

# Financiación y Reestructuraciones



1º trimestre de 2021

Julio de 2021

## CASOS Y OPERACIONES

- > OHL: Reestructuración
- > IBEROSTAR: Financiación con factor de sostenibilidad
- > STANDARD PROFIL: Primera emisión de bonos *high-yield*
- > ATRESMEDIA: Refinanciación y conversión a financiación sostenible
- > ELSAMEX: MBO aprobado judicialmente por venta directa
- > BBVA Bancomer: Financiación para la adquisición del Hotel St. Regis Punta Mita
- > BANCO CETELEM: Constitución de “Autonoría Spain 2021, Fondo de Titulización”

## LEGISLACIÓN

- > COVID-19. Aspectos esenciales para empresas, entidades financieras y fondos
- > Finanzas sostenibles: nuevas iniciativas UE

## JURISPRUDENCIA

- > Reintegración de pago efectuado en contrato sujeto a la ley de un Estado miembro distinto del de apertura
- > El aplazamiento del precio es un acto de análoga finalidad a un préstamo
- > Propuesta alternativa en convenio solo para acreedores subordinados
- > Extinción de garantías por PER y fianza
- > Caducidad del plazo para el ejercicio del derecho de retracto del crédito litigioso
- > Eficacia del embargo del procedimiento civil frente al procedimiento administrativo de apremio
- > Requisitos y consecuencias de la calificación como cómplice en concurso culpable
- > Subordinación de créditos y condición suspensiva
- > Competencia para la ejecución hipotecaria durante el convenio

## DOCTRINA ADMINISTRATIVA

- > Pacto marciano en hipoteca



## CASOS Y OPERACIONES

### OHL: Reestructuración

Cuatrecasas ha asesorado al grupo *ad hoc* de bonistas en la reestructuración multijurisdiccional de la deuda y de la estructura societaria del grupo OHL.

La operación ha consistido en la refinanciación de una serie de emisiones de bonos por un importe total aproximado de 488.000.000 €, la refinanciación de varias financiaciones bancarias por un importe aproximado de 447.000.000 € y ciertas ampliaciones de capital de la sociedad matriz por un importe aproximado de 72.000.000 €; todo ello con el objetivo de dotar a una de las principales empresas constructoras del mundo de una posición financiera más sólida y asegurar su viabilidad a largo plazo.

En garantía de dicha operación de refinanciación, OHL y las filiales de su grupo han otorgado prendas sobre las acciones y participaciones de ciertas de sus filiales operativas en España, así como sobre los derechos de crédito derivados de préstamos intragrupo, de contratos de construcción de infraestructuras, y de ciertas cuentas bancarias abiertas tanto en España como en Colombia, Perú y Chile. Asimismo, la compañía y los acreedores han solicitado la homologación judicial de la reestructuración. La operación de reestructuración también implicará una reordenación societaria mediante la implementación de un *hive down* de una parte sustancial del negocio del grupo.

En dicha operación ha participado un equipo global de abogados de Cuatrecasas, abarcando cinco jurisdicciones en las que opera la Firma (España, México, Colombia, Perú y Chile). En total, el equipo de Cuatrecasas ha estado formado por más de treinta abogados de las oficinas de Londres, Madrid, Barcelona, México, Bogotá, Lima y Santiago.

### IBEROSTAR: Financiación con factor de sostenibilidad

Cuatrecasas ha asesorado al Grupo Iberostar en una operación de financiación corporativa a largo plazo,

con siete entidades financieras, que se destinará a proteger la liquidez de la compañía para hacer frente a los efectos de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19.

La operación se ha instrumentado mediante contratos de financiación bilaterales con determinados términos comunes regulados mediante acuerdo multilateral. El tipo de interés de todos los préstamos variará en función del cumplimiento por parte del Grupo Iberostar de determinados hitos de sostenibilidad “ESG” (*Environmental, Social and Governance*).

### STANDARD PROFIL: Primera emisión de bonos *high-yield*

Cuatrecasas ha asesorado a Standard Profil Automotive GmbH y sus filiales en España y México en su primera emisión, oferta y colocación de bonos senior garantizados por un importe máximo de 275.000.000 € y con vencimiento en el año 2026.

Un equipo transfronterizo formado por abogados de Cuatrecasas y Mayer Brown, entre otros, ha asesorado al fabricante europeo líder en soluciones de sellado de carrocerías de automóviles.

La complejidad de la operación ha radicado en el gran número de jurisdicciones afectadas (Alemania, Nueva York, España, México, Bulgaria, Luxemburgo y Turquía) y despachos de abogados involucrados. Con carácter previo a la emisión de deuda, fue necesario cancelar una financiación bancaria existente y sus garantías en distintas jurisdicciones. Todo ello en unos plazos muy ajustados.

### ATRESMEDIA: Refinanciación y conversión a financiación sostenible

Cuatrecasas ha asesorado a Grupo Atresmedia en la refinanciación y conversión a financiación sostenible de su préstamo corporativo sindicado por valor de 250.000.000 €. Se trata de la primera operación en el ámbito de la financiación sostenible de un grupo de comunicación en España y una de las primeras de Europa en su sector.



CaixaBank ha actuado como entidad co-coordinadora de sostenibilidad de la financiación junto a BBVA y Banco Santander, además de como agente, lo que implica labores administrativas, de cuentas y la validación de los objetivos de sostenibilidad fijados.

La financiación sindicada está alineada con los “*Sustainability Linked Loan Principles 2019*” y está ligada al desempeño de dos indicadores sociales y uno medioambiental. En concreto, Atresmedia ha vinculado el margen del préstamo a la evolución de tres indicadores que se revisarán anualmente: (i) espacios publicitarios cedidos sin coste a entidades sin ánimo de lucro, (ii) accesibilidad a los contenidos en televisión a través de la subtitulación y calificación en el informe de cambio climático *Carbon Disclosure Project* (CDP), y (iii) referencia mundial en la medición y divulgación del desempeño en la lucha contra el calentamiento global de las compañías.

### ELSAMEX: MBO aprobado judicialmente por venta directa

Cuatrecasas ha asesorado junto con la firma Houlihan Lokey al sindicato de entidades financieras en la reestructuración de Elsamex, una empresa de servicios integrales relacionada con las infraestructuras, con presencia en España, Portugal y en diversos países de Latinoamérica, Asia, Oriente Medio y África.

La reestructuración se ha llevado a cabo como una operación de *management buy out* (MBO) aprobada judicialmente por venta directa. Cuatrecasas diseñó la estructura de la operación de compraventa de la unidad productiva del negocio de mantenimiento, en la que las entidades financieras, como estrategia defensiva para maximizar sus créditos, apoyaron la oferta presentada por una sociedad vehículo controlada por el equipo directivo de Elsamex.

Mediante esta operación se logró segregar el negocio viable de mantenimiento, dotándolo de una nueva estructura financiera sostenible y blindándolo frente a determinadas contingencias, incluido un expediente de la CNMC.

El acuerdo alcanzado maximizó la recuperación de los créditos de los bancos españoles, que no contaban con garantías reales.

Es destacable la agilidad lograda en los tiempos del concurso. Además, la operación es innovadora en nuestra jurisdicción por numerosas cuestiones técnicas. Cabe destacar en este sentido que la sociedad vehículo pagó íntegramente el precio de adquisición mediante asunción de deuda, lo que permitía maximizar el precio de la compraventa y, por tanto, la recuperación de sus créditos. Asimismo, se incluyó en el perímetro de la unidad productiva los créditos fiscales provenientes de bases imponibles negativas en el impuesto sobre sociedades.

En el ámbito laboral, la oferta vinculante de la sociedad vehículo del equipo directivo incluía la cesión de todos los contratos de trabajo, lo que permitió contar con el apoyo de los representantes de los trabajadores y justificar la solicitud de venta directa.

La transmisión de la unidad productiva se hizo en fase común, para evitar el riesgo de resolución de los contratos sometidos a la normativa del sector público. La sociedad vehículo obtuvo clasificación para contratos de obras y servicios con la Administración.

### BBVA Bancomer: Financiación para la adquisición del Hotel St. Regis Punta Mita

El equipo de Cuatrecasas en México ha asesorado a BBVA Bancomer en el financiamiento otorgado a una *joint-venture* formada por Vertex Real Estate Investors y Grupo MRP (50% cada uno) para la adquisición del Hotel St. Regis Punta Mita, ubicado en la Riviera Nayarit (México).

El consorcio inversionista, con Vertex actuando como estructurador de la compra, ha llevado a cabo la adquisición del hotel, que cuenta con 120 habitaciones y suites y que continuará siendo operado por Marriott International, Inc. bajo un contrato de administración de largo plazo.



Esta compleja operación, la primera de esta magnitud cerrada en el sector hotelero tras el inicio de la pandemia durante la cual se negoció, consolida la participación de BBVA Bancomer en el mercado de financiamientos hoteleros en México.

El Hotel St. Regis Punta Mita, reconocido como uno de los resorts de lujo líderes a nivel mundial, está ubicado dentro del exclusivo plan maestro de Punta Mita en la Riviera Nayarit (México). Los nuevos propietarios han definido un plan para renovar y reposicionar la propiedad ubicada en el Pacífico mexicano.

## BANCO CETELEM: Constitución de “Autonoría Spain 2021, Fondo de Titulización”

Cuatrecasas ha asesorado al Grupo BNP PARIBAS como entidad directora y entidad coordinadora única, y a Banco Cetelem, S.A.U. como originador, en la constitución de un fondo de titulización denominado “AUTONORIA SPAIN 2021, FONDO DE TITULIZACIÓN”, cuyo activo subyacente se compone de préstamos a personas físicas y jurídicas para la adquisición de vehículos nuevos, usados o de uso recreacional, por un importe de 1.000.000.000 euros, que fueron objeto de admisión a cotización en AIAF, Mercado de Renta Fija. La totalidad de los bonos emitidos por el fondo han sido colocados entre inversores cualificados.

El fondo se constituyó al amparo del Reglamento Europeo de Folletos y del Reglamento Europeo de Titulización. Adicionalmente, la titulización ha sido etiquetada como “simple, transparente y normalizada” a efectos del Reglamento Europeo de Titulización y del Reglamento UK de Titulización. Tanto el *swap* de tipos de interés (ISDA francés) como una garantía a primer requerimiento, estuvieron sujetos a Derecho francés.

Banco Cetelem, S.A.U. es una entidad de crédito supervisada por Banco de España, íntegramente participada por BNP Paribas Personal Finance, filial a su vez totalmente participada por BNP Paribas, S.A., y especializada en préstamos personales y productos de crédito al consumo a particulares.

## LEGISLACIÓN

### COVID-19. Aspectos esenciales para empresas, entidades financieras y fondos

Desde el mes de marzo de 2020 hemos venido informando puntualmente de las novedades jurídicas relevantes para las empresas en relación con las medidas aprobadas por la 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](#)

En estos últimos meses, se han seguido adoptando medidas excepcionales para las empresas entre las que destacamos las siguientes:

- **Inversiones exteriores.** El [RDL 12/2021](#) ha extendido hasta 31 de diciembre de 2021 (antes era hasta el 30 de junio de 2021) el requisito de someter a autorización previa las “inversiones extranjeras directas” (adquisición de, al menos, el 10% del capital o del control) en sociedades españolas (cotizadas o no cotizadas si la inversión supera los 500 millones de euros) que operen en determinados sectores estratégicos realizadas por residentes en países de la Unión Europea o de la Asociación Europea de Libre Comercio.
- **Refinanciación de deuda con aval del ICO.** Mediante Acuerdos del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021 se han aprobado medidas, que desarrollan los Reales Decretos leyes [34/2020](#) y [5/2021](#), para permitir una renegociación de la financiación dotada de aval público, y aprobar un Código de Buenas Prácticas de adhesión voluntaria por las entidades financieras. Para un detalle de estas medidas, puede consultarse nuestro legal flash sobre “[Novedades en la refinanciación de deuda con aval del ICO](#)”.
- **Fondo de recapitalización de empresas** gestionado por COFIDES para empresas de mediano tamaño, cuyo funcionamiento y requisitos ha sido desarrollado por el [Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2021](#).



- **Nuevas limitaciones al reparto de dividendos:** el [RDL 11/2021](#) (que extiende los ERTE hasta el 30 de septiembre de 2021) reitera la limitación al reparto de dividendos para las empresas que hayan accedido a la exoneración de cuotas en el marco de un ERTE. Recordemos que otras normas anteriores también establecían limitaciones o prohibiciones a dicho reparto (por ejemplo, las que se hubieran beneficiado de los mecanismos de refinanciación de préstamos con aval del ICO conforme al RDL 5/2021), por lo que puede resultar conveniente, antes de proceder a cualquier reparto, revisar si es de aplicación alguna limitación.

### Finanzas sostenibles: nuevas iniciativas UE

El 6 de julio de 2021 la Comisión Europea aprobó:

- La nueva estrategia sobre finanzas sostenibles.
- Un Reglamento Delegado que: (i) detalla el contenido y la presentación de la información que, conforme al artículo 8 del Reglamento de Taxonomía (2020/852/UE), deben divulgar las empresas no financieras, los gestores de activos, las entidades de crédito, las empresas de inversión y las empresas de seguros y reaseguros; y (ii) establece unas reglas comunes para los indicadores clave de desempeño.
- Una propuesta de Reglamento sobre el estándar europeo de bonos verdes, que establece un estándar al que podrán acogerse voluntariamente los emisores, tanto privados como públicos de dentro y fuera de la UE, para acreditar que una emisión de deuda puede clasificarse como “bono verde”. Esto contribuirá a reducir el riesgo de que se pueda estar “maquillando” un proyecto para que parezca respetuoso con el medioambiente o la dimensión social cuando, en realidad, no lo es (*greenwashing* o *social washing*). Los emisores dispondrán de una “herramienta” para certificar que están financiando proyectos que están alineados con la taxonomía de la UE y los inversores que suscriban los bonos podrán evaluar, comparar y confiar más fácilmente en que sus inversiones son sostenibles.

En los próximos días publicaremos un *legal flash* en el que analizaremos los aspectos clave de estas tres iniciativas. Puede consultarse la nota de prensa de la Comisión Europea y la documentación asociada en el siguiente enlace:

[Strategy for financing the transition to a sustainable economy](#)

## JURISPRUDENCIA

### Reintegración de pago efectuado en contrato sujeto a la ley de un Estado miembro distinto del de apertura

En el asunto *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft* (sentencia de 22 de abril de 2021, asunto C-73/20), el TJUE resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo alemán en un supuesto de reintegración concursal de determinado pago por tercero realizado por una sociedad posteriormente devenida insolvente. Siguiendo lo dictado por el Tribunal, los pagos por tercero realizados en el marco de un contrato deben regirse por la ley que resulte de aplicación a dicho contrato bajo el Reglamento Roma I, incluso en el supuesto en que el pagador se vea sometido a un procedimiento de insolvencia bajo una ley distinta y el pago se impugne en dicho procedimiento.

En el caso concreto, una sociedad domiciliada en Alemania (*Oeltrans*) realizó un pago por otra sociedad de su grupo bajo un contrato sometido a derecho holandés suscrito entre ésta y una sociedad domiciliada en los Países Bajos. En el posterior procedimiento concursal alemán de *Oeltrans*, el administrador concursal trató de rescindir el pago al entender que era perjudicial para la masa.

Bajo derecho alemán (*lex concursus*) el acto era rescindible. Sin embargo, bajo derecho holandés (ley del contrato) el acto era irrevocable. A pesar de tratarse de un pago por tercero que no era parte del contrato, el TJUE determinó que la misma ley del contrato rige sobre el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del mismo por una



parte o por un tercero, incluso después de la apertura de un procedimiento de insolvencia.

De esta forma, el TJUE interpreta la excepción a la regla general del art. 4.1 del [Reglamento 1346/2000](#) (7.2.m. del [Reglamento 2015/848](#)) -los procedimientos de insolvencia y sus efectos se rigen por la ley del Estado Miembro en que se haya declarado el concurso- contenida en el art. 13 del [Reglamento 1346/2000](#) (actual art. 16 del [Reglamento 2015/848](#)). Este último propugna que prevalece sobre la acción rescisoria de la ley del Estado Miembro de apertura del procedimiento de insolvencia lo previsto en la ley rectora del acto perjudicial si (i) esta última difiere de la *lex concursus*, y (ii) dicho ordenamiento no permite la impugnación del acto perjudicial de que se trate.

Y el móvil de dicha postura del TJUE no es otro que proteger la seguridad jurídica y la confianza legítima de quien se ha beneficiado de un acto perjudicial para los acreedores, estableciendo que este acto seguirá estando regulado, aun después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, por la ley que le era aplicable en el momento en que se realizó (en este caso, el derecho holandés).

Todo lo anterior, lo fundamenta igualmente el TJUE con base en el art. 12.1.b) del [Reglamento de Roma I](#), en virtud del cual la ley aplicable al contrato rige el cumplimiento de las obligaciones que este genere. Por consiguiente, la realización por un *extraneus* de la obligación contractual de pago se rige por la ley aplicable al contrato que es fundamento de tal obligación.

### El aplazamiento del precio es un acto de análoga finalidad a un préstamo

El TS, en su [sentencia de 22 de junio de 2021, nº 422/2021](#) (ECLI:ES:TS:2021:2366), estudia la calificación que merece en sede concursal el precio aplazado pactado en un contrato de compraventa de un inmueble formalizado por la sociedad concursada y uno de sus socios titular del 30,6% de su capital social. La administración concursal había incluido este crédito en la lista de acreedores con el carácter de subordinado por ser el acreedor una

persona especialmente relacionada con la concursada y entender que se trataba de una deuda con origen en un acto de análoga finalidad a un préstamo, por lo que no entraba dentro de la excepción contenida en el [art. 92.5º](#) de la derogada LC (hoy [art. 281.2.3º](#) TRLC).

El Alto Tribunal pone de manifiesto que la excepción a la subordinación contenida en dicho precepto comprende tanto contratos que conforme a su naturaleza jurídica y su causa negocial están destinados directa y específicamente a la financiación (crédito, descuento, *leasing*, etc.), como los que satisfacen esa misma finalidad económica de forma indirecta. Por tanto, es preciso valorar si el aplazamiento en el precio de la compraventa cumple con tal finalidad.

Recuerda el TS que no existe en nuestra legislación una regulación similar a la de la venta a plazos de bienes muebles, cuya normativa reguladora reconoce su finalidad económica de financiación. En la compraventa de inmuebles se hace necesario valorar las circunstancias del caso concreto para determinar si el aplazamiento del precio busca tal finalidad. En el caso examinado el hecho de que el porcentaje del precio aplazado fuera muy elevado, el amplio periodo que se concedió para la amortización del precio, así como el reconocimiento de deuda formalizado después de vencido el plazo de pago previsto en el contrato que supuso una refinanciación (no se exigió su abono a su vencimiento), son circunstancias suficientes, a juicio del TS, para afirmar la finalidad económica de financiación del aplazamiento examinado y, en consecuencia, para calificar el crédito como subordinado por tener su origen en un acto de análoga finalidad a un préstamo.

### Propuesta alternativa en convenio solo para acreedores subordinados

La [STS de 27 de mayo de 2021, nº 367/2021](#) (ECLI:ES:TS:2021:2124), reconoce la validez de una propuesta de convenio aprobada por la mayoría de los acreedores ordinarios que, además de establecer como contenido necesario quitas y esperas que afectaban a estos y por extensión a los acreedores



subordinados, contenía también una propuesta alternativa de conversión de deuda solo para los acreedores subordinados.

Conforme al [art. 100.2 LC](#) (hoy [art. 317.2 TRLC](#)), las propuestas alternativas pueden dirigirse a todos o algunos de los acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Nada dice la norma respecto de los acreedores subordinados, razón por la que, en principio, sería válida una proposición alternativa como la enjuiciada.

Habría, por tanto, que valorar si concurren las mayorías requeridas por el [art. 125.1 LC](#) (hoy [art. 378 TRLC](#)) para considerar aceptada una propuesta de convenio que atribuya un trato singular a ciertos acreedores, esto es, tanto la exigida para la aprobación del contenido concreto del convenio que se propone, como el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular. En el supuesto concreto, los acreedores no afectados serán los que conforman el pasivo ordinario, quienes habían mostrado su aceptación a la propuesta con una mayoría superior a la que la ley exige para la capitalización de la deuda, por lo que la alternativa propuesta en exclusiva a los acreedores subordinados había sido debidamente aprobada.

### Extinción de garantías por PER y fianza

Se plantea la [STS de 26 de mayo de 2021, nº 363/2021](#) (ECLI:ES:TS:2021:2128) si la extinción de la garantía hipotecaria que lleva aparejada la consideración del acreedor hipotecario como persona especialmente relacionada con el concursado supone la liberación del fiador que garantiza de forma personal esa misma obligación.

En primer lugar, el TS recuerda que la extinción de las garantías de las personas especialmente relacionadas con el deudor tiene como finalidad impedir que los acreedores de tal condición puedan ver satisfecho su crédito en el concurso con alguna preferencia que hiciera ineficaz la subordinación impuesta a su crédito por la norma concursal. En consecuencia, solo debe afectar a las garantías reales constituidas sobre bienes incluidos en la masa activa, no a las garantías personales ni a las constituidas por un tercero.

En cuanto a si la extinción de las garantías reales supondría la liberación del fiador conforme al [art. 1852 CC](#), reconoce la sentencia que esta pérdida de garantías conlleva un cambio significativo en la situación jurídica de los fiadores quienes no solo ven incrementada su exposición frente al acreedor, sino que además pierden el derecho a subrogarse en la garantía que queda extinguida. Sin embargo, considera que el hecho que determina la subordinación del acreedor y la desaparición de sus garantías existía ya en el momento en el que los fiadores consintieron el afianzamiento, puesto que entonces ya eran conocedores de que la vinculación societaria de deudor y acreedor podría devenir en la consideración de este último como persona especialmente relacionada con el primero. No existió, por tanto, un acto posterior del acreedor que persiguiera impedir que los fiadores pudieran subrogarse en la hipoteca.

Por último, afirma el TS que el hecho de que el deudor principal esté en concurso y que el acreedor no pueda reclamar el pago de su crédito fuera de él no desvirtúa el carácter accesorio y subsidiario de la fianza. Por tanto, el acreedor podrá dirigirse frente a los fiadores puesto que es titular de un crédito vencido y exigible que ha sido reclamado al deudor principal mediante su comunicación y reconocimiento en el concurso.

### Caducidad del plazo para el ejercicio del derecho de retracto del crédito litigioso

El TS se ha pronunciado nuevamente sobre la naturaleza propia de la caducidad del plazo de nueve días para el ejercicio del derecho de retracto del crédito litigioso *ex art. [art. 1535 CC](#)* en su [sentencia de 10 de mayo de 2021, nº 277/2021](#) (ECLI:ES:TS:2021:1700).

El Alto Tribunal desestimó el recurso del deudor, cuyo préstamo hipotecario había sido cedido por la SAREB, al entender que la acción de retracto había caducado, sin entrar en el fondo del derecho.

En el caso, la demanda de ejercicio del derecho de retracto se ejercitó una vez transcurrido el plazo de nueve días que no se interrumpió ni se suspendió por el acta notarial otorgada dentro del plazo manifestando la voluntad del deudor de ejercitar el



derecho de retracto y depositando los cheques mediante los que pretendía satisfacer el precio pagado por la cesionaria y los gastos e intereses; pretensión que fue expresamente rechazada por la cesionaria también dentro del plazo. Tampoco se interrumpió el plazo por la presentación de un escrito del deudor y sus dos fiadores en el juzgado que tramitaba el procedimiento de ejecución hipotecaria, manifestando su voluntad de ejercer el derecho, que fue contestado mediante diligencia de ordenación en la que se hacía constar que dicho derecho debía ejercitarse ante el órgano judicial competente y a través del procedimiento oportuno con la correspondiente demanda. Cuando finalmente esta demanda se presentó, el plazo legal de nueve días ya había precluido.

### Eficacia del embargo del procedimiento civil frente al procedimiento administrativo de apremio

Mediante [sentencia de 20 de abril de 2021, nº 215/2021 \(ECLI:ES:TS:2021:1476\)](#), el TS se pronuncia sobre la naturaleza jurídica y los efectos de los embargos y su anotación registral, en el marco de una cesión de créditos que estaban siendo reclamados en juicios ejecutivos y sobre los que se habían decretado anotaciones preventivas de embargo sobre las fincas.

Con posterioridad a la cesión y la aprobación de la sucesión procesal en los procedimientos ejecutivos, se tramitaron a instancia de la Tesorería General de la Seguridad Social procedimientos administrativos de apremio sobre las mismas fincas, mediante los que se logró la anotación de embargo a favor de dicho organismo, que se subastaron y fueron adjudicadas a los propios demandados (previa cesión del remate a su favor).

La adjudicación se inscribió en el Registro de la Propiedad estando aún vigente la anotación de embargo acordada en el previo procedimiento judicial. Esta anotación caducó y se canceló, sin que los cesionarios lograran prorrogarla al negárseles legitimación procesal por no haberse inscrito la cesión del crédito a su favor.

La demanda de los cesionarios frente a los nuevos titulares de la finca fue estimada en recurso de casación, declarándose que el embargo trabado sobre la finca en el procedimiento administrativo de apremio no les era oponible y que seguía vigente el embargo previo trabado.

El Alto Tribunal entendió que el derecho de los adjudicatarios en el procedimiento administrativo de apremio, aun con la prioridad conferida por la anotación de embargo decretada en aquel procedimiento, nació después del embargo y de la anotación decretada en el procedimiento de ejecución judicial a favor de cesionarios.

En consecuencia, los actuales titulares de la finca deben asumir las cargas previas y quedan sometidos a la posibilidad de que la finca sea objeto de una nueva ejecución fundada en el embargo previo trabado en el marco del procedimiento ejecutivo. Su posición en ese procedimiento sería la de terceros poseedores con la consiguiente limitación de responsabilidad establecida en el [art. 613.3 LEC](#).

### Requisitos y consecuencias de la calificación como cómplice en concurso culpable

Hablamos de la [SAP de Madrid, de 16 de abril, núm. 151/2021 \(ECLI:ES:APM:2021:4601\)](#). La Audiencia ratifica la sentencia de primera instancia que califica como culpable el concurso de una inmobiliaria, así como la consideración de cómplice del banco que actuó como contraparte de la concursada. Con esta condena el banco pierde todos los derechos que tenía como acreedor de la concursada.

En apretada síntesis, los hechos que han provocado la calificación del banco como cómplice del concurso culpable son los siguientes: una sociedad compra una finca y pacta con el vendedor la posibilidad de un incremento del precio en función de una futura recalificación del inmueble; la sociedad solicita un préstamo a un banco para pagar la parcela firmando una hipoteca sobre el inmueble en favor del propio banco; parte del préstamo lo utiliza para el pago del inmueble y el resto lo deposita en el propio banco como garantía prendaria de ese eventual incremento de precio;



consta probado que el banco autorizó a la sociedad a disponer de esos fondos para la amortización anticipada del préstamo hipotecario otorgado a su favor teniendo plena constancia que la cantidad depositada se reservaba para pagar el precio adicional del inmueble sin que la sociedad dispusiera de otros bienes para hacer frente a sus compromisos; pasado un año y medio después de que el banco dispusiera del importe y lo aplicara a la amortización anticipada de su préstamo la sociedad es declarada en concurso.

Se insta el concurso de la sociedad y en primera instancia se califica culpable por salida fraudulenta de bienes de la sociedad (ex art. [art. 164.2.5º LC](#), hoy [art. 443.2. LC](#)). El banco es declarado cómplice del concurso perdiendo todos los derechos que tenía como acreedor en el concurso. La Audiencia confirma esta calificación y recuerda que la mala fe a la que se refiere el art. [art. 73.3 LC](#) (hoy, [art. 236.3 LSC](#)) para ser declarado cómplice de un concurso culpable no requiere intención de dañar (“*animus docendi*”), bastando conciencia o conocimiento (“*scientia fraudis*”) de que con su actuación se origina un perjuicio a los demás acreedores. Una particularidad del caso es que, si bien el concurso determina la complicidad del banco, sin embargo, no afecta a los administradores de la concursada que no son declaradas personas afectadas por la calificación (porque la administración concursal no lo solicitó y el ministerio fiscal que sí lo había solicitado no compareció para ratificarse en sus pretensiones).

### Subordinación de créditos y condición suspensiva

La SAP Madrid (secc. 28ª), de 11 de junio de 2021, nº 238/2021, examina la posible subordinación del crédito de una entidad financiera que había ejercitado los derechos políticos que le confería la prenda de participaciones de la sociedad concursada otorgada en garantía de su crédito. La prenda establecía como condición para asumir tales derechos la notificación por parte del acreedor de su intención de ejercitarlos, notificación que se produjo con posterioridad a la declaración de concurso.

La AP considera que no existe control potencial sobre el deudor sino cuando el acreedor dispone de capacidad para poder ejercitar dicho control. Sin embargo, esta situación no se da cuando el ejercicio del control depende de un suceso ajeno a su voluntad. Nos encontramos, por tanto, ante un control hipotético en tanto no se dé cumplimiento a la condición suspensiva antes indicada. Así, dado que el acreedor notificó su voluntad de ejercitar los derechos políticos en la concursada después del nacimiento del crédito, no cabe su subordinación.

### Competencia para la ejecución hipotecaria durante el convenio

El auto de la AP de Madrid (secc. 28ª), de 26 de febrero de 2021, nº 50/2021 (ECLI:ES:APM:2021:1696A), resuelve la controversia sobre la competencia para conocer de un procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado antes de la aprobación del convenio, competencia que atribuye al juez de lo mercantil porque, al tiempo de presentarse la demanda de ejecución, no existía convenio y, por tanto, este juzgado mantenía su competencia para conocer del inicio o reanudación de la ejecución de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado.

Según el citado Auto, este criterio se ve reforzado por la literalidad del vigente [art. 148 TRLC](#) que, aun no siendo aplicable al caso por no ser la norma vigente al iniciarse el concurso, sí permite zanjar la polémica interpretativa que existía con la anterior redacción del [art. 57 LC](#). Esta competencia corresponde, en todo caso, al juez del concurso, incluso durante la fase de cumplimiento del convenio concursal. Con esta opinión la AP de Madrid difiere del criterio que han manifestado otros tribunales.

## DOCTRINA ADMINISTRATIVA

### Pacto marciano en hipoteca

La RDGSJFP de 15 de marzo de 2021 (BOE 28.4.21) admite el pacto marciano, acordado en forma de



opción de compra sobre el inmueble hipotecado, que podrá ejercitarse por el prestamista ante la falta de pago por el deudor de, al menos, tres plazos mensuales, del préstamo garantizado por la hipoteca.

La RDGSJFP considera que el procedimiento establecido en la escritura de opción de compra para su ejercicio se ajusta a los parámetros que, tanto la doctrina, la jurisprudencia y la propia legislación (cita como ejemplo el [RDL 5/2005](#)), han delimitado para admitir la validez del pacto comisorio: (i) que la realización de la cosa ofrecida en garantía se efectúe con fijación objetiva del valor del bien, y (ii) que no comporte un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor.

Refuerza, además, este criterio el hecho de que en la escritura se ha previsto la intervención notarial en las distintas fases del procedimiento pactado para ejecutar la opción de compra, lo que supone una garantía adicional por el deber genérico que se impone al notario de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza, y permite, además, acreditar la adecuada liquidación de la deuda, el ejercicio de la opción y una justa valoración del bien.

Valora, también, de forma positiva el hecho de que la escritura de opción de compra tenga presente los posibles derechos de terceros afectados, puesto que se prevé el depósito ante notario del sobrante que pueda existir para destinarlo, en su caso, a la satisfacción de estas deudas.

---

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.



IS 713573