JUZGADO MERCANTIL
NÚMERO 7
BARCELONA

concurso núm. 497/10-F MEDIAPRODUCCIÓN S.L.

AUTO

En Barcelona, a 2 de febrero de dos mil doce

Vistos por mí, Raúl N. García Orejudo, Magistrado-Juez del Juzgado Mercantil núm. 7 de los de esta ciudad, los autos del procedimiento concursal 497/10, sección primera, en este incidente sobre medida cautelar al amparo del art, 87.4 de la Ley Concursal seguido a instancia de AUDIOVISUAL SPORT S.L. (AVS) que actuó representada por el Procurador D. Ángel Montero Brusell, contra la administración concursal y contra la concursada MEDIAPRODUCCIÓN S.L. (MEDIAPRO)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Las presentes actuaciones se iniciaron por solicitud de fechas 22 y 23 de diciembre de 2010 de la referida actora en la que expuso los hechos y fundamentos de derecho que sostienen su pretensión.

SEGUNDO. En fechas 22 y 23 de diciembre se dictaron providencias en las que se acordaba que no concurrían razones de urgencia que aconsejaran adoptar la medida sin audiencia del demandado y se daba traslado a la AC y a la concursada para que contestaran por escrito y en el plazo de 10 días. Recurridas estas providencias, una vez tramitados los correspondientes recursos, se dictó auto en fecha 10 de mayo de 2011 desestimando los recursos. En este auto se resolvió también negativamente la petición de AVS formalizada en escritos de fecha 26 de enero, 3 y 10 de febrero, reiterando su solicitud de celebración de vista.

MEDIAPRO en fechas 18 y 27 de enero y la AC en fechas 12 y 23 de enero presentaron sus correspondientes escritos de oposición a las medidas.

En fecha 28 de febrero de 2011 se dictó providencia en la que se tenían por presentadas los escritos de oposición y a la vista de que se contenían en los mismos una alegación sobre cuestión prejudicial se le daba traslado a la actora por cinco días para que pudiera contestar a la misma.

En fecha 23 de mayo de 2011 se dictó auto resolutorio de recurso de reposición frente a la providencia de fecha 28 de febrero de 2011, en la cual sobre la vista se remitía a los argumentos del auto de 10 de mayo.

En fecha 22 de julio se dictó providencia en la que se acordó que "*estando los créditos contingentes incluidos y vinculados por la propuesta anticipada de convenio, tenga por objeto prestaciones dinerarias o no dinerarias, por tanto, decaída en su caso la contingencia, afectados por la espera de 35 meses, se considera que la decisión cautelar del art. 87.4 debe estar íntimamente relacionada con la aprobación del convenio. En consecuencia, una vez resuelta la aprobación o no de la propuesta anticipada de convenio, se resolverá la medida del art. 87.4*".

En fecha 9 de septiembre de 2011 se presentó por AVS recurso de reposición frente a esta resolución. En fecha 18 de noviembre de 2011 se presentó por la misma parte escrito interesando que se procediera a la tramitación de dicho recurso.

En fecha 21 de noviembre se dictó providencia en la que se hacía constar que "*se tienen por efectuadas las manifestaciones sobre la demora en la tramitación de la solicitud de tutela cautelar sobre la base del art. 87.4 y en especial la ausencia de tramitación del recurso de reposición instado frente a la providencia de 22 de julio de 2011. Vista la demora en el trámite del recurso procédase a su inmediata admisión y tramitación*".

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Se pretende por AVS que, al amparo del art. 87.4 se adopten provisiones con cargo a la masa o se ordene la prestación de fianza, u otra medida cautelar,

para garantizar el crédito reconocido a AVS por importe de 97.678.000 euros calificado como crédito contingente y otro crédito por importe de 10.656.014,68 euros que ha sido incluido como crédito contingente subordinado. Este crédito se correspondería con los daños y perjuicios causados por MEDIAPRODUCCIÓN a AVS como consecuencia del incumplimiento por la concursada del acuerdo de 24 de julio de 2006 durante el periodo que va desde la jornada 20ª de la temporada 2007/08 hasta el final de la temporada 2008/09. Tales daños y perjuicios fueron reclamados ante este Juzgado en el marco del procedimiento de incidente concursal 570/2010, suspendido por prejudicialidad civil mediante auto de fecha 22 de septiembre de 2010.

Asimismo se pretende por AVS que, al amparo del art. 87.4, se adopten provisiones con cargo a la masa o se ordene la prestación de fianza, u otra medida cautelar, para garantizar el crédito calificado como crédito contingente que ostenta AVS frente a la concursada por importe de 122 millones de euros, correspondiente al equivalente pecuniario de la entrega de los derechos audiovisuales a que obliga a la concursada la sentencia de 15 de marzo de 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 36 de Madrid.

Argumenta la parte actora que las medidas interesadas tienen por finalidad garantizar a la demandante que, sea la que sea la solución del concurso, existirá una previsión en la contabilidad de la concursada para que puedan ser satisfechos cuando legalmente corresponda tanto los créditos por importe de 97.678.000 euros y 10.656.014 euros, como el crédito de 122 millones de euros, partiendo de la probabilidad de que se confirme la sentencia de 15 de marzo de 2010 y de que ésta es ejecutable provisionalmente, en este último caso y de la probabilidad de que se estime la demanda en el marco del procedimiento suspendido por prejudicialidad civil.

El art. 87.4. de la LC, no reformado por la Ley 38/11, dispone que "*Cuando el juez del concurso estime probable el cumplimiento de la condición resolutoria o la confirmación del crédito contingente, podrá, a petición de parte, adoptar las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa, de prestación de fianzas por las partes y cualesquiera otras que considere oportunas en cada caso*".

A falta de mayores previsiones legales sobre este precepto y de un escasísimo tratamiento jurisprudencial de la cuestión, considero que para que pueda

procederse a adoptar alguna de las medidas que se recogen en dicho precepto deben concurrir los dos siguientes presupuestos, que se alejan de los clásicos de las medidas cautelares (arts. 728 LEC) de las que difieren en naturaleza y finalidad.

En primer lugar, desde el punto de vista procedimental y de tramitación del procedimiento concursal, para que pueda resultar de aplicación dicho precepto se ha de tener certeza sobre cual va ser el camino que se va a seguir en el procedimiento concursal, si el camino de la liquidación o si se va a lograr la aprobación de un convenio, puesto que la respuesta que haya de darse para poder acordar una u otra medida en la aplicación de dicho precepto dependerá de si se abre un proceso de liquidación y en qué circunstancias o si se aprueba un convenio. Y en este último supuesto se ha de conocer cual es el convenio que finalmente se aprueba y cuales son las previsiones del plan de viabilidad que se contemplan en el convenio.

En el presente caso, esta incertidumbre procedimental ha quedado solventada con la aprobación mediante sentencia de fecha 23 de diciembre de 2011 de la propuesta anticipada de convenio presentada por la concursada.

En segundo lugar, el segundo requisito de aplicación del precepto, en lo que a los supuestos de créditos litigiosos se refiere, no es otro que la ponderación que ha de realizar el Juez del concurso de la probabilidad de confirmación del crédito contingente.

Pues bien, en este caso el juicio de probabilidad de confirmación del crédito litigioso se ha de realizar por este Juzgador respecto de dos procedimientos, uno seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 36 de Madrid y otro seguido ante este Juzgado, suspendido por prejudicialidad civil, en relación con el citado procedimiento seguido en Madrid.

Respecto del procedimiento seguido ante el Juzgado número 35 de Madrid, ha recaído sentencia en primera instancia que ha sido recurrida en apelación y se ha instado la ejecución provisional de la sentencia. Sobre la posibilidad de que los pronunciamientos de la sentencia de 14 de marzo de 2010 sean ejecutables provisionalmente, este Juzgador ya se ha pronunciado en el marco del incidente concursal 102/11 de impugnación de la lista de acreedores.

Pero una cosa es el criterio que se ha mantenido en esta sentencia y otra el

el juicio que se ha de hacer sobre la probabilidad de confirmación de la contingencia del crédito que pasa por prever lo que se pueda decidir sobre la ejecución provisional de la sentencia en primera instancia, con las posibilidades de apelación de tales decisiones, todo lo cual impide a este Juzgador ponderar las probabilidades reales de confirmación del crédito a los efectos del art. 87.4 de la LC

En cuanto al incidente concursal 570/2010, suspendido por prejudicialidad civil mediante auto de fecha 22 de septiembre de 2010 considero que el juicio de probabilidad, la confirmación del crédito de la actora dependerá, a la luz de la conexión objetiva afirmada en dicho auto, en primer lugar, del resultado del pleito seguido ante el Juzgado número 35 de Madrid, pendiente de apelación. La existencia de una única sentencia en primera instancia, sin que haya recaído sentencia de apelación incide significativamente en la ponderación de la probabilidad de confirmación del crédito.

En este sentido el AJMER Madrid n° 4 de 3 enero 2005 señaló que "*Nike European Operations Netherlands 8V dispone de una sentencia de condena dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Hospitalet de Llobregat, confirmada en apelación por la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, aunque no firme por mediar recurso de casación, contra la concursada Milenario XXI Bethlehem 2000 SL. Tras haber obtenido pronunciamiento favorable en las dos instancias el juicio de probabilidad respecto al crédito de la mencionada acreedora debe resultar positivo. Por lo que se cumple el requisito exigido por el núm. 4 del artículo 87 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) para que resulte procedente la medida por ella instada; en este caso, la constitución de una provisión con cargo a la masa por el importe de 1.870.446,68 euros contemplado en la documentación aportada con la solicitud de la medida*".

Es decir, en aquella resolución se ponderó favorablemente la probabilidad de confirmación sobre la base de las existencia de dos sentencias, una de instancia y otra de apelación.

Pero, además de que aquí solamente existe una sentencia de instancia, no parece razonable y adecuado aventurar una probabilidad de confirmación de un crédito en el marco del citado incidente pues ello supondría tanto como anticipar el contenido de una sentencia, que ha de dictar este mismo juzgador, antes de que haya sido tan siquiera contestada la demanda.

SEGUNDO. De conformidad con lo que se establece en el art.394 LEC, no procede hacer imposición de las costas, al apreciarse razonables dudas de derecho que puede suscitar la cuestión a la parte actora.

FALLO

Desestimo la peticiones de medidas al amparo del art. 87. 4 de la LC contenidas en los escritos presentados en fechas 22 y 23 de diciembre de 2010 por AUDIOVISUAL SPORT S.L., sin hacer imposición de las costas.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno, sin perjuicio del derecho de las partes a reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que formulen protesta en el plazo de cinco días (en aplicación analógica del incidente concursal art. 192 y art. 197.4).

Así por esta, mi resolución, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el Sr. Juez que la suscribe en la Audiencia Pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se notifica a las partes la presente resolución a través de sus procuradores, con la advertencia que al interponer el recurso de apelación se deberá proceder al pago, en la cuenta del Juzgado nº 4342, de la cantidad de 50 €, acreditando por escrito al Juzgado que se ha hecho el depósito. Doy fe.