



Roj: **AJPI 9/2018 - ECLI: ES:JPI:2018:9A**

Id Cendoj: **41091420112018200002**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Sevilla**

Sección: **11**

Fecha: **31/07/2018**

Nº de Recurso: **33/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO BERJANO ARENADO**

Tipo de Resolución: **Auto**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 11 DE SEVILLA

C/ Vermondo Resta s/n. Edificio Viapol Portal B Planta 4ª

Tlf.: 955548116 / 955548129 / 600157949 / 600157950. Fax: 955043063

Email:

NIG: 4109142120170072620

Procedimiento: Ejecución de títulos no judiciales 33/2018. Negociado: 3

Sobre: Derecho mercantil: otras cuestiones

De: D/ña. Jose Ignacio

Procurador/a Sr./a.: GLORIA NAVARRO RODRIGUEZ

Letrado/a Sr./a.: DAVID PINEDO LOPEZ

Contra D/ña.: ABENGOA FINANCE SAU y ABENGOA SA

Procurador/a Sr./a.: JAVIER OTERO TERRON

Letrado/a Sr./a.:

AUTO

En la Ciudad de Sevilla a 31 de julio de 2.018.

HECHOS

UNICO.- Con fecha 25 de mayo de 2.018 se dictó auto por este juzgado estimando parcialmente la oposición realizada por las ejecutadas por motivos procesales al despacho de ejecución, acordando requerir a la parte ejecutante a fin de que en el plazo de diez días aportase certificado de la Entidad DEUTSCHE BANK, LUXEMBURG, S.A. que validase y ratificase el aportado por dicha ejecutante con su demanda, emitido por la Entidad Deutsche Bank, S.A.E. El resto de la oposición se desestimó.

También se acordó en dicha resolución que, en su caso, una vez aportado tal certificado en la forma señalada y subsanado el defecto advertido, se acordaría en cuanto a la impugnación de la oposición por motivos de fondo por parte de la ejecutante.

Contra dicho auto la parte ejecutada ha formulado recurso de reposición, que ha sido impugnado por la parte ejecutante.

A su vez, la parte ejecutante presentó escrito manifestando que por el mismo y por la documentación que acompañaba evacuaba el requerimiento recogido en el mencionado auto de 25 de mayo de 2.018, presentando, posteriormente, nuevo escrito y documento complementario del anterior.



A su vez, la parte ejecutada ha presentado escrito poniendo de manifiesto que los documentos acompañados por el ejecutante no cumplen con la aportación documental requerida.

No obstante, la parte ejecutante ha formulado recurso de reposición contra el auto citado de 25 de mayo del año en curso en lo referente al requerimiento que en el mismo se contenía, recurso que ha sido impugnado por las ejecutadas.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La ejecutada, en su recurso de reposición, alega, sustancial y resumidamente, que no cabe la subsanación a que se hace referencia en el citado auto, así como que el título no puede ejecutarse en España porque no ha sido negociado en España y porque el valor no está representado por una anotación en cuenta que conste en los registros regulados en la Ley del Mercado de Valores, ya que se negoció fuera.

También, se cuestiona en el recurso que se diga en el auto recurrido que aún estando sometido el Bono a la legislación de Nueva York, para caso de impago, no consta que estuviera sometido a dicha legislación.

Hace, también, referencia a los Considerandos 28, 29 y 30 del Reglamento Roma I para defender que, en caso de emisión de valores negociables, éstos deben estar regidos por una única ley, no siendo posible que acciones u obligaciones idénticas estén sometidas a leyes distintas, en función de quien sea su titular (art. 4.1.h).

La parte ejecutante impugna el recurso. Alega, sustancialmente, que en el auto recurrido no se dice que se aporte un nuevo certificado, sino que se "valide y ratifique" el presentado, al tiempo que destaca el art. 4 LMV para defender que sí es aplicable dicha Ley, porque los Bonos se emitieron en España, algo que también cuestiona la ejecutada.

Señala la ejecutante recurrida que el auto no dice que el Bono esté sometido a la legislación del Estado de Nueva York, sino que no consta el sometimiento de la ejecutante al derecho de dicho Estado y que el contrato deberá regirse por la Ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, que no es otro que España.

Señala, igualmente, que es extemporáneo plantear en este trámite cuestiones nuevas sobre el derecho **extranjero** y aporta un dictamen pericial de un profesor de derecho y abogado EEUU que acredita el vencimiento y exigibilidad de los Bonos en cuestión.

Con referencia al Roma I dice que no son aplicables los citados Considerandos ya que, conforme al art. 4.1 de la Directiva 2004/39/CE (puntos 16 y 17) se exceptúa de la definición de "valor negociable" los instrumentos de pago como "obligaciones u otras formas de deuda titulizada", como son los citados Bonos 2.018.

Finalmente, hace una serie de consideraciones para justificar que la emisión de los Bonos se llevó a cabo en España.

SEGUNDO.- Con referencia a la imposibilidad de subsanar el defecto referido en el auto recurrido ha de indicarse cómo el Tribunal Constitucional, en numerosas sentencias, de las que son muestra las de 23 y 28 de octubre de 1986 y 8 de julio de 1987, ha venido sosteniendo que no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, y por ello debe exigirse que exista una razonable proporcionalidad entre el grado de importancia del defecto procesal y las consecuencias que se anudan a este efecto, teniendo declarado que no son constitucionalmente admisibles obstáculos al enjuiciamiento del fondo del asunto que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen (v.gr. Sentencias del TC 3/1983, 99/1985, 60/1991, 48/1995 y 76/1996).

Es cierto, no obstante, que no cabe la subsanación que contempla con carácter general el art. 231 LEC que va referida a los **actos** defectuosos, pero no a los no realizados, pero cuando no es esto lo que ocurre, como sucede en el caso de autos, debe acudir al principio general de la **subsanabilidad** de los defectos en que incurran los **actos** procesales de las partes que recogen tanto el art. 11.3 de la LOPJ ("Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el art. 24 CE, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes"), como el citado art. 231 de la LEC, que encomienda al Juez y al Letrado de la Administración de Justicia (mediante la expresión "cuidarán de que puedan ser subsanados") que así lo procuren (STS de 11 de febrero de 2015).

En el mismo sentido, y ya en sede de ejecución, como es en la que se está, el art. 559,2 de la LEC habilita al Tribunal para que, si éste entendiere que existe un defecto subsanable, conceda un plazo de diez días al ejecutante para que lo subsane.



Pues bien, en el caso que ocupa la parte ejecutante aportó un certificado de legitimación expedido por la Entidad Deutsche Bank, S.A.E. y no Deutsche Bank Luxemburg, S.A., que es quien aparecía en la "Indeture" (doc.s 8 y 8 bis de la demanda de ejecución) como "Encargado del Registro" y aún cuando, en principio, había una apariencia de pertenencia de ambas Sociedades al mismo Grupo, y por ello también de "bondad" en tal certificado, se requirió al ejecutante para que subsanara tal defecto en el plazo de diez días (art. 559,2 LEC), aportando un certificado expedido por la citada Deutsche Bank Luxemburg, S.A., que validase y ratificase el aportado por el ejecutante.

Por tanto, y sin perjuicio de lo que más adelante pueda decirse con referencia al recurso planteado por el ejecutante, no se trataba de remediar una omisión que inicialmente privara al título esgrimido por el referido ejecutante de fuerza ejecutiva sino de complementar el que se aportó, que podía ser válido, si bien hacía falta la adveración de quien figurara como "Encargado del Registro".

En cuanto al lugar de emisión de los bonos la parte ejecutada, que es quien los emitió, no ha acreditado que no fuera en España, debiendo concluirse de la escritura que se acompañó con el escrito de demanda y documentos anexos que ése fuera el lugar de emisión.

Efectivamente, en la escritura referida, otorgada ante el Notario de Sevilla don José Ruiz Granados, con el número de protocolo 305, de fecha 31 de enero del año 2.013 se indica que el accionista único de la sociedad, Abengoa, S.A., decidió con fecha 21 de enero del año 2.013 aprobar una emisión de bonos sujeta al derecho del Estado de Nueva York por un importe de 250.000.- Euros, fijándose el día 25 de enero de dicho año los términos y condiciones definitivos de los bonos, y en esa misma fecha otorgó con determinadas entidades (las entidades "directoradas") un contrato de emisión de bonos.

Asimismo, en el "Dispone" Segundo de la referida escritura se hace constar que la Entidad ejecutada Abengoa Finance, S.A.U., "Procede a realizar, al amparo de y sujeto a las condiciones previstas al efecto en el Contrato de Emisión, una emisión de Bonos con las características y condiciones descritas en los Términos y Condiciones referidos en el Expositivo III anterior y que ha quedado incorporado a la presente matriz como *Documento Unido Número 2*" (sic), describiéndose a continuación las características de la citada emisión.

Por su parte, el anuncio de emisión de los citados Bonos por la mencionada ejecutada fue publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil el día 30 de enero del citado año 2.013.

Como consecuencia anterior debe concluirse que los bonos fueron emitidos en España.

Si esto es así, y lo es, ha de darse por reproducido íntegramente cuanto se recogía en el auto recurrido, al que se hace especial remisión, sin que el recurso planteado contra el mismo haya desvirtuado ninguno de los razonamientos en él recogidos, ya que como se indicaba se estaba ante un proceso de ejecución de bonos, que como se dice, fueron emitidos en España, por una sociedad española y adquiridos, finalmente, por un español (ejecutante), de tal manera que el sometimiento a las normas procesales españolas era claro, sin que constará que dicho ejecutante hubiera admitido, ni expresa ni tácitamente, el sometimiento a las normas de un país **extranjero** en lo que hacía referencia al ejercicio de la acción de reembolso de la suma correspondiente al Bono adquirido.

Se indicaba, de igual forma, en el mencionado auto que "se estaría, en último caso, ante el supuesto recogido en el art. 4.3 del citado Tratado Roma I (Reglamento CE 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio 2.008), según el cual "Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país". En este supuesto, como se dice, no consta sometimiento de las partes en lo que aquí interesa, pero es que, se está ante un pleito entre españoles, que va referida a la falta de reintegro de un Bono cuya emisión se realizó en España, con lo que el vínculo más estrecho, sin duda, se presenta con dicho país. Es por esto último que, igualmente, conforme al art. 4.2 (Roma I), el contrato deberá regirse por la Ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, que no es otro que España, donde tiene su domicilio la Entidad emisora".

Con cita de la STJUE de 26 de abril de 2.016, en la resolución recurrida se llegó a la conclusión de que no constaba que el ejecutante, que había adquirido el Bono de algún intermediario financiero, conociera o hubiera podido conocer la sumisión al derecho **extranjero** ni el sometimiento a otra jurisdicción distinta de la española, amén de que respecto de esta última habría que estar al art. 545 LEC, que establece el tribunal competente para conocer de la ejecución.

Así mismo, ha de indicarse que la Ley del Mercado de Valores actualmente vigente (LMV) resulta aplicable al caso, de acuerdo con el artículo 4 de dicha Ley puesto que los bonos, como se ha indicado, fueron emitidos en territorio nacional español y, de otro lado, el título aportado, conforme al artículo 517.2.7º de la LEC tendría aparejada ejecución, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 412.2 de la Ley de Sociedades de Capital,



sin que sea óbice para ello que el código ISIN de los Bonos 2.018, al que ya se hacía referencia en el auto que se recurre, no se correspondiera con una entidad domiciliada en España.

Por tanto, la acción ejecutiva ejercitada por el ejecutante es adecuada, sin que tal circunstancia suponga el sometimiento a dos leyes distintas, pues al beneficiario del Bono, por los motivos expuestos, en lo referente a su reclamación de cumplimiento por parte de la emisora y garante de su obligación de pago, no puede serle aplicada otra que la española.

No obstante, como pone de manifiesto en su impugnación al recurso el ejecutante, la prohibición de sometimiento de las emisiones de valores negociables a leyes distintas recogida en los Considerandos 28, 29 y 30 del Reglamento Roma I, invocados por las recurrentes, no afecta a los bonos objeto de emisión ya que, como establece el punto 18,b del art. 4.1 de la Directiva 2004/39/CE relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros, a que se remite el Considerando 30 del Reglamento referido, excluye del concepto de valor negociable a las "obligaciones u otras formas de deuda titulizada, incluidos los certificados de depósito representativos de tales valores" como serían los citados bonos 2.018. En cualquier caso, la aplicación del derecho español a la reclamación por parte del ejecutante ante el incumplimiento de pago por las ejecutadas no se hace en función de la condición de consumidor de aquél, que sería lo proscrito por el Considerando 28 citado, sino por las circunstancias ya señaladas anteriormente y en el auto objeto de recurso.

Por otra parte, como se ha indicado, también, en el auto recurrido la parte ejecutada no ha acreditado temporáneamente el derecho **extranjero** invocado (arts. 281 LEC y 33 de la LCJIMC).

Como consecuencia de lo anterior, el recurso de reposición formulado por las ejecutadas debe ser desestimado.

TERCERO.- La parte ejecutante, al recurrir el referido auto de 25 de mayo del año en curso, manifiesta que la entidad encargada del registro contable del Bono 2.018 del citado ejecutante es la entidad Deutsche Bank, S.A.E., y no la entidad Deutsche Bank Luxembourg, S.A., siendo aquélla la que expidió el certificado a que se refiere el artículo 517.2.7º de la LEC en relación con el artículo 14.1 de la Ley del Mercado de Valores (LMV).

Indica la parte recurrente que se previó la admisión a negociación de los Bonos 2.018 en una plataforma multilateral de negociación (Euro MTF Luxemburgo), por lo que, de conformidad con el artículo 8.3 de la LMV, la llevanza del registro contable se hace siguiendo un sistema de registro de los valores compuestos por dos niveles, conformando el sistema que denomina "de doble escalón", de tal manera que el primero lo conforma el registro que lleva a cabo el depositario central de valores, en este caso Euroclear Bank SA/NV ("Euroclear") la que, a su vez, tiene abiertas una serie de cuentas a solicitud de las entidades financieras, denominadas "entidades participantes". Señala que Euroclear no tiene encomendado un registro individual de los bonistas, si no que únicamente tiene registrados los datos globales de las cuentas abiertas a nombre de las citadas "entidades participantes".

Refiere que el segundo escalón estaría compuesto por el llamado "registro de detalle" en el que la entidad participante, que en este caso indica que sería Deutsche Bank, S.A.E., lleva un registro compuesto por cada una de las cuentas de valores de cada cliente, tal y como prevé el artículo 33 del RD 878/2015, siendo el caso que el registro de detalle corresponde a la entidad financiera en la que el cliente tiene abiertas su cuenta de valores que, en el caso que ocupa, sería la citada entidad Deutsche Bank, S.A.E.

Concluye el recurrente que, de acuerdo con el art. 20 del citado Real Decreto 878/2015, las "entidades participantes" del depositario central de valores, respecto de los valores de las cuentas del registro de detalle se encuentran habilitadas para expedir los certificados de legitimación, que es lo que ha ocurrido en el presente caso, motivo por el cual solicita se revoque el requerimiento contenido en el auto recurrido.

La parte ejecutada impugna el citado recurso de reposición alegando para ello, sustancialmente, que la posibilidad de subsanación del del título conferida por el auto recurrido, en realidad, no era tal sino aportación de un título nuevo y distinto.

Pone de manifiesto que los bonos que se pretenden ejecutar han sido negociados y, por tanto adquiridos en mercados **extranjeros** y que lo que determina la aplicación de la Ley del Mercado de Valores es que el mercado del que se trate sea español, indicando que los certificados en ella previstos son los relativos a anotaciones en cuenta de los mercados españoles.

Pone de manifiesto que la entidad Euroclear Bank, S.A., que según la ejecutante es la encargada del registro central donde consta la anotación en cuenta del valor cuya ejecución se solicita, no opera en España.

Señala que el hecho de que el bono se haya negociado en un mercado **extranjero** implica que la anotación en cuenta también está en un sistema de registro **extranjero** y que la sociedad encargada del registro también lo



es, por lo que no pueden estar reguladas por la Ley del Mercado de Valores ni pueden constituir título ejecutivo a los efectos del artículo 517.1. 7º de la LEC.

Sostiene la impugnación que los certificados de legitimación a los que se refiere el artículo 14 de la Ley del Mercado de Valores (LMV) deben ser expedidos por las entidades encargadas de los registros contables de conformidad con sus propios asientos, registros que se refieren a los valores negociados en mercados españoles, de tal manera que para emitir un certificado a los efectos del citado artículo 517.2.7º de la LEC de conformidad con la LMV, es preciso que el valor representado mediante anotación en cuenta esté inscrito en un registro central español y, en su caso, en un registro de detalle español, lo que sólo es posible para los valores negociados en el mercado de valores español.

Pone de manifiesto, igualmente, que el código ISIN de los Bonos que se ejecutan son asignados por los Depositarios Centrales de Valores Internacionales: Clearstream y Euroclear, sociedades estas que no operan en los mercados españoles, sin que el código de dichos Bonos se encuentre en la base de datos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y sin que la entidad emisora de los mismos tuviera valores admitidos a negociación en España.

CUARTO.- Para resolver el recurso que ahora ocupa hay que partir de la base de que cuando en el auto recurrido se hacía mención a la Entidad Deutsche Bank Luxemburg, S.A. como entidad "Encargada del Registro" no se hizo porque así lo hubiera entendido y expuesto la parte ejecutada, sino porque, como se explicitaba en dicha resolución "en la parte inicial de la "Indeture" (docs y 8 bis de la demanda de ejecución)..." quien aparecía como tal era dicha Entidad, lo que también ocurría en la escritura de emisión, al designar a Deutsche Bank Luxembourg S.A., como "Transfer Agente" y "Registrar".

No obstante y, sentado lo anterior, debe señalarse que en la citada "Indeture" se hacía constar que los Títulos Globales se depositarían en el depositario como que eran Euroclear y Clearstream y la propiedad de los derechos sobre los citados títulos globales estaría disponible para "participantes" de Euroclear, Clearstream o terceros que tengan derechos por medio de dichos participantes.

Las transmisiones de los derechos por anotación se realizaría exclusivamente a través de los registros llevados mediante anotaciones por Euroclear y Clearstream y sus participantes directos e indirectos.

De otro lado se acordó que se solicitaría la admisión a negociación de los Bonos en cuestión en el mercado no oficial y regulado (plataforma multilateral de negociación) EuroMTF Luxemburgo.

De cuanto se acaba de exponer y no constando se hubieran emitido títulos definitivos, que sí serían los que tendría que certificar la entidad Deutsche Bank Luxembourg, S.A., quien debe hacerlo son las entidades referidas Euroclear y Clearstream o alguna de sus respectivas "participantes", entre las que se encuentra la entidad Deutsche Bank, S.A.E, según se deduce del certificado de legitimación aportado con la demanda origen de autos, de escrito emitido con fecha 11 de junio del presente año por esta última Entidad y de escrito emitido el 8 de junio del año en curso por la entidad Euroclear Bank, S.A.; estos dos últimos acompañados al escrito por el que se daba cumplimiento al requerimiento efectuado en el auto de 25 de mayo del año 2018.

Debe tenerse en cuenta al respecto que ya en la escritura de emisión se hacía constar que se había dado cumplimiento al régimen legal previsto en la ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores (vigente en aquella fecha) y a su desarrollo reglamentario, con lo que, de alguna manera se da por hecho el sometimiento de dicha emisión a la citada legislación, sin perjuicio de que el ámbito de aplicación de dicha Ley, como de la actualmente vigente (RD Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), se extendía a todos los valores (entre los que se encontraban los Bonos en cuestión, según el art. 2 de ambas leyes) cuya emisión, negociación o comercialización hubiera tenido lugar en territorio nacional (art. 3 de la Ley de 1988, aplicable a la fecha de la emisión y art. 4 de la Ley 4/2015), lo que aquí ocurre ya que, como se indicó anteriormente, la emisión de los Bonos tuvo lugar en España.

De otro lado, resulta correcta la certificación emitida por la entidad Deutsche Bank S.A.E., como "participante" que es de la referida Euroclear, certificación que se encuentra prevista en el art. 6.2 de la LMV vigente y que ya lo estaba en el art. 5.2 de la LMV de 1988, para los supuestos de valores admitidos a negociación en "sistemas multilaterales de negociación", como es el caso, señalando el art. 8.3 de la vigente Ley (y en parecido sentido el art. 7.3 de la anterior de 1988) que, en tales supuestos, sería la entidad encargada de la llevanza del registro contable de los valores el depositario central designado, que ejercería tal función junto con sus entidades "participantes".

De cuanto antecede ha de concluirse que el certificado acompañado a la demanda ejecutiva y a la escritura de emisión es válido y suficiente a los efectos de despachar la ejecución, resultando legitimado el ejecutante en virtud de lo dispuesto en el art. 11 de la LMV de 1988 y de los arts. 11 y 14 la actualmente vigente.



En el presente caso el certificado de legitimación aportado en su día por el ejecutante se ajusta a lo dispuesto en los arts 7, 20, 2,b y 33 (referido al "Registro de detalles") del Real Decreto 878/2015, de 2 de octubre, por lo que teniendo en cuenta tal circunstancia y cuanto se ha expuesto anteriormente el recurso de reposición debe ser estimado, recurso que ha servido para aclarar las circunstancias que rodeaban al certificado de legitimación aportado en su día.

QUINTO.- No procede hacer mención sobre costas, ni de este recurso de reposición, ni de lo que supone también la desestimación íntegra de la oposición por motivos procesales, teniendo en cuenta que el recurso formulado por el ejecutante contenía, implícitamente, una aclaración-explicación que ha servido para reponer el auto recurrido que, de alguna manera, también resulta aclarado.

Por cuanto antecede

DISPONGO:

Que procede desestimar el recurso de reposición formulado por las entidades Abengoa Finance, S.A.U., y Abengoa, S.A., contra el auto de fecha 25 de mayo de 2.018 que debe ser confirmado en los particulares que han sido discutidos en dicho recurso.

Igualmente, procede estimar el recurso de reposición formulado por don Jose Ignacio contra el citado auto de 25 de mayo del año 2.018, dejando sin efecto el requerimiento que a dicha parte se efectuaba en aquél, lo que supone desestimar íntegramente la oposición que por motivos procesales formularon las ejecutadas.

No procede hacer mención especial sobre costas.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Lo acuerda y firma el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Sevilla, Don Francisco Berjano Arenado. Doy fe.