



Roj: **AJM V 81/2016 - ECLI:ES:JMV:2016:81A**

Id Cendoj: **46250470022016200001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Valencia**

Sección: **2**

Fecha: **21/04/2016**

Nº de Recurso: **727/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **JACINTO TALENS SEGUI**

Tipo de Resolución: **Auto**

### **JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE VALENCIA**

Avenida DEL SALER,14 5º-ZONA ROJA 46071 VALENCIA

**TELÉFONO** : 961927207 **FAX**: 96 192 72 08

N.I.G.:46250-66-2-2011-0002332

**Procedimiento**: **CONCURSO ORDINARIO - 000727/2011**

**Sección**: **5ª**

**Deudor**: OCIOLAND, S.L.

**Procurador**: FRANCISCO JAVIER BAIXAULI MARTINEZ

**Acreedor/es**: EUROHYPO AG SUCURSAL EN ESPAÑA, - FOGASA, BANCO SANTANDER, SA, IBERDROLA GENERACION, SAU, - AEAT, - TGSS, - LETRADO DE LA GENERALITAT, GRUPO BERTOLIN S.A.U., BANKIA S.A., AYUNTAMIENTO DE ALFAFAR, MMGAME PARK, S.L., EQUILIBRIO URBANO, S.L, BANCO SABADELL, LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L, PERFUMERIA FRANCISCO PRIETO, SERMAN 92 S.L, S.P.S PUBLICAR S.L y PUBLIMAR SIGLO XXI PUBLICIDAD EXTERIOR, SL Y PUBLICESA, XXI, SL

**Procurador**: Mª CARMEN INIESTA SABATER, CARLOS FRANCISCO DIAZ MARCO, MARIA GISBERT RUEDA, JORGE RAMON CASTELLO NAVARRO, JAVIER ROLDAN GARCIA, ESPERANZA DE OCA ROS, MARIA LUISA SEMPERE MARTINEZ, ANTONIO VIVES CERVERA, CARMEN RUEDA ARMENGOT, CARMEN INIESTA SABATER, JOSE VICENTE FERRER FERRER, MARIA TERESA CORBI CARO, ANTONIO VIVES CERVERA y CARMEN VIDAL VIDAL

### **AUTO**

**MAGISTRADO - JUEZ QUE LA DICTA**: Ilmo/a Sr/a JACINTO TALENS SEGUÍ

**Lugar**: VALENCIA

**Fecha**: veintiuno de abril de dos mil dieciséis.

Dada cuenta y,

Dada cuenta y,

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En este Juzgado se siguen los autos del concurso 000727/2011 de OCIOLAND, S.L, actualmente en fase de convenio.

**SEGUNDO.-** En fecha 25/02/2016 por la mercantil LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L se presentó escrito por el cual se solicitaba se acordará tener por adheridos a convenio única y exclusivamente en relación con el 80% del credito dimanante del préstamo hipotecario firmado el 17 de mayo del 2005 ante el Notario



de Valencia don José Cubells García con número 1192 de protocolo, y cuya adhesión se había efectuado por comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado Mercantil número 2 de fecha 25/02/2016.

**TERCERO.-** Por providencia de fecha 25/02/2016 se dió traslado a las partes, y con carácter previo a resolver sobre la adhesión, siendo que en los poderes notariales a favor del procurador no constaban poderes especiales para adherirse pura y simplemente a convenio, sino para asistir con voz y voto a la Junta de Acreedores, se acordó conceder cinco días a LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L, a fin de que subsanara dicho defecto y, o bien compareciera el legal representante de la entidad a adherirse, o bien aportara poderes notariales a favor de la procuradora para adherirse a convenio, y con su resultado se acordaría lo procedente.

**CUARTO.-** En fecha 3/03/2016 por la mercantil LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L, se presentó escrito evacuando el trámite conferido en la providencia de 25/02/2016.

**QUINTO.-** Por providencia de fecha 11/03/2016 se tuvieron por realizadas las manifestaciones del escrito de 3/03/2016 que contiene respecto al alcance y efectos de su adhesión, dándose traslado a las partes a los efectos oportunos, y con carácter previo a tenerlo por adherido, se acordó dar traslado por el plazo de cinco días a la deudora concursada y a las demás partes personadas, a fin de que alegasen lo que a su derecho conveniera sobre la admisión o no de la adhesión.

**SEXTO.-** En fecha 23/03/2016 por la mercantil concursada OCIOLAND, S.L se presentó escrito oponiéndose a la adhesión.

**SEPTIMO.-** Por providencia de 7/04/2016 se tuvieron por realizadas las manifestaciones del escrito de 23/03/2016 en relación con el traslado efectuado por resolución de fecha 11/03/2016 la deudora concursada y a las demás partes personadas, a fin de que alegasen lo que a su derecho conviniera sobre la admisión o no de la adhesión al convenio de la mercantil LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L, estando a la espera del transcurso de dicho plazo para el resto de parte personadas y Organismos Públicos.

**OCTAVO.-** En fecha 30/03/2016 por las mercantiles EQUILIBRIO URBANO S.L. y PUBLICAR S.L. se presentaron sendos escritos oponiéndose a la adhesión.

**NOVENO.-** En fecha 1/04/2016 por la mercantil LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L, se presentó escrito efectuando alegaciones a la oposición a la adhesión presentado por la mercantil concursada OCIOLAND, S.L.

**DECIMO.-** Por providencia de 7/04/2016 se tuvieron por presentados los anteriores escritos.

**UNDÉCIMO.-** Por providencia de 14/04/2016 quedaron los autos pendientes de resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-DE LA NORMATIVA A APLICAR

En primer lugar, y con carácter previo a entrara en la cuestión planteada, hay que poner de relieve que el presente convenio data de la fecha 5/11/2012, es decir, es anterior a la reforma del RD 11/014 de 6 de septiembre, y a la Ley 9/2015 de 26 de mayo, por lo que conforme a la DT 1ª de ambas normas éstas no les son de aplicación al haberse aprobado el convenio antes de la entrada en vigor de dichas normas.

### SEGUNDO.-DEL RÉGIMEN DE ADHESIONES AL CONVENIO DE ACREEDORES EN LA LEY 22/2003 CONCURSAL

En segundo lugar, la Ley Concursal (en adelante LC) a la hora de regular el convenio establece dos formas de adherirse a un convenio:

a) *Regla general:* La adhesión se produce antes de la votación del convenio de dos formas:

- En el caso de la propuesta anticipada de convenio por escrito antes de los textos definitivos ( Art. 103 y 108-1 LC ); y

- En el caso de convenio ordinario, también por escrito, desde la presentación de la propuesta de convenio hasta la celebración de la Junta ( Art. 114-3 LC ).

- Si se trata de un convenio con tramitación escrita, en el plazo señalado por el Juez del Concurso ( Art. 115 bis 1 LC ).

b) *Regla especial:* Adhesión tras el convenio ya aprobado, que solo puede ser hecha por los acreedores privilegiados, que "podrán vincularse al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez,



mediante adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento, en cuyo caso quedarán afectados por el convenio" ( Art. 134-2 LC ).

Como excepción a lo anterior, no pueden adherirse a un convenio los acreedores subordinados, los cuales no pueden tampoco votarlo ( Art. 122 LC ), ni tampoco los acreedores contingentes que se hayan en la misma situación ( Art. 87-3 LC ).

Lo primero que hay que poner de relieve del Art. 134-2 LC es el hecho que su redacción se ha mantenido en origen desde la Ley 22/2003 de 10 de julio, no habiendo sido afectado por ninguna de las reformas de la Ley Concursal, y concretamente por el RD 11/2014 de 6 de septiembre, y la Ley 9/2015 de 26 de mayo.

Y lo segundo que hay que resaltar es que el Art. 134-2 LC supone una extensión del privilegio para los acreedores privilegiados sin distinción, pero que sin embargo de la el Exposición de Motivos ( en adelante EM) de la Ley 22/2003 se desprende que se esta pensando en el acreedor con garantía real, pues el párrafo undécimo del punto III se dice que: "*Naturalmente, los créditos con garantía real gozan en el concurso de privilegio especial y el convenio sólo les afectará si su titular firma la propuesta, vota a su favor o se adhiere a ella o al convenio aprobado.*". El legislador con esta medida quiere facilitar los convenio, solución normal del concurso (párrafo segundo punto VI EM), y cuya finalidad es la "*conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado*" (párrafo séptimo punto VI EM). Ello quiere decir que dando la posibilidad al acreedor privilegiado de adherirse al convenio y perder su privilegio la finalidad es buscar la viabilidad del concursado y no su liquidación, pues para ello sería más procedente ejecutar su privilegio es caso de impago, que no podría hacer hallándose sometido al convenio por efecto del Art. 133-1 LC .

Sin embargo, el legislador omitió el detalle de decir que sucede con las esperas para este acreedor privilegiado, pues en el caso de los subordinados se computan tras haber pagado los créditos ordinarios ( Art. 134-1 LC ), pero esto tiene sentido si se parte de la preferencia de cobro, pero no es de aplicación a los créditos privilegiados que han perdido su privilegio, pues su clasificación es de ordinarios ( Art. 89-3 LC ).

### **TERCERO.- DE LA SOLICITUD DE ADHESION FORMULADA POR LA MERCANTIL LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L**

En tercer lugar, y fijado en los fundamentos de derecho anteriores el marco legal donde nos hallamos, por la mercantil LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L se presentó escrito en fecha 25/02/2016 comunicando que es titular actual del 80% del Crédito dimanante del préstamo hipotecario firmado el 17 de mayo de 2005 ante el Notario de Valencia, D. José Cubells García con número 1.192 de protocolo (en adelante, el "Préstamo 2"), y solicitando se "*acuerde tener por adherida a LSREF3 Octopus Investments, S.Á.R.L. al Convenio de OCIOLAND. ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE EN RELACIÓN CON EL 80% DEL CRÉDITO DIMANANTE DEL PRÉSTAMO 2 con expresa reserva y mantenimiento de las garantías constituidas a favor del mismo, quedando en consecuencia el referido crédito afectado a las quitas y esperas previstas en la cláusula segunda apartados a) y b) del Convenio de OCIOLAND, todo ello a contar desde la firmeza de la resolución judicial que aprobó el antedicho Convenio.*" .

La solicitud se invoca sobre la base del Art. 134-2 LC antes mencionado.

### **CUARTO.- DE LA OPOSICION A LA ADHESION DE LA MERCANTIL CONCURSADA OCIOLAND, S.L**

En cuarto lugar, por la mercantil concursada OCIOLAND SL, se formula oposición a dicha adhesión sobre la base, en síntesis, de los siguientes argumentos:

1) Que OCIOLAND SL formalizó mediante escrito de fecha 2 de marzo de 2.016 recurso de reposición contra la Providencia de 23 de Febrero de 2.016 oponiéndose a la personación como acreedor de LS toda vez que, a juicio de esta parte, no consta aportada documentación acreditativa de la titularidad del crédito que constituye la base de su personación como acreedor, y entendiéndose infringido el Art. 17-1 LC , considerando que la resolución del recurso planteado en la que se cuestiona la condición de acreedor de LS debe ser adoptada antes de emitir pronunciamiento sobre la adhesión al Convenio de LS, pretensión proveída según Providencia de 25 de Febrero de 2.016, ya que sin que quede resucita la condición de LS como acreedor o no de OCIOLAND no puede valorarse la procedencia o no de su adhesión al Convenio aprobado.

2) Que respecto los poderes aportados por la mercantil LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L:

Que el nuevo poder aportado por requerimiento del Juzgado de fecha dicho poder fue firmado por Don Humberto , el cual dice actuar en nombre del fondo LS, identificándose en el cuerpo del mismo los datos de constitución de dicha sociedad ( LS11EF3 OCTOPUS INVESTMBNTS S.A.R.L.) pero sin que conste el título por el cual el Sr. Humberto comparece en nombre de LS, y sin que conste acreditado ni transcrito el apoderamiento por el cual el Sr. Humberto dice representar a la sociedad LS, por lo que no consta acreditado que el Sr.



Humberto disponga de poderes suficientes para el propio otorgamiento del poder que consta aportado, ya que dicha representación ni siquiera ha sido objeto del debido examen y análisis del juicio de capacidad notarial.

Que el nuevo poder aportado data de fecha 24 de febrero de 2.014, y se aporta al proceso par subsanar los poderes utilizados por la Procuradora designada por LS en la comparecencia judicial realizada el pasado 25 de Febrero de 2.016, y en **la letra c del juicio de capacidad notarial del nuevo poder aportado, folio sexto, dispone textualmente: "Que este poder constituye un documento legalmente válido y vinculante y todas las acciones de cualquiera de los Apoderados dentro del alcance de este poder serán válidas y vinculantes para el día 24 de febrero de 2.016 "** (El subrayado es nuestro); por lo que la falta de vigencia del segundo poder aportado hace que la Procuradora Doña Carmen Iniesta Sabater no pueda subsanar el inicial poder utilizado en la comparecencia de fecha 25 de Febrero de 2.015 con el nuevo poder aportado, toda vez que el mismo no constituye un documento legalmente y vinculante más allá del día 24 de Febrero de 2016.

3) Que el crédito de la mercantil LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L es contingente conforme al Art. 87-3 LC por tener la consideración de crédito litigioso por estar sujeto a los siguientes procedimiento:

Procedimiento Ordinario 1568/2013 seguido ante el Juzgado de Primera instancia nº 63 de Madrid contra HYPO solicitando la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por la alteración extraordinaria de las circunstancias entre el día en el que fueron formalizados los préstamos y el momento en el que se ejercita la acción declarativa.

*Procedimiento de Ejecución Hipotecaria 1204/2013 seguido ante el Juagado de Primera Instancia nº 3 de Catarroja, instado inicialmente por la mercantil HYPOTHEKENBANK FRANKFURT AG SUCURSAL EN ESPAÑA y continuado por la mercantil LSREF3 OCTOPUS INVESTMENT, S.A.R.L., en la que solicitan la ejecución de la garantía asociada al primero de los préstamos celebrados entre las partes que contra dicha demanda ejecutiva mi mandante formuló la correspondiente oposición alegando, en síntesis, la litispendencia y prejudicialidad civil derivada del hecho de la existencia del procedimiento judicial descrito en la letra anterior, por el cual mi mandante solicita la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus.*

*Procedimiento Ordinario 1331/2016 seguido ante el Juagado de Primera Instancia nº83 de Madrid, contra HYPO y contra LS solicitando que se declare el derecho de mi mandante para ejercitar el retracto de crédito litigioso, ex artículo 1.535 del Código Civil (c.c .,) sobre exactamente los mismos créditos que sirven de base para la personación de LS eri este proceso.*

4) Mala de la solicitante porque el fondo está tratando de abocar a OCIOLAND S.L. a una liquidación con el único fin de adjudicarse el centro comercial en pago de su pretendido crédito, enriqueciéndose de modo absolutamente injusto puesto que el referido activo patrimonial es de gran valor, no solo por su tasación sino por tratarse de un bien inmueble en rentabilidad y explotación, siendo que ni siquiera sabemos (porque, deliberadamente, no ha comunicado y trata de ocultar) el importe del precio de adquisición del crédito (aunque la experiencia en este tipo de operaciones nos demuestra que se trata de cesiones por precios absolutamente irrisorios con relación al importe nominal del propio crédito), y que se revela por sus acciones:

*"1o.- realiza una solicitud de su adhesión al convenio en estos momentos (una vez ya se ha cumplido el mismo al respecto al resto de acreedores afectados por el mismo y una vez ya ha sido solicitada por la sociedad que se dicte la oportuna resolución judicial de cumplimiento y de levantamiento del concurso de acreedores).*

*2o.- en dicha solicitud (a todas luces improcedente legalmente hablando) silencian el hecho de que ya no ostentan un crédito privilegiado sino un crédito litigioso por virtud de los procedimientos judiciales existentes y que se han*

*relacionado en punto anterior, lo que impide que puedan llevar a cabo la pretendida adhesión (motivo de oposición a la adhesión que se ha desarrollado anteriormente).*

*3o.- el hecho de que, sin solución de continuidad y con carácter previo a que el juzgado se haya pronunciado sobre la posibilidad o no de adhesión al convenio por parte del solicitante, se haya procedido por el fondo a presentar un escrito en el juzgado solicitando la declaración de incumplimiento del convenio y buscando de este modo, por consiguiente, la apertura de la fase de liquidación del concurso.*

*4o.- el hecho de ocultar en todos los procedimientos judiciales, y en el concurso, la póliza o escritura en la que se refleja el precio realmente pagado por la adquisición del crédito -dado que existen dos pólizas, al parecer, una en la que se detallan los créditos adquiridos y sus características y otra en la que se desglosa el precio pactado por cada uno de ellos.*

*Pólizas o escrituras ambas dos que deben de serle requeridas al solicitante por el Juzgado al que me dirijo para que se pueda valorar la realidad de la adquisición y el cumplimiento de las condiciones pactadas para la*



*compraventa del crédito puesto que es paso previo, y necesario, el realizar el análisis por el Juzgado -y por esta parte- para advenir y valorar la legitimidad de las pretensiones deducidas por el solicitante.*

*Y lo anterior sin perjuicio de que el actuar ocultista que despliega el solicitante resulta de una absoluta mala fe al estar impidiendo de este modo a mi representada el poder saber el precio de la operación y, en su caso, adquirir el crédito en las mismas condiciones -acción del 1535 del CC que se está ejercitando ya ante los tribunales pero desconociendo el precio realmente pactado entre el acreedor originario y el adquirente porque lo oculta deliberada y maliciosamente el adquirente-.*

*5o- Y la última actuación deliberadamente maliciosa que ha llevado a cabo el fondo, un requerimiento notarial que ha realizado a los arrendatarios de los locales del centro comercial tratando de impedir que paguen sus rentas con normalidad y que procedan a consignar las mismas en una cuenta de su titularidad."*

#### **QUINTO.- DE LA OPOSICION A LA ADHESION DE LA MERCANTIL PUBLICAR S.L.**

En quinto lugar, por la mercantil PUBLICAR S.L. se opone a la solicitud sobre la base, en síntesis, de los siguientes argumentos:

1) Oposición en base a lo dispuesto en el artículo 87.3 de la Ley Concursal, en el sentido de que la entidad LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS S.A.R.L. no dispone de derecho a adherirse al Convenio presentado porque, actualmente, el crédito que ostenta debe tener la calificación de contingente a la vista de los procedimientos judiciales existentes entre las partes; y

2) Que, al margen de lo anterior, no deja de ser un abuso de derecho que una entidad que goza de un privilegio especial sobre un inmueble, cuya valoración fue origen de los préstamos concedidos, pretenda ahora que han transcurridos cinco años desde la declaración de concurso "olvidarse" parcialmente de las garantías otorgadas en claro perjuicio del resto de acreedores.

#### **SEXTO.- DE LA OPOSICION A LA ADHESION DE LA MERCANTIL EQUILIBRIO URBANO S.L.**

En sexto lugar, por la mercantil EQUILIBRIO URBANO S.L. se opone a la solicitud sobre la base, en síntesis, de los siguientes argumentos:

1) La existencia de multiplicidad de procedimientos judiciales cruzados entre las partes hacen que la naturaleza del crédito titularizado por dicho fondo deba ser la de CONTINGENTE, habida cuenta de la incertidumbre existente sobre la titularidad y legitimidad del crédito con el que dicho fondo pretende adherirse al Convenio, por lo que resulta que el mismo carece de derecho de adhesión al Convenio que consta aprobado en el seno del presente procedimiento concursal.

2) Que tal y como se deduce de la solicitud formulada por dicho fondo de inversión, se pretende obtener validez a una actuación tendente a mantener el privilegio, es decir, la hipoteca, sobre el primer préstamo concedido a la mercantil concursada y a obtener una liquidación "ordinaria" del segundo de los préstamos concedidos al adherirse al convenio de acreedores presentado. Que este proceder, amén de lo tardío de dicha solicitud, constituye un fraude contra el resto de acreedores ya que se pretende mantener la garantía para una parte de su crédito y rechazarla para otra parte, cuando el proceder de dicho fondo debería de ser único para la totalidad de sus créditos.

#### **SEPTIMO.- DE LAS ALEGACIONES A LA OPOSICIÓN A LA ADHESION DE LA MERCANTIL LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L**

En séptimo lugar, por la mercantil LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L. se efectuaron alegaciones al escrito de oposición de la mercantil concursada OCIOLAND SL sobre la base, en síntesis, de los siguientes argumentos:

1) concurrencia de los presupuestos legales para la barriga adhesión de LS al convenio concursal, ya que dicha adhesión se trata de una facultad potestativa para los acreedores privilegiados han parado expresamente por la Ley Concursal y no se somete a ningún presupuesto material concreto como ni se sujeta a un trámite de solicitud, valoración y posterior aprobación judicial, sino que se contempla legalmente como un simple acto unilateral de manifestación de voluntad por parte del acreedor que surte efectos desde el mismo momento en que se produce, supeditado únicamente a límite temporal.

El acto de adhesión al convenio realizado por LS debe ser considerado eficaz desde el mismo momento de su formalización, sin que dicha eficacia pueda ser cuestionada sobre la base de circunstancias que nada tienen que ver con los presupuestos legales que justifican la legitimación de LS para realizar dicha adhesión.

2) suficiencia de poder del legal representante de LS para efectuar la adhesión al Convenio.





3) inconsistencia de los argumentos esgrimidos de contrario para negar la eficacia de la adhesión efectuada por LS

La referencia al objeto de los procedimientos sobre los cuales se argumenta el carácter contingente del crédito de LS resulta suficiente para desbaratar el artificio jurídico que se pretende:

i) el primero de todo es procedimientos fue promovido por la concursada mediante demanda con arreglo al cual se pide que se imponga judicialmente a LS novación forzosa de los términos de los contratos de préstamo hipotecario de los que dimanen los créditos reconocidos en el concurso sobre la base del cambio de circunstancias ocasionado por la crisis económica.

ii) el segundo de dichos procedimientos ha sido así mismo promovido por la concursada con el fin de que se califiquen los créditos dimanantes de aquellos préstamos como litigiosos y que sea reconocido sobre los mismos el derecho de retracto de crédito litigioso regulado en el artículo 1535 del Código Civil .

iii) finalmente, se menciona el procedimiento de ejecución hipotecaria para tratar de fundamentar asimismo el pretendido carácter litigioso del crédito adherido al convenio ya firmado su naturaleza contingente a efectos concursales.

Un crédito no se convierte en litigioso o por el mero hecho de que el deudor pretenda jurídicamente es innovación y menos aún amparándose en la cláusula rebus sic stantibus.

Los requisitos que exige la Altea jurisprudencial no se dan en el presente caso, ya que entre ellos se exige que el objeto del procedimiento que se está discutiendo sea la propia existencia y validez del crédito, y que se ha iniciado antes de la declaración de concurso, no cumpliéndose ninguno de ellos en el presente caso.

Respecto a la invocación relativa al procedimiento ejecución hipotecaria se trata de una invocación que carece de sentido por los siguientes argumentos:

- En primer lugar, porque no se ha iniciado ejecución hipotecaria alguna del crédito en virtud del cual LS ha formalizado la adhesión a convenio concursal; más bien al contrario, ninguna de las garantías reales que aseguran dicho crédito ha sido ejecutada y, además, la propia decisión ha sido realizada con renuncia expresa al privilegio dimanante vete a las garantías.

- Y, en segundo lugar, porque la ejecución de una garantía real en modo alguno convierte a un crédito concursal en contingente; si ello fuera así deberían calificarse como contingentes en cualquier concurso todos los créditos asegurados con garantía reales cuya ejecución se haya iniciado antes de declaración judicial de concurso, lo cual puede ser más absurdo.

- En última instancia, y sin perjuicio de lo que antecede, resulta igualmente evidente que el momento procesal oportuno para pretender una modificación de la clasificación de un crédito reconocido el listado de acreedores y es la fase común mediante la interposición el correspondiente incidente concursal.

#### **OCTAVO.- DE LA CADUCIDAD DEL PODER PARA LA ADHESION DE LA MERCANTIL LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L EFECTUADA EN FECHA 25/02/2016**

En octavo lugar, se ha planteado por OCIOLAND S.L. los defectos en el poder en el momento de efectuar la adhesión, concretamente en cuando a la representación del poderdante, y en cuando a la fecha de vigencia del mismo.

No se va a entrara en la oposición basada en el recurso de reposición porque el mismo ya ha sido resuelto por auto de fecha 21/04/2016.

En cuanto a la falta de acreditación de la representación del Sr. Humberto de la mercantil LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L en el momento del otorgamiento del poder por no constar en la escritura los poderes de representación de la mercantil, este Juzgador considera suficiente la manifestación del Notario de considerar que cumple con el requisitos de capacitación, pues esta capacidad deviene de la condición de representante legal, por lo que es plausible que el Notario si que haya tenido acceso a los documentos de representación aunque luego lo haya omitido en la escritura.

Sin embargo, cuestión diferente es la fecha del apoderamiento especial, pues el poder especial (páginas 3, 4 y 5 del Poder Aportado en escrito de 3/03/2016) se otorga a la Procuradora Dña. Carmen Iniesta para hacer la adhesión el día 24/02/2016, y en la página 5 en su último párrafo se dice expresamente: "*Que este poder constituye un documento legalmente válido y vinculante y todas las acciones de cualquiera de los apoderados dentro del alcance de este poder serán válidas y vinculantes para el día 24 de febrero de 2016*". No se utiliza ninguna expresión como "*a partir del día 24 de febrero de 2016*" o "*desde el día 24 de febrero de 2016*", por lo que no ofreciendo didas la literalidad del párrafo, el poder habilitaba facultades generales y especiales en



el caso de la adhesión al convenio, para el día 24 de febrero de 2016. La comparecencia se efectuó en fecha 25/02/2016 lo que implica que el mandato estaba caducado al ceñirse las facultades "para el día 24 de febrero de 2016", y por tanto la representación el día de la comparecencia no era válida, por lo que no se les puede dar por válida la adhesión efectuada en fecha 25/02/2016.

#### **NOVENO.- DEL CARÁCTER CONTINGENTE DEL CREDITO DE LA MERCANTIL LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L Y NO ADMISION DE LA ADHESION SOLICITADA**

En octavo lugar, y antes de entrar en el fondo de la cuestión sobre el carácter litigioso o no del crédito de la mercantil LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L o su contingencia, este Juzgador, si bien esta de acuerdo en la unilateralidad de la adhesión prevista para el acreedor privilegiado del Art. 134-2 "in fine" LC, y la no necesidad de un proceso equiparable al de la Junta de acreedores; si que discrepa en torno a la necesidad de reconocimiento judicial, pues debe de ser el Juzgado el que le tenga por adherido, y solo cuando el Juzgado lo tiene por adherido es cuando se considera válida la adhesión, pues el Juzgado debe de comprobar que el acreedor cumple con los requisitos legales para adherirse.

Por otra parte, en cuando a la litigiosidad y contingencia de los créditos, es preciso diferenciar entre crédito litigioso y crédito contingente:

a) **Crédito litigioso** es aquel que se haya en un litigio o contienda, considerándose que se esta en esta situación "desde que se conteste a la demanda relativa al mismo" ( Art. 1535-2 CC ); y

b) **Crédito contingente** es aquel que se haya sujeto a condición suspensiva y los litigiosos ( Art. 87-3 LC ).

El carácter litigioso del crédito viene dado por hallarse inmerso en un proceso judicial, siendo independiente que se trate de una deuda vencida, liquida y exigible; sucediendo lo mismos con la contingencia, pues basta que el crédito sea litigioso o este pendiente del cumplimiento de una condición para que tenga tal clasificación especial dentro del concurso. Ello tiene relevancia, pues los créditos contingentes tienen suspendidos los derechos de adhesión, de voto y de cobro ( Art. 87-3-2 LC ).

En el presente caso, consta que el derecho de crédito de la mercantil LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L para con la mercantil OCIOLAND S.L. se haya en ods procesos judiciales en distintos Juzgados, de carácter declarativos y con incidencia en el derecho de crédito de la mercantil LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L (JO nº JPI nº 63 de Madrid, y JO nº JPI nº 83 de Madrid) como se ha reflejado en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución, pues la resolución que pueda dictarse en cualquier de dichos procesos puede variar la cuantía y posición del credito de la mercantil LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L, por lo que tiene la consideración de crédito litigioso, y por tanto su clasificación es como crédito contingente privilegiado especial, por lo que en consecuencia tiene suspendidos los derechos de adhesión, de voto y de cobro ( Art. 87-3-2 LC ), no pudiendo tenerle por adherido al convenio aprobado por sentencia 5/11/2012. En este mismo sentido se ha pronunciado este Juzgado en un asunto similar en el Sentencia de 12/01/2015 en el incidente concursal 1420/2014 concurso 1173/2013.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Que DEBO ACORDAR y ACUERDO NO ADMITIR la adhesión al convenio de la mercantil LSREF3 OCTOPUS INVESTMENTS, S.A.R.L por la caducidad del poder en el momento de la adhesión y por ser su crédito contingente al estar incurso en dos procesos judiciales declarativos.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, sin perjuicio de poder reproducir la cuestión en la apelación a la resolución definitiva.

Así lo pronuncia, manda y firma D. JACINTO TALENS SEGUÍ, Magistrado titular del Juzgado de lo Mercantil nº2 Valencia.