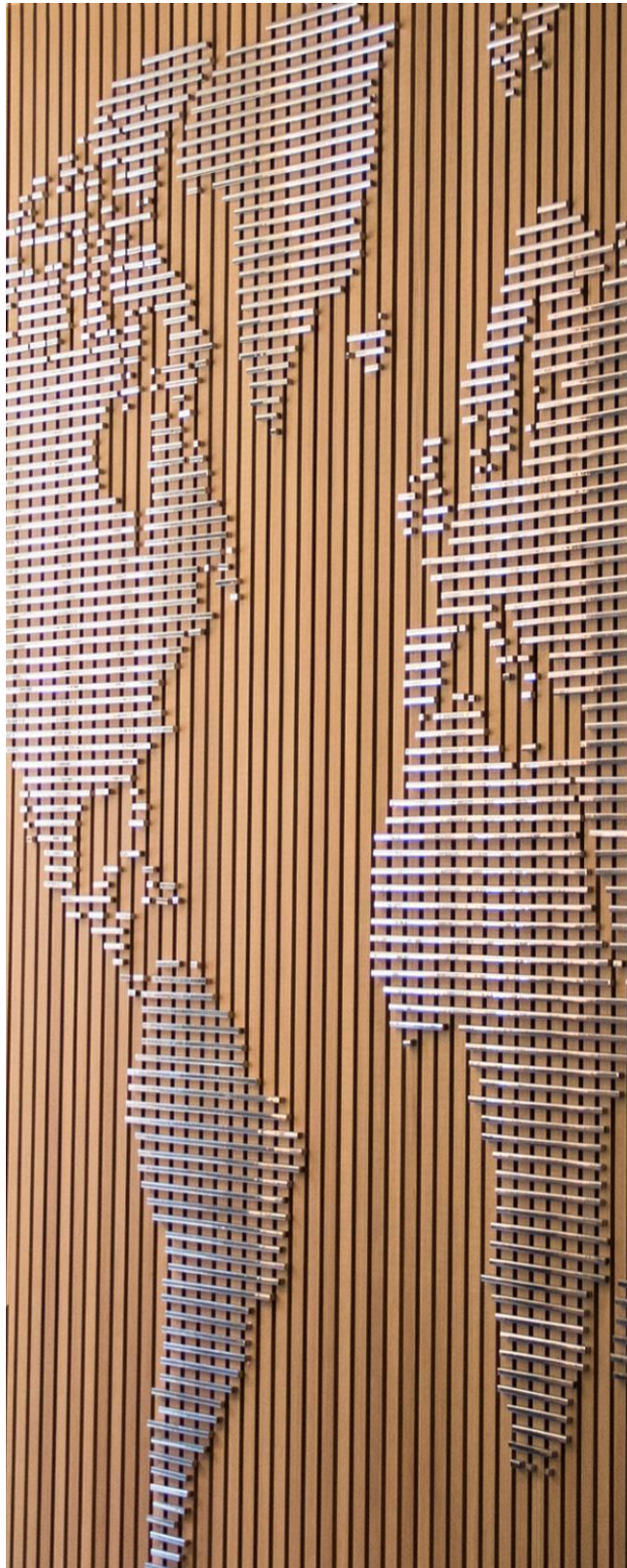




Financiación y Reestructuraciones



4º trimestre de 2020

Enero de 2021

CASOS Y OPERACIONES

- ELEC NOR – Fondo de titulización para el desarrollo de proyectos energéticos sostenibles
- ELAWAN ENERGY – Financiaciones de cinco plantas fotovoltaicas
- COLONIAL – Línea de crédito de 1.000 millones de euros
- CODERE – Emisión de Bonos “Súper Senior”
- ING BANK – Mayor fondo RMBS de titulización registrado en España
- TRESMARES CAPITAL – Financiación *direct lending* de adquisición corporativa

LEGISLACIÓN

- COVID-19: últimas medidas legislativas
- Implementación del Instrumento “Next Generation”
- Normativa con impacto en la financiación de proyectos de energía renovable
- Normativa autonómica con impacto en operaciones de cesión de créditos – Andalucía

JURISPRUDENCIA

- Pago de suministros mantenidos en interés del concurso
- Calificación de créditos de sociedades del grupo
- AJD en cesiones de préstamos hipotecarios
- Retracto del crédito litigioso: inadmisión en venta de cartera de créditos por precio alzado
- Transmisión inmobiliaria por un euro con asunción de obligaciones de hacer: valoración en IS
- Desestimación de acción de reintegración por perjuicio justificado
- Acción de reintegración en fase de liquidación
- Alcance del privilegio respecto de los intereses del crédito hipotecario
- Los créditos por derivación responsabilidad de la TGSS tampoco son subordinados
- Control de oficio de cláusulas abusivas suscritas con consumidores fuera del plazo procesal

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

- Ejecución hipotecaria e hipotecante no deudor en concurso
- Ejecución de hipoteca sobre bienes no necesarios para la actividad del concursado en fase de liquidación
- Formalización de la subrogación activa del fiador

OTRAS NOTICIAS DE INTERÉS

- Análisis de los procedimientos de insolvencia en España en el contexto de la crisis del COVID-19
- La reactivación de las moratorias de deuda
- Principios de Ecuador: entrada en vigor de la nueva versión



CASOS Y OPERACIONES

ELECNOR – Fondo de titulización para el desarrollo de proyectos energéticos sostenibles

Cuatrecasas ha asesorado a Elecnor en la constitución de un fondo de titulización denominado “Elecnor Eficiencia Energética 2020, Fondo de Titulización”, por importe de 50 millones de euros, con vencimiento de 7 años y que cotizarán en el Mercado Alternativa de Renta Fija (MARF).

Los bonos emitidos cumplen con los requisitos establecidos por los “*Green Bond Principles*”, por lo que han sido calificados como bonos verdes por G-advisory.

Al Fondo se han cedido los derechos de crédito derivados de los contratos de gestión de servicios energéticos y mantenimiento de instalaciones de alumbrado público, que Elecnor ejecuta para 43 municipios y entidades públicas españolas. Es la primera operación de titulización de venta de derechos de crédito futuros derivados de contratos con Administraciones Públicas que se realiza en España.

Banco Sabadell es el estructurador, entidad colocadora, asesor registrado y agente de pagos de la operación, y la gestión del Fondo de Titulización queda a cargo de TDA, Titulización de Activos, SGFT.

ELAWAN ENERGY – Financiaciones de cinco plantas fotovoltaicas

Cuatrecasas ha asesorado a un sindicato de entidades bancarias en la financiación otorgada a cinco compañías del grupo Elawan Energy, S.L., con objeto del desarrollo de un proyecto consistente en la construcción, puesta en marcha y explotación de cinco plantas fotovoltaicas en el término municipal de Bonete e Higuera (Albacete).

Las plantas, con una potencia total de 250 megavatios (MW), cuentan con financiaciones estructuradas

independientes entre sí por un importe total aproximado de 92 millones de euros, otorgadas por Banco Sabadell, Bankia, Abanca Corporación Bancaria y Banco Pichincha España a las sociedades vehículo titulares de cada planta, íntegramente participadas por Elawan Energy.

Las cinco plantas tienen una potencia instalada de 50 MW cada una y actualmente están en fase de construcción, estando prevista la puesta en marcha para el próximo verano.

Elawan Energy, a través de estas cinco plantas, indicó que suministrará energía a cerca de 122.000 hogares, con una producción anual estimada de 500 gigavatios hora (GWh) de energía limpia.

COLONIAL – Línea de crédito de 1.000 millones de euros

Hemos asesorado a Colonial en una nueva financiación de naturaleza “*revolving*”, sin garantías hipotecarias y cuyo tipo de interés está vinculado a la evolución de determinados parámetros de sostenibilidad de la compañía, auditados por una agencia independiente.

El ‘*pool*’ bancario está formado por diferentes entidades financieras nacionales e internacionales, entre ellas CaixaBank actuando como banco agente, y BBVA, BNP y Natixis, así como Caixabank de nuevo, actuando como agentes de sostenibilidad.

El nuevo crédito se estructura en dos tramos de 500 millones de euros cada uno y dotará a la compañía de liquidez para su negocio durante los próximos cinco años, pudiendo extenderse a dos años adicionales.

CODERE – Emisión de Bonos “Súper Senior”

Cuatrecasas ha asesorado a Codere México, S.A. de C.V., filial de Codere, S.A., en su participación de la emisión y colocación de dos tramos de Bonos Súper Senior, por un importe total de 250 millones de Euros.

Los bonos, que tienen un vencimiento a tres años, fueron emitidos por Codere Finance 2 (Luxembourg), S.A. y garantizados por, entre otros, una prenda sobre las acciones de Codere México, S.A. de C.V., sujeta a



legislación mexicana, así como por una garantía personal otorgada por dicha sociedad.

La emisión de los bonos se realizó en dos tramos; el primero emitido el 29 de agosto de 2020, por un importe total de 85 millones de Euros; y el segundo, el 30 de octubre de 2020, por un importe total 165 millones de Euros.

Codere es una Compañía multinacional española, referente en el sector del juego privado, con presencia en ocho países de Europa y América.

Esta operación marca un hito en la reestructuración de la deuda del grupo, al ser parte del acuerdo de reestructuración (Scheme of Arrangement) celebrado por Codere Finance 2 (UK) Limited con sus acreedores, al amparo de la ley inglesa (Part 26 of the Companies Act 2006).

En particular, la operación permitió a Codere refinanciar su deuda y obtener fondos que se utilizarán para usos corporativos generales de las sociedades parte del grupo en las diversas jurisdicciones en las que tiene presencia.

ING BANK – Mayor fondo RMBS de titulización registrado en España

Hemos asesorado a ING Bank en la constitución de un fondo de titulización, cesión de derechos de crédito derivados de préstamos hipotecarios (*residential mortgage-backed securities* o RMBS) y emisión de bonos de titulización por un valor de 14.056 millones de euros.

ING Bank Sucursal en España e ING Bank, N.V. han registrado en la CNMV el folleto relativo al fondo de titulización SOL LIION II RMBS, un fondo integrado por préstamos hipotecarios (RMBS), que tiene la consideración de STS al amparo de la normativa comunitaria sobre titulaciones, por importe de 14.056.500.000 de euros, lo que supone la operación de estas características de mayor importe registrada en España hasta la fecha.

Los bonos de titulización emitidos por el fondo se podrán usar como colateral ante el Banco Central

Europeo. Se trata del primer fondo RMBS abierto tanto por el activo como por el pasivo, lo que permite que se pueda ampliar el número de bonos emitido hasta un importe máximo de 15.750.000.000 de euros.

TRESMARES CAPITAL – Financiación *direct lending* de adquisición corporativa

Cuatrecasas ha asesorado a TRESMARES CAPITAL en el otorgamiento de una financiación modalidad *direct lending* en el marco de la operación de adquisición parcial de participaciones sociales de Prodesa, empresa dedicada a suministrar proyectos llave en mano de plantas completas de producción de pellets de biomasa.

La operación se ha estructurado mediante dos financiaciones bilaterales concedidas por el fondo de inversión Tresmares Santander Direct Lending, S.I.C.C., S.A.; una a favor de Prodesa Medioambiente, S.L. y otra a favor de la sociedad vehículo adquirente.

Tresmares Santander Direct Lending, S.I.C.C., S.A. es un fondo de deuda privada de hasta 900 millones de euros, perteneciente a la plataforma independiente de financiación alternativa TRESMARES CAPITAL, promovida por Banco Santander.

LEGISLACIÓN

COVID-19: últimas medidas legislativas

Desde el pasado mes de marzo hemos informado puntualmente de las novedades jurídicas relevantes para las empresas en relación con las medidas aprobadas por el COVID-19. Para un resumen ejecutivo de las principales medidas puede acceder a nuestro legal flash:

[COVID-19: Aspectos esenciales para empresas, entidades financieras y fondos](#)

El 25 de octubre de 2020 el Gobierno decretó de nuevo el estado de alarma en todo el territorio español mediante el [RD 926/2020](#) que finalizará el día 9 de mayo de 2021. En estos últimos meses, se han seguido



adoptando medidas excepcionales para las empresas entre las que destacamos las siguientes:

- **Préstamos ICO.** Se refuerzan las medidas para apoyar la liquidez y solvencia de las empresas, mediante la ampliación del plazo de concesión de las dos líneas de avales públicos gestionadas por el Instituto de Crédito Oficial, y la extensión del plazo de vencimiento y de carencia de las operaciones ya avaladas.
- **Concurso.** Se extiende, hasta el 14.3.21, la suspensión de la obligación de solicitar el concurso y se amplía el alcance temporal de las medidas de inadmisión a trámite de las solicitudes de incumplimiento del convenio o del acuerdo de refinanciación.
- **Arrendamientos.** Se establecen nuevas medidas de reducción temporal de la renta o de moratoria en su pago en determinados arrendamientos de locales de negocio.
- **Desahucios.** Se suspenden hasta el 9.5.21 determinados procedimientos de desahucio y lanzamientos de personas en situación de vulnerabilidad.

Puede consultarse un resumen de estas medidas en:

[Real Decreto-ley 34/2020: principales consecuencias jurídicas para las empresas](#)

[Real Decreto-ley 35/2020: impacto para las empresas](#)

[Real Decreto-ley 37/2020: nuevas medidas en materia de suspensión de desahucios y lanzamientos](#)

Se inicia la implementación en España del Instrumento Europeo de Recuperación “Next Generation EU”

El 31 de diciembre de 2020 se publicó el [Real Decreto-ley 36/2020 de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#).

Esta norma incorpora distintas modificaciones legislativas en el ámbito de la contratación pública,

subvenciones, control ambiental de proyectos y organización administrativa, con el objeto de flexibilizar los procedimientos administrativos a través de los que se canalizarán las medidas y programas del [Instrumento Europeo de Recuperación “Next Generation EU”](#), acordado por el Consejo Europeo el 21 de julio de 2020 y establecido en el [Reglamento \(UE\) 2020/2094 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020, por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19](#).

Este instrumento europeo, dotado con 750.000 millones de euros, implicará para España unos 140.000 millones de euros en forma de transferencias y préstamos para el periodo 2021-26, destinados a contribuir a reparar los daños económicos y sociales inmediatos causados por la pandemia de COVID-19. La gestión de parte de estos fondos se enmarcará en el Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno español.

Para más información, puede consultarse nuestro legal flash:

[Plan de recuperación, transformación y resiliencia: novedades para empresas](#)

Normativa con impacto en la financiación de proyectos de energía renovable

Durante el cuarto trimestre de 2020 se han aprobado diversas normas relativas al sector energético y, en particular, con relevancia para las operaciones de financiación de proyectos de energías renovables. Ello parece indicar que este tipo de operaciones continuará en claro auge durante 2021.

Destacamos la [Orden TED/1161/2020](#), publicada el 5 de diciembre de 2020, que regula el primer mecanismo de subasta para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables y establece el calendario indicativo para el periodo 2020-2025. Para más información puede consultarse nuestra reseña en: [Publicada la Orden que regula las subastas de régimen económico para las instalaciones renovables](#)

Por otra parte, el 30 de diciembre de 2020 se publicó el [Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de](#)



acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, que establece el nuevo proceso de concesión de los permisos de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica para la instalación de nuevas plantas de energías renovables, que se aplicarán a productores, consumidores, titulares de instalaciones de almacenamiento y titulares y gestores de las redes de transporte y distribución. Para más información, puede consultarse nuestra reseña en: Real Decreto de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica

Normativa autonómica con impacto en operaciones de cesión de créditos – Andalucía

Destacamos la aprobación el pasado 27 de octubre por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía del Decreto 175/2020, de 27 de octubre, por el que se regula el derecho de información de las personas consumidoras y usuarias prestatarias y garantes en los casos de emisión de participaciones hipotecarias o certificados de transmisión de hipoteca, así como en los de transmisión, cesión u otros actos o negocios jurídicos que puedan producir la alteración de la titularidad del contrato de préstamo hipotecario sobre la vivienda, o del derecho de crédito derivado del mismo.

Esta norma, que entró en vigor el 31 de octubre de 2020, prevé, entre otros aspectos, la obligación a cargo de la empresa prestamista, de notificar al prestatario y garantes la celebración de cualquier negocio jurídico que pueda producir una alteración total o parcial de la titularidad del contrato de préstamo hipotecario sobre la vivienda, o del derecho de crédito que de él se deriva.

JURISPRUDENCIA

Los suministros mantenidos en interés del concurso son pagados conforme a las reglas de los créditos contra la masa

En el supuesto de hecho examinado, el juez del concurso decidió mantener la vigencia del contrato de

suministro de energía eléctrica a pesar de los reiterados impagos de la concursada para permitirle continuar con su actividad de carácter sanitario. Tanto el juzgado de lo mercantil como la AP reconocieron únicamente como créditos contra la masa los correspondientes a suministros realizados durante el concurso, y el resto como crédito concursal.

La STS de 15 de diciembre de 2020, nº 678/2020 (ECLI:ES:TS:2020:4377) reproduce la doctrina del Alto Tribunal (SSTS de 21 de marzo de 2012, nº 145/2012 - ECLI:ES:TS:2012:4011- y nº 161/2012 - ECLI:ES:TS:2012:4176-) en relación con el tratamiento en concurso de los contratos de tracto sucesivo: la declaración de concurso no afectará a su resolución, siendo además irrelevante si el incumplimiento resolutorio, del concursado o del tercero, se produce antes o después de la declaración de concurso. Los créditos derivados del contrato se satisfarán con cargo a la masa con independencia de si resultan de prestaciones anteriores o posteriores a la declaración de concurso, de forma que el acreedor ve compensado así el sacrificio que se le impone al impedirle resolver el contrato y obligarle a continuar suministrando al incumplidor.

Añade ahora el TS a la jurisprudencia citada el criterio sobre cómo deben satisfacerse estos créditos contra la masa. Entiende que la equiparación con los créditos por contratos que han sido rehabilitados conforme a los arts. 68 a 70 LC ampara la calificación de la deuda previa a la declaración de concurso como crédito contra la masa cuando se impone la continuidad del contrato incumplido, pero no justifica que sea necesario el pago o consignación de las cantidades debidas antes de la declaración de concurso que prevén estos preceptos en relación con los contratos que son rehabilitados. El pago o consignación es condición legal para la rehabilitación de los contratos incursos en causa de resolución y para la enervación del desahucio arrendaticio, pero no para los supuestos en que se impone en interés del concurso la continuación de un contrato de tracto sucesivo incumplido. Considera el Alto Tribunal que el sacrificio del acreedor al que se priva de la facultad resolutoria debe ser compensado, no según las reglas de los arts. 68 a 70 LC, sino con la calificación como crédito contra la masa de las deudas generadas antes y después de la declaración de concurso, crédito que se someterá a las



reglas comunes sobre pago de los créditos contra la masa ([arts. 84.3 y 154 LC](#)).

Calificación de créditos de sociedades del grupo

En su [sentencia de 13 de noviembre de 2020, nº 610/2020](#) (ECLI: ES:TS:2020:3652), el Tribunal Supremo interpreta el art. 92.5 LC (ahora, art. 281.2.3º TRLC) que excluía de la calificación de crédito subordinado *“los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1º y 3º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican”*.

Esta norma hace referencia únicamente a los “socios” y no a las “sociedades del grupo”. Por ello, se plantea en este caso si un crédito por rentas de arrendamiento del que es acreedor una sociedad del grupo de la concursada puede o no beneficiarse de la dispensa de la subordinación que se aplica a créditos que tengan una naturaleza distinta a los préstamos de ciertas personas especialmente relacionadas con la concursada, y ser así calificado como ordinario. El TS concluye que dicho crédito debe ser clasificado como subordinado ya que no es de aplicación la excepción del art. 281.2.3º LC.

El TS expone (como ya lo hizo en su [sentencia de 1 de marzo de 2019 nº 125/2019](#) (ECLI: ES:TS:2019:621)) que el tenor literal de la LC no permite en ningún caso excluir los créditos de las sociedades del grupo de la regla general de la subordinación. Para el TS la norma es suficientemente clara y precisa; la excepción se circunscribe únicamente a los socios con la participación significativa prevista en los arts. 93.2.1º y 3º LC (ahora, arts. 283.1.1º y 4º TRLC) y no a las sociedades integradas en el mismo grupo que la concursada. El TS no admite la analogía ya que, a su juicio, no hay laguna legal ni identidad de razón. Afirma, además, que la misma conclusión se deriva del TRLC, de forma que el tenor literal del TRLC (art. 281.2.3º LC) no permite excluir de la regla general de la subordinación a los créditos de las sociedades del grupo. Concluye por tanto que el crédito por rentas de arrendamiento del que es acreedor otra sociedad del

mismo grupo que la concursada debe ser calificado como subordinado.

AJD en cesiones de préstamos hipotecarios

En su [Sentencia de 29 de octubre de 2020, nº 142/2020](#), (ECLI: ES:TS:2020:3699) la Sala Tercera del Tribunal Supremo fija doctrina sobre la determinación de la base imponible del ITPAJD, modalidad de AJD, en operaciones de cesión de préstamos hipotecarios.

El alto Tribunal analiza una operación de cesión de préstamo hipotecario cuyo capital pendiente, en el momento de la cesión, era inferior al capital inicial del préstamo concedido, planteándose si la base imponible de la cuota de la modalidad de gravamen por AJD debe ser igual a la responsabilidad total garantizada o si, por el contrario, debe ser igual a la responsabilidad total que proporcionalmente corresponda al saldo vivo del préstamo en la fecha de la cesión.

El Tribunal considera que el precepto regulador de la base imponible del impuesto -el artículo 30.1 de la Ley del ITPyAJD-, según el cual la base imponible es igual al *“(…) importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos”*, debe interpretarse, en los supuestos de cesión de préstamos y créditos hipotecarios en los que una parte de su importe ha sido ya satisfecha al acreedor, en el sentido de que *“(…) la base imponible estará constituida por el capital pendiente de amortizar en el momento de la cesión, incluyendo gastos, indemnizaciones u otros conceptos y, por tanto, la garantía hipotecaria efectiva pendiente”*.

La doctrina fijada por el Tribunal Supremo es coincidente con la doctrina administrativa de la Dirección General de Tributos desde el año 2014 (ver, entre otras, las contestaciones V1221-14, V1262-15, V1263-15, V1079-15, V2384-15) y viene a zanjar la disparidad de criterios de algunos Tribunales menores que venían sosteniendo que la base imponible en estos casos debía ser la responsabilidad hipotecaria originaria por ser la que formalmente constaba en el Registro público.



Es de esperar que con esta relevante sentencia se reduzca la litigiosidad sobre este tipo de operaciones de cesión de deuda hipotecaria *distressed* y los agentes del mercado puedan operar con plena seguridad jurídica en lo que se refiere al coste tributario por AJD.

Retracto del crédito litigioso: inadmisión en un supuesto de venta de cartera de créditos por precio alzado

El Tribunal Supremo, en su [Sentencia de 5 de octubre de 2020, nº 505/2020](#) (ECLI:ES:TS:2020:3164) vuelve a pronunciarse sobre la figura del retracto de créditos litigiosos del [art. 1535 Cc](#) en el marco de una operación de venta de carteras de créditos de dudoso cobro.

La Sentencia reproduce en esencia los fundamentos de su reciente [Sentencia de 5 de marzo de 2020, nº 151/2020](#) (ECLI:ES:TS:2020:728), que comentamos en nuestra [Newsletter nº 107 de abril de 2020](#). El TS nuevamente desestima la pretensión de ejercicio de la facultad de retracto del deudor de un crédito cedido en una operación de venta de una cartera de créditos.

El contrato que da origen a la pretensión del deudor cedido fue calificado por el tribunal de instancia como un contrato de “venta en globo y a precio alzado” de créditos. El Alto Tribunal aclara que la calificación del contrato, que él comparte, compete en todo caso a dicha primera instancia y, por tanto, debe mantenerse. Además – añade el TS - ni la identificación de los créditos que componen la cartera, ni la cláusula genérica de limitación de responsabilidad del cedente para el caso de ejercicio de la facultad del art. 1535 Cc desvirtuaría esta interpretación.

Sobre la base de dicha calificación del contrato, el TS reitera que quedan excluidos del retracto de crédito litigioso del art. 1535 Cc los supuestos de cesión en globo o alzada, modalidades de compraventa que, en cambio, encajan en el [art. 1532 Cc](#). En el caso en cuestión, el contrato se configura unitariamente (y no como la suma de tantas compraventas como créditos comprende la cartera). El contrato tiene un único objeto (la cartera) y un único precio.

Además, el TS fundamenta su fallo en estas otras razones:

- El carácter de norma excepcional del art. 1535 Cc.
- La imposibilidad de determinar, sin alterar la voluntad de las partes, un precio individual para cada crédito de la cartera cedida.
- La identidad con el supuesto de traspaso en bloque en los casos de segregación de una parte del patrimonio de la acreedora.
- La analogía con la regulación del [art. 25.7 LAU](#) respecto de la exclusión del retracto arrendaticio por el inquilino de una vivienda en caso de transmisión completa del edificio en que se ubica aquella.
- La propia literalidad del art. 1535 CC, que habla de venta de “un crédito” en singular.
- El carácter unitario del consentimiento, respecto del objeto y de la causa del contrato.
- La consideración de que, atendiendo a criterios de economía de escala, el precio unitario de la cartera nunca coincidiría con la suma del precio de los créditos que la integran.

Transmisión inmobiliaria por un euro con asunción de obligaciones de hacer: valoración en el Impuesto sobre Sociedades (“IS”)

La Audiencia Nacional analiza en su [Sentencia de 1 de julio de 2020](#) (recurso contencioso-administrativo 123/2017, ECLI: ES:AN:2020:1518) una operación en cuya virtud una entidad transmite a otra entidad, por un euro, varias naves industriales integradas en una unidad productiva, asumiendo la entidad adquirente el compromiso de hacerse cargo de un grupo de trabajadores a los que la entidad transmitente tenía intención de despedir.

La operación fue calificada por la inspección tributaria y por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) como una permuta o un contrato asimilable a la permuta, ajustando el valor de la contraprestación acordada a precios de mercado en aplicación del artículo 15.2.d) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que obliga a valorar por su precio de mercado los bienes adquiridos por permuta.

La Audiencia resuelve el recurso interpuesto por el contribuyente contra la resolución del TEAC estimando que la operación no puede calificarse como permuta o como negocio jurídico asimilable a la



permuta porque no existe una entrega recíproca de cosas entre las partes habida cuenta de que una de ellas asume una prestación de hacer (ofrecer un nuevo contrato de trabajo a la plantilla de la entidad transmitente de los inmuebles). Al no existir un precepto en la Ley del Impuesto sobre Sociedades que, en ausencia de permuta, ampare una corrección del valor de la transacción entre partes no vinculadas, la Audiencia Nacional estima el recurso interpuesto.

La sentencia puede resultar de interés en relación con las operaciones complejas en las que se transmitan unidades de negocio entre entidades no vinculadas cuyo valor se haya visto significativamente reducido por la existencia de dificultades financieras.

Desestimación de acción de reintegración por perjuicio justificado

Destacamos la [SAP de Barcelona \(secc. 15º\) de 3 de diciembre de 2020, nº 2574/2020](#) (ECLI:ES:APB:2020:11467) y la [SAP de Madrid \(secc. 28º\) de 2 de octubre de 2020, nº 471](#) (ECLI:ES:APM:2020:11674) porque en ellas los dos tribunales que las emiten desestiman las acciones de reintegración que se planteaban por entender, en ambos casos, que el perjuicio que se ocasionaba a la masa activa en los respectivos concursos estaba suficientemente justificado.

En la primera de ellas, los pagos cuya reintegración se pretende tienen su origen en un acuerdo transaccional que puso fin a un contrato de soporte de inventario. La AP, a la vista del contexto global del acuerdo, concluye que el hecho de que el acreedor con el que se alcanzó desistiera como consecuencia de su formalización de las ejecuciones que ya había iniciado y que hubieran supuesto la privación de la marca y de una parte sustancial de las existencias y de los saldos en cuenta corriente de la concursada, justifica la realización de los pagos, actos estos que, sin duda, fueron beneficiosos para la masa activa.

Por su parte, la AP de Madrid, una vez descartada la gratuidad en el otorgamiento de garantías para asegurar la refinanciación de la deuda de la concursada por tratarse de garantías contextuales (conforme a la jurisprudencia del TS en este sentido), resuelve que el

sacrificio patrimonial que supone la constitución de tales garantías está justificado porque la refinanciación mejoraba las condiciones financieras de la deuda resultante y porque permitió a las sociedades del grupo continuar con su actividad durante los dos años siguientes a su formalización.

Acción de reintegración en fase de liquidación

Se plantea la AP de Barcelona (secc.15ª) en esta [sentencia de 5 de noviembre de 2020, nº 10743/2020](#) (ECLI: ES:APB:2020:10743) si es posible ejercitar la acción de reintegración durante la fase de liquidación abierta tras incumplimiento de convenio.

Recuerda el tribunal que la aprobación del convenio no determina la conclusión del concurso, sino que lo deja en suspenso, pendiente del cumplimiento del propio convenio. Así, una vez se constata que el convenio no se puede cumplir, procede su reapertura para la liquidación. Y ante la ausencia de una norma que contemple este supuesto en la LC, considera la AP que la acción de reintegración podrá ejercitarse tanto en la fase común, como con la apertura de la liquidación en tanto se refiera a actos perjudiciales para la masa activa realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso.

Alcance del privilegio respecto de los intereses del crédito hipotecario

Se discute en esta [SAP de Barcelona \(secc. 15ª\) de 29 de octubre de 2020, nº 10034/2020](#) (ECLI: ES:APB:2020:10034) el alcance del privilegio de un crédito hipotecario respecto de los intereses retributivos y moratorios que cubre la garantía. En cuanto a los primeros, los retributivos, se remite la sentencia al [art. 884 CCo](#), aplicable por ser la norma en vigor en el momento en que se declaró la quiebra, y cuyo contenido no ha variado en la vigente legislación concursal. Conforme a este precepto, “*desde la fecha de la declaración de quiebra dejarán de devengar interés todas las deudas del quebrado, salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios hasta donde alcance la respectiva garantía*”. El tribunal interpreta esta última mención como una referencia al límite hipotecario que establece el [art. 114 LH](#), lo que supone que, aunque el crédito continúe



devengando intereses tras la declaración de la quiebra, lo hará únicamente hasta donde alcance la garantía que, en ningún caso, podrá asegurar, en perjuicio de tercero, los intereses que devengue el crédito más allá de cinco años.

Por lo que se refiere a los intereses moratorios, se reproducen en la resolución las conclusiones de la [STS de 11 de abril de 2019, nº 227/2019](#) (ECLI:ES:TS:2019:1222); a saber, que la expresión “*hasta donde alcance la respectiva garantía*” se refiere exclusivamente a los intereses retributivos y, por tanto, declarado el concurso -antes quiebra-, los créditos no devengan intereses de demora, quedando exclusivamente cubiertos por la garantía hipotecaria los devengados antes de la declaración de concurso.

Los créditos por derivación responsabilidad de la TGSS tampoco son subordinados

La [SAP de Barcelona \(secc. 15ª\) de 28 de agosto de 2020, nº 7893/2020](#) (ECLI:ES:APB:2020:7893) aborda la cuestión de cómo debe ser reconocido en concurso el crédito nacido de un expediente administrativo de derivación de responsabilidad de la TGSS promovido de conformidad con el [art. 18.3 del TRLGSS](#).

Este debate ha sido resuelto recientemente en relación con la derivación de responsabilidad tributaria por el TS, en sus sentencias de 17 de junio de 2020, [nº 315/2020](#) y [316/2020](#) (ECLI: ES:TS:2020:2176 y ECLI: ES:TS:2020:2177, respectivamente), y por esta misma AP en [sentencia de 24 de julio de 2020, nº 1784/2020](#) (ECLI: ES:APB:2020:6700), resumidas en nuestra anterior [Newsletter de financiación y reestructuraciones del 3er trimestre de 2020](#).

A esta jurisprudencia se remite la AP y concluye, de igual modo, que la responsabilidad que surge en estos supuestos es una responsabilidad *ex lege*, por deuda ajena, en la que el hecho determinante es el mero reconocimiento legal, concretado en el incumplimiento de un determinado deber. Se hace responsable al concursado de las deudas de las sociedades por las que se extiende la responsabilidad, siendo esta responsabilidad objetiva e independiente, con origen en una disposición legal. No nos encontramos, por tanto, ante una sanción que

conlleve la subordinación del crédito, sino que este debe mantener la clasificación que correspondería al crédito del que provenga la derivación de responsabilidad.

Control de oficio de cláusulas abusivas suscritas con consumidores fuera del plazo procesal

La aplicación del control de oficio para el examen del carácter abusivo de condiciones generales de la contratación puede llevarse a cabo incluso con posterioridad al transcurso del plazo legal que el consumidor tiene para invocar dicha causa de oposición a la ejecución.

Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su [Sentencia de 6 de octubre de 2020, nº 140/2020](#) (ECLI:ES:TC:2020:140), que confirma el criterio de su previa [Sentencia 31/2019, de 28 de febrero](#) (ECLI:ES:TC:2019:31), en la que declara que el TJUE obliga al juez nacional a apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula, incluso tras el dictado de una resolución con fuerza de cosa juzgada, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente.

En el caso concreto, se trataba de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que los prestatarios invocaron el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado mediante un incidente de nulidad interpuesto el día antes del lanzamiento, esto es, cuando había transcurrido ampliamente el plazo de oposición a la ejecución por la concurrencia de cláusulas abusivas previsto en los artículos arts. 556.1 y 695.1.4º LEC. El TC considera que los ejecutados denunciaron el carácter abusivo “*cumpliendo con lo exigido en la norma, a excepción del plazo de diez días previsto legalmente para la oposición*” y que, por lo tanto, el juzgado debió llevar a cabo un efectivo control de oficio sobre la posible abusividad de la cláusula.

El Magistrado D. Ricardo Enríquez Sancho emite un voto particular a esta resolución, que reproduce su voto particular a la mencionada STC 31/2019, de 28



de febrero. Considera el Magistrado que no cabría aplicar el control de oficio al haber transcurrido el plazo procesal previsto para el incidente de oposición a la ejecución, que permitía al consumidor invocar el carácter abusivo de las condiciones generales del préstamo.

mismo criterio se sigue en el TRLC cuyo [art. 145](#) impide a los titulares de derechos reales de garantía, sean o no acreedores concursales, iniciar las ejecuciones de bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad del concursado.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Ejecución hipotecaria e hipotecante no deudor en concurso

En las resoluciones de la DGSJFP de 19 de octubre de 2020 ([1](#) y [2](#)), el Centro Directivo se plantea si es posible inscribir la adjudicación de un inmueble derivada de un procedimiento de apremio administrativo, cuando tanto el deudor tributario como el hipotecante no deudor que otorgó la garantía ejecutada se encuentran en situación concursal y llega a las siguientes conclusiones:

- El bien hipotecado debe figurar en la masa activa del concurso del hipotecante no deudor y la ejecución de la garantía que sobre él pesa debe sujetarse a las reglas de los arts. [56](#) y [57](#) LC (aplicables a los concursos examinados). Estas normas no excepcionan al hipotecante no deudor, sino solo al tercer poseedor, y conforme a la doctrina del TS (en [sentencia de 13 de diciembre de 2007, nº 1332/2007](#), ECLI: ES:TS:2007:8148) son dos figuras distintas: el hipotecante no deudor es parte en el negocio jurídico de constitución de la garantía y, normalmente, parte en la obligación garantizada; en tanto que el tercer poseedor es ajeno a la relación obligatoria asegurada con hipoteca y no asume la deuda garantizada como propia.
- El acreedor podrá ejecutar la hipoteca en caso de concurso del hipotecante no deudor, pero será necesario que obtenga un pronunciamiento del juzgado de lo mercantil del concurso sobre si el bien es necesario o no para la actividad empresarial o profesional del hipotecante. En caso afirmativo, el acreedor no podrá iniciar la ejecución hasta que se dicte sentencia aprobando convenio o, si transcurrido un año, no se hubiera abierto la fase de liquidación. El

Ejecución de hipoteca sobre bienes no necesarios para la actividad del concursado en fase de liquidación

Conforme a la [RDGSJFP de 9 de octubre de 2020](#), la competencia para continuar la ejecución hipotecaria de un bien no necesario para la actividad profesional o empresarial del concursado una vez abierta la fase de liquidación corresponde al juez ordinario ante el que se interpuso la demanda de ejecución.

El Centro Directivo recuerda que la jurisprudencia ha perfilado el alcance de los arts. [56](#) y [57](#) LC (aplicables al caso) y de forma mayoritaria considera que la competencia del juez del concurso queda limitada a las ejecuciones que afecten a bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado, si bien será el juez del concurso, en cualquier caso, el único competente para decidir si el bien es de tal naturaleza.

Reconoce que resulta extraño hablar de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor una vez abierta la fase de liquidación, fase en la que no se pretende lograr ya la viabilidad de la empresa, sino la realización colectiva de los bienes del concursado para la satisfacción ordenada de sus acreedores. Sin embargo, nada dice la norma respecto al momento hasta el cuál puede solicitarse la declaración de innecesariedad, admitiéndose, en ocasiones en el propio plan de liquidación. Siendo así, es decir, cuando el propio plan determine la naturaleza de los bienes afectados por la garantía cuya ejecución está en suspenso, se permitirá la continuación de la ejecución ante el órgano ante el que se inició. En caso contrario, cuando los bienes fueran necesarios, las actuaciones suspendidas con la declaración de concurso se reanudarán una vez abierta la fase de liquidación como pieza separada del procedimiento concursal.



Requisitos de formalización de la subrogación activa del fiador

La RDGSJFP de 8 de octubre de 2020 determina los requisitos que son necesarios para hacer constar en el Registro de la Propiedad la subrogación activa en un préstamo hipotecario, en virtud del pago de una deuda vencida por parte de un fiador que no tiene la condición de entidad de crédito. En particular, se plantea cuál es el título formal necesario para reflejar esa subrogación en el Registro de la Propiedad, y si este debe contener una manifestación expresa del acreedor primitivo acerca de su consentimiento a la subrogación.

En este sentido, la DGSJFP confirma que, aunque la subrogación opera «ope legis» salvo prueba en contrario, exige un acto expreso del antiguo acreedor dirigido específicamente a formalizar tal subrogación y no meramente a admitir el pago.

Por tanto, no se estima suficiente a efectos de formalizar la subrogación en el Registro de la Propiedad, la presentación de un acta notarial que incorpora la certificación emitida por el antiguo acreedor de los pagos realizados por el fiador. Sería necesaria una escritura mediante la que el acreedor preste su consentimiento a la subrogación.

A falta de esta, el procedimiento adecuado para formalizar la subrogación del tercero viene constituido por el procedimiento general de ofrecimiento de pago y consignación regulado en los artículos [1176 a 1181 del Código Civil](#) y [98 y 99 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria](#). Y si en el marco de este procedimiento el antiguo acreedor hubiere admitido el ofrecimiento de pago notarial, pero se negara o dilata la formalización de la subrogación, el nuevo acreedor deberá acudir al procedimiento declarativo.

OTRAS NOTICIAS DE INTERÉS

Análisis de los procedimientos de insolvencia en España en el contexto de la crisis del COVID-19

El Banco de España ha publicado el trabajo denominado "[Análisis de los procedimientos de insolvencia en España en el contexto de la crisis del COVID-19: los concursos de Acreedores, los preconcursos y la moratoria concursal](#)", elaborado por Miguel García-Posada Gómez como documento ocasional nº 2029 de Banco de España.

Este trabajo recoge un análisis del funcionamiento del sistema concursal, de las ventajas e inconvenientes de la moratoria concursal otorgada en el marco de la crisis ocasionada por la pandemia del COVID-19 y propone alternativas para mejorar la eficacia del sistema, una vez que dicha moratoria expire.

La reactivación de las moratorias de deuda

La Autoridad Bancaria Europea (EBA por sus siglas en inglés) publicó el 2 de diciembre de 2020 una [segunda modificación de sus Directrices sobre las moratorias legislativas y no legislativas de los reembolsos de préstamos aplicadas a la luz de la COVID-19 para el repago de deuda \(EBA/GL/2020/02\)](#). Estas directrices, que van dirigidas a las autoridades competentes (incluyendo el Bando de España en el caso de España) y a las entidades de crédito, especifican el tratamiento prudencial de las moratorias legislativas y no legislativas de los reembolsos de préstamos introducidas por los Estados miembros de la UE para responder a la pandemia.

La nueva modificación de las directrices ha permitido la posibilidad de "reactivar" las moratorias de deuda hasta el 31 de marzo de 2021, con algunas nuevas limitaciones, entre las que destaca el hecho de que las moratorias no pueden superar nueve meses. Se habla de "reactivación" porque la EBA manifestó en septiembre de 2020 que no prolongaría la fecha límite de solicitud de las moratorias más allá del 30 de septiembre de 2020. Por tanto, desde esa fecha y hasta la segunda modificación de las directrices el pasado 2 de diciembre, estas medidas dejaron de ser accesibles en la práctica.



Principios de Ecuador: Entrada en vigor de la nueva versión

La Equator Principles Association (EPA) anunció el 28 de noviembre de 2019 el lanzamiento de la cuarta versión de los Principios de Ecuador (en sus siglas en inglés “EP4”). Las principales novedades de esta nueva versión del documento consisten en un mayor grado de compromiso en materia de derechos humanos, cambio climático, población indígena y biodiversidad. Además, el ámbito de aplicación se ha extendido a más tipos de operaciones de proyecto.

El pasado 1 de octubre de 2020, la EPA confirmó la entrada en vigor de esta nueva versión de los Principios de Ecuador que deben implementarse en todos los nuevos proyectos que comiencen a partir del 1 de octubre de 2020. En la actualidad, según datos de la EPA, se han adherido a estos principios unas 114 instituciones financieras de 37 países.

Para obtener información adicional sobre el contenido de este documento puede dirigirse a su contacto habitual en Cuatrecasas.

©2021 CUATRECASAS

Todos los derechos reservados.

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborado por Cuatrecasas. La información o comentarios que se incluyen en el mismo no constituyen asesoramiento jurídico alguno.

Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Cuatrecasas. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, sin la previa autorización de Cuatrecasas.

