



REVISTA LEX MERCATORIA
ISSN 2445-0936



Vol. 10, 2019. Artículo 6
<https://doi.org/10.21134/lex.v9i2.1625>

PROBLEMÁTICA DEL CRÉDITO HIPOTECARIO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

José Luis Fortea Gorbe

Magistrado especialista en materia mercantil.

Doctor en Derecho (UA)

Juzgado de lo mercantil nº 3 de Alicante, sede Elche/Elx.

Resumen

En el artículo se examina la regulación sustantiva y la especial problemática del crédito hipotecario en el concurso de acreedores, mediante una aproximación resumida y práctica.

Abstract

The article examines the substantive regulation and the special problem of mortgage credit in the bankruptcy, through a summary and practical approach

Introducción

El presente artículo pretende sintetizar, de una manera gráfica, la problemática del crédito hipotecario en el concurso, abordando tres de los mayores conflictos o más habituales en todos los concursos en los que concurren acreedores que tienen garantizado su crédito con hipoteca: la calificación del crédito con privilegio, la ejecución separada de la hipoteca, la rehabilitación de contratos, la reintegración de la garantía y la realización de bienes afectos a privilegio especial derivado de la garantía, con especial atención a su tratamiento en sede de venta de la unidad productiva (VUP). La amplitud de los temas exige una labor de síntesis, que explica, en algunas ocasiones, que determinadas materias simplemente queden enunciadas. Pretendemos únicamente que con su contenido el operador jurídico obtenga una aproximación a la materia, a modo de breve guía útil para su quehacer.

I.- Declaración de concurso y efectos sobre el crédito hipotecario: calificación del crédito hipotecario en el concurso: crédito con privilegio especial; derecho de ejecución separada; rehabilitación; reintegración de la garantía hipotecaria.

Tras la declaración de concurso y la insinuación de los créditos a la administración concursal (arts. 85 y 86 de la Ley concursal –en adelante, LC), surge la primera de las cuestiones relacionadas con el crédito hipotecario: su calificación. Hay que atender al art. 90.1.1º LC: el crédito hipotecario tiene la consideración de “**crédito con privilegio especial**”: no se ve afectado por el convenio, a menos que hayan votado a favor del mismo o se hayan vinculado a él mediante adhesión (art. 123 y 134.2 LC). Ello implica que el producto obte-

nido con la enajenación del bien irá destinado a la satisfacción del acreedor que cuenta con ese privilegio (garantía hipotecaria). Ahora bien, para ello, la garantía habrá de estar constituida con los requisitos y formalidades de su legislación específica (art. 90.2 LC) para su oponibilidad a terceros (art. 145 LH, escritura pública e inscripción registral), salvo la hipoteca legal tácita (SSTS de 15 y 21 de julio de 2014), por su propia definición legal (v. gr. el art. 78 LGT; cuotas de urbanización, arts. 19 y 20 RD 1093/1997, de 4 de julio, RDGRN de 22/09/2016).

No se atribuye tal condición a todo el crédito, sino únicamente (art. 90.3 LC) a la parte del crédito que no exceda del valor de la garantía en cuestión, calculada conforme al **valor razonable** (art. 94.5 LC), calificándose el resto del crédito que exceda del reconocido como privilegio especial según su naturaleza (STS 28 de mayo de 2018).

En cualquier caso, la hipoteca ha de recaer sobre un bien integrado en la masa activa del concurso, aunque nada de ello dice la LC (SAP Baleares, Secc. 5ª, de 22 de abril de 2014 y SAP Córdoba, Secc. 1ª, de 23 de septiembre de 2013).

Un aspecto muy importante del crédito hipotecario es su diferenciación con el régimen general de los **intereses**: los intereses siguen devengándose y serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía hipotecaria (art. 59.1 LC).

En cuanto al derecho de **ejecución separada**, la consideración de crédito privilegiado no impide que, con las limitaciones del art. 56 LC para los casos de que el bien gravado esté afecto a la actividad empresarial, aquélla pueda instarse (SSTS de 6 de abril de 2017, 12 de diciembre de 2014 y 23 de julio de 2013). En cualquier caso, el art. 57.3 LC prevé que abierta la fase de liquidación, los acreedores que no hubieran ejercitado esas acciones perderán el derecho a hacerlo en procedimiento separado, realizándose en el **proceso de liquidación**, dentro del marco del plan

de liquidación (art. 148 LC) o siguiendo las reglas legales supletorias (art. 149 LC). Las actuaciones suspendidas se unen al proceso concursal. Por ello, **no cabe iniciar ejecución separada para la satisfacción de créditos contra la masa, conforme a las siguientes situaciones:**

- La primera, y como premisa principal, ha de estarse al **art. 55 LC**: declarado el concurso no pueden iniciarse ejecuciones singulares de garantías reales sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad.
- La segunda, determinada por el **art. 56 LC**: se establece la prohibición de inicio o paralización de ejecuciones ya iniciadas sobre **bienes necesarios** para la actividad: hasta la aprobación del convenio o hasta un (1) año desde la declaración del concurso sin que se haya aprobado plan de liquidación.
- La tercera es la que establece el **art. 57.1 LC**: este límite no rige en caso de suspensión de ejecuciones ya iniciadas, ya que lo relevante es dilucidar si se trata de ejecuciones sobre bienes necesarios o no para la actividad (es decir, aquéllos imprescindibles para la continuidad de la actividad, Auto Secc. 15ª AP Barcelona 10 de abril de 2014, que debe resolver el Juez del concurso, **art. 56.4 LC**). Si no son necesarios, es competente para la continuación de la ejecución de las ya iniciadas el Juzgado de Primera Instancia (art. 56.2 LC); es decir, no se llevan al concurso las iniciadas antes de la declaración (art. 57.1 LC) (AAP Valencia, Secc. 11ª, de 26 de enero de 2015 y RDGRN de 10 de enero de 2017) Si son necesarios, se llevan por el Juez del concurso en la pieza separada de la Sección 5ª del concurso.
- La declaración de concurso no afecta a la

ejecución de la garantía cuando el concursado es **tercer poseedor** (art. 56.4 LC y AAP Girona, Secc. 2ª, de 13 de Octubre de 2016).

Es necesario realizar una importante precisión: la solicitud de *pre-concurso* de acreedores (**art. 5 bis LC**) únicamente protege frente a ejecuciones sobre bienes necesarios.

En materia de **rehabilitación contratos**, ha de atenderse al art. 56.3 LC: la Administración concursal puede optar por acudir al art. 155.4 LC, y rehabilitar el contrato, eso sí, atendiendo sus cuotas contra la masa y sin realización de bienes.

Una materia que merece una atención especial es la posibilidad de **reintegración** de aquella garantía hipotecaria que, concertada dentro del periodo sospechoso de **2 años** anteriores a la declaración de concurso (art. 71.1 LC), y aunque no se dé intención fraudulenta, constituyan un acto de disposición a título gratuito (art. 71.2 LC), pues en tal caso se presume el perjuicio contra la masa, sin que sea admisible la prueba en contrario (STS de 30 de abril de 2014). O un acto de disposición a título oneroso con personas especialmente relacionadas con el concursado o se hayan constituido a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas y no se pruebe la falta de perjuicio patrimonial (STS de 30 de abril de 2014).

La razón de la posibilidad de reintegración de la constitución de una garantía hipotecaria es su concepción como **acto de disposición**, al conllevar un sacrificio patrimonial para la masa activa, por implicar una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor (SSTS de 26/03/2015 y 08/06/2016).

No obstante, la constitución de una garantía real para obligaciones preexistentes estará justificada (destruyéndose la presunción de perjuicio) si

supuso una **ampliación del crédito significativa y/o una prórroga de las obligaciones** (STS de 17 y 23 de febrero de 2015, y 8 de junio de 2016).

Se exige prueba del perjuicio cuando no se presume: las **garantías contextuales** (coetáneas a la operación de préstamo o crédito) no son gratuitas, no cabe aplicar la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC (SSTS de 2 y 3 de junio de 2015); si la garantía no es contextual (se concede después del nacimiento de la obligación), se entiende que la causa es la mera liberalidad, salvo que se pruebe que la garantía se prestó a cambio de una contraprestación o ventaja (SSTS de 31 de marzo y 27 de junio de 2017).

El perjuicio para la masa consiste en el **sacrificio patrimonial injustificado** del patrimonio del garante (STS de 30 de abril de 2014). No sería rescindible la garantía constituida en beneficio del grupo de sociedades, que justifique el carácter oneroso de la garantía y la inexistencia de perjuicio (STS de 2 de junio de 2015). Pero no toda garantía intragrupo constituye, por sí misma un acto irrevocable, si es gratuita, no contextual, y por obligaciones preexistentes (STS de 21 de junio de 2014), no siendo suficiente invocar el “interés del grupo” para excluir la existencia de perjuicio, ya que no existe un patrimonio de grupo, ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar en un grupo.

No se da perjuicio patrimonial injustificado cuando la minoración de la masa n el valor de la carga hipotecaria tuvo como contrapartida razonable el aseguramiento de la continuidad de los suministros necesarios para el mantenimiento de la actividad empresarial (STS de 26 de octubre de 2016). Sí se da ese perjuicio con la constitución de una garantía con un plazo de devolución en breve plazo (STS de 5 de abril de 2016).

La prueba del carácter no perjudicial de la constitución de la garantía hipotecaria corresponde a

la Administración concursal fuera de las presunciones legales del art. 71.3 LC, conforme dispone el art. 71.4 LC (STS de 26 de octubre de 2016).

II.- Problemática del derecho de ejecución separada de las garantías reales en la venta de unidad productiva (VUP)

La LC establece los siguientes requisitos para el ejercicio del derecho de ejecución separada:

1. Sólo puede tener aplicación respecto de los *bienes necesarios* para la actividad profesional o empresarial del concursado. No puede tener aplicación sobre los bienes no necesarios. Art. 56.1 LC en relación al art. 57 LC. ATS (1ª) 19/septiembre/2016: la competencia del Juez del concurso para conocer ejecuciones lo es únicamente sobre bienes necesarios. El resto es competencia de los órganos –judiciales o no- que las hubieran iniciado.
2. El derecho de ejecución separada recae siempre sobre las ejecuciones hipotecarias iniciadas **antes de la fecha de la declaración de concurso**; y sobre las iniciadas **después de dicha fecha** que cumplan los requisitos del **art. 56.1 LC**: 1.- cuando se haya aprobado el convenio que no afecte al ejercicio del derecho de ejecución separada sobre el bien; 2.- cuando no haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
3. El derecho de ejecución separada **se pierde** si no se ha ejercitado antes de la apertura de la fase de liquidación (art. 57.3 LC), por el efecto de prohibición y paralización de ejecuciones del art. 55 LC. Es doctrina jurisprudencial (SSTS de 12 de diciembre de 2014 y 18 de febrero de 2015) que los

acreedores de créditos masa, lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación, conforme a las reglas del art. 154 LC y sin necesidad de instar otra ejecución dentro de la ejecución universal ni acudir al apremio administrativo en el caso de la TGSS.

El derecho de ejecución separada se **ve afectado en la venta de la unidad productiva** en las siguientes circunstancias:

1. Por el carácter imperativo del art. 149.2 LC para bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial: este precepto se impone a las previsiones del plan, y actúa en defecto de previsiones; se impone la inaplicación de normas del plan que lo contradigan.

2. Por las distintas transmisiones del art. 149.2 LC:

A) Sin subsistencia de la garantía:

Supuesto de transmisión del bien por precio inferior al valor de garantía:

- El cálculo del importe del crédito garantizado por la hipoteca se realiza conforme al **art. 94.5 LC y a la Disposición Adicional 4ª.2 LC**: será el valor razonable según tasación realizada por entidad homologada, minorado en un 10% y del resto de deudas pendientes de créditos hipotecarios anteriores y límites sucesivos: no puede ser inferior a cero; no superior al valor del crédito; ni al de la responsabilidad máxima hipotecaria.

- **Conformidad de los acreedores** que representen el 75% del pasivo de esa naturaleza.

- Acreedores **con** derecho de ejecución separada: aquí se daban dos entendimientos jurisprudenciales: la tesis estricta, que atendía al ejercicio anterior o posterior de la garantía con relación a la declaración de concurso; y la segunda, la tesis amplia, que incluye a todos los acreedores, hayan o no ejecutado separadamente, y que es la que finalmente se ha impuesto (STS de 21/noviem-

bre/2017).

- Acreedores que **pierden** el derecho de ejecución separada en la VUP: son los acreedores que se ven “arrastrados” por el acuerdo cuando no sumen el 25% del pasivo afectado, frente al 75% restante que preste conformidad a la transmisión.

- En cuanto a la determinación de **las clases** de acreedores privilegiados y pasivo afectado, ha de estarse al **art. 94.2 LC**

Supuesto de transmisión del bien por precio igual o superior al valor de la garantía: el acreedor privilegiado hace suyo la parte del crédito privilegiado cubierto con la garantía. **El resto, calificado conforme a su naturaleza (STS 28/mayo/2018).**

B) Con subsistencia de la garantía: no se establecen legalmente pautas objetivas para velar por solvencia económica: no se definen en el art. 149.2.b) LC, por lo que el Juez del concurso habrá de atender al plan de negocio que se propone, a los indicadores financieros, al EBITDA de los últimos ejercicios, y al ofrecimiento de otras garantías, incluso personales.

III.- La realización de bienes afectos a privilegio especial

Ha de tomarse el siguiente punto de partida: el carácter imperativo del art. 155.4 LC. Así, conforme se declara en la **STS de 23 de julio de 2013**, el plan de liquidación no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario.

El plan de liquidación **no puede excluir el art. 155.4 LC**, cuya única excepción reside en la transmisión de unidades productivas por precio inferior a la garantía y existe conformidad del 75% del pasivo afectado (efecto de “arrastre”).

En cuanto a las formas de realización, la LC prevé las siguientes:

1. La **subasta**: es la forma básica de realiza-

ción. Los planes de liquidación deben contener una mención al art. 670.4 LEC, de aplicación directa o supletoria (art. 149.2 LC);

2. **la venta directa y la cesión en pago o para pago del acreedor dentro del convenio** (art. 155.4 LC): dentro del convenio y siempre que quede completamente satisfecho el privilegio especial, y quede el resto del crédito reconocido en el concurso con la calificación que corresponda (STS 28/mayo/2018); se exige la **conformidad** del acreedor privilegiado especial;
3. la **realización** fuera del convenio: comprende todas las realizaciones de bienes, con **conformidad** del acreedor privilegiado especial (párrafo segundo art. 155.4 LC), sin el cual, no cabe inscripción registral (STS 21 de noviembre de 2017).

No hay colisión entre el art. 155.5 LC y el art. 90.3 LC: conceptos de deuda originaria vs. parte del crédito garantizada con el privilegio: el art. 155.3 LC exige una interpretación en relación al ejercicio del derecho de ejecución separada y aplicarlo **a quienes la iniciaron y reanudaron**, reconociéndole los mismo derechos que en las ejecuciones extraconcursoales.

Por último, sobre la competencia para conocer

de la ejecución hipotecaria, habrá de diferenciarse entre:

1. Bienes no necesarios: conforme al ATS de 14 de septiembre de 2016, será competente el **Juzgado de Primera Instancia**.
2. Bienes necesarios cuya ejecución se hubiera instado antes DC y se hubiera suspendido (art. 57.3 LC): será competente el **Juez del concurso**. Así, se realiza una acumulación al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada, acomodándose a las normas propias LEC.
3. Bien necesario cuya ejecución no se hubiera instado antes DC: conforme al art. 57.3 LC, se someten al plan de liquidación, al no haberse instado la ejecución separada antes de abrirse la fase de liquidación. Pierden el privilegio procesal, que no el material (STS de 27 de noviembre de 2017).
4. Bien no necesario, cuya ejecución se hubiera iniciado antes, paralizado por la suspensión general del art. 56.2 LC, pero que no se hubiera instado su reanudación: **Juzgado de Primera Instancia** (AAP Barcelona, Secc. 15ª, de 22 de septiembre de 2010).