



Roj: **AJM M 72/2019** - ECLI: **ES:JMM:2019:72A**

Id Cendoj: **28079470062019200025**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **10/09/2019**

Nº de Recurso: **1240/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación. Concurso de acreedores**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VAQUER MARTIN**

Tipo de Resolución: **Auto**

JUZGADO DE LO MERCANTIL

NÚMERO SEIS

MADRID

Gran Vía, 52-4ª Planta

28013 Madrid

PROCEDIMIENTO: Comunicación de negociaciones nº 1240/19 (PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES JOLVA, S.L.)

ASUNTO: Recurso de revisión directo contra Decreto nº 645/2019, de 3 de julio.

AUTO

En la Villa de Madrid, a DIEZ DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de 11.7.2019 de la Procuradora Sra. Caro Bonilla en representación de DEUTSCHE BANK AG LONDON BRANCH formuló recurso de revisión contra el Decreto nº 645/19, de 3 de julio, en base a los hechos y alegaciones que constan en autos; acompañando la documental unida.

SEGUNDO.- Admitido a trámite dicho recurso en virtud de Diligencia de 17.7.2019 y, dado traslado, por escrito de 29.7.2019 del Procurador Sr. Caballero Aguado en representación de PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES JOLVA, S.L. se impugnó dicho recurso en base a los hechos y alegaciones que constan en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

Son antecedentes relevantes para resolver sobre las cuestiones suscitadas por las partes, los siguientes:

(i) La mercantil PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES JOLVA, S.L. [-en adelante JOVA-] es titular de 51 viviendas y anexos sitas en edificio ubicado en la Calle Las Fábricas nº 1 de la localidad de Alcorcón (Madrid), encontrándose gravadas con garantía real a favor de crédito otorgado a favor de dicha entidad por CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE EXTREMADURA, S.A. por escritura de 30.11.2005; novado por escrituras de 26.2.2008 y de 9.3.2011; siendo cedida la titularidad del crédito con sus garantías a favor de DEUTSCHE BANK AG LONDON BRANCH por la cedente S.A.R.E.B. en virtud de escritura de 29.12.2016.

(ii) Dicho crédito se encuentra vencido anticipadamente en fecha 20.4.2017 por causa de incumplimiento de la mercantil JOLVA que realiza la comunicación de negociaciones, existiendo ejecución hipotecaria nº 57/17 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcorcón, despachada por Auto de 1.6.2017, para hacer efectiva la cantidad impagada "... 8.408.141,83 euros en concepto de principal e intereses vencidos a fecha 20 de abril de



2017, más otros 2.522.442,55 euros presupuestados para intereses que, en su caso, se devenguen desde dicha fecha y durante la ejecución y costas, sin perjuicio de ulterior liquidación y tasación ...".

(iii) Notificado dicho Auto despachando ejecución a la mercantil JOLVA, por escrito de 25.10.2017 se formuló oposición frente al mismo, sosteniendo -en esencia-:

- La nulidad, por abusividad, de la cláusula de vencimiento anticipado, solicitada en procedimiento declarativo separado, que con nº 406/17 se siguió en el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alorcón, instando la suspensión por prejudicialidad civil.

Dicha demanda es posterior a la notificación al ejecutado del Auto despachando ejecución; por lo que frente al mismo se articuló una oposición a la orden general de ejecución y un procedimiento declarativo contra el título de crédito en virtud del cual se actuaba.

- La nulidad, por abusividad, de la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés, o cláusula suelo.

(iv) Por Auto nº 104/18 de 24.1.2018 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alorcón se desestimó la oposición a la orden general de ejecución en todos sus extremos; y apelado el mismo por JOLVA mediante escrito de 23.2.2018, por Auto de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3.12.2018, se desestimó dicho recurso en todos sus motivos de apelación.

(v) La solicitud de suspensión contenida en el escrito de oposición al despacho de ejecución [-por existir proceso posterior sobre la abusividad de alguna de las cláusulas-] fue rechazada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alorcón mediante Providencia de 12.1.2018.

(vi) El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alorcón, en proceso declarativo nº 406/17, se acordó por Auto nº 68/18 de 4.4.2018, la existencia de cosa juzgada entre el citado proceso declarativo y los motivos de oposición formulados por JOLVA frente al despacho de ejecución, por causa de identidad entre partes y pretensiones de nulidad por abusividad de las cláusulas indicadas; que devino firme.

(vii) Reanudadas las actuaciones ejecutivas por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alorcón, en fecha 11.2.2019 por escrito de la mercantil JOLVA, actuando a través de su administrador social INVERSIONES PLAYTRACK, S.L., siendo representante persona física D. JOSÉ LUIS CUERVO CALVO, asistido del Letrado D. José Luis Cuervo Calvo y representada por el Procurador Sr. Franco González, se puso en conocimiento de dicho Juzgado la existencia de un contrato de arrendamiento de 15.2.2018 a favor de la mercantil PETRÓLEOS Y MULTISERVICIOS GUADALAJARA, S.L.U. sobre las 51 viviendas objeto de ejecución, solicitando del juez de la ejecución la aplicación de lo ordenado en el art. 661.1 L.E.Civil; con nueva suspensión de la ejecución.

(viii) No consta que el juzgado competente para resolver sobre tal cuestión se haya dictado Resolución expresa en algún sentido, si bien resulta de la documentación aportada [-tal cual resultan los anteriores antecedentes-] que el juzgado de la ejecución hipotecaria señaló la subasta por Decreto de 22.5.2019., encontrándose pendiente de la tasa para la publicación del mismo en el BOE.

(ix) Por escrito de 2.7.2019 del Procurador Sr. Caballero Aguado en representación de JOLVA, asistida de la Letrada Dña. Valentina Huertas Nieto, se formuló comunicación del art. 5.bis L.Co., sosteniendo la existencia de una situación de insolvencia que "... se reputa inminente en los términos del art. 2.3 L.Co ...", señalando como procesos de ejecución pendiente el citado proceso ejecutivo hipotecario nº 57/17 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alorcón, dictándose Decreto por este Juzgado Mercantil de 3.7.2019 que fue comunicado al mismo a los efectos -en su caso- de la suspensión de las actuaciones ejecutivas.

SEGUNDO.- Motivos del recurso.

En base a tales antecedentes viene a sostener la acreedora hipotecaria recurrente -cuya titularidad crediticia no es discutida-, también ejecutante individual, que -en esencia- la comunicación de negociaciones formulada por la ejecutada no tiene soporte fáctico alguno, estando dirigida a paralizar, entorpecer, dificultar y suspender las actuaciones ejecutivas singulares al resultar inminente la celebración de la subasta de los inmuebles a través del portal del BOE.

TERCERO.- Naturaleza de la comunicación del art. 5.bis L.Co.- Alcance de sus efectos sobre ejecuciones en trámite.

1.- Uno de los efectos que en instituto pre-concursal de la comunicación de negociaciones del art. 5.bis L.Co. produce es el de la paralización de nuevas ejecuciones y la suspensión de las ya iniciadas, durante el plazo máximo de tres meses, tal como disponen los apartados 4º y 5º de dicho precepto; de tal modo que identificadas por la comunicante las ejecuciones en trámite existentes al tiempo de la solicitud la Letrada de la Administración de Justicia procederá a "... dejar constancia ..." en su Decreto de tales procesos y sus datos, a los fines de que, por quien corresponda, proceda -en su caso- a la suspensión de los mismos.



Resulta de ello que la función del Letrado de la Administración de Justicia se centra en la comunicación y la constancia y dación de fe pública respecto a la misma y su contenido en materia de ejecuciones en tramitación, sin realizar actividad valorativa alguna respecto a la realidad y estado de dichas ejecuciones, así como el carácter necesario o no de dichos bienes y derechos para una previa actividad y su eventual continuación.

2.- Si lo dicho fija el alcance y extensión de la comunicación y la simple dación de fe y constancia judicial de dicha comunicación y su contenido en materia de ejecuciones pendientes, respecto a los juzgados y tribunales que conocen o han de conocer de dichas ejecuciones, dispone el art. 568 L.E.Civil, respecto a los procedimientos ejecutivos no iniciados, establece que "... 1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de **concurso** o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el **concurso** a pesar de la falta de despacho de ejecución ...".

En igual sentido, y respecto a ejecuciones no iniciadas, el art. 551 L.E.Civil indica que "... 1. Presentada la demanda ejecutiva, el Tribunal, siempre que concurran los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título, dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma.

Con carácter previo el Letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo la oportuna consulta al Registro Público Concursal a los efectos previstos en el apartado 4 del artículo 5 bis de la Ley Concursal ...".

Respecto a los procedimientos ejecutivos en tramitación el apartado 2º del art. 568 L.E.Civil que "... El Letrado de la Administración de Justicia decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración del **concurso**. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal ...".

3.- Resulta de tal normativa, haciendo una interpretación coordinada con la regulación concursal de la comunicación de negociaciones, que la suspensión de las actuaciones ejecutivas iniciadas [-o la paralización de las nuevas demandas ejecutivas-] es competencia del órgano que conoce o va a conocer de las mismas, limitándose el órgano judicial concursal [-a través de su Letrada-] a dar fe y constancia de las manifestaciones y declaraciones respecto a las ejecuciones en trámite, así como de su afirmación sobre el carácter necesario del bien o derecho sujeto a las mismas.

Resulta de ello que la propia cualidad de ejecutado [-nótese que nada ha de acreditar el deudor que realiza la comunicación-], el estado y realidad del proceso [-nada exige el art. 5.bis-] y su afirmación sobre la realidad de la traba o sujeción del bien o derecho, resultan ajenas al proceso pre-concursal de comunicación de negociaciones del art. 5.bis L.Co.; por lo que siendo competencia del tribunal que conoce de la ejecución el acordar la suspensión o no de la misma, a dicho órgano le corresponde tal competencia, como lo es el determinar si al tiempo de la comunicación el deudor es titular o simple poseedor del bien sujeto a aquella ejecución.

TERCERO.- Abuso del derecho en la comunicación de negociaciones del art. 5.bis. L.Co. para la obtención de la suspensión de ejecuciones en trámite.

1.- Las anteriores reflexiones tienen como objetivo fijar el alcance admisible del recurso y de la presente Resolución, pues no siendo este juez mercantil competente objetiva y funcionalmente para pronunciarse sobre la procedencia o no de la suspensión de la ejecución hipotecaria [-en cuanto corresponde, en este caso, al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcorcón-], de sus motivos y de su alcance y efectos, sí ostenta este tribunal mercantil la competencia para declarar la necesidad o no de los bienes sujetos a aquel procedimiento en caso de ser suspendido [-que no es el caso-] y para examinar si la comunicación de negociaciones del art. 5.bis L.Co. responde a una verdadera presencia de actos de preparación y/o ejecución de negociaciones serias y efectivas, o si está dirigido a la generación de efectos jurídicos [-eventual suspensión de las actuaciones ejecutivas singulares-] que no responden ni se sustentan en las conductas del deudor y sus acreedores descritas en el art. 5.bis.1 L.Co.

Resulta de ello la autonomía de tal examen, en cuanto que referido a los presupuestos objetivos y subjetivos de la comunicación, la efectividad de la misma sobre eventuales procesos de ejecución, así como las decisiones y Resoluciones adoptadas por otros tribunales quedan fuera del ámbito de la presente Resolución; en cuanto en modo alguno puede este tribunal valorar, enjuiciar u opinar sobre Resoluciones dictadas por otro tribunal.



2.- Afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, de 27.6.2019 [ROJ: SAP B 9311/2019] que "... *Dicho precepto tiene por finalidad permitir al deudor que se encuentra en una situación complicada pero que considera que puede salvar sus **deudas** a través de una **refinanciación**, un acuerdo extrajudicial de pagos o un convenio, disponer de un plazo para lograr tal negociación durante el cual los acreedores no pueden solicitar el **concurso** necesario ni iniciar ejecuciones singulares, suspendiéndose las que haya en trámite. Como señala la demandada, el procedimiento del art. 5 bis es una medida estrictamente defensiva para el deudor, que tiene de este modo la certeza de que durante esos tres meses de plazo podrá negociar con cierta tranquilidad. Se trata, por tanto, de un procedimiento instrumental en el que no está prevista la intervención judicial en ningún caso ...*".

A la luz de tal doctrina debe plantearse si la comunicación realizada por el deudor responde a dicha situación económico-financiera, o si aparece dirigida a paralizar nuevamente unas concretas ejecuciones singulares hipotecarias sin visos de una eventual y seria reestructuración de la **deuda**.

3.- Consta que la mercantil PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES JOLVA, S.L.U, administrada por la mercantil INVERSIONES PLAYTRACK, S.L., siendo representante persona física D. JOSÉ LUIS CUERVO CALVO, no ha depositado cuentas anuales desde el ejercicio 2010, inclusive, en adelante. Ello coincide en el tiempo con las dos novaciones modificativas del préstamo hipotecario que nos ocupa, de los años 2008 y 2011.

Consta igualmente que vencido anticipadamente el préstamo hipotecario por impago de JOLVA, concurre título judicial que impone a la deudora el pago de la cantidad de 8.408.141,83.-€ de principal e intereses moratorios vencidos, así como la cantidad provisional de 2.522.442,55.-€ por intereses ejecutorios y costas de la ejecución, a lo que deben sumarse los créditos señalados en la página 4 del escrito de impugnación del recurso, cuales son:

- la cantidad de 60.000.-€ a favor de PHILLIPPE PARSEUR E HIJOS
- la cantidad de 80.000.-€ por IBIs desde el año 2014 hasta el 2019.
- la cantidad de 7.500.-€ por tasas de basuras desde el año 2014 hasta 2019.
- cantidad indeterminada a favor de la A.E.A.T.
- otros proveedores comerciales por importe aproximado de 300.000.-€.

4.- Atendiendo a tales antecedentes y hechos admitidos resulta que la aseveración de la mercantil comunicante de las negociaciones relativa a la existencia de una insolvencia inminente que pueda ser revertida por la existencia de una negociación seria con sus acreedores resulta ajena a la realidad acreditada.

Antes al contrario, aparece acreditado de las propias afirmaciones del deudor, que se encuentra en situación de insolvencia actual desde el inicio del ejercicio 2014 hasta la actualidad, al concurrir indiciariamente tres de los hechos externos relevadores de la insolvencia del art. 2.4 L.Co. [-impago generalizado e impago de créditos públicos desde 2014, y embargo generalizado desde 2017 al trabarse en ejecución hipotecaria los bienes esenciales del deudor-].

5.- Frente a un pasivo superior a los 11.000.000.-€, vencido, líquido y exigible, impagado desde 2014, viene a sostener la deudora que se encuentra en condiciones de refinanciar dicha **deuda**; **refinanciación** a todas luces de imposible realización por el rechazo del titular crediticio de más del 90% del pasivo, cual es DEUTSCHE BANK AG, en cuanto ha optado lícitamente por la realización separada de su derecho.

Afirmar, de modo voluntarista, que existe una situación de insolvencia inminente [-entendiendo por tal el próximo impago generalizado de créditos en los seis o doce meses siguientes a la comunicación-], para con ello obtener la paralización de la ejecución hipotecaria del acreedor mayoritario del pasivo que ha optado en plazo y forma por la ejecución singular, siendo que la **refinanciación** aparece como irrealizable tanto por tal participación en el pasivo, como por la naturaleza actual de la insolvencia, su antigüedad, titularidades e importes, resulta alterar los presupuestos, fines y objetivos de dicha comunicación de negociaciones, tal como se han transcrito anteriormente.

6.- Pero aún más, tal comunicación de negociaciones, formulada por la administradora social INVERSIONES PLAYTRACK, S.L., siendo representante persona física D. JOSÉ LUIS CUERVO CALVO, se produce dos años después del inicio de las actuaciones ejecutivas singulares hipotecarias sobre los bienes más relevantes y de mayor valoración del activo del deudor, una vez agotadas las instancias judiciales sobre la eventual abusividad de algunas de las cláusulas del contrato de préstamo, así como una vez alegada sorpresivamente que constante ejecución hipotecaria la deudora ejecutada [-administrada socialmente por INVERSIONES PLAYTRACK, S.L., siendo representante persona física D. JOSÉ LUIS CUERVO CALVO-] procedió en fecha



15.2.2018 a arrendar las 51 viviendas ejecutadas a la mercantil PETRÓLEO MULTISERVICIO GUADALAJARA, S.L. [-actualmente TINVER PROPERTY, S.L.-], administrada por D. Virgilio .

Siendo plenamente compatible, incluso más probable en su éxito, la negociación de la **refinanciación** del pasivo con las anteriores actuaciones ejecutivas, la postergación de la comunicación de negociaciones al agotamiento de los motivos legales de oposición preexistentes, así como los generados por el propio deudor con posterioridad al despacho de la ejecución [art. 661.1 L.E.Civil], resulta que la invocación de una irreal **refinanciación** aparece unida a la formal paralización de la ejecución -cuya competencia no corresponde a éste tribunal- y se aparta manifiestamente de un serio, solvente y razonable intento de alcanzar una **refinanciación** de un pasivo público y privado que nace -al menos- desde 2014 y supera los 11.000.000.-€; de los que más del 90% corresponden al recurrente/acreedor/ejecutante que rechaza todo acuerdo o nueva financiación.

7.- Supone, por ello, tal comunicación, un acto abusivo en cuanto dirigido a obtener una finalidad -eventual suspensión de la ejecución- y efecto jurídico anudado a presupuestos distintos de los realmente concurrentes.

En tal sentido señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de 29 de mayo de 2019 [ROJ: SAP M 5318/2019] que "... *Distinguiendo el abuso de derecho del ejercicio antisocial, "mientras el " abuso " suele dejar abierto el camino a la idea de una indemnización como lógica consecuencia de la lesión o daño que en términos generales provoca en un interés privado o particular, en el " uso antisocial ", el sujeto perjudicado ofrece una mayor amplitud, en cuanto puede comprender tanto la comunidad en general, como cualesquiera de los grupos integrantes de la misma" (STS 1ª 320/1984, 23.5). Entre las clases de abuso se distingue (arg. STS 1ª 483/1959, 22.9) el abuso subjetivo (o aemulatio vera) - "ejercicio del derecho con intención de dañar [nocendianimo], o sin verdadero interés en ejercitarlo -ausencia de interés legítimo-" (STS 1ª 21/2005, 28.1 y juris. cit.; v. STS 1ª 125/1959, 24.2 sobre la participación de terceros en el abuso) u objetivo -"ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo" (STS 1ª 21/2005, 28.1)- o por las circunstancias -"el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho", "como el ejercicio de un derecho en forma anormal en cuanto a su intensidad calificando otros como abusivo el ejercicio del derecho que revistiendo formas desacostumbradas y particularmente incómodas para los terceros, comprometa su normal goce por ellos, creando una desproporción objetiva entre la utilidad del ejercicio del derecho por parte de su titular y las consecuencias con que los terceros cargan" (STS 1ª 483/1959, 22.9) -..."*

Concurriendo tales presupuestos del abuso en la solicitud que nos ocupa debe estimarse el recurso en su integridad; no impidiendo tal conclusión la alegada existencia de defecto formal en el recurso por falta de cita del precepto infringido, al resultar invocado el principio general del derecho del abuso en la conducta procesal del deudor,

CUARTO.- Costas.

Dada la estimación íntegra del recurso, no ha lugar a la imposición de las costas.

En su virtud,

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: Que estimando el recurso directo de revisión formulado por escrito de 11.7.2019 de la Procuradora Sra. Caro Bonilla en representación de DEUTSCHE BANK AG LONDON BRANCH contra el Decreto nº 645/2019 de 3 de julio, por el que se tenía por hecha la comunicación de negociaciones del art. 5.bis L .Co. formulada por escrito de 2.7.2019 del Procurador Sr. Caballero Aguado en representación de PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES JOLVA, S.L., debo reponer dicha Resolución procesal en el sentido de rechazar por abusiva, y tener por no hecha, dicha comunicación de negociaciones; declarando la ineficacia *ex tunc* de los efectos inherentes a la presentación del apartado 4º y 5º del art. 5.bis L.Co.; sin hacer imposición de las costas.

Remítase testimonio de la presente Resolución al Registro Público Concursal, para su constancia y publicación.

Notifíquese la presente resolución a las partes; haciéndoles saber que la presente resolución es definitiva y pone fin al procedimiento e impide su continuación, siendo susceptible de **RECURSO DE APELACIÓN** ante este Juzgado, para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, en el plazo de **VEINTE DÍAS** a contar desde el siguiente a la notificación de la presente; **no obstante lo cual se llevará a efecto lo acordado** .

De conformidad con la D.Adicional 15ª de la LOPJ , introducida por la LO 1/09 (BOE 4.11.2009), para el anuncio o la preparación o la interposición del recurso de apelación, **será precisa la consignación como depósito** de 50 euros en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado [para este procedimiento: 2762-0000-1240_19] en la entidad Banco Santander, S.A. y acreditarlo documentalmente ante este tribunal, aportando copia del resguardo de ingreso; el depósito **no deberá consignarse** cuando el



recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u organismo autónomo dependiente.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido. Cuando puedan realizarse ingresos simultáneos por la misma parte procesal, deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el concepto el tipo de recurso de que se trate en cada caso.

Si por una misma parte se recurriera **simultáneamente** más de una resolución que pueda afectar a una misma cuenta-expediente, deberá realizar tantos ingresos diferenciados como resoluciones a recurrir, indicando el tipo de recurso de que se trate y la fecha de la resolución objeto de recurso en formato dd/mm/aaaa en el campo de observaciones.

Así lo dispone, manda y firma **D. FRANCISCO JAVIER VAQUER MARTÍN**, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de lo Mercantil Nº 6 de los de Madrid.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ