



Roj: **AAP M 176/2020** - ECLI: **ES:APM:2020:176A**

Id Cendoj: **28079370282020200001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **17/01/2020**

Nº de Recurso: **4289/2018**

Nº de Resolución: **10/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007750

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0141360

Recurso de Apelación 4289/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid

Autos de Pieza de Medidas Cautelares 546/2016-0001

APELANTE: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

PROCURADOR D./Dña. MARÍA JOSÉ BUENO RAMÍREZ

NESDAVI SOLUCIONES INMOBILIARIAS S.L.

APELADO: ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE PROINSA

LETRADO D./Dña. FERNANDO MARTÍNEZ SANZ

INTERVENTUM CONCURSAL SLP

AUTO Nº 10/2020

En Madrid, a 17 de enero de 2020.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores D. Enrique García García, D. Pedro María Gómez Sánchez y D. José Manuel de Vicente Bobadilla, ha conocido, bajo las actuaciones del rollo de apelación nº 4289/2018, los autos de la pieza del procedimiento nº 546/2016, procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, referente a materia concursal.

Han intervenido en representación y defensa de la parte apelante, el procurador D^a. María José Bueno Ramírez y el letrado D. Julio Marcos Paredes por BANCO POPULAR ESPAÑOL SA; y por la apelada, la administración concursal de PROMOCIONES INMOBILIARIAS DEL PISUERGA SA (PROINSA).

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la representación de la administración concursal de PROMOCIONES INMOBILIARIAS DEL PISUERGA SA (PROINSA) se presentó, con fecha 16 de marzo de 2017, escrito en el que se contenía la siguiente petición:

" SUPLICAMOS AL JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, teniendo por solicitada la adopción de la MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA N° 81/2016 del Juzgado al que nos dirigimos, interesando que, previo traslado a las partes personadas, se señale la vista prevista en el artículo 734 de la LEC, dictando en su día Auto en virtud del cual se acuerde dicha medida, con imposición de costas a las partes que se opusieren."

SEGUNDO.- Tras seguirse el procedimiento por sus trámites, el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid dictó un auto, el 29 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"De conformidad con lo solicitado por la Administración Concursal se acuerda la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución hipotecaria 81/2014".

TERCERO.- Contra la mentada resolución fue interpuesto recurso de apelación por parte de BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, el cual fue admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma.

Los autos remitidos por el juzgado tuvieron entrada en la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 14 de noviembre de 2018.

Turnados a la sección 28ª, se procedió a la formación del rollo de apelación, donde se ha seguido su tramitación con arreglo a lo previsto para los procedimientos de su clase.

CUARTO.- La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó el 16 de enero de 2020.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La administración concursal de PROMOCIONES INMOBILIARIAS DEL PISUERGA SA (PROINSA) reclamó al juez del concurso que decretara la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria nº 81/2014 que había sido instado por el acreedor BANCO POPULAR ESPAÑOL SA para el cobro de su crédito derivado de un préstamo garantizado con hipoteca constituida sobre cuatro inmuebles propiedad de la concursada sitos en el término municipal de Alhaurín el Grande. El motivo de instar por vía cautelar la suspensión del procedimiento de ejecución lo era que había tenido noticia de que había sido ejercitada por parte de un acreedor (NESDAVI SOLUCIONES INMOBILIARIAS SL) acción de rescisión concursal en relación con la mencionada carga hipotecaria, que se consideraba contraída en perjuicio de la masa activa de PROINSA.

La juzgadora decretó la medida porque consideró prudente hacerlo para que la ejecución hipotecaria no vaciara de contenido un eventual pronunciamiento favorable a la acción rescisoria.

El banco ejecutante se muestra en desacuerdo con esa decisión judicial, pues entiende que entraña una infracción de la norma que tasa los motivos por los que la ejecución hipotecaria podría ser suspendida.

No advierte este tribunal la existencia de problemas que afecten a la admisión a trámite del recurso, al tratarse de una discusión sobre materia cautelar cuyo régimen procesal, por no ser autosuficiente el regulado en el ámbito de lo concursal, hay que completarlo con las reglas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevén la posibilidad de apelación directa de los autos resolutorios sobre medidas cautelares (artículos 735 y 736).

SEGUNDO.- Lo primero que sorprende a este tribunal es el encaje procesal de la medida reclamada. Porque a tenor del escrito de solicitud cautelar presentado por la administración concursal de PROMOCIONES INMOBILIARIAS DEL PISUERGA SA (PROINSA), la misma está vinculada al ejercicio de una acción rescisoria en el seno de un incidente concursal, que, paradójicamente, no ha sido emprendida por la peticionaria de la cautela. Sin embargo, el esquema procesal de las medidas cautelares de la LEC, en el que pretendía ampararse la solicitante, sólo comprende la posibilidad de que la tutela cautelar la inste quien ostente la condición de parte actora (principal o reconvenzional - artículo 721 de la LEC), ordinariamente en su demanda, y solo de manera justificada antes o después de ella, lo cual no ocurría en el caso de la solicitante. No vemos en el planteamiento de quien era la peticionaria de la adopción de la medida cautelar ningún argumento jurídico que permitiera superar este reparo.

Por otro lado, si lo que la solicitante pretendía era defender los intereses de la masa en el seno del procedimiento hipotecario suscitado en pieza separada ante el propio juez del concurso, lo que debería haber hecho es plegarse entonces a las reglas que rigen la ejecución hipotecaria, según los artículos 681 a 698



de la LEC (puesto que el artículo 57.1 de la LC exige que la tramitación se ajuste a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda), lo que, como veremos seguidamente, tampoco ha hecho.

TERCERO.- Cuando se aplican las reglas que rigen el ordenamiento jurídico se debe tener presente que en el seno de éste existen normas especiales que desplazan a las generales, por razón del principio general del Derecho - artículo 1.4 del C. Civil- que se condensa en el aforismo "lex specialis derogat legi generali".

Uno de los ámbitos jurídicos en el que rigen las normas especiales es el de la ejecución hipotecaria. También lo es, no podemos negarlo, el concursal. Habrá que descubrir, por lo tanto, cuando se presenta un supuesto procesal en el que concurren ambos tipos de procedimientos, si existe norma especial aplicable al caso por razón de uno u otro régimen, en cuyo caso habrá que respetarla.

En el caso del procedimiento hipotecario sobre el que se desea que opere la medida, el legislador español señala, con suma claridad, en el artículo 698 de la LEC, lo cual constituye regla especial, que toda reclamación que se pretenda efectuar, no ya sólo por el propio deudor hipotecario, sino también por el tercer poseedor y por cualquier interesado, al margen del régimen de oposición previsto para el proceso de ejecución hipotecaria, incluidas entre ellas las que versen sobre la eficacia del título, deberá ventilarse en el juicio, paralelo o ulterior, que corresponda. Asimismo, se ordena en ese precepto legal, con rotundidad, que ello no podrá nunca producir el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, sin perjuicio de la adopción, en su caso, de una eventual medida de retención de la cantidad que debiera luego entregarse al acreedor.

Por lo que atañe a las reglas concursales, existen también algunas de carácter especial que, de manera excepcional, pueden afectar a la marcha de un procedimiento hipotecario (como la paralización temporal impuesta al acreedor hipotecario en el artículo 56 de la LC para la ejecución de garantías reales constituidas sobre aquella categoría de bienes que fuesen considerados necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado; o la limitación impuesta en el artículo 57.3 de la LC), pero entre ellas no se encuentra la posibilidad de interferir por vía cautelar en el procedimiento de ejecución hipotecaria por la mera razón del ejercicio de una acción concursal como lo es la rescisoria. Precisamente, la norma concursal, en consonancia con este criterio, señala (en el artículo 57.2 de la LC), que iniciada o reanudada, según sea el caso, la ejecución de garantías reales en pieza separada ante el juez concursal, no podrá ser suspendida por razón de vicisitudes propias del concurso. Todo lo cual entraña que también en ese caso, que no es sino uno de aquellos en los que, aunque lo sea en interés de la masa y por motivo sobrevenido, se ataca la eficacia del título constitutivo de la hipoteca, deberían respetarse las reglas especiales sobre la restricción a la posibilidad de suspensión del proceso de ejecución hipotecaria que se rige por la norma especial que regula esa clase de procedimiento.

CUARTO.- En definitiva, conjugando ambos regímenes legales, la conclusión que alcanzamos es que no debería haberse permitido que se provocara la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, por cauces ajenos a los previstos en el seno del mismo, cuando mediaba una prohibición legal al respecto que no estaba enervada por la normativa concursal. El hecho de que se hayan promovido incidentes concursales para atacar la eficacia de la garantía real no puede ser la excusa para interferir en la ejecución hipotecaria, puesto que el legislador no ha previsto esa incidencia como una de aquellas que de modo excepcional podrían provocar ese efecto.

Consideramos que el Juzgado de lo Mercantil no debería haber atendido una solicitud de suspensión como la que le fue planteada, pues la problemática referente al ejercicio de acciones para atacar la eficacia del título en el que se fundaba la ejecución hipotecaria debía ventilarse, conforme a lo que resulta de los artículos 695 y 698 de la LEC, en un procedimiento separado, como se está haciendo, y sin posibilidad, además, de interferir en ella (quedando a salvo, no obstante, el derecho a pedir la retención de la cantidad que debiera luego entregarse al acreedor, lo que protegería, en buena medida, los intereses de la masa). Es por ello que hemos de revocar la resolución judicial apelada que no ha respetado el tenor de la regla especial que rige en la ejecución hipotecaria y que no resulta derogada, ni desplazada, en este aspecto por la normativa concursal.

QUINTO.- La desestimación de la solicitud cautelar conlleva la imposición de las costas de la primera instancia a la parte peticionaria de la medida, según la regla que deriva de lo previsto en el artículo 736.1 de la LEC, en relación con el nº 1 del artículo 394 del mismo cuerpo legal.

SEXTO.- La estimación del recurso de apelación conlleva que no proceda efectuar expresa imposición de las costas correspondientes a la segunda instancia, según la regla contenida en el nº 2 del artículo 398 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados y teniendo en cuenta los demás de pertinente aplicación a este caso, este tribunal pronuncia la siguiente



PARTE DISPOSITIVA

1.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL SA contra el auto dictado con fecha 29 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid en la pieza cautelar del procedimiento nº 546/2016.

2.- Revocamos la resolución apelada, la cual dejamos sin efecto, para decretar, en su lugar, no haber lugar a la medida cautelar de suspensión del procedimiento hipotecario instada por la administración concursal de PROMOCIONES INMOBILIARIAS DEL PISUERGA SA (PROINSA), que deberá soportar las costas derivadas de la primera instancia.

3.- No efectuamos expresa imposición de las costas derivadas de la segunda instancia.

Devuélvase a la parte apelante el depósito que hubiera tenido que constituir para poder recurrir.

Contra esta resolución judicial no cabe interponer recurso alguno.

Así, por este nuestro auto, lo acordamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ