está constituida en documento privado.

Lo cierto es que tal alegación puede tener sentido de acuerdo con la aplicación de los arts. 10 y 11 CC, constituyendo un fundamento admisible, pero siempre sin perjuicio, claro está, del estudio pormenorizado del fondo de la relación jurídica.

En especial, la cuestión del art. 5 RCE.

14.- Dentro del examen del *fumus boni iuris*, es necesario que este juzgador se plantee la compatibilidad de la medida instada en el seno del concurso de acreedores, instrumental a una futura acción de reintegración, con la disposición del art. 5 RCEE, el cual en su ap. 1º 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 ap. 2º que *“Los derechos contemplados en el ap. 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”*, ya que se tratan de normas imperativas, de preceptiva aplicación por el juzgador, art. 218.1 pf. 2º LEC.

Se ha de entender que esa norma, art. 5 RCEE, no impide la adopción de la medida cautelar, ya que:

i.- La finalidad del precepto comentado consiste en excepcionar de los efectos generales que la ley del Estado de apertura apareja a la declaración de concurso a los derechos reales, en especial los de garantía, constituidos conforme al Derecho de otro Estado, Así, v. gr., si la ley concursal del Estado de apertura determina como efecto de la declaración de concurso que no pueda ejecutarse garantía hipotecaria alguna, ese efecto prohibitivo no alcanzará a las hipotecas constituidas con arreglo a la legislación de otros Estados, las que podrán ser ejecutadas.

ii.- Pero el precepto no veda, sino que expresamente permite, art. 5.4 RCEE, 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, art. 4.2 RCEE.

iii.- Y por tanto, nada impide que de modo instrumental a tales procesos pueda acordarse como medida cautelar la suspensión de ejecución del concreto e individual derecho atacado, no como efecto general del concurso, por supuesto, sino como medida cautelar dirigida contra el preciso derecho sometido a aquellos enjuiciamientos de validez y eficacia admisibles, de manera instrumental a resultados de dichos procesos puntuales.

15.- Lo que no es sostenible, como ha apuntado la AC del concurso de Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL en algún momento, es que el art. 5 RCE pueda ser conjugable con el art. 56.2 1C, a fin de entender suspendida la eficacia ejecutiva de las prendas que recaigan sobre bienes necesarios para la actividad productiva del deudor. Esto último es precisamente un efecto general, *ex lege*, de la declaración de concurso, el cual se pretende apartar para los derechos reales foráneos por ese art. 5 RCEE.

Y además, la tesis de la AC sobre la compatibilidad de ambas normas llevaría a vaciar de contenido el art. 5 RCEE, al entender que el derecho real de prenda extranjero no quedaría 'afectado por el concurso' cuando se sometiese a la valoración de necesidad de los bienes sobre los que recae para la continuación de la actividad económica del deudor, a fin de suspender su efectividad ejecutiva, de tal modo que, según tal tesis, solo quedaría afectado por la declaración de concurso, en los términos que pretende salvar el art. 5 RCEE, si se declarase por menos que la supresión de tal derecho.

Instrumentalidad.

16.- Este es un rasgo exigido con carácter general para las medidas cautelares comunes, art. 726.1-1 LEC, lo que supone que toda medida debe ir exclusivamente dirigida a lograr la efectividad de la tutela judicial que pudiera derivar de la eventual sentencia, sin que pueda servir a fines diferentes.

Es evidente que si se sigue un procedimiento de reintegración contra las prendas sobre las acciones constituida por Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL a favor de las entidades bancarias, asentada en la ampliación de la garantía a supuestos contractuales distintos de los previstos inicialmente en dicha garantía, con el fin de rescindir la prenda para ese supuesto, y de una eventual estimación de la acción, la consecuencia sería mantener en el activo del concurso aquellas acciones pignoras, y la forma de asegurar dicho mantenimiento es la orden de prohibición a los acreedores pignoraticios de realización de dichas acciones del capital de Cegina SA.

Subsidiariedad.

Es otro rasgo común a toda medida cautelar, art. 726.1-2 LEC, que impone la opción en todo caso por la medida menos gravosa para los intereses de los sometidos a ella, siempre y cuando se obtenga con su contenido la misma eficacia asegurativa para la posición de la parte instante.

Se ha de tener especialmente presente que:

i.- El régimen jurídico especial de la prenda sobre acciones, esto es, las garantías financieras, permite la realización de las mismas de modo directo por el acreedor, mediante su apropiación por comunicación al depositario, o su venta en el mercado secundario, sin que exista

un proceso judicial de ninguna clase para dicho trámite, o ante autoridad pública distinta de la judicial;

ii.- De existir dicho proceso, v. gr. como ocurre con la ejecución hipotecaria ordinaria, parece claro que el deudor debería obtener la paralización de ese proceso mediante resolución del Juez o autoridad competente para conocer de tal ejecución, alegando la prejudicialidad del proceso de reintegración, toda vez que es dudoso que un juez pueda acordar cautelarmente la suspensión de un procedimiento cuyo trámite y conocimiento corresponde a otro Juez o autoridad;

iii.- Pero ante la ausencia de dicho trámite, sólo puede acudir a la orden directa dirigida a los acreedores que les impida realizar dicho derecho. No se presenta, pues, otra medida de contenido asegurativo similar y de menor injerencia en los intereses de los sometidos a ella,

iv.- Y de hecho, dado el sistema de realización de las garantías financieras, no existe control judicial sobre su ejecución, ni órgano ante el que poder alegar cuestiones como la validez en la constitución de la propia prenda, tal cual ha sostenido que hará la AC del concurso de Alteco Gestión y Promoción de Marcas SL.

Caución.

18.- La garantía propia y directa, exigencia derivada de la mera apariencia de derecho sobre la que resuelve “*ad limine litis*” el Juzgado, consiste en la prestación de caución, art. 728.3 LEC, por parte del solicitante para responder de los daños y perjuicios irrogados al demandado por la adopción de la medida, para el caso de no estimarse finalmente su pretensión.

Es doctrina constitucional sentada que la cuantía de la fianza fijada para obtener la tutela cautelar pedida no puede ser de tal magnitud, como límite superior, que suponga una imposibilidad absoluta de ser satisfecha por la parte instante, ya que ello implicaría de modo efectivo la denegación total de la posibilidad de acceso a esa tutela judicial cautelar, ni por otro lado, su cuantía debe ser tan baja, como límite mínimo, que vacíe de contenido el propio art. 728.3 LEC, dejando con ello plenamente desprotegidos los legítimos intereses de quien se ve sujeto a los perjuicios que pueda generar tal medida, adoptada sin un pleno conocimiento de toda la causa, debiendo seguir, por tanto, un doble criterio de suficiencia, en cuanto a la cobertura de los perjuicios, y de posibilidad, sobre su presentación por el solicitante.

19.- Esta doctrina debe ser modulada en el caso de medidas instadas por la AC de un concurso de acreedores, para concluir que no es necesaria la fijación de dicha fianza, por las razones siguientes:

i.- La aplicación de los anteriores parámetros cuantitativos entre los que debe moverse la cuantía de la caución a un patrimonio constituido en masa activa de un concurso, por definición, en estado de insolvencia, llevarla a fijar una cuantía tan baja para permitir el acceso de los intereses del concurso a la efectividad de la medida cautelar que situaría tal cuantía a una enorme distancia del otro parámetro, previsible cuantía de la indemnización, lo que hace prácticamente formal y vacía de todo sentido su fijación, y así, v. gr., se han fijado suma de 300€ para el embargo de más de 40 fincas (vd. *AAP de Madrid, sec. 28, de 6 de*

febrero de 2012).

ii.- Concorre, de modo principal una razón dogmática para declarar la innecesidad de la prestación de caución. La finalidad de la misma es guarnecer a la parte sometida a tal medida de los daños y perjuicios que pudieran irrogársele de su ejecución, para el caso de desestimar luego la pretensión principal. Pues bien, el perjuicio que podría generarse a la parte frente a la que adopta tal medida, constituiría un crédito contra la masa, art. 84.2.10 LC, el cual concurrirá a su pago con los demás créditos contra la masa generados en el presente concurso, los que se sujetan en cuanto a su pago al estricto orden de prelación previsto en el art. 84.3 LC, el orden de sus respectivos vencimientos. Si se constituyese una caución, al acordar la medida cautelar, con cargo a la masa del concurso a favor de la parte sometida a la medida, su crédito contra la masa, para el caso de producirle perjuicio ilegítimo tal medida, estaría siendo antepuesto y tratado con privilegio frente a los demás acreedores contra la masa, al constituir a su favor una reserva de activo, mediante la caución, sujeta exclusiva y separadamente al posible pago de su crédito, favor del que carecen los demás acreedores contra la masa, siempre sometidos al orden del citado art. 84.3 LC. Tal trato quebrantaría este precepto y el principio de concurrencia de los acreedores contra la masa en él recogido, por lo que no es posible exigir ni acordar caución alguna a su favor.

iii.- Es más, si el patrimonio que integra la masa activa es insuficiente para el pago a los acreedores contra la masa, el art. 176 bis.2 LC establece un orden de prelación concurrencia entre dichos créditos contra la masa, de carácter imperativo. De nuevo, la constitución de una reserva de destino sobre parte de la masa activa, es lo que sería dicha caución, a favor de un acreedor contra la masa con postergación de los demás, quebrantaría el orden legal de llamamiento de los acreedores contra la masa en caso de insuficiencia del patrimonio del deudor.

En virtud de lo expuesto dicto la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

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 la suspensión cautelar de toda forma de ejecución de la prenda constituida sobre acciones del capital social de Cecina SA que sean titularidad de Alteco gestión y Promoción de Marcas SL.

2º.- Acordar requerir a las entidades y personas acreedores pignoratícios de dichas acciones, y en concreto a Banca Cívica SA, Banco Cam SAU, Banco Castilla La Mancha, 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, Eurohyopo 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 del 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 los resultados 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.

Notifíquese la presente resolución a los interesados, previniéndoles que contra ella cabe no cabe recurso alguno, y si oposición dentro de los 20 días siguientes a su notificación, ante este mismo Juzgado.

Así por este mi auto, que dicto, mando y firmo. Francisco de Borja Villana Cortés.

Diligencia.- Seguidamente pasa a notificarse la presente resolución a las partes, por medio de sus procuradores, de lo que como Secretario de Justicia, Doy Fe.

Lo anteriormente inserto concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste expido el presente, Doy fe.

Madrid a 18 de octubre de dos mil doce.

La Secretario Judicial