

# Alteco, Mag Import, Autopista Madrid-Levante, Bami-Newco... Resoluciones cautelares que siembran preocupación en el sector financiero

En los últimos meses distintos Juzgados de lo Mercantil de Madrid han dictado varias resoluciones que han causado preocupación en el sector financiero. Nos referimos a las medidas cautelares acordadas en los procedimientos concursales de Alteco y Mag Import (Juzgados 8 y 5 respectivamente) y en los concursos de Autopista Madrid-Levante y Bami Newco (Juzgado nº 2).

## Antecedentes comunes

Las cuatro resoluciones a las que nos referimos tienen como común presupuesto la existencia de un préstamo sindicado de elevada cuantía, revestido de una serie de garantías, entre ellas garantías amparadas en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, que fue el resultado de trasladar al derecho español la Directiva 47/2002, sobre Acuerdos de Garantía Financiera.

En todos los casos la prestataria se ve arrastrada al concurso y solicita (por sí misma o a través de sus administradores concursales) que se prohíba ejecutar las garantías a las entidades financieras acreedoras. Esta pretensión se formula a través de una solicitud de medidas cautelares, apelando a la urgencia en obtener una resolución.

Los Juzgados conceden la medida cautelar y lo hacen sin exigir caución al solicitante, por entender que una sociedad en concurso no está en condiciones de aportar garantía.

## Circunstancias específicas

Por lo demás, las circunstancias divergen en los distintos procedimientos que hemos citado.

En los concursos de Alteco y Mag Import la medida cautelar (que inicialmente se había denegado a la concursada) es accesoria respecto de una demanda de reintegración que presenta la Administración Concursal unos días después.

Sin embargo, en los casos de Autopista de Levante y Bami, el Juzgado nº 2 dicta la medida cautelar sin más, a petición del deudor: no se trata ni siquiera de una medida anticipatoria de los efectos de la declaración de concurso (pues es simultánea a tal declaración), sino de un nuevo efecto de la declaración de concurso, al

## Contenido

- Antecedentes comunes
- Circunstancias específicas
- Accesoriedad de la medida cautelar
- Presupuestos de adopción de las medidas cautelares
- Consideraciones prácticas

margen de toda previsión legal.

Por tanto, en las resoluciones dictadas por el Juzgado nº 2 huelga analizar la concurrencia de los presupuestos de adopción de la medida: apariencia de buen derecho y peligro en la demora. Lo que intenta el Juzgado no es tutelar una situación transitoriamente, a la espera de que se dicte un pronunciamiento principal que se trataría de asegurar, sino simplemente, bloquear toda ejecución.

## Accesoriedad de la medida cautelar

En los casos de Alteco y Mag Import, la medida cautelar sí es en teoría accesoria respecto de una pretensión principal.

Las circunstancias de estos casos son complejas. En resumen, las concursadas habían otorgado determinadas garantías financieras (prendas de derecho luxemburgués) cuya redacción sólo hacía referencia a la ejecución en caso de vencimiento anticipado. En la tesis de los bancos, apoyados en dictámenes de derecho de aquél país, esto no impide ejecutar llegado el vencimiento ordinario; no obstante, los Juzgados de lo Mercantil albergaban dudas al respecto.

La Administración Concursal, consciente de que no podía atacar la eficacia de la prenda por impedirlo la normativa comunitaria, dirigió su acción de reintegración contra una novación de la financiación de la que deducían que había intentado ampliar el elenco de supuestos en los que se podía ejecutar la prenda (para ejecutar llegado el vencimiento ordinario, que fue lo que finalmente aconteció).

Sin entrar a analizar el fondo de la cuestión, lo cierto es que la accesoriad de la medida cautelar era muy cuestionable, pues la acción principal se dirigía contra un negocio jurídico (la financiación) y la medida cautelar contra otro (la prenda). La orden cautelar prohibía de manera tajante la ejecución de las prendas.

## Presupuestos de adopción de las medidas cautelares

En los casos de Alteco y Mag Import, las resoluciones judiciales entran a valorar la concurrencia de los presupuestos de adopción de las medidas cautelares, si bien lo hacen de manera sumaria.

En cuanto a la apariencia de buen derecho, las solicitudes presentadas por las dos Administraciones Concursales apenas se habían detenido en el derecho aplicable, ni siquiera en apariencia. Buena prueba de ello es que ni siquiera identificaban la ley aplicable a la garantía (que era la ley de Luxemburgo, en particular, su normativa especial sobre garantías financieras). En realidad, las solicitudes de medida cautelares no concretaban si la acción de rescisión cuestionaba la prenda o la financiación. En uno de los casos, ni siquiera se manifestaba la intención de plantear una demanda de rescisión, lo que dio lugar a que el Juzgado requiriera a la solicitante para aclarar la acción principal.

En cuanto al *periculum in mora*, los autos lo deducían “por sí solo” a partir de la existencia de una garantía financiera. De este modo, el hecho de disponer en prenda de unas acciones susceptibles de ser apropiadas por los acreedores pasa a ser una situación merecedora de tutela jurídica cautelar, lo que resulta muy preocupante, pues convierte en vulnerables a efectos de medidas cautelares precisamente las garantías que permiten una ejecución rápida, porque así lo han querido las partes (y por exigencia del derecho comunitario). Estas garantías no excluyen la tutela judicial, sino que la invierten, como sucede con una garantía a primer requerimiento (sobre la base del principio “*solve et repete*”).

## Consideraciones prácticas

Cuando, en un primer momento, se supo que los Juzgados de lo Mercantil habían suspendido la ejecución de las garantías financieras prestadas por Alteco y Mag Import, se pensó que este hecho ponía en cuestión el

mercado único europeo de garantías financieras (Directiva 47/2002), que exige precisamente que esta clase de garantías sean inmunes frente a un eventual concurso.

Es posible que esta conclusión sea algo exagerada, pues no se puede negar que los supuestos de hecho que se enjuiciaban son complejos. Cabe pensar que, de haberse tratado de una garantía que no dejara lugar a dudas sobre los supuestos de ejecución, estas resoluciones nunca se habrían dictado.

Pero lo que no cabe negar es que estos autos judiciales alteran de manera sustancial nuestro sistema civil de tutela cautelar.

Si un demandante cualquiera pretendiera obtener al instante una medida cautelar, sin acreditar la apariencia de buen derecho, apelando a un *periculum* que no es tal, y sin estar dispuesto a prestar caución, su solicitud sería sin duda desestimada de plano. Sin embargo, la Administración Concursal de una sociedad en concurso tiene acceso a esa tutela cautelar, en unas pocas horas, a pesar de adolecer su solicitud de defectos manifiestos e insubsanables. A partir de entonces, las entidades acreedoras pasan a soportar el riesgo derivado de la fluctuación del valor de las acciones pignoradas, en tanto que las prendas quedan en suspenso, hasta que se resuelve el intrincado debate judicial.

En el caso de las medidas dictadas por el Juzgado nº 2, la situación es aún más anómala, pues la medida cautelar no pende de ningún procedimiento principal, en el que se pueda producir un desenlace que arrastre la medida provisional. El Juzgado ha creado un efecto adicional de la declaración de concurso, que conlleva desde ese momento una prohibición de ejecutar garantías, de carácter autónomo.

Es lógico que estas resoluciones generen preocupación. No se puede romper, siempre a favor del concursado, el delicado equilibrio de intereses que estableció la Ley Concursal, pues con ello se lesiona de forma irreparable la seguridad jurídica. Aunque se pueda pensar que, en el corto plazo, resoluciones como estas favorecen a las sociedades en concurso, a la larga lo que hacen es cerrar aun más el mercado de crédito, pues los financiadores no pueden asumir un escenario en el que el interés del concursado todo lo justifica.

## Contactos

### **Iñigo Villoria**

Socio Responsable del Departamento de Insolvencia y Reestructuración de Clifford Chance

T: +34 91 590 94 03

E: Inigo.Villoria

@cliffordchance.com

### **Alberto Manzanares**

Socio Responsable del Departamento Financiero y Bancario de Clifford Chance

T: +34 91 590 94 90

E: Alberto.Manzanares

@cliffordchance.com

Esta publicación no trata necesariamente cada tema importante ni cubre todos los aspectos de los temas sobre los que trata, no estando diseñada para prestar asesoramiento legal o de otro tipo.

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046 Madrid, Spain  
© Clifford Chance 2013  
Clifford Chance S.L.

[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh\* ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

\*Clifford Chance tiene un acuerdo de cooperación con Al-Jadaan & Partners Law Firm en Riad.