



Roj: **AAP M 3756/2018** - ECLI: **ES:APM:2018:3756A**

Id Cendoj: **28079370282018200073**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **20/07/2018**

Nº de Recurso: **903/2016**

Nº de Resolución: **128/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimooctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007750

N.I.G.: 28.079.47.2-2006/0001048

Rollo de apelación nº 903/2016

Materia: Derecho concursal. Impugnación plan de liquidación

Órgano judicial de procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid

Autos de origen: Concurso 109/2006

APELANTE: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

Procurador/a: D. Eduardo Codes Feijoo

Letrado/a: no consta

APELADO: AYUNTAMIENTO DE VILLAVICIOSA DE ODON

Procurador/A: D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz

Letrado/a: D. Eduardo Pérez de Villegas

APELADO : ADMINISTRACIÓN CONCURSAL CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y TRATAMIENTO ONCOLÓGICO, SA

A U T O nº 128/2018

En Madrid, a 20 de julio de 2018.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Pedro María Gómez Sánchez y D. Francisco de Borja Villena Cortés, ha visto el recurso de apelación, bajo el nº de rollo 903/2016, interpuesto contra el auto de fecha 24 de julio de 2015, dictado en el expediente concursal registrado bajo el número 109/2006, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid .

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

Es magistrado ponente D. Ángel Galgo Peco

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, en el expediente concursal de referencia, dictó con fecha 24 de julio de 2015 auto por el que se aprobaba la actualización del plan de liquidación presentado por la administración concursal, introduciendo, entre otras, la siguiente modificación: *"En relación a lo solicitado por Don Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE VILLAVICIOSA DE ODÓN, se estima la existencia de un Derecho Real de Adquisición Preferente sobre la finca 15.480 que disfruta el Excmo. Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón, derecho que consta inscrito en el Registro de la Propiedad de Villaviciosa de Odón"*.

SEGUNDO.- BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. interpuso recurso de apelación, que, admitido y tramitado en legal forma, con oposición de AYUNTAMIENTO DE VILLAVICIOSA DE ODÓN, ha dado lugar a la formación del presente rollo de apelación.

TERCERO.- La deliberación, votación y fallo del asunto se realizó con fecha 19 de julio de 2018.

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

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

1.- La cuestión que, en definitiva, se plantea en el presente recurso es si la enajenación de la finca inscrita con el número 15.480 en el Registro de la Propiedad de Villaviciosa de Odón, en el marco de la ejecución del plan de liquidación aprobado por el juez del concurso de CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y TRATAMIENTO ONCOLÓGICO, S.A. ("CITO"), debe hacerse respetando el derecho de adquisición preferente a favor del AYUNTAMIENTO DE VILLAVICIOSA DE ODÓN pactado en el contrato por el que la citada finca fue vendida a CITO, elevado a público por escritura de fecha 27 de febrero de 1998, y que consta inscrito en el Registro de la Propiedad.

2.- Aunque no se pronuncia explícitamente en tales términos, así parece que ha de deducirse de los términos del auto recurrido, reflejados en los antecedentes de hecho de la presente resolución.

3.- Con base en tal entendimiento, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. ("BANCO POPULAR") apeló, interesando la revocación del auto dictado por el tribunal de la instancia precedente, al objeto de que en el plan de liquidación se recoja que el derecho de adquisición preferente del AYUNTAMIENTO DE VILLAVICIOSA DE ODÓN habrá de ser objeto de cancelación al realizarse la finca de referencia en ejecución de aquel.

4.- En esencia, BANCO POPULAR sustenta su recurso en que el AYUNTAMIENTO DE VILLAVICIOSA DE ODÓN no figura en la lista de acreedores como titular de crédito con privilegio especial alguno, que nos hallamos ante un proceso de ejecución colectiva en el que no cabe la actuación de derechos al margen de ese marco y que el derecho de adquisición preferente que nos ocupa es una carga, sometida al mismo régimen que las demás cargas que graven la finca, invocando el artículo 190.3 de la Ley Concursal (190.5 de la redacción actualmente vigente).

5.- En su análisis, los recurrentes prescinden absolutamente de la cuestión relativa a la naturaleza real o personal del derecho de adquisición preferente instituido en el contrato celebrado entre el AYUNTAMIENTO DE VILLAVICIOSA DE ODÓN y la concursada.

6.- Cabe recordar a este respecto que, aunque el reconocimiento de derechos reales innominados suscitó en algún tiempo controversia, la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha mostrado proclive a la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, con fundamento en el criterio de "numerus apertus" que inspira nuestro ordenamiento (artículos 2.2º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), siempre que se respeten las características estructurales típicas de los derechos reales. Resulta emblemática en este sentido la Resolución de 18 de febrero de 2016 (BOE 61, de 11 de marzo de 2016, páginas 19571 a 19578), en la que se remarca que la voluntad de las partes o la denominación del derecho no es suficiente para que este pueda considerarse derecho real, haciendo falta que concurren, además, ciertas circunstancias, que, siguiendo los dictados de la Resolución de 4 de mayo de 2009, sintetiza en dos: (i) que la figura que se cree tenga las características propias de un derecho real, a saber, inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado; y (ii) que si se trata de una figura nueva carente de regulación legal, se regulen todas las consecuencias que dicha figura comporta, o bien se remita a los efectos jurídicos de otra figura.

7.- La Resolución citada se refiere específicamente a los derechos de adquisición preferente atípicos, señalando, con cita de la de 6 de marzo de 2001, que para la constitución de los mismos como derechos reales, además de los requisitos anteriormente apuntados, es necesario que se configuren expresamente como tales en el título constitutivo, o que en este se introduzcan estipulaciones que indirectamente, pero de forma clara,



permitan colegir la naturaleza real del derecho constituido por prever expresamente los efectos propios de tales derechos para el caso de su contravención.

8.- El Tribunal Supremo ha sancionado también la existencia de derechos de adquisición preferente voluntarios de naturaleza real en las sentencias de 29 de abril de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:2761) y 22 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS :2008:2028), por ejemplo. Por su parte, la sentencia de 10 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS :2013:6301) constata que, según la doctrina del Centro Directivo que anteriormente hemos expuesto, han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de adquisición preferente.

9.- La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:8191) permite visualizar claramente las diferencias que derivan de la configuración de un derecho de adquisición preferente de origen convencional como derecho de naturaleza personal o como derecho de naturaleza real. En el primer caso, nos encontraríamos ante un derecho que tan solo podría ejercitarse inter partes y no frente a terceros, para quienes se trataría de res inter alios, de modo que, en caso de incumplimiento de la obligación correlativa (consistente, básicamente, en celebrar la transmisión sin respetar la preferencia estipulada por contrato), el acreedor (aquel a cuyo favor se instituyó en el contrato el derecho) podría exigir al deudor (la contraparte en el negocio por el que se estableció el derecho de adquisición preferente) la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, pero no hacer suya la cosa sustituyendo al tercero a quien el último decidió transmitir la cosa. En el segundo caso, nos encontraríamos ante un derecho con eficacia erga omnes, de modo que el titular podría exigir convertirse en adquirente sustituyendo al tercero a quien la otra parte hubiese decidido transmitir la cosa, debiendo el tercero soportar en su esfera jurídica la preferencia adquisitiva pactada en su día por el transmitente.

10.- En el supuesto que nos ocupa, en el contrato por el que AYUNTAMIENTO DE VILLAVICIOSA DE ODÓN vendió a CITO la finca identificada en precedentes líneas se convino el establecimiento a favor del primero de un derecho de adquisición preferente, ejercitable durante un plazo de veinte años, por el precio de dicha venta actualizado con el IPC o instrumento que viniera a sustituirlo, estableciéndose que el Ayuntamiento debía ser notificado del proyecto de enajenación mediante acta notarial, disponiendo de un plazo de noventa días a contar de la misma para ejercitar su derecho. La cláusula concluía: *"Esta cláusula tendrá carácter real y por tanto, se solicita expresamente del Sr. Registrador de la Propiedad su inscripción"*. La inscripción, efectivamente, se practicó. Así resulta de la certificación del Registro de la Propiedad de Villaviciosa de Odón obrante en las actuaciones (f. 880).

11.- Concurrirían, así, a priori, todas las notas requeridas para catalogar el derecho de adquisición preferente establecido a favor de AYUNTAMIENTO DE VILLAVICIOSA DE ODÓN como derecho de adquisición preferente de naturaleza real. El acceso al Registro, además, lo haría oponible frente a todo tercero.

12.- BANCO POPULAR no ha pretendido en momento alguno desvirtuar la naturaleza real del derecho nacido del pacto en su día alcanzado entre la concursada y AYUNTAMIENTO DE VILLAVICIOSA DE ODÓN. La recurrente, sencillamente, elude la cuestión, empeñándose en reconducir la posición jurídica de AYUNTAMIENTO DE VILLAVICIOSA DE ODÓN a la de acreedor de la concursada y en calificar el pacto inscrito como simple carga que se justifica en función del derecho de crédito de aquel, presentando tales proposiciones, además, como postulados no necesitados de razonamiento alguno. Proceder en la forma que persigue BANCO POPULAR supondría invertir al juez del concurso de unas facultades expropiatorias a las que no vemos basamento legal alguno.

13.- Como corolario de cuanto se lleva expuesto, el recurso ha de ser desestimado.

14.- La desestimación del recurso comporta la imposición a la parte recurrente de las costas ocasionadas por el mismo, de conformidad con lo previsto en artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 394 del mismo cuerpo legal y el 197.1 de la Ley Concursal .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala

ACUERDA

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. contra el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid de fecha 24 de julio de 2015 .

2.- Condenamos a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. al pago de las costas ocasionadas por el recurso.

Así, por este auto, contra el que NO CABE RECURSO, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.