

Financiación y Reestructuraciones

2º trimestre de 2020

Julio de 2020



CASOS Y OPERACIONES

- El Corte Inglés: Financiación con garantía de la línea de avales ICO
- Vía Célere: programa de pagarés en MARF
- Constitución del fondo de titulización CaixaBank Consumo 5, F.T.
- Ercros: Ampliación del crédito y reestructuración del *factoring*
- Malpartida: *Project bond* y admisión a negociación en Frankfurt

LEGISLACIÓN

- Aprobación del texto Refundido de la Ley Concursal
- COVID-19: ayudas financieras y principales medidas

JURISPRUDENCIA

- Calificación del crédito del fiador con garantía real
- Concepto de “déficit” a efectos de la responsabilidad concursal
- Carácter preferente del crédito sobre el remanente de la ejecución de una hipoteca
- Nulidad de la adquisición a *non dominio* por vicios procesales en la subasta judicial
- Doble gravamen de las aportaciones de inmuebles hipotecados en la constitución de sociedad con asunción de deuda
- AJD de las escrituras de liberación de codeudores de préstamos hipotecarios
- Calificación del crédito litigioso
- Financiación sindicada en concurso
- Resistencia al concurso de las prendas sobre saldos en cuentas corrientes
- Fianza solidaria con renuncia al beneficio de excusión
- Medidas cautelares de suspensión de ejecución de avales a primer requerimiento en el contexto del COVID-19

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

- Hipoteca en garantía de dos obligaciones
- Subrogación de hipoteca sobre concesión

OTRAS NOTICIAS DE INTERÉS

- Financiación del BEI a pymes
- EBA: ampliación del plazo de las moratorias



CASOS Y OPERACIONES

El Corte Inglés: Financiación con garantía de la línea de avales ICO

Cuatrecasas ha prestado asesoramiento legal a El Corte Inglés en la novación de su línea de crédito *revolving* sindicada suscrita en abril de 2020, mediante la cancelación de las posiciones a corto plazo de ciertas entidades bajo el mismo y su posterior renovación a través de la suscripción de un nuevo préstamo sindicado a largo plazo por un importe cercano a los 960 millones de euros para atender las necesidades de liquidez de la sociedad y su grupo como consecuencia del impacto económico del *COVID-19*.

Esta financiación se beneficia del aval del Instituto de Crédito Oficial ("ICO") al amparo de la línea de garantías, creada en virtud del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, con una cobertura del 60% del principal.

Esta nueva financiación supone un hito para la compañía, asegurando una financiación estable y con mayores plazos.

El Corte Inglés no ha tenido que ofrecer garantías para obtener la nueva financiación, que se suma a los 2.000 millones de euros de la financiación sindicada suscrita en febrero de 2020 y a los 1.311 millones de euros del crédito *revolving* sindicado de abril de 2020 (reducido a 406 millones de euros en el marco de esta operación).

Los bancos que han participado en la refinanciación han sido Santander, BBVA, CaixaBank, Sabadell, Bankia, Crédit Agricole, Kutxabank, Ibercaja y Liberbank.

La operación de financiación muestra la confianza de la banca en la empresa, después de años en los que esta ha reducido su endeudamiento de forma significativa y mejorado su situación financiera.

Vía Célere: Programa de pagarés en MARF

Cuatrecasas ha asesorado a Vía Célere en su estreno en el Mercado Alternativo de Renta Fija (MARF) mediante el registro de un programa de pagarés, con un saldo vivo máximo de 100 mil millones de euros.

Se trata de la primera incorporación al MARF desde el inicio de la crisis sanitaria ocasionada por el *COVID-19*, poniendo de manifiesto la clara apuesta de Vía Célere por este mercado alternativo.

En el programa participan PKF Attest Servicios Empresariales, S.L., como asesor registrado, Banco Inversis, S.A., como agente de pagos y CaixaBank, S.A. y Haitong Bank, S.A., Sucursal en España, como entidades colocadoras.

El programa estará vigente hasta el 26 de junio de 2021 y se lleva a cabo con el objetivo de diversificar las fuentes de financiación de Vía Célere, alcanzándose de este modo una mayor flexibilidad en la financiación del circulante del grupo.

El programa de pagarés permitirá al nuevo emisor en este mercado de BME colocar entre inversores cualificados de forma flexible, a lo largo de los próximos doce meses, pagarés con plazos de vencimiento de entre 3 días y 2 años y nominales unitarios de 100.000 euros, durante un año a contar desde la fecha de incorporación al MARF del programa.

Vía Célere es la entidad dominante de un grupo dedicado a la promoción residencial en todas sus fases, desde la adquisición del suelo hasta la entrega de las viviendas terminadas, bien sea para venta al público o para alquiler residencial.

Constitución del fondo de titulización CaixaBank Consumo 5, F.T.

Cuatrecasas ha asesorado a CaixaBank Titulización, S.G.F.T., como sociedad gestora de fondos de titulización, en la constitución del fondo de titulización "CAIXABANK CONSUMO 5, FONDO DE TITULIZACIÓN", cuyo activo subyacente se



compone de préstamos sin garantía hipotecaria concedidos a personas físicas residentes en España para la financiación al consumo. Los bonos de la emisión, por importe de 3.550.000.000 euros, fueron objeto de admisión a cotización en AIAF, Mercado de Renta Fija.

CAIXABANK CONSUMO 5, FONDO DE TITULIZACIÓN ha sido uno de los primeros fondos constituidos en el contexto de la pandemia del COVID-19, por lo que -entre otros- ha agrupado derechos de crédito derivados de préstamos que son o pueden llegar a ser objeto de una moratoria, ya sea una moratoria legal (al amparo de los Reales Decreto-ley 8/2020 y 11/2020), o de una moratoria convencional (Real Decreto-ley 19/2020 y acuerdo sectorial promovido por la asociación bancaria CECA, al que CaixaBank, S.A. se ha adherido, en el marco de las directrices dictadas por la Autoridad Bancaria Europea).

CaixaBank Titulización, S.G.F.T., la sociedad gestora del fondo, está participada al 100% por el originador, CaixaBank, S.A., una de las mayores entidades de crédito de España por volumen de activos.

Ercros: Ampliación del crédito y reestructuración del *factoring*

Cuatrecasas asesoró en mayo de 2020 a un conjunto de entidades financieras lideradas por Banco Santander en la refinanciación y ampliación de la línea de crédito *revolving* de Grupo Ercros, así como en la reestructuración de diversos instrumentos de circulante de la compañía para lograr un mejor rendimiento.

En la operación ha participado un amplio sindicato de entidades bancarias nacionales e internacionales (entre otros, Banco Santander, BBVA, CaixaBank, Banco Sabadell, Targobank, Banco Pichincha España, Ibercaja, Deutsche Bank y Crédit Agricole), y ha consistido: (i) por una parte, en la refinanciación y ampliación de la línea de crédito *revolving* existente hasta un importe de 45 millones de euros y, (ii) por otra parte, en la reestructuración de la línea de *factoring* con recurso mediante su

sustitución por dos líneas de *factoring* (con y sin recurso), por un importe máximo agregado de 102 millones de euros, estando adicionalmente el *factoring* sin recurso cubierto por una póliza de seguro CESCE.

Mediante esta ampliación de la financiación, Ercros dispone de una mejor financiación de circulante para acometer su actividad ordinaria, así como dar un mayor uso a su instrumento de *factoring* sindicado.

Ercros es un grupo industrial de tradición centenaria diversificado en tres áreas de actividad: División de Derivados del Cloro, División de Química Intermedia y División de Farmacia.

Malpartida: *Project bond* y admisión a negociación en Frankfurt

Cuatrecasas ha asesorado a Viproe Energías Renovables, S.A. (Grupo Cyopsa-Sisocia, S.A.), en una emisión de obligaciones senior garantizadas por un importe de 31.950.000 euros, al 2,744% anual y con vencimiento en 2040.

La emisión, que sigue la estructura *project bond*, se rige por Derecho español y tiene por objeto principalmente la refinanciación de la deuda del emisor cuya actividad consiste en la explotación de una planta fotovoltaica de 10MW en Malpartida de Cáceres (Badajoz).

Las obligaciones emitidas han sido admitidas a negociación en la Bolsa de Frankfurt (segmento “*Quotation Board*”).

LEGISLACIÓN

Aprobación del Texto Refundido de la Ley Concursal

El BOE del pasado 7 de mayo publicó el Real Decreto Legislativo 1/2020, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (“TRLR”), que



consolida y sistematiza nuestra legislación concursal. El TRLC entrará en vigor el próximo 1 de septiembre de 2020.

El Ministerio de Justicia ha publicado una [tabla de correspondencias](#) de los preceptos de la Ley 22/2003, Concursal, con los del TRLC.

Las sucesivas reformas que ha sufrido la Ley concursal desde su promulgación justificaban la necesidad de un texto refundido y el Gobierno fue habilitado para refundir, aclarar y armonizar nuestra legislación concursal, en mayo de 2015 (por la disposición final octava de la ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal), renovada en febrero de 2019 (por la disposición final tercera de la 1/2019, de 20 de febrero, de Ley de Secretos Empresariales). La habilitación legal permitía la regularización (ajustar, reglar o poner en orden), la aclaración (quitar lo que impide apreciar la realidad o explicar) y la armonización de unas normas legales nacidas en momentos distintos y generadas desde concepciones no siempre coincidentes. Por ello el TRLC no se ha limitado a reproducir, con mejor orden, las normas legales objeto de la refundición. Altera la sistemática de la ley y la literalidad de los textos para depurarlos en la medida necesaria para eliminar las dudas interpretativas que pudieran plantear.

Destacamos a continuación algunas cuestiones de interés en relación con el TRLC:

- Realiza una completa nueva sistematización y enumeración de la Ley Concursal con 752 artículos agrupados en tres libros (Libro I: del concurso de acreedores; Libro II: del derecho preconcursal y Libro III: de las normas de derecho internacional privado).
- Incorpora la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo interpretando la Ley Concursal, entre otras cuestiones en la suspensión del devengo de intereses (artículo 152 TRLC).
- Incluye una definición legal del concepto de unidad productiva, ordena las normas relativas a la enajenación de las unidades productivas y reconoce explícitamente al juez del concurso la

competencia única para declarar la existencia de la sucesión de empresa (artículo 221 TRLC).

- Concede una especial relevancia al derecho preconcursal, esto es, a los institutos alternativos a la insolvencia (la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores, los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago) a los que dedica íntegramente el segundo libro de los tres que la integran. Completa esta regulación la relativa al concurso consecutivo que se puede producir tras un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos.

COVID-19: ayudas financieras y principales medidas

Durante estos meses hemos ido informando puntualmente de las novedades jurídicas relevantes para las empresas en relación con las medidas aprobadas por el COVID-19. Todas nuestras publicaciones están disponibles en nuestra web en el apartado: [Coronavirus Task Force](#).

En particular, en el marco de la legislación de “excepción” del Gobierno, se ha aprobado la concesión de una serie de ayudas, en forma de financiación y de liquidez y apoyo a la industrialización de empresas. En nuestro legal flash titulado “[Ayudas financieras en la crisis sanitaria del COVID-19](#)” puede encontrarse más información.

Asimismo, para un resumen ejecutivo de las principales medidas puede acceder a nuestro legal flash: [COVID-19: Aspectos esenciales para empresas, entidades financieras y fondos](#).

Las principales medidas en materia concursal fueron introducidas por el [RDL 16/2020](#) y son, en síntesis:

- Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2020, la obligación del deudor insolvente de pedir su concurso.



- Será posible modificar los acuerdos de refinanciación homologados, aunque no haya transcurrido un año desde la anterior homologación.
- Se suspende, hasta el 14 de marzo de 2021, la obligación del deudor concursado de pedir la liquidación si no se puede cumplir el convenio aprobado para facilitar su modificación (el denominado “reconvenio”).
- En los concursos que se declaren hasta 14 de marzo de 2022, la financiación de las personas especialmente relacionadas o aquella en la que se hubieran subrogado por haber realizado su pago no se subordinará, considerándose créditos ordinarios.
- Se ordena la tramitación preferente de determinadas materias, entre las que está la compra de unidades productivas.
- Respecto a la obligación de disolver por pérdidas cualificadas, no se tomarán en consideración las pérdidas del ejercicio 2020 para determinar si la sociedad se encuentra en causa de disolución. Además, entendemos que la apreciación de la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas cualificadas solo deberá realizarse al determinar el resultado del ejercicio 2021.

JURISPRUDENCIA

Calificación del crédito del fiador con garantía real

La [sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2020, nº 262/2020](#) (ECLI: ES:TS:2020:1588), se pronuncia sobre la calificación del crédito de un fiador que goza de una garantía hipotecaria frente a la concursada.

La sociedad deudora de un préstamo sin garantía real se declara en concurso. El préstamo estaba afianzado por una sociedad de garantía recíproca que sí gozaba de garantía hipotecaria frente a la concursada. Inicialmente el crédito de los acreedores del préstamo se califica de ordinario y el crédito del fiador como contingente porque no se había ejecutado la fianza. Posteriormente, los acreedores del préstamo ejecutaron la fianza y el juez del concurso, a instancia de la fiadora, le reconoce un crédito con privilegio especial; sin embargo, no le reconoce un crédito por los intereses remuneratorios y moratorios del crédito principal afianzado devengados tras la declaración del concurso. La administración concursal impugna la calificación porque entiende que el crédito del fiador debe ser ordinario en aplicación del [art. 87.6 LC](#), que recordemos que establece que *“siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que corresponden al acreedor o al fiador”*.

El TS concluye dos cuestiones de interés:

- La norma de que el fiador se subroga en el crédito menos perjudicial para el concurso (art. 87.6 LC) no es óbice para que el fiador pueda haberse hecho otorgar por el deudor una garantía real adicional (en el caso, una hipoteca). Esta garantía no cubre el crédito de los acreedores financieros garantizados por la fianza, sino que se constituye por el deudor principal a favor del fiador para garantizar las consecuencias de la ejecución de la fianza, por lo que no se debe ver afectada por la regla del art. 87.6 LC. En consecuencia, en el caso concreto se mantiene la calificación de privilegiado del crédito del fiador.

Advierte el TS que este caso es diferente de los resueltos por sus sentencias [nº 296/2018, de 23 de mayo de 2018](#), en donde el garante era una entidad pública con privilegio general y no titular de una garantía real sobreañadida, y [nº 61/2020, de 3 de febrero de 2020](#), donde la pérdida de la garantía se produce como efecto legal derivado de la subordinación del crédito por ser persona especialmente relacionada.



- Conforme al carácter accesorio de la fianza ([art. 1826 CC](#)), el acreedor no tiene derecho a exigir al fiador intereses devengados desde la declaración de concurso del deudor principal. Por la misma razón, aunque los haya pagado, el fiador no puede reclamarlos al deudor concursado. Por ello, no cabe justificar el devengo de aquellos intereses remuneratorios, como pretendía el fiador, en la excepción del [art. 59.1 LC](#) respecto de los intereses remuneratorios cubiertos por garantía hipotecaria.

Concepto de “déficit” a efectos de responsabilidad concursal

Hablamos de las [SSTS de 29 de mayo, nº 213/2020](#) (ECLI: ES:TS:2020:1514), y [nº 214/2020](#) (ECLI: ES:TS:2020:1517) cuyo objeto gira en torno a la interpretación de qué debe entenderse por “déficit” a efectos de la responsabilidad por déficit concursal prevista en el [art. 172 bis LC](#) en la versión dada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, conforme al cual la responsabilidad por déficit concursal lo es a “*la cobertura, total o parcial del déficit en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*”.

El TS hace notar que el precepto no aclara qué debe entenderse por déficit. En su opinión, a falta de una especificación legal, debe atenderse a la razón de esta responsabilidad concursal. La causa de la responsabilidad radica en la generación o agravación de la insolvencia de la que se debe responder en función de la concreta contribución que la conducta que ha merecido la calificación de concurso culpable ha tenido en dicha generación o agravación de la insolvencia. El concepto de insolvencia por el que se responde no es por el déficit patrimonial (activo inferior al pasivo) sino por la imposibilidad del deudor de cumplir regularmente con sus obligaciones. Esta interpretación es la que más se acomoda a la naturaleza resarcitoria del precepto. Conforme a esta interpretación, déficit son los créditos que no han podido ser pagados. Es el déficit resultante de la insolvencia al final del concurso del que los administradores deben responder en la medida que contribuyeron a esa generación o agravación de la insolvencia.

También señala que no todas las conductas susceptibles de merecer la calificación culpable del concurso y la condena a la cobertura del déficit tienen que ser conductas anteriores a la declaración del concurso. Algunas son posteriores, como por ejemplo, el incumplimiento del convenio por culpa del concursado ([art. 164.2.3º LC](#)) y la falta de colaboración ([art. 165.1.2º LC](#)). A este tipo de conductas no se les puede imputar la generación o agravación de la insolvencia que determina el concurso, pero sí el agravamiento de la masa del concurso. En opinión del TS, en la medida que agraven el resultado final del concurso, esto es, la insatisfacción total o parcial de los créditos, deben quedar sujetas a la responsabilidad por déficit.

Pues bien, el caso enjuiciado en estas sentencias se refiere a una sociedad que se declara en concurso en 2015 y que desde 2013 había hecho disposiciones en favor de su matriz. Al tiempo de la declaración del concurso su activo contable era superior al pasivo con lo que no había déficit patrimonial (su crédito estaba contabilizado en el activo) pero en la medida que sus disposiciones no se devolvían provocaron la insolvencia, el concurso y un pasivo insatisfecho con lo obtenido con la realización de todos los activos. Conforme al concepto de déficit señalado, el TS señala que es lógico que los administradores responsables de la conducta que generó la insolvencia de la sociedad, mediante una conducta realizada con dolo o culpa grave, respondan de sus consecuencia representadas por el déficit entendido como “*pasivo (contra la masa y concursal) que no pueda llegar a satisfacerse con el activo realizado, y que lo sea en la medida en que el tribunal de instancia hay justificado que contribuyeron a esa generación o agravación de la insolvencia*” (déficit liquidatorio).

Llamamos la atención sobre el hecho de que esta interpretación del significado de “déficit” parece diferir de la prevista en el art. 456.2 del [Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal](#), conforme a la cual “*existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores*” (déficit patrimonial).



Carácter preferente del crédito sobre el remanente de la ejecución de una hipoteca

La [STS de 5 de junio de 2020, nº 259/2020 \(ECLI: ES:TS:2020:1606\)](#), aborda la cuestión acerca de si resulta conforme con la legislación concursal que el crédito a favor de un acreedor hipotecario posterior sobre el eventual remanente resultante de la ejecución de una carga hipotecaria anterior sea calificado como un crédito preferente o privilegiado a los efectos del procedimiento concursal seguido contra el deudor ejecutado.

En el caso, la entidad financiera era acreedora de tres hipotecas sobre el mismo inmueble. La primera de las garantías hipotecarias fue ejecutada por impago de la deuda, produciéndose la adjudicación del inmueble a favor del acreedor hipotecario. Posteriormente, se declaró el concurso de la deudora hipotecante y el remanente de la ejecución hipotecaria fue integrado en la masa concursal.

La acreedora hipotecaria se personó en el procedimiento concursal solicitando que se le reconociera un crédito privilegiado especial en virtud de las dos hipotecas posteriores que, por recaer sobre el inmueble ya auto-adjudicado a la propia entidad financiera con la ejecución de la primera garantía, no habían podido ejecutarse. Esta pretensión, que fue desestimada en primera instancia, se estimó en apelación.

El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación a favor del acreedor hipotecario y concluye que la extinción de la garantía real posterior, debido a la ejecución de una hipoteca anterior que recaía sobre el mismo bien, no impide que el acreedor hipotecario pueda ejecutar las garantías posteriores respecto del remanente de la ejecución de la primera garantía, manteniendo a tales efectos la condición de acreedor hipotecario y calificándose igualmente su crédito como preferente. Esto se debe a que se produce una mera subrogación real, de forma que la garantía se traslada del bien hipotecado al remanente (cantidad líquida) de la ejecución.

El Alto Tribunal recuerda que, en todo caso, el crédito solo será preferente en relación con la cuantía de la deuda a la que alcance la garantía (remanente). El crédito carecerá de privilegio especial para el cobro de la parte de la deuda no cubierta por la garantía.

Nulidad de la adquisición a *non dominio* por vicios procesales en la subasta judicial

En su [Sentencia de 29 de mayo de 2020, nº 208/2020 \(ECLI: ES:TS:2020:1459\)](#), el Tribunal Supremo admite la atacabilidad por el propietario no inscrito y poseedor de un inmueble de la adquisición a *non dominio* derivada de una subasta judicial en un proceso de ejecución seguido contra el deudor que consta inscrito como propietario en el Registro de la Propiedad, debido, principalmente, a que no se había notificado correctamente a la parte demandada, quien no pudo poner de manifiesto la existencia de un tercer poseedor.

La indefensión causada al propietario legítimo por este defecto procesal que le privó de la posibilidad de hacer valer su derecho mediante una tercera de dominio, vicia de nulidad el título adquisitivo resultante de la subasta judicial, que no queda validada con la inscripción del título en el registro.

El litigio se inició con la demanda interpuesta por la propietaria de un inmueble que no había inscrito su título en el Registro de la Propiedad, cuando se decretó el embargo del inmueble en ejecución de una sentencia dictada en un monitorio seguido contra quien se la había vendido años atrás y continuaba figurando como titular registral.

El Tribunal Supremo considera, en línea con las sentencias de instancia y apelación, que la ejecución se había producido sin agotar las mínimas diligencias de averiguación exigibles, tramitándose el procedimiento con la sola presencia del ejecutante. Ello habría producido indefensión, tanto al ejecutado como al verdadero propietario que, a pesar de no figurar en el Registro como tal, resultaba fácilmente identificable dadas las circunstancias del caso.



La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva comporta la nulidad de raíz de todo el procedimiento de ejecución, y con ello del título adquisitivo, a pesar de su inscripción registral. Además, la nulidad del título supone que no deba entrar a valorarse si el adjudicatario adquirió o no de buena fe, a los efectos de la protección que brinda al adquirente oneroso de buena fe del artículo 34 LH.

Doble gravámen de las aportaciones de inmuebles hipotecados en la constitución de sociedad con asunción de deuda

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado la [Sentencia de 18 de mayo de 2020 \(ECLI ES:TS:2020:963\)](#), en la que se resuelve el recurso de casación nº 5194/2017 contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de julio de 2017.

El Tribunal resuelve la cuestión de si, a efectos del ITPyAJD, la constitución de una sociedad cuyo contravalor consiste en la aportación de bienes inmuebles garantizados con hipoteca supone la existencia de una única operación sujeta a la modalidad operaciones societarias (constitución de sociedad) o si, además, comprende otra operación (adjudicación en pago de asunción de deudas), sujeta a la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas por los bienes inmuebles que se entregan al asumir la nueva sociedad la deuda hipotecaria que los grava.

El Tribunal concluye que existen dos convenciones perfectamente delimitadas y separables, por una parte, la suscripción del capital mediante la aportación de inmuebles hipotecados y, por otra, la asunción del crédito hipotecario por la entidad de nueva constitución. Se fundamenta el carácter separado de ambas convenciones en el hecho de que *"(...) no hay obstáculo legal para que la primera convención se produzca sin que tenga lugar la segunda. O, dicho con más precisión, es posible que las fincas hipotecadas se aporten a la sociedad sin que ésta asuma el crédito hipotecario pendiente."*

Para el Tribunal no es posible sostenerse válidamente que la asunción de deuda hipotecaria

esté "absorbida" por la aportación de los inmuebles o que ambas operaciones sean "inescindibles" porque la sociedad puede quedar constituida mediante la aportación de fincas hipotecadas sin asunción de la deuda hipotecaria pendiente, esto es, sin que la sociedad de nueva constitución se obligue al pago de un crédito que sigue siendo responsabilidad del deudor hipotecario.

Con base en lo anterior, el Tribunal concluye que la aportación de inmuebles hipotecados en una constitución de sociedad limitada, con asunción de la deuda hipotecaria pendiente por parte de la sociedad que emite las nuevas acciones, es una doble convención sujeta a tributación por el ITPyAJD en las modalidades de gravamen de Operaciones Societarias (por la constitución de la sociedad que emite las acciones) y Transmisiones Patrimoniales Onerosas (por la asunción de la deuda hipotecaria).

Esta sentencia reitera el criterio de otra anterior de esa misma Sala y Sección de 1 de julio de 2013 (recurso de casación núm. 713/2012), relativa a una operación idéntica pero en el marco de una ampliación de capital.

La sentencia tiene un voto particular emitido por dos magistrados, para quienes existe una única convención en vista de la equivalencia del valor nominal de las acciones emitidas y el valor neto de la aportación (el valor de los inmuebles aportados menos el importe de la deuda hipotecaria). El voto particular señala, además, que debiera haberse planteado cuestión prejudicial ante el TJUE a la luz del principio de libre circulación de capitales.

AJD de las escrituras de liberación de codeudores de préstamos hipotecarios

El Tribunal Supremo ha concluido en la [Sentencia de 20 de mayo de 2020, nº 521/2020 \(ECLI ES:TS:2020:1103\)](#), que las escrituras notariales que documentan la liberación de codeudores de un préstamo garantizado con hipoteca sobre determinados inmuebles se encuentran sujetas a la modalidad de gravamen Actos Jurídicos Documentados (AJD) Documento Notarial.



En el supuesto enjuiciado, se había otorgado una primera escritura para la extinción del condominio sobre el inmueble hipotecado y una segunda que documentaba la ampliación y novación del préstamo hipotecario y la asunción de la deuda hipotecaria por los adjudicatarios con la liberación del resto de propietarios, siendo esta segunda escritura la que motiva la cuestión controvertida.

El Alto Tribunal resuelve el recurso de casación interpuesto por el obligado tributario frente a la sentencia del TSJ de La Comunidad de Valencia, que había confirmado la liquidación por AJD practicada por la Consejería de Economía y Hacienda de la Generalitat Valenciana, al considerar que este tipo de supuestos constituyen una distribución de la responsabilidad hipotecaria y no una mera modificación subjetiva de los responsables.

En particular, el Tribunal Supremo se pronuncia en estos términos: "(...) *concorre aquí el hecho imponible consistente en la ampliación de préstamo y por tanto la modificación de las obligaciones garantizadas y con ello de la garantía hipotecaria, hecho imponible nuevo en el que se produce una modificación de las responsabilidades hipotecarias como consecuencia de la ampliación del préstamo hipotecario y de la liberación de los deudores operada, teniendo tal modificación de responsabilidad hipotecaria claras repercusiones registrales. Y ello por cuanto la hipoteca original accedió al registro según lo pactado en la escritura original, sufriendo una clara alteración al ser modificado el préstamo y la obligación garantizada por la hipoteca. En definitiva, aunque la garantía hipotecaria sobre la finca no se altere, si se produce una modificación subjetiva de los responsables, que tiene acceso al registro, y que aunque pueda tener su causa en la extinción del condominio, liberándose respectivamente de la responsabilidad del préstamo hipotecario los afectados por la extinción, concretando su responsabilidad exclusivamente en las fincas de las que tras la extinción resultan adjudicatarios, son beneficiados por dicha liberación.*"

La sentencia fija como doctrina legal que la liberación en escritura pública notarial de codeudores de un préstamo garantizado mediante hipoteca de determinados inmuebles está sujeta a la modalidad de actos jurídicos documentados del

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

A la luz de este pronunciamiento, debería valorarse con cautela el impacto de esta sentencia en las operaciones de refinanciación y reestructuración que afecten a deuda hipotecaria y prevean la liberación de algún deudor, así como el impacto que pudiera tener en operaciones de este tipo realizadas con anterioridad.

Calificación del crédito litigioso

La [sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020, nº 174/2020](#) (ECLI: ES:TS:2020:827) interpreta el [art. 87.3 LC](#) sobre los créditos litigiosos que son reconocidos en el concurso como contingentes hasta que son reconocidos en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional.

El TS recuerda que la calificación de contingente por litigiosidad es, por definición, transitoria, puesto que depende del resultado del litigio en que se está discutiendo el crédito. Si concluye con resolución desestimatoria, el crédito será dado de baja de la lista de acreedores; si es estimatoria, el reconocimiento del crédito será confirmado por la cuantía que se haya fijado en la resolución firme o susceptible de ejecución provisional que haya puesto fin al litigio. A continuación, matiza que la calificación de contingencia no se refiere solo a la pendencia del pleito, sino también a la determinación de la cuantía, puesto que mientras que el crédito no sea exactamente cuantificable no puede incorporarse de manera definitiva (en el sentido de no contingente) a lista de acreedores. En el caso, la sentencia firme recaída en el juicio no liquidó la cantidad de que era acreedora la titular del crédito frente a la concursada, sino que estaba pendiente de ejecución de sentencia por lo que no estaba definitivamente cuantificado.

Financiación sindicada en concurso

En el marco del concurso de Royal Urbis, resulta de especial interés el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo de 2020, que aprueba el plan de liquidación formulado por la administración



concursal, con las siguientes conclusiones destacables:

- > El pago en sede de liquidación concursal tiene que llevarse a cabo imperativamente con base en la clasificación crediticia otorgada en el concurso a cada clase de crédito y en el modo dispuesto en el art. 692 LEC, con exclusión de las reglas de imputación de pagos de los arts. 1173 y ss Cc.
- > La regla de arrastre del sindicado (mayoría del 75%) es una regla excepcional para facilitar la refinanciación o el convenio, que no puede aplicarse analógicamente a la liquidación. Lo contrario supondría una alteración del régimen interno existente en el pacto de sindicación y una injerencia sobre las reglas pactadas en ejercicio de la autonomía de la voluntad de los acreedores sin una habilitación legal concreta para ello.

Al hilo de esta conclusión, el Tribunal recuerda la doctrina sobre la naturaleza jurídica del préstamo sindicado: *“La figura del préstamo sindicado genera, en su aspecto externo, en relación con el deudor, una serie de obligaciones mancomunadas, donde se reconocen tantos derechos de crédito como acreedores se integren en aquel sindicato. En el aspecto interno, se produce un acuerdo de voluntades entre los acreedores integrados en dicho préstamo, a través del pacto de sindicación, donde se establecen una serie de reglas la administración y disposición de los derechos, y respecto de la cuales, algunos de esos pactos se presentan exteriorizados al deudor.*

- > Los pagos resultantes de la liquidación deben realizarse por la administración concursal a través del Agente del sindicado, por ser este el pacto alcanzado entre sus miembros, sin perjuicio de que los créditos se reconozcan individualmente a cada miembro del sindicado. El apoderamiento irrevocable al Agente incluido en el pacto de sindicación continúa vigente y es oponible al deudor y a sujetos relacionados con él.

- > Los acreedores del sindicado pueden participar, como cualquier tercero, en los procesos de realización de los bienes hipotecados o pignoralos de la concursada ofertados o licitados. En consecuencia, pueden pujar con su crédito para adjudicarse en pago dichos bienes sin necesidad de que esa opción deba ser apoyada por el 75% o más de los acreedores.

Resistencia al concurso de las prendas sobre saldos en cuentas corrientes

La SAP de Madrid nº 161/2020, de fecha 28 de mayo de 2020, que recoge la doctrina de la [STS de 13 de marzo de 2017, nº 180/2017](#) (ECLI:

ES:TS:2017:845), confirma el criterio de que las prendas sobre cuentas corrientes solo se extenderán al saldo que hubiese a la fecha de declaración del concurso, no a saldos posteriores. Puede encontrarse un resumen de dicha resolución en nuestra [Newsletter de Financiación y Reestructuraciones del 1º trimestre de 2017](#).

En este sentido, hay que recordar que este Tribunal había venido admitiendo, con base en la [STS de 18 de marzo de 2016](#) (ECLI:ES:TS:2016:1211), la resistencia al concurso de prendas de créditos futuros que consten en documento de fecha fehaciente y que deriven de contratos o relaciones anteriores a la declaración del concurso, aunque los referidos créditos naciesen con posterioridad.

Ahora bien, es necesario diferenciar entre créditos futuros no existentes en el momento de declararse el concurso, pero que derivan de contratos concertados o de relaciones jurídicas existentes antes de la declaración del concurso y créditos que deriven de contratos o relaciones jurídicas cuyos caracteres definitorios estén recogidos en la escritura de constitución de la prenda pero que se encuentren pendientes de concertar o que no hayan nacido aun cuando se declaró el concurso, puesto que la prenda sobre los segundos no es resistente al mismo.

En este sentido, el Tribunal Supremo en la referida sentencia de 13 de marzo de 2017 ya expuso que se reconoce el privilegio especial del [art. 90.1.6º LC](#) a la prenda de créditos futuros siempre que al tiempo



de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente de los créditos futuros pignorados, aunque éstos hayan hubieran nacido tras la declaración de concurso. Por tanto, tendrán la consideración de privilegiadas las prendas que determinen con suficiente precisión los caracteres de identificación de los créditos futuros pignorados, sin necesidad de realizar ningún acto complementario por las partes, esto es, sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes ([art. 1273 Código Civil](#)).

Por el contrario, no pueden aceptarse que sean resistentes al concurso las prendas sobre créditos que deriven de contratos o relaciones jurídicas cuyos caracteres definitorios estén recogidos en la escritura de constitución de la prenda pero que se encuentren pendientes de concertar o que no hayan nacido aun cuando se declaró el concurso.

Entiende el Tribunal que, en este sentido, nos encontramos en este segundo caso, al ser los saldos de las cuentas provenientes de ingresos de explotación y que, por tanto, no cabe extender la prenda al saldo posterior al concurso.

El Tribunal también rechaza la aplicación al caso del régimen de garantías financieras del [Real Decreto-ley 5/2005, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública](#).

A este respecto, el Tribunal recuerda el requisito de aportación y control de las garantías financieras y su concreto significado en el caso de prendas sobre depósito en efectivo, que fue objeto de interpretación por la [Sentencia del TJUE de fecha 10 de noviembre de 2016](#) (ECLI:EU:C:2016:851). Puede consultarse un resumen de dicha resolución en nuestra [Newsletter de Financiación y Reestructuraciones del 4º trimestre de 2016](#). En ella se especifica que este requisito se entenderá cumplido cuando el beneficiario pueda efectivamente disponer de la garantía si se produce un acontecimiento de ejecución. Por consiguiente, sólo cabe considerar que el beneficiario de una garantía tiene estos fondos en su poder o bajo su control si se impide al garante disponer de ellos. A los efectos de dicho requisito, no resultaría

relevante que las partes hubieran pactado en la formalización de las prendas, que su firma implicara un ficticio traspaso posesorio.

Fianza solidaria con renuncia al beneficio de excusión

De la [SAP de Barcelona \(secc. 15ª\) de 19 de mayo de 2020, nº 830/2020](#) (ECLI: APB: 2020:3101), juzgamos oportuno reproducir su explicación sobre el contenido y alcance de la fianza con renuncia expresa al beneficio de excusión: “(...) *es una de las modalidades de fianza expresamente contempladas en el Código Civil (artículos 1831 y 1832 del Código Civil). No es posible identificar subsidiariedad y beneficio de excusión. El principio de subsidiariedad implica que la obligación del fiador sólo nace si el deudor principal incumple, en tanto que el beneficio de excusión, que presupone el incumplimiento del deudor, supone que el fiador no puede ser compelido al pago mientras queden en el patrimonio del deudor bienes bastantes para hacer frente a la deuda (artículo 1830 del Código Civil). Es decir, si se pacta el beneficio de excusión o de orden, el fiador, incumplida la obligación, puede aplazar el cumplimiento de la suya mientras el deudor disponga de bienes realizables suficientes para cubrir el importe de la deuda (artículo 1832 del Cc). Por el contrario, si la fianza se conviene como solidaria o el fiador renuncia al beneficio de excusión, basta con que concurra la situación objetiva de incumplimiento (principio de subsidiariedad) para que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra el deudor o contra el fiador*”.

Medidas cautelares de suspensión de ejecución de avales a primer requerimiento en el contexto del COVID-19

El auto del JPI n.º 17 de Madrid n.º 204/2020, de 26 de marzo de 2020, adoptó la medida cautelar de suspensión de la ejecución de un aval a primer requerimiento otorgado en relación con un contrato de obra, acompañada de la notificación al banco emisor para que se abstuviera de cumplir el requerimiento de ejecución hasta que no se resolviera el pleito principal. Adicionalmente, el auto acordó el depósito judicial del aval, junto con una caución.



La medida fue adoptada durante el estado de alarma sin audiencia a la contraparte, en aras de preservar la salud de todos los intervinientes. Para su adopción, el Juzgado tuvo en cuenta, además de la ambigüedad en la causa de solicitud de ejecución del aval, que su pérdida de vigencia era inminente y que tendría lugar durante el estado de alarma, con las actuaciones judiciales ordinarias suspendidas. Igualmente, en su decisión Juzgado tomó en consideración la situación económica de la empresa ejecutante y la paralización total de la actividad económica motivada por la pandemia de COVID 19, que incide en el riesgo de endeudamiento y, por ende, de imposibilidad de devolver la suma ejecutada en caso de obtención de una sentencia desfavorable.

Por su parte, el auto del JPI n.º 3 de Zaragoza n.º 124/2020, de 29 de abril de 2020, también acordó, inaudita parte, la suspensión de la ejecución de un aval a primer requerimiento, en este caso otorgado en relación con un contrato de franquicia.

El auto justifica la adopción de la medida en que, pese a que es posible que el inicio de la controversia fuese anterior a la declaración del estado de alarma y el consiguiente cierre de locales comerciales, es "más que probable que la situación económica derivada de las medidas de cierre de establecimientos abiertos al público hayan tenido incidencia notoria en el desarrollo de la relación contractual existente entre las partes". El Juzgador desconoce hasta qué punto la situación derivada del COVID-19 ha podido influir en la controversia, pero considera que "existe un principio probatorio favorable al solicitante con base en los principios de buena fe contractual y de la cláusula *rebus sic stantibus* la cual abarca la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación de un contrato si es de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad de ese contrato (...)". Para adoptar la medida se tienen en cuenta las dificultades de continuación de la actividad de la solicitante en caso de ejecución de la garantía.

Aunque no se trata estrictamente de garantías a primer requerimiento, mencionaremos también el auto del JPI n.º 60 de Madrid n.º 155/2020, de 30 de

abril de 2020, que adoptó una medida cautelar consistente, esencialmente, en la suspensión del vencimiento de cuotas de principal e intereses de un préstamo hasta 2021, la prohibición de resolver el contrato de préstamo y de declarar su vencimiento anticipado y la imposibilidad de ejecutar garantías asociadas a ese contrato.

Esta resolución concluye que la prestataria había venido cumpliendo con los compromisos de pago y que fue la pandemia de COVID 19 lo que ha generado las dificultades. Sobre dicha base, considera que "es un hecho notorio que la situación provocada por la pandemia del Covid 19 [ha] supuesto una caída brusca de la producción y de la demanda y que se ha producido una caída a plomo de sus ventas (...)". También tiene en cuenta la posibilidad restringida de obtener suministros en las mismas condiciones que antes de la crisis, así como afectación a ventas y pedidos, la situación de ERTE de la empresa y la pérdida de facturación. De hecho, el auto afirma que "la situación actual ha afectado de manera grave al modelo de negocio de la parte actora y a los resultados que eran previsibles y esperables en una situación normal", y considera que "de manera indiciaria y sin prejuzgar el fondo del asunto se dan todos los requisitos" para aplicar *rebus sic stantibus*. El posible riesgo para la supervivencia de la compañía en caso de que no se adoptara la medida justifica para la resolución el cumplimiento del requisito de peligro en la demora.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Hipoteca en garantía de dos obligaciones

Mediante la [Resolución de 28 de enero de 2020](#), la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública se plantea si es admisible la constitución entre particulares de una sola hipoteca en garantía de dos obligaciones.

El caso se refiere a la calificación registral negativa de una escritura de compraventa de cuotas sobre un inmueble y constitución de hipoteca en garantía



del precio aplazado y de la eventual obligación de pago de pagarés entregados en garantía.

El acreedor hipotecario es una sociedad mercantil que no ostenta la condición de entidad de crédito y, por tanto, no podría ser acreedora de una hipoteca “global” o “flotante” al amparo del art. 153bis LH.

La DGSJFP reitera su doctrina al respecto, a saber: la máxima según la cual una única hipoteca no puede garantizar obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico no puede mantenerse como un principio absoluto, puesto que obligaciones distintas pueden recibir una única cobertura hipotecaria cuando aquéllas tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra. Ni el principio de especialidad ni el de accesoriedad de la hipoteca impedirían esta posibilidad, si los aspectos definitorios de las obligaciones están determinados o son determinables y la hipoteca constituida quede vinculada éstas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad.

Así, puesto que en el presente caso, la hipoteca garantiza el cumplimiento de dos prestaciones concretas, que quedan perfectamente definidas e individualizadas, tanto en el contrato como en la fijación de la responsabilidad hipotecaria máxima, no existe obstáculo alguno desde el punto de vista de especialidad.

Subrogación de hipoteca sobre concesión

La Resolución de 20 de marzo de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública examina si, para llevar a cabo una subrogación activa en la hipoteca sobre concesión administrativa de servicios (al amparo de la Ley 2/1994 de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios), es necesaria la intervención de la autoridad concedente, o al menos aportar su autorización administrativa.

Para la constitución de hipoteca se precisa autorización o consentimiento de la autoridad administrativa concedente, según el art. 273.1 de la

Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. La DGSJFP interpreta que, aunque en esta Ley se regulan los derechos de los acreedores hipotecarios, nada se dice acerca de las cesiones o subrogaciones activas de las hipotecas. Únicamente se prevé la subrogación del adjudicatario de la concesión en caso de ejecución de la hipoteca, en cuyo supuesto sí se exige autorización administrativa (art. 275 Ley 9/2017).

Esta regulación, que es aplicable como supletoria a los contratos de concesión de servicios (art. 297), pretende proteger la prestación del servicio u obra a que se refiere la concesión administrativa. Desde esta óptica, un cambio en la acreedora del crédito difícilmente puede perjudicar a la deudora o al servicio u obra a que se refiere la concesión, máxime, como en el caso, cuando ambas acreedoras (inicial y subrogada) son entidades reguladas o de reconocido prestigio en el mercado financiero.

Concluye que, salvo que la legislación sectorial o autonómica aplicable determine otra cosa, exigiendo autorización administrativa no solo para la constitución de la hipoteca sobre la concesión administrativa, sino también para la transmisión del crédito hipotecario, tal autorización no se considera necesaria.

OTRAS NOTICIAS DE INTERÉS

Financiación del BEI a pymes

El Consejo de Administración del Banco Europeo de Inversiones (BEI) aprobó el 16 de abril de 2020 la creación de un fondo de garantía europeo COVID-19 de 25.000 millones de euros para que el Grupo BEI pueda aumentar su apoyo a las empresas europeas con hasta 200.000 millones de euros, centrándose en las pymes.

Para activar la concesión de dicho apoyo del Grupo BEI, deberá constituirse formalmente el fondo de garantías mediante la asunción de los compromisos necesarios, por valor de 25.000 millones de euros, por parte de los Estados Miembro de la Unión que



como accionistas representen al menos el 60% del capital del BEI.

Por lo que respecta en particular al rol de España como Estado Miembro en la asunción de dichos compromisos, en virtud de la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se autoriza a la Administración General del Estado a otorgar avales por importe máximo de 2.817.500.000 euros en el año 2020 para cubrir los costes y las pérdidas en las operaciones de financiación que realice el Grupo BEI.

La ayuda del BEI estará disponible cuando se alcance el umbral de compromisos asumidos por parte de todos los Estados Miembro de la Unión que, como accionistas, representen al menos el 60% del capital del BEI.

EBA: ampliación del plazo de las moratorias

El 2 de abril de 2020 la Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés) emitió las "Directrices sobre las moratorias legislativas y no legislativas de los reembolsos de préstamos aplicadas a la luz de la crisis del COVID-19". En virtud de dichas Directrices, las moratorias de pagos (tanto legislativas como no legislativas) debían cumplir con la condición, entre otras, de haber sido aplicadas antes del 30 de junio de 2020. Sin embargo, se preveía la posibilidad de que este plazo pudiese revisarse en el futuro, según la evolución de la situación de la pandemia.

Así, por medio de las Directrices emitidas por la EBA el 25 de junio de 2020, que modifican las Directrices anteriormente mencionadas, se amplía el plazo previsto inicialmente, hasta el 30 de septiembre de 2020.

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

©2020 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.

