

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1  
PONTEVEDRA**

AUTO: 00126/2015

N10300  
C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986860534

N.I.G. 36038 47 1 2011 0000365

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000255 /2015**

**Juzgado de procedencia:** XDO. DO MERCANTIL N. 2 de PONTEVEDRA

**Procedimiento de origen:** EJECUCION HIPOTECARIA 0000032 /2015

Recurrente: BANCO SANTANDER

Procurador: PEDRO SANJUÁN FERNÁNDEZ

Abogado: JESUS ANGEL DEL RIO VARELA

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

**Ilmos. Magistrados**

**D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**

**D. MANUEL ALMENAR BELENGUER**

**D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ**

**AUTO NÚM.126**

En PONTEVEDRA, a ocho de junio de dos mil quince.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, con fecha 21 abril 2015, se dictó Auto cuya parte dispositiva expresa:

"Acuerdo declarar la falta de competencia objetiva de este Juzgado para conocer de la presente demanda de ejecución hipotecaria presentada por el Procurador D. Pedro Sanjuán Fernández en nombre y representación de Banco Santander, SA frente a Elaborados Santamar SL, y doña María Dolores Estévez García, señalándose como competente para su conocimiento al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pontevedra.

Planteo como conflicto negativo de competencia objetiva a la vista de la resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Pontevedra y acuerdo remitir todos los antecedentes a la Audiencia Provincial de Pontevedra (superior común) para su resolución."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso, designándose ponente al Ilmo. Magistrado **D. Jacinto José Pérez Benítez**, quien expresa el parecer de la Sala.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han seguido las prescripciones y términos legales.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.**- Es objeto de recurso el auto dictado por el juzgado de lo mercantil por el que rechaza la competencia para conocer de un proceso de ejecución hipotecaria por considerar que al haberse aprobado convenio la competencia viene atribuida al juez de primera instancia.

Los hechos del caso pueden resumirse del siguiente modo:

a) Con fecha de 24.3.2015 se formuló por la entidad BANCO SANTANDER, S.A. demanda de ejecución hipotecaria contra la entidad prestataria Elaborados Santamar, S.L. y contra la avalista, Doña María Dolores Estévez García.

b) En la propia demanda se ponía de manifiesto que la ejecución había sido con anterioridad instada ante el juez de primera instancia, y que por éste se había rechazado la competencia.

c) La entidad ejecutada había sido declarada en concurso y con fecha de 23.1.2013, con anterioridad por tanto a la presentación de la demanda ejecutiva, se había dictado sentencia por el juez del concurso aprobando el convenio.

El juez de lo mercantil fundamenta su decisión en la cita del art. 133 LC, conforme al cual desde la eficacia del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso, entre ellos los efectos propios de las especialidades a que en el concurso se somete la ejecución hipotecaria (arts. 56 y 57 LC).

Como se dijo, el conflicto negativo se plantea como consecuencia de la decisión del juez de instancia de rechazar el conocimiento del asunto. En el auto de 16.4.2014 el juez de primera instancia argumentó que, pese a que según la doctrina del TS y de esta propia Sala de apelación la aprobación del convenio determina el cese de los efectos del concurso y con ello la pérdida de la competencia exclusiva del juez de éste, el caso presenta el elemento peculiar de que se está ante una demanda de ejecución hipotecaria, mientras que en los casos anteriores se trataba del ejercicio de acciones declarativas contra el patrimonio del concursado. El juez considera que si tras el convenio el juez del concurso perdiera su competencia, quedarían sin contenido las previsiones del art. 57 LC; como fundamento de esta decisión se cita también como precedente el auto de esta misma sección e 21.2.2014, que parcialmente transcribe. Sin embargo podemos adelantar que esta resolución no resulta aplicable al caso, en la medida en que contemplaba un supuesto claramente diferente, en el que la concursada había sido condenada por sentencia dictada por un juzgado de primera instancia en fase de convenio, resultando que dicho crédito no había sido insinuado en el concurso; por esta razón se entendió que el acreedor no podía obtener la satisfacción de su crédito en tanto el concurso no concluyera, al ser titular de un crédito extraconcursal que no gozaba de ningún derecho de ejecución separada.

**SEGUNDO.**- El efecto específico previsto por la Ley Concursal para las ejecuciones hipotecarias radica en que el acreedor hipotecario garantizado con un bien necesario del concursado no podrá ejercitar separadamente la garantía durante un determinado lapso temporal; de la misma forma, caso de haberse iniciado, las acciones de ejecución hipotecaria se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzarán la suspensión de la ejecución y se ordenará que

continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. La paralización de la ejecución se produce de una forma universal, -a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos-, y de una forma imperativa, pues no se articula a modo de una medida cautelar que pueda o no adoptar el juez del concurso, sino de un efecto legal de la declaración de concurso. Este régimen específico de ejecución de las garantías reales en el concurso parte de un requisito objetivo esencial: los bienes objeto de la garantía han de resultar necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor. Por tanto, el sistema legal para de una esencial diferenciación del régimen de ejecución de la garantía en función del objeto sobre el que recae. Finalmente, el sistema se completa con la previsión de que, durante el tiempo de espera, la administración concursal pueda optar por atender los pagos de los créditos garantizados (y vencidos) con cargo a la masa, supuesto en el que habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos, con obligación de pagar los sucesivos como créditos contra la masa, realizándose el bien caso de incumplimiento de tal compromiso (arts. 56.3 y 155.2).

Respecto de la cuestión relativa a la competencia para el conocimiento de la ejecución hipotecaria pendiente el concurso, la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, clarificó algunas dudas iniciales. Por de pronto recoge expresamente el criterio que venía siendo asumido por la jurisprudencia mercantil y por el Tribunal de Conflictos (entre otras en su sentencia 10/2006) respecto de la competencia exclusiva del juez del concurso para determinar si un bien del concursado resulta o no necesario para la actividad profesional o empresarial. Decidido este extremo, la competencia para suspender o no la ejecución ya iniciada corresponderá al juez de instancia.

Respecto de la competencia para conocer de la ejecución hipotecaria sobre bienes no necesarios hemos considerado que, toda vez que esta clase de procesos no se verán afectados por el concurso, pudiendo continuar como si éste no existiera, corresponderán al juez de primera instancia, tanto en el caso de ejecuciones ya iniciadas, como de las que se inicien declarado el concurso y tras la declaración de que el bien no queda afecto. Así lo ha proclamado los autos del TSJ de Galicia de 5 y 14.7.2011, al resolver un conflicto negativo de competencia entre un juez mercantil y un juez de primera instancia. Pueden verse también en el mismo sentido el auto de esta sección de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 4.6.2012 (rollo 268/12) o el de 1.2.2013 de la secc. 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, y las resoluciones allí citadas; también la AP Barcelona en auto 22.9.2010, reformando el criterio anterior. Y respecto de la continuación de procedimientos ya iniciados, el art. 56.2 reformado establece que el alzamiento sólo puede acordarse cuando se incorpore en el procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectados o no son necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Este es el régimen ordinario durante la fase común del concurso. La especialidad del supuesto radica en que cuando se presentó la demanda, se había dictado sentencia aprobatoria del convenio. Como pone de manifiesto el auto de la juez de lo mercantil, con la aprobación del convenio cesan los efectos del concurso (cfr. AATS de 24 de enero, 14 de mayo y 10 de julio de 2012: *"...el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los arts. 8 y 50 de la Ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, lo que, además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio"*) y, en consecuencia, los acreedores hipotecarios recuperan la facultad de ejercitar separadamente su garantía, incluso sobre bienes necesarios, siempre y cuando sus créditos no hayan quedado afectados por el convenio, en cuyo caso el régimen del ejercicio de sus derechos dependerá de la solución negociada acordada.

Si así son las cosas, no vemos razones para que el juez del concurso siga reteniendo su competencia, ni sobre procesos declarativos ni sobre procesos de ejecución. Con la

aprobación del convenio cesará en sus funciones la administración concursal (salvo que se le confieran específicas atribuciones en el convenio, en cuyo caso su título de atribución será precisamente esta voluntad conjunta) y a partir de aquel momento los efectos del régimen común de un deudor en concurso se verán también sustituidos por las previsiones específicas del convenio aprobado. Si el acreedor se ha de ver afectado por el convenio existirá un óbice para la procedencia de la acción ejecutiva, que podrá ponerse de manifiesto ante el juez competente por el deudor o por cualquier interesado legítimo. No desconocemos la existencia de pareceres en sentido contrario, como el mostrado en la RDGRN 24.10.14, pero la solución por la que optamos nos parece la más coherente con la naturaleza del proceso concursal y con la especialidad de la fase de convenio, en la que la competencia del juez del concurso puede entenderse como residual y limitada, insistimos, a los supuestos expresamente contemplados en la ley.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### **LA SALA ACUERDA**

**Que resolviendo la cuestión de competencia negativa formulada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra declaramos que la competencia para conocer del proceso de ejecución hipotecaria instado por Banco de Santander, S.A. contra Elaborados Santamar, S.L. corresponde al Juzgado de Primera Instancia. No se efectúa pronunciamiento en costas.**

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos Sres. Magistrados reseñados al margen.  
Doy fe.