



JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 A CORUÑA

C./ ENRIQUE MARIÑAS S/N.- EDIFICIO PROA 7 PLANTA, (MATOGRANDE), A CORUÑA

GU001

C.I.F. S-1500061-E

Tfno.: 981182166-881881135 Fax: 981182134

N.I.G.: 15030 47 1 2008 0013078



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Procedimiento: MEDIDAS CAUTELARES COETANEAS 0000635 /2008

Sobre: OTRAS MATERIAS

De D/ña. ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE)

Procurador/a Sr/a. NURIA ROMAN MASEDO

Contra D/ña. MARTINSA-FADESA, S.A., ADMINISTRACION CONCURSAL

Procurador/a Sr/a. JAVIER CARLOS SANCHEZ GARCIA

ILUSTRE COLEGIO DE PROCURADORES DE LA CORUÑA

SERCYN

FECHA:

07 MAYO 2009

NOTIFICADO

AUTO

A Coruña, a treinta de abril de dos mil nueve

HECHOS

1º.- La procuradora Sra. Román Masedo en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE) presentó el pasado día 29 de octubre de 2008 solicitud de medidas cautelares en el marco del proceso concursal n°. 408/2008, de la entidad MARTUINSA-FADESA S.A., en la que tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho de su pretensión finalizaba solicitando que se acuerden las medidas consistentes en:

1. Suspensión de los sucesivos pagos que los compradores de viviendas deban hacer a la concursada Martinsa-Fadesa S.A. mientras no se reanuden efectivamente las obras de construcción o urbanización en la vivienda adquirida por cada uno.
2. En caso de que no se acuerde lo anterior, depósito de las cantidades a cuenta que deban abonar los compradores de vivienda en cuentas especiales y separadas, a los efectos de que la Administración Concursal de Martinsa-Fadesa S.A. se responsabilice de que el único destino de los pagos sea la construcción de la concreta vivienda adquirida por cada uno, de forma que en el caso de que no se llegue a entregar la vivienda se pueda proceder al reintegro inmediato de estas cantidades a cada depositante.

3. De forma alternativa o subsidiaria: si se estimara probable el cumplimiento de la condición resolutoria o la confirmación del crédito contingente de los acreedores compradores de vivienda, se adopten las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa, de prestación de fianzas por las partes o cualesquiera otras que se consideren oportunas en cada caso.

Todo ello ofreciéndose como caución la suma de 3000 euros o aquella que se estime más conveniente en la forma expuesta anteriormente, medidas cautelares que deberán adoptarse sin la audiencia de la contraparte dada la situación de urgencia y necesidad derivada de los inminentes pagos a los que llevan haciendo frente los compradores de vivienda desde la fecha de declaración del concurso.

2º.- Por providencia de fecha cinco de noviembre de 2008 se acordó dar a la solicitud el cauce del incidente concursal general del artículo 192 de la LC, y emplazar a la administración concursal y a la entidad concursada como demandadas por diez días, dentro de cuyo plazo se recibieron en autos sendos escritos de contestación a la solicitud, con oposición, en virtud de la cual se convocó a las partes a la vista del incidente en la que cada una de ellas ratificó el contenido de sus respectivos escritos alegatorios. Tras la práctica en el acto de la prueba que las partes propusieron y que fue admitida quedaron los autos incidentales conclusos para resolución, si bien no ha podido dictarse en plazo por causa del elevado número de asuntos pendientes de tramitación y resolución en el juzgado de lo mercantil de A Coruña, con carga especialmente intensa en los primeros meses de este año con la recepción de las demandas impugnatorias de la lista de acreedores y del inventario en los presentes autos de concurso ordinario n°. 408/2008.

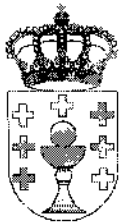
RAZONAMIENTOS JURIDICOS

1º.- Las medidas cautelares son en nuestro derecho procesal accesorias de un proceso principal e instrumentales de la efectividad de la resolución que se ha de dictar en él (artículos 726 y 728 de la LEC), de modo que sin identificar debidamente la tutela que se pretende obtener en un proceso principal no es posible, con carácter general, adoptar medidas cautelares.

2º.- Al margen de lo expuesto, la Ley concursal permite que el juez que estime probable el cumplimiento de la condición resolutoria o la confirmación del crédito contingente adopte a petición de parte las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa, de prestación de fianzas por las partes o de cualesquiera otras



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

que considere oportunas en cada caso (artículo 87. 4 de la LC).

El precepto se refiere tanto a los créditos sometidos a condición resolutoria -que disfrutan de la plenitud de sus derechos concursales en tanto no se cumpla la condición, art. 87. 1- como a los créditos contingentes (es decir, los sometidos a condición suspensiva y los litigiosos), que se reconocen sin cuantía y tienen provisionalmente suspendidos no sólo sus derechos de adhesión y voto, sino también los de cobro, art. 87. 3. En el primer caso la preocupación debe centrarse en los derechos de los demás acreedores y en los de la deudora concursada, de modo que la medida cautelar normalmente consistirá en el establecimiento de una fianza u otra forma de aseguramiento de la restitución de las sumas que el acreedor perciba, ya sea en cumplimiento del convenio, ya sea en el marco de la liquidación de la masa activa. En el segundo caso, en cambio, la decisión judicial deberá amparar la efectividad del derecho del acreedor, de momento contingente, para cuando se cumpla la condición suspensiva o finalice el litigio, de manera que normalmente se decidirá la constitución de una provisión contable que permita tomar en consideración, a la hora de efectuar los pagos, la cobertura de créditos cuya existencia de momento es dudosa.

3°.- La administración concursal ha optado por reconocer como acreedores contingentes a los compradores de viviendas u otras unidades constructivas futuras, cuando al tiempo de la declaración de concurso las obligaciones derivadas del contrato de compraventa están pendientes de cumplimiento para ambas partes (art. 61. 2 de la LC). Sin entrar a valorar en esta resolución si esa modalidad de reconocimiento se ajusta verdaderamente a la naturaleza de la posición del comprador de vivienda futura en el concurso de la promotora, es de todo punto lógica la preocupación de los compradores que en virtud del contrato deben seguir afrontando los pagos comprometidos a pesar de prever que la promotora no podrá cumplir con su obligación de entrega de la vivienda en los plazos y con las condiciones pactadas.

Ello no obstante, por lo que respecta a los créditos concursales reconocidos como contingentes -y en tanto efectivamente lo sean- no hay, de momento, datos que permitan en este caso anticipar un mínimo riesgo de que no puedan ser pagados de la misma manera que el resto de los créditos concursales, o incluso de que la contingencia se vaya a mantener con carácter general más allá de la conclusión de la fase común, de modo que no hay razones objetivas que justifiquen la formación de provisiones con cargo a la masa u otra forma de asegurar que la efectividad de estos créditos será la misma que la de los créditos reconocidos con cuantía, según su calificación.

El riesgo que apunta la solicitante se refiere preferentemente a los contratos de compraventa en que, por virtud de lo convenido entre las partes, el comprador se ve

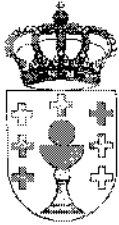
obligado a continuar tras la declaración de concurso con el plan de pagos inicialmente diseñado. Se trata, según se ha señalado, de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso (artículo 61. 2 de la LC), y respecto de ellos ha de tenerse en cuenta que si en virtud de un incumplimiento posterior a la declaración de concurso el contrato se resuelve judicialmente a iniciativa del comprador (art. 62. 1 LC), el crédito de restitución -y eventualmente, el de indemnización de daños y perjuicios-, será un crédito contra la masa del art. 84. 2 6° de la LC, no un crédito concursal. La restitución comprenderá, lógicamente, tanto las cantidades entregadas antes de la declaración de concurso como las entregadas con posterioridad. Y para el pago de los créditos contra la masa habrá de estarse a lo establecido en el artículo 154 de la LC.

4°.- No tiene sentido promover la adopción de una medida cautelar consistente en imponer a la vendedora el cumplimiento de las obligaciones de garantía que la propia Ley - en este caso, la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas- ya tiene establecidas. El ingreso de las sumas percibidas en cuenta separada y debidamente identificada (artículo 1, condición segunda, de la Ley especial) y las limitaciones de disponibilidad de esos fondos son, sin duda alguna, obligaciones legales de la promotora de cuyo incumplimiento se pueden derivar sanciones administrativas, al margen de las acciones civiles que el comprador pueda igualmente promover. La administración concursal, en cuanto interviene -y por lo tanto autoriza- los actos dispositivos realizados por la concursada, deberá lógicamente vigilar que cualquier pago que un comprador de vivienda haga con posterior a la declaración de concurso se ingresa en la cuenta designada, y no debe autorizar salidas de fondos de esa cuenta o cuentas que no tengan el destino que la Ley establece, sin perjuicio de la integración del saldo en la masa activa del concurso de la que forman parte todos los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. Los fondos de la cuenta especial a que se refiere la Ley de 1968 no son legalmente inembargables y, por lo tanto, no son excepción al principio de universalidad que el artículo 76 de la LC proclama. No se trata tampoco, pese a lo que apunta la solicitante, de bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los que sea posible pretender la separación por derecho de dominio que contempla el artículo 80 LC.

5°.- Nada hay en la inconcreta petición tercera de la súplica del escrito inicial que no haya sido tratado en los razonamientos anteriores. Baste reiterar que, al margen de los



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

derechos contractuales que en cada caso asistan a los compradores, no hay de momento razones que justifiquen la adopción de medidas de aseguramiento del trato paritario de los acreedores reconocidos como contingentes con relación a los demás acreedores concursales, en cuanto a los pagos que la deudora deba hacer en virtud del convenio o la administración concursal ordenar en caso de liquidación. Las circunstancias pueden desde luego cambiar en los próximos meses y en función de ese nuevo panorama podrá la misma solicitante, o los acreedores afectados, solicitar de nuevo la adopción de medidas de aseguramiento de sus créditos, en cuanto sigan siendo contingentes.

6°.- No se hará especial imposición de las costas de este incidente a ninguna de las partes, teniendo en cuenta las dudas de derecho que derivan del reconocimiento como contingentes de los créditos de los compradores de viviendas futuras, con la consiguiente incertidumbre en cuanto al objeto y la cuantía de sus créditos.

En atención a lo expuesto,

DISPONGO:

Desestimo la solicitud de medidas cautelares deducida por la **ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE)**, representada por la procuradora doña Nuria Román Masedo, contra **MARTINSA-FADESA S.A.**, representada por el procurador don Javier Carlos Sánchez García, y la administración concursal.

Contra este auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio del derecho de las partes a suscitar de nuevo la cuestión en la apelación más próxima, siempre que formulen protesta dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma Pablo González-Carreró Fojón, magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil N°. UNO de A Coruña; doy fe.-

E./