

LA REINTEGRACIÓN EN LA LEY CONCURSAL Y LAS HIPOTECAS A FAVOR DE ENTIDADES DE CRÉDITO

SANTIAGO IGLESIAS ESCUDERO

*Profesor de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad Carlos III de Madrid**

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Luis Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, don Juan CADARSO PALAU, doña Cristina PAREDES SERRANO, don Jesús QUIJANO GONZÁLEZ y don Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS.

Extracto:

LA inseguridad jurídica que provocaba el artículo 878.2 del Código de Comercio, relativo al régimen de retroacción de la quiebra, antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal (LC), hizo necesario el reconocimiento de determinadas excepciones en el ámbito financiero, como las relativas al mercado de titulización, contempladas en la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario (LMH), que reconoce un régimen especial privilegiado para las hipotecas inscritas a favor de las entidades de crédito (EC), al establecer que estas solo podrían ser impugnadas por la administración concursal demostrando la existencia de fraude en su constitución. La LC, que implantó un sistema de acciones rescisorias sustentado en el concepto de perjuicio patrimonial, mantuvo el privilegio reconocido a las EC mediante la inclusión de la LMH como legislación especial en su disposición adicional segunda. Disposición que se modificó posteriormente para extender su ámbito de aplicación al concurso de sus contrapartes e incluir el artículo 10 de la LMH (RD-Ley 3/2009), dejando fuera de dudas la especial protección de dichas hipotecas.

En nuestra opinión, con el régimen de acciones de reintegración regulado en la LC deja de estar justificado el privilegio que representa el artículo 10 de la LMH para las EC, pues la LC no regula un sistema de nulidad absoluta, sino uno de reintegración mediante el ejercicio de acciones rescisorias, conforme a las exigencias comunitarias y compatible con las necesidades de seguridad jurídica que demanda el mercado. Por otra parte, creemos que la exigencia de la demostración de fraude para la impugnación de las garantías hipotecarias supone una excepción al espíritu de la LC que puede desembocar en dificultades probatorias de carácter práctico (prueba diabólica) que, en último término, se traducen en un privilegio para las EC.

Palabras clave: acciones de reintegración, concurso de acreedores, hipotecas, ley concursal, titulización.

* Este artículo recoge exclusivamente opiniones personales del autor.

ACTIONS FOR REIMBURSEMENT IN THE INSOLVENCY LAW AND BANKING MORTGAGES

SANTIAGO IGLESIAS ESCUDERO

*Profesor de Economía Financiera y
Contabilidad de la Universidad Carlos III de Madrid**

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Luis Díez Picazo y Ponce de León, don Juan Cadarso Palau, doña Cristina Paredes Serrano, don Jesús Quijano González y don Fernando Rodríguez Artigas.

Abstract:

THE legal uncertainty caused by the article 878.2 of the Commercial Law, relating to bankruptcy, existing before the Insolvency Law coming into force, required the recognition of some exceptions for financial transactions, such as securitization market dealings.

For that purpose, the Law 2/1981, of the Mortgage Market, recognized a special regime in the matter of mortgages for credit institutions when they became insolvent. It established that those mortgages could only be contested by the insolvency administrators if they provided evidence of fraud in their creation. According to the Insolvency Law, disposals of assets by the debtor may be annulled just by being detrimental. However, it maintains the privilege for credit institutions through the inclusion of the Law of the Mortgage Market as an exception in its 2nd additional provision of law. This provision was subsequently amended to extend its scope to debtors' insolvency (not only issuer's insolvency) and to include the article 10 of the Law of the Mortgage Market, confirming the special protection of these mortgages.

In our opinion, this special protection is no longer justified since the Insolvency Law does not regulate a system of absolute invalidity but a system of actions for reimbursement, compatible with the EU Directives and market requirements. In addition, the evidence of fraud remains as a requirement to contest collaterals, which represents an exception to the nature of the Insolvency Law, causing practical difficulties that benefit the credit institutions.

Keywords: actions for reimbursement, bankruptcy, insolvency law, mortgages, securitization.

* Este artículo recoge exclusivamente opiniones personales del autor.

Sumario

1. Aspectos generales de la reintegración en la normativa concursal.
 - 1.1. Antecedentes: el régimen del Código de Comercio y la inseguridad jurídica.
 - 1.2. Régimen vigente: la Ley Concursal y la reforma del sistema de reintegración.
2. La constitución de garantías hipotecarias a favor de las entidades de crédito: una excepción al régimen general.
 - 2.1. La necesidad práctica de algún tipo de reconocimiento de especialidades en el anterior régimen: la Ley 2/1981 de Regulación del Mercado Hipotecario.
 - 2.2. La disposición adicional segunda de la Ley Concursal y el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario.
 - 2.2.1. Adaptación terminológica del artículo 10 de la Ley 2/1981 a la nueva Ley Concursal.
 - 2.2.2. Inclusión del artículo 10 de la Ley 2/1981 en la disposición adicional segunda de la Ley Concursal.
 - 2.3. ¿Es necesaria la excepción del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, relativa a las hipotecas a favor de las entidades de crédito, con la nueva Ley Concursal?
3. Problemas que plantea el régimen especial de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario en materia concursal.
 - 3.1. Exigencia de existencia de fraude y legitimación activa.
 - 3.2. Requisito de finalidad de las operaciones de préstamo.
 - 3.3. ¿Es necesario que las hipotecas protegidas por el artículo 10 respalden emisiones de títulos hipotecarios?
4. ¿Cómo resuelve la jurisprudencia estos problemas?
 - 4.1. De la interpretación «rigorista» del artículo 878 del Código de Comercio a una interpretación «más flexible».
 - 4.2. Alcance de la protección del artículo 10 de la Ley 2/1981.
 - 4.2.1. La prueba de la existencia de fraude en la constitución de gravamen.
 - 4.2.2. Finalidad de las operaciones de préstamo.
 - 4.2.3. Sobre la necesidad de que las hipotecas protegidas respalden emisiones de títulos hipotecarios.
5. Conclusión.

Bibliografía.

1. ASPECTOS GENERALES DE LA REINTEGRACIÓN EN LA NORMATIVA CONCURSAL

Es frecuente que el empresario, ante problemas de carácter financiero, ya sean de liquidez, por no disponer de fondos líquidos suficientes para atender sus obligaciones de pago de vencimiento más próximo, ya sean de solvencia, porque no disponga de los activos necesarios para cumplir con el total de sus obligaciones¹, tienda a llevar a cabo operaciones perjudiciales para su patrimonio con el objeto bien de obtener tesorería que le permita la continuidad de sus actividades, bien de ocultar, en beneficio propio o de sus allegados, parte de ese patrimonio ante la inminencia de un proceso concursal.

Además, ante una situación sospechosa de insolvencia² como las descritas (relativa la primera y absoluta la segunda), es bastante probable que los acreedores más diligentes e informados intenten asegurarse el cobro de sus créditos frente al empresario potencialmente insolvente mediante operaciones también perjudiciales para el patrimonio de este, como podrían ser la liquidación anticipada de préstamos vivos o la constitución de garantías a favor de obligaciones preexistentes.

Con el objeto de evitar los efectos de este tipo de actuaciones del deudor *proximum tempus decoctionis*, perjudiciales para todos o algunos de los acreedores, y los de las llevadas a cabo por algunos de estos en perjuicio del resto, los ordenamientos jurídicos han ofrecido a lo largo de la historia distintas soluciones³, encaminadas fundamentalmente a la reintegración de bienes al patrimo-

¹ Como se indicó en el «Cuarto Encuentro de Jueces de lo Mercantil» (Barcelona, 29 y 30 de noviembre de 2007), no es lo mismo la falta de liquidez y la insolvencia, pues la insolvencia consiste en la ausencia de bienes suficientes o en condiciones de ser realizados en tiempo oportuno para atender puntual e íntegramente el vencimiento de las obligaciones contraídas (Auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 de enero de 2006). Véase UGENA, S., «Cuarto encuentro de jueces de lo mercantil (crónica)», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 15, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 311.

Desde un punto de vista financiero, cuando se evalúa la capacidad del empresario para atender dentro del corto plazo los compromisos contraídos a su vencimiento con cargo a sus activos más líquidos se habla de análisis de la liquidez o análisis de la situación financiera a corto plazo, mientras que cuando el estudio se refiere a un horizonte temporal más lejano, analizando la capacidad para atender el conjunto de sus deudas con cargo a todos los activos, líquidos o no, se habla de análisis de la solvencia o análisis de la situación financiera o patrimonial a largo plazo. Sobre la cuestión, MUÑOZ MERCHANT, A., *Análisis de estados financieros*. 2.ª edición, Ediciones Académicas, Madrid, 2009, pág. 299.

² Tal y como señala DÍAZ MARTÍNEZ, M. en *El Proceso Concursal*, 2.ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces (CERA), Madrid, 2008, pág. 150, se puede distinguir una situación de insolvencia de hecho anterior al concurso de derecho judicialmente declarado.

³ Véase DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Reintegración de la masa de la quiebra e intervencionismo estatal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces (CERA), Madrid, 2001, págs. 5-12.

nio del deudor, pero también a dejar sin efecto otros negocios jurídicos anteriores a la situación de insolvencia formalmente declarada ⁴.

Se hace necesario matizar en este momento que, si bien los actos descritos cuyos efectos se pretenden neutralizar, resultan, como hemos dicho, perjudiciales para la masa activa, no siempre se realizan con el ánimo de defraudar las expectativas de los acreedores. Surge por tanto un problema de conflicto entre los intereses de aquellos terceros que han negociado con el deudor conforme a derecho, y que pueden verse desposeídos de sus bienes o derechos como consecuencia de la declaración de concurso de su contraparte, y los intereses de los acreedores del concursado que se han visto perjudicados por aquellos actos y cuyos efectos negativos se pretenden salvar mediante las acciones de reintegración. Es decir, surge el problema del conflicto entre el principio de seguridad jurídica y el de mantenimiento del patrimonio del deudor, principal garantía de cobro para los acreedores.

1.1. Antecedentes: el régimen del Código de Comercio y la inseguridad jurídica

El sistema seguido por nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ⁵, se ajustaba a un sistema de reintegración de carácter mixto ⁶, en el que convivían la llamada retroacción absoluta ⁷ de la quiebra (con ciertas matizaciones, que señalaremos más adelante) y las acciones revocatorias concursales, además de la acción revocatoria ordinaria o pauliana, aplicable a los supuestos no previstos para las acciones concursales o a los actos anteriores al periodo de retroacción absoluta.

Así, el artículo 878.2 del Código de Comercio de 1885 establecía que todos los actos de dominio y administración del quebrado, posteriores a la época a la que se retrotrajeran los efectos de la quiebra, serían nulos.

El Juez, en el Auto declaratorio de la quiebra disponía de la capacidad de declarar o no efectos retroactivos, señalando en su caso la fecha a la cual se retrotraían dichos efectos, que solía res-

⁴ MASSAGUER FUENTES define la reintegración como el trámite concursal consecuencia de los efectos que la apertura de un procedimiento de tal naturaleza supone para determinadas relaciones jurídicas creadas, modificadas o extinguidas por el deudor en un tiempo, también determinado, con anterioridad al inicio de dicho procedimiento. La apertura de un procedimiento concursal dará lugar a una serie de consecuencias sobre las relaciones antedichas, que adquirirán su medida real y se harán efectivas dentro de un trámite concreto: la reintegración. MASSAGUER FUENTES, J., *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Editorial Librería Bosch, Barcelona, 1986, pág. 10.

⁵ BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003. Conforme a la disposición final trigésima quinta, la Ley Concursal entró en vigor el día 1 de septiembre de 2004.

⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1960 y de 29 de octubre de 1962, entre otras.

⁷ Como señala RIVERA FERNÁNDEZ, M. en *Reintegración y Concurso de Acreedores*, Editorial Dilex, Madrid, 2005, pág. 18, se pueden distinguir dos tipos de retroacción, la absoluta y la relativa. Tanto en la primera como en la segunda el Juez señala un periodo, llamado de retroacción, que cubre desde la fecha en que se produce la insolvencia de hecho hasta la de declaración del concurso. Pero la diferencia radica en que en la primera de ellas, la absoluta, todos los actos celebrados durante ese periodo son objeto de nulidad *ipso iure*, mientras que en la segunda, la relativa, se produce la anulabilidad de determinados actos, ya sea *ipso iure*, ya sea previa prueba del conocimiento de la insolvencia por parte de la contraparte (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2002).

ponder a aquella en la que el quebrado había cesado en el pago corriente de sus obligaciones⁸. Además, como había aclarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de abril de 1905, si el Auto no diera a la quiebra tales efectos retroactivos, serían nulos los actos posteriores a tal declaración⁹.

De este modo, con base en una interpretación literal o rigorista del precepto, entendió reiteradamente la jurisprudencia que la retroacción de la quiebra causaba una nulidad de pleno derecho, radical o absoluta, con efectos frente a todos, cualquiera que fuera «la situación de ignorancia o de buena fe en que se halle el tercero»¹⁰.

No obstante, frente a esta interpretación predominante de carácter radical, existió una línea jurisprudencial minoritaria que durante los últimos años ha ido ganando peso y que entendía que el artículo 878.2 del Código de Comercio no imponía una nulidad absoluta de todos los negocios celebrados en el periodo de retroacción de la quiebra.

En este sistema de reintegración que hemos calificado de carácter mixto, además del régimen de retroacción recogido en el artículo 878 del Código de Comercio, existían las llamadas acciones revocatorias o impugnatorias concursales, reguladas en los artículos 879 a 882 del mismo código, conforme a las cuales, se podían impugnar determinados actos fraudulentos, bien presumiendo este fraude *iuris et de iure*, bien demostrándolo por expresa exigencia de la ley, y siempre respecto de los actos celebrados dentro de unos periodos temporales legamente definidos, anteriores a la declaración de quiebra.

Finalmente, el Código Civil recoge la acción revocatoria ordinaria o pauliana en su artículo 1.111¹¹, ofreciendo a los acreedores la posibilidad de impugnar los actos que el deudor hubiera realizado en fraude de sus derechos, aplicable, como hemos indicado, a los supuestos no previstos para las acciones concursales o a los actos anteriores al periodo de retroacción de la quiebra. Y en el punto 3 del artículo 1.291, permitiendo la rescisión de los contratos que, aun válidamente celebrados, hayan sido objeto de fraude de acreedores, «cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba».

Este sistema, recogido por nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la Ley 22/2003, fue objeto de severas críticas, especialmente centradas en la figura de la retroacción absoluta de la quiebra del citado artículo 878.2 del Código de Comercio, por ser considerada gravemente perjudicial para el tráfico mercantil, dada la inseguridad jurídica que generaba¹², ya que los acreedores afec-

⁸ La jurisprudencia ha extendido la fecha de retroacción más allá del inicio de la cesación generalizada de pagos, fijándola a veces en el momento de celebración de actos que pusieran de manifiesto un estado patrimonial insuficiente.

⁹ El fundamento de la nulidad de los actos realizados con posterioridad a la declaración de la quiebra se encuentra en realidad en la inhabilitación del quebrado recogida en el artículo 878.1 del Código de Comercio. Véase HERRADOR MUÑOZ, A., «Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, Madrid, 2005, pág. 170.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1960.

¹¹ Artículo 1.111 del Código Civil: «Los acreedores (...) pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho».

¹² En este sentido, véase GIL DE PAREJA, C., «El Adquirente inscrito del quebrado», en *Lunes cuatro treinta. Revista de asuntos registrales*, núm. 261, Registradores de la Comunidad Valenciana, Valencia, 1999, pág. 19.

tados por la retroacción se veían obligados a devolver las prestaciones realizadas por el quebrado, pasando a incorporarse a la masa pasiva de la quiebra como un acreedor más para poder recuperar las que ellos hubiesen hecho.

En este mismo sentido crítico, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2008 defiende el criterio jurisprudencial que destaca los inconvenientes que representan los sistemas de reintegración de carácter absoluto para la seguridad jurídica¹³.

1.2. Régimen vigente: la Ley Concursal y la reforma del sistema de reintegración

Los efectos negativos del sistema descrito y, de una manera muy especial, los derivados del artículo 878.2 del Código de Comercio, venían exigiendo desde hacía tiempo una reforma de profundo alcance que tomara en consideración el principio de seguridad jurídica, dándole un tratamiento adecuado a las necesidades de nuestra economía.

Esta necesidad fue puesta de manifiesto por la propia Ley Concursal en su Exposición de Motivos, que califica al citado artículo de perturbador, y mediante la redacción de su artículo 71 lo sustituye por las acciones de reintegración de naturaleza rescisoria, como antes había hecho, entre otras, la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en su artículo 10¹⁴.

Mediante estas acciones de reintegración contempladas en la nueva Ley, se podrán rescindir los actos perjudiciales para la masa activa llevados a cabo por el deudor durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, presumiendo en algunos casos la existencia de perjuicio (con admisión o no de prueba en contrario, según los supuestos) y exigiendo en los demás la prueba de ese perjuicio causado por parte de la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados.

En efecto, el artículo 71 de la Ley Concursal establece un periodo objetivo anterior a la declaración del concurso, durante el cual es imprescindible que se hayan celebrado los actos que desean rescindirse.

Este aspecto representa un avance frente al sistema de retroacción de la quiebra del antiguo régimen, en el que el Juez decidía para cada caso un periodo de retroacción, acrecentando el problema de la inseguridad jurídica al añadir mayores dosis de incertidumbre.

¹³ La sentencia refuerza y cita a otras anteriores de 30 de marzo de 2006, de 12 de mayo de 2006, de 19 de junio de 2006, de 19 y 28 de marzo de 2007, de 23 de mayo de 2007, de 1 de junio de 2007, de 13 y 27 de septiembre de 2007, y de 6 de noviembre de 2007.

¹⁴ Tal y como han señalado diversas Sentencias del Tribunal Supremo. Entre las más recientes, la de 7 de mayo 2008, de 6 de noviembre de 2007, de 27 de septiembre de 2007, de 13 de septiembre de 2007, de 1 de junio de 2007, de 23 de mayo de 2007, de 28 de marzo de 2007, de 19 de marzo de 2007, de 19 de junio de 2006, de 12 de mayo de 2006 y de 30 de marzo de 2006.

Además, entendemos que se produce otro gran avance con la nueva normativa, no solamente por eliminar el sistema de retroacción, por el que se declaraban nulos todos los actos de dominio y administración llevados a cabo por el quebrado durante un determinado periodo de tiempo (sin entrar a valorar en la mayoría de las ocasiones si realmente habían dañado o no su patrimonio), sino también por desplazar el omnipresente concepto de «fraude» en las acciones revocatorias (arts. 879 a 882 del Código de Comercio) por el de «perjuicio para la masa activa».

En definitiva, establece el artículo 71.1 de la Ley que «serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta».

Estamos completamente de acuerdo con esta modificación por la que se condiciona el ejercicio de las acciones de reintegración, no a la existencia de fraude (con tantas complicaciones de carácter práctico a efectos de prueba, en su caso), sino a la existencia de un perjuicio para la masa activa ¹⁵. Máxime si tenemos en cuenta que como recuerda el artículo 71, en su punto 6, quedan a salvo el resto de las acciones de impugnación reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, que ya recogen los posibles supuestos de fraude.

No obstante estos avances en términos de seguridad jurídica ¹⁶, la Ley prevé la posibilidad de atacar la presunción de buena fe del adquirente, la irreivindicabilidad de los derechos de los que es titular o su protección registral.

Si como consecuencia se apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará, además de a la restitución de los bienes o derechos adquiridos, con sus frutos o intereses (efecto normal de la rescisión), a compensar los perjuicios causados a la masa activa. Y sus derechos de prestación (considerados en otro caso créditos contra la masa) se calificarán como créditos subordinados ¹⁷, lo que merma de una manera significativa en la práctica sus posibilidades de cobro, dada la situación patrimonial característica de todo concursado.

2. LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS HIPOTECARIAS A FAVOR DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO: UNA EXCEPCIÓN AL RÉGIMEN GENERAL

Los créditos hipotecarios frente al deudor en crisis han sido tradicionalmente, y siguen siendo, beneficiarios de una especial protección.

¹⁵ Si bien es cierto que el perjuicio patrimonial se presume en determinados supuestos sin admitir prueba en contrario (es el caso de los actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de los actos de extinción de obligaciones con vencimiento posterior a la declaración del concurso).

¹⁶ Declara la Ley en su Exposición de Motivos que, con el nuevo sistema, los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por las acciones rescisorias estarán amparados por la protección que se derive de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro.

¹⁷ Artículo 73 de la Ley Concursal, sobre los efectos de la rescisión.

En el régimen vigente, la Ley Concursal, en su artículo 90, señala como créditos con privilegio especial, entre otros, los «garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria (...) sobre los bienes hipotecados (...)».

En materia de rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, el artículo 71 dispone en su punto 3 que será rescindible «la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas (realizadas durante los dos años anteriores a la declaración del concurso)», presumiendo además perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario. Cuando las garantías que se constituyen no son de las contempladas en el punto 3, entendemos que se seguirá el régimen general del punto 4, que exige la necesidad de probar el perjuicio patrimonial.

En cualquier caso, para el ejercicio de las acciones rescisorias sobre la constitución de garantías hipotecarias, es necesario que se haya dado perjuicio patrimonial.

No obstante, lo cierto es que la Ley reconoce un régimen especial privilegiado para las hipotecas inscritas a favor de las entidades de crédito, al establecer por remisión a la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, que estas solo podrán ser rescindidas por acción de la administración concursal, la cual tendrá que demostrar la existencia de fraude en su constitución.

Asimismo, con la reciente modificación de la Ley Concursal, llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica ¹⁸, se añade un apartado tercero al punto 5 del artículo 71, que establece que no podrán ser objeto de rescisión «las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica».

2.1. La necesidad práctica de algún tipo de reconocimiento de especialidades en el anterior régimen: la Ley 2/1981 de Regulación del Mercado Hipotecario

Como consecuencia, principalmente, del espectacular desarrollo del mercado de titulizaciones hipotecarias durante los años setenta en el ámbito internacional, y por tanto también en España ¹⁹, se planteó la necesidad de acometer urgentes reformas legislativas que evitaran la desventaja comparativa de nuestras entidades de crédito frente a otras que operaban en el marco de ordenamientos jurídicos más flexibles que el nuestro en materia concursal.

¹⁸ BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2009.

¹⁹ Véase Boletín Estadístico del Banco de España. Banco de España, Madrid.

La finalidad²⁰ de esta reforma del mercado hipotecario²¹, que se materializó en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario²², estaba encaminada en último término a facilitar la financiación de la vivienda y a potenciar el sector de la construcción, mediante la regulación de las operaciones activas y pasivas de las entidades que podían operar en el mercado hipotecario²³. Regulación que facilitaría la movilización de las carteras de hipotecas registradas en el activo de estas entidades mediante la emisión de títulos hipotecarios (cédulas, bonos y participaciones) respaldados con esas carteras. Finalmente, perseguía la Ley facilitar una mayor liquidez para esos títulos mediante el fomento de sus mercados secundarios.

Pero el sistema de retroacción de la quiebra reconocido en el Código de Comercio suponía un lastre importante para este tipo de operaciones proyectadas por las entidades de crédito españolas, pues los títulos hipotecarios emitidos por ellas en un proceso de titulización estarían respaldados por activos con unas garantías hipotecarias²⁴ que, en caso de crisis del deudor, podrían anularse automáticamente por el juego del artículo 878.2 del Código de Comercio. Esto representaba una inseguridad jurídica para los potenciales inversores que hacía muy poco atractiva la inversión en este tipo de títulos.

Para dar solución a este problema se incluyó en la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario un precepto que suscitó cierta controversia, y en el que nos centraremos en las próximas páginas. Se trata del artículo 10, que fue inicialmente redactado como sigue:

«Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo segundo²⁵ solo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los Síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquel.»

²⁰ Véase SANTILLANA DEL BARRIO, A., «La nueva Ley del Mercado Hipotecario», en *Papeles de Economía Española*, núm. 9, Madrid, 1981, págs. 161 a 170.

²¹ Véase MADRID PARRA, A., «Marco legal de la titulización de activos financieros en España», en *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 44, Madrid, 1993, págs. 7 a 40.

²² BOE núm. 90, de 15 de abril de 1981.

²³ Conforme establece el artículo segundo de la Ley 2/1981, se trata de los bancos, las cajas de ahorros, la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las cooperativas de crédito y los establecimientos financieros de crédito. Estos últimos tienen la consideración de entidades de crédito en virtud de la disposición adicional séptima del Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera.

²⁴ Los bonos hipotecarios están garantizados por el crédito o grupo de créditos hipotecarios que se vinculen en escritura pública de una manera específica a su emisión (art. 13). Las cédulas hipotecarias están garantizadas por la totalidad de los créditos hipotecarios de su entidad emisora (y que no garanticen ninguna emisión de bonos hipotecarios), sin necesidad de inscripción registral (art. 12). Las participaciones hipotecarias tienen como finalidad permitir que la entidad emisora pueda hacer participar a terceros en todo o en parte de uno o varios créditos hipotecarios que posea en su cartera, es decir, constituyen cesiones a terceros de parte de esos créditos, no asignados como garantía a la emisión de bonos hipotecarios (art. 15).

²⁵ Entidades de crédito (actualmente: bancos, cajas de ahorros, Confederación Española de Cajas de Ahorros, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito).

Con la redacción de este artículo se conseguía evitar el negativo efecto que el régimen general causaba en términos de seguridad jurídica, entorpeciendo la fluidez de la contratación en aquellos mercados primarios de deuda. Y entendemos que en aquel momento se hacía imprescindible alguna solución de este tipo, sin ninguna duda, menos dañina de lo que podía llegar a ser el régimen vigente.

Como señala MADRID PARRA ²⁶, la garantía hipotecaria es un elemento de seguridad que solamente se activa en caso de incumplimiento del deudor hipotecario, situación que se da, entre otros, en el momento de la quiebra. Y el régimen de la retroacción de la quiebra podía afectar a la propia constitución de la hipoteca, institución fundamental del mercado hipotecario, si se hubiese celebrado en un momento que quedara incluido en el periodo de retroacción, declarado a posteriori por el Juez.

Entendemos, en esa misma línea, que un sistema de retroacción absoluta de la quiebra privada, en muchos casos, de sentido a la propia constitución de esos derechos hipotecarios, por ir en contra de su fundamento, a saber, su función de garantía en caso de incumplimiento del deudor.

No obstante, es evidente que con aquel precepto se reconocía una especialidad que planteaba una vez más el problema del conflicto entre el principio de seguridad jurídica y el de mantenimiento del patrimonio del deudor, principal garantía de cobro para los acreedores y consecuencia del principio *par conditio creditorum* o principio de igualdad en el tratamiento de aquellos ²⁷.

En efecto, el artículo 10 de la Ley constituía un privilegio para las entidades de crédito, puesto que mediante la inaplicación de la retroacción (salvo que se demostrase la existencia de fraude) se protegía a estas, no solamente frente al resto de los acreedores, al quedar fuera de los efectos de la retroacción de la quiebra, rompiendo así el principio *par conditio creditorum*, sino también frente a aquellos acreedores que, sin constituir entidades de crédito ²⁸, contaban con garantías hipotecarias que eran declaradas nulas por efecto del régimen ordinario de la retroacción ²⁹.

2.2. La disposición adicional segunda de la Ley Concursal y el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario

La Ley Concursal, en su Exposición de Motivos, después de declarar que «el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas», afirma necesario respetar, principalmente

²⁶ MADRID PARRA, A., «Garantía de los valores hipotecarios y crisis financiera», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, Madrid, 2009, págs. 49 a 94.

²⁷ Conforme a este principio, en caso de concurrencia de acreedores todos los créditos deben gozar del mismo rango, sin perjuicio de que existan determinados supuestos en que se concedan a ciertos créditos preferencias o privilegios sobre los demás por razón de las garantías de que gocen o por otras razones de tipo económico o social (piénsese, por ejemplo, en los salarios de los trabajadores del quebrado o concursado).

²⁸ O constituyéndolo, sus operaciones quedaban fuera del ámbito de aplicación de la Ley.

²⁹ MADRID PARRA, A., «Garantía de los valores hipotecarios y crisis financiera», *op. cit.*, pág. 71.

por imposición del derecho comunitario, la legislación que para las situaciones concursales es específicamente aplicable³⁰, entre otras, a las entidades de crédito³¹.

Y esta necesidad se traduce en una lista, recogida en su disposición adicional segunda, de excepciones al régimen general del concurso. Estas suponen a veces, como en el caso que nos ocupa, una asignación de especialidades a determinados negocios jurídicos cuando quienes contratan son entidades de crédito y sus contrapartes están en situación concursal.

En relación con este último aspecto, la disposición adicional segunda ha provocado cierta controversia, al entenderse inicialmente que las especialidades, contenidas en las normas que se relacionan en su punto 2, solo regían en el caso de concurso de las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión o entidades aseguradoras.

Con esta interpretación dichas especialidades no serían de aplicación a otros sujetos que son contraparte en operaciones financieras, y que se ven afectadas asimismo, por esas normas. Por ello, la citada disposición adicional segunda fue modificada por la disposición adicional tercera de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica³² incluyendo un nuevo punto 3 con el siguiente texto:

«Las normas legales mencionadas en el apartado anterior se aplicarán con el alcance subjetivo y objetivo previsto en las mismas a las operaciones o contratos que en ellas se contemplan y, en particular, las referidas a las operaciones relativas a los sistemas de pagos y de liquidación y compensación de valores, operaciones dobles, operaciones con pacto de recompra o se trate de operaciones financieras relativas a instrumentos derivados.»

Con este nuevo punto 3, parece que el legislador quiere dejar claro que las referidas especialidades no quedan restringidas al caso de concurso de aquellas entidades financieras, y extiende su «alcance subjetivo y objetivo» haciendo llegar el ámbito de aplicación de la disposición adicional a todos los contratos regulados en ellas y a todas las partes intervinientes. Es decir, el régimen especial se extiende a las contrapartes de las entidades financieras.

Entendemos que existe una incoherencia con el punto 1 de la misma disposición³³, que comienza diciendo «En los concursos de entidades de crédito (...) se aplicarán las especialidades que para situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica (...)». En efecto, parece que la redacción de este punto tenía el espíritu de restringir la aplicación de la disposición a las situaciones de crisis de las entidades financieras relacionadas, pero los problemas planteados en la prác-

³⁰ Salvo las relativas a la composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal (disp. adic. segunda).

³¹ También a las empresas de servicios de inversión, entidades aseguradoras, entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores (disp. adic. segunda).

³² BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 2003.

³³ En este mismo sentido, Piñel López, E., «La Ley Concursal y las entidades de crédito», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Volumen 5 (Liquidación concursal, conclusión y reapertura del concurso, calificación del concurso, supuestos especiales), Marcial Pons Librero, Madrid, 2005, pág. 5.490.

tica, las presiones del sector y las de algunos órganos supervisores, han llevado al legislador a ceder y extender el ámbito de aplicación mediante la incorporación del punto 3 a las situaciones de crisis de sus contrapartes.

Creemos, asimismo, que para algunas de estas especialidades parece adecuada la ampliación del ámbito de aplicación³⁴, y especialmente si existen exigencias de derecho comunitario. No obstante, nos surgen dudas en relación con la primera de las especialidades citadas, que se dedica precisamente a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

En su primera y sucesivas redacciones, la disposición adicional segunda, letra a), relativa a la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, citaba únicamente los artículos 14 y 15 de esta, referidos al concurso de la entidad emisora de títulos hipotecarios, que será siempre una entidad de crédito. Esto suscitó cierta controversia, pues se planteó que el artículo 10³⁵ de la Ley, y al que nos hemos referido anteriormente, no estaba reconocido como legislación especial que quedara a salvo del régimen general de la Ley Concursal.

No obstante, el legislador acometió dos modificaciones tendentes a resolver el problema:

2.2.1. Adaptación terminológica del artículo 10 de la Ley 2/1981 a la nueva Ley Concursal

En primer lugar, el artículo 10 de la Ley 2/1981, que aún hacía referencia al antiguo régimen de la quiebra, fue modificado por la Ley 41/2007³⁶, dándole una redacción acorde a la nueva Ley Concursal, quedando el texto redactado en los siguientes términos:

«Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 solo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe.»

Como se puede observar, se trata de una mera adaptación terminológica a la legislación vigente, en la que se sustituye la referencia al artículo 878.2 del Código de Comercio por el artículo 71 de la Ley 22/2003. Y la mención a los síndicos de la quiebra por la administración concursal.

³⁴ Por ejemplo, se limitaría el régimen de las operaciones de *netting* si no se pudieran aplicar a las entidades no financieras las particularidades contenidas en las disposiciones adicionales décima y duodécima de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de Reforma de la Ley del Mercado de Valores.

³⁵ Precepto que dejaba fuera del sistema de retroacción automática de la quiebra las hipotecas constituidas a favor de las entidades de crédito y que exigía, para su impugnación, demostrar la existencia de fraude.

³⁶ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007).

En efecto, el legislador optó por mantener el privilegio reconocido a las entidades de crédito, manteniendo como única causa posible de rescisión de las hipotecas inscritas a su favor la existencia de fraude de acreedores³⁷ y marginando una vez más del principio *par conditio creditorum*.

Más aún, podríamos afirmar que dicho privilegio incluso se confirma. El Real Decreto 685/1982³⁸, de desarrollo de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, que estuvo vigente hasta el 3 de mayo de 2009, establecía en su artículo 24³⁹ un requisito de finalidad para los préstamos y créditos hipotecarios que podían garantizar las emisiones de bonos y cédulas hipotecarias y que, por tanto, entraban dentro del ámbito de aplicación de la norma.

Cuando la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario fue modificada por la Ley 41/2007, tal requisito perdió sus efectos al establecer la nueva redacción del artículo 4 que quedaban bajo el amparo de aquella Ley todas las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria inmobiliaria, cualquiera que fuese su finalidad.

Por razones de coherencia legislativa, el Real Decreto 716/2009⁴⁰, nueva norma de desarrollo de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, elimina el requisito de finalidad de los préstamos y créditos hipotecarios que pueden garantizar las emisiones de bonos y cédulas hipotecarias.

2.2.2. *Inclusión del artículo 10 de la Ley 2/1981 en la disposición adicional segunda de la Ley Concursal*

En segundo lugar, la modificación de la Ley Concursal, llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, ha incluido una referencia al artículo 10 de Ley 2/1981 en la disposición adicional segunda, descartando las dudas sobre su consideración como legislación especial.

Entendemos que estas dos modificaciones, junto con la inclusión del punto 3 de la disposición adicional segunda, han dado como resultado una situación no deseable: las entidades de crédito gozan de un privilegio en materia concursal difícilmente justificable.

³⁷ PIÑEL LÓPEZ, E., «La reintegración concursal y las operaciones financieras», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, Madrid, 2008, págs. 153 a 162.

³⁸ Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (BOE de 7 de abril de 1982).

³⁹ En términos muy similares a la redacción del artículo 4 de la Ley 2/1981 en su versión anterior, vigente hasta el 9 de diciembre de 2007.

⁴⁰ Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero (BOE núm. 107, de 2 de mayo de 2009).

2.3. ¿Es necesaria la excepción del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, relativa a las hipotecas a favor de las entidades de crédito, con la nueva Ley Concursal?

Como ya hemos indicado, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en el marco jurídico de un sistema de retroacción de la quiebra, la protección del principio de seguridad jurídica (necesario para el desarrollo de un mercado de titulización hipotecaria), exigió ofrecer algún tipo de especialidades que protegieran las hipotecas constituidas a favor de las entidades de crédito.

Estas especialidades vinieron de la mano de la Ley 2/1981 de Regulación del Mercado Hipotecario, que en su artículo 10 establecía un régimen privilegiado para aquellas hipotecas constituidas a favor de las entidades de crédito, emisoras de títulos hipotecarios, y que solo podrían ser impugnadas en caso de fraude. Y este artículo 10 fue recogido como legislación especial por la disposición adicional segunda de la Ley Concursal, régimen que opera tanto en caso de concurso de las entidades financieras emisoras como de sus contrapartes.

Creemos que con el régimen de acciones de reintegración regulado en la Ley Concursal deja de estar justificado en nuestro ordenamiento jurídico el privilegio que representa el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario para las entidades de crédito.

En efecto, cuando durante el régimen anterior se estableció mediante la Ley 2/1981 una excepción para las hipotecas a esta ley acogidas, en realidad lo que se hizo fue salvar estos derechos de garantía del régimen de retroacción de la quiebra, pues la condición de la existencia de fraude en realidad no añadía nada⁴¹ a la ya reconocida acción pauliana del artículo 1.111 y del 1.291.3 del Código Civil⁴².

Se trataba de evitar que estas hipotecas permanecieran sujetas a una disposición en virtud de la cual se podían ver anuladas tras una decisión judicial que, con cierto grado de discrecionalidad, determinaba el periodo de retroacción. Esto no parecía muy coherente ni con la normativa comunitaria ni con los ordenamientos jurídicos de otros estados, donde se situaban otras entidades de crédito que competían con las españolas en unos mercados cada vez más integrados.

No obstante, actualmente la Ley Concursal no regula un sistema de nulidad absoluta, sino uno de reintegración mediante el ejercicio de acciones rescisorias, compatible legalmente con las exigencias comunitarias⁴³ y económicamente con las necesidades de un mercado globalizado, que demanda una mínima seguridad jurídica para el éxito en la colocación y contratación de los títulos hipotecarios emitidos.

Además, la Ley Concursal deja a salvo el resto de acciones de impugnación reconocidas por nuestro derecho, que ya recogen los posibles supuestos de fraude.

⁴¹ Véase PIÑEL LÓPEZ, E., «La reintegración concursal y las operaciones financieras», *op. cit.*, pág. 155.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1999.

⁴³ Véase PIÑEL LÓPEZ, E., «La reintegración concursal y las operaciones financieras», *op. cit.*, pág. 156.

Por lo tanto, la exigencia de fraude para la impugnación de las garantías hipotecarias supone una excepción al espíritu de la Ley Concursal (más orientada al concepto de perjuicio de la masa activa) que deja de tener razón de ser, traduciéndose en un privilegio para las entidades de crédito incoherente con los principios de nuestro régimen concursal.

Si como entendemos, no es necesario para el uso de este privilegio que las hipotecas protegidas por el artículo 10 respalden de hecho emisiones de títulos hipotecarios⁴⁴, y si consideramos que han sido suprimidos los requisitos de finalidad, quedan amparadas por este régimen especial todas las hipotecas emitidas por las entidades de crédito que observen las exigencias de la Ley del Mercado Hipotecario.

Entendemos que debería suprimirse la referencia al artículo 10 en la disposición adicional segunda, pues únicamente representa un privilegio para las entidades de crédito, innecesario con el nuevo sistema concursal, dañino para los intereses de los acreedores y mantenido, probablemente, como resultado de las presiones del sector más que por las razones de interés general de facilitar un régimen legal que permita el mantenimiento de un sistema financiero ágil y competitivo.

Asimismo debería modificarse el punto 3 de esa disposición, restringiendo el ámbito subjetivo de la anterior especialidad a la situación de concurso de entidades de crédito, con el objeto de evitar un resultado interpretativo erróneo de la misma.

Y en coherencia con lo anterior, proponemos la eliminación de este artículo 10 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario.

3. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA LEY DE REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO EN MATERIA CONCURSAL

3.1. Exigencia de existencia de fraude y legitimación activa

La Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario, exige que la administración concursal demuestre la existencia de fraude en la constitución de las hipotecas inscritas a favor de las entidades de crédito para poder ser impugnadas al amparo del artículo 71 de la Ley Concursal.

Como ya hemos indicado, esta exigencia de la existencia de fraude supone una excepción al espíritu de la Ley Concursal que, en materia de reintegración, lo que valora es que los actos a rescindir resulten perjudiciales para el patrimonio del deudor, «aunque no hubiere existido intención fraudulenta».

⁴⁴ Como veremos, la jurisprudencia aún no se ha pronunciado al respecto.

En consecuencia, la administración deberá probar, en primer lugar, que existe perjuicio patrimonial para la masa activa (pudiendo beneficiarse de la presunción *iuris tantum*, en su caso) y, en segundo, la existencia de fraude ⁴⁵.

El desplazamiento de la carga de la prueba de existencia de fraude a la administración concursal puede dar lugar a una «prueba diabólica» que impida en la práctica el buen fin de las acciones rescisorias, con la consiguiente protección de facto de los intereses de las entidades de crédito ⁴⁶.

Entendemos que esta excepción representa un claro perjuicio para el resto de los acreedores, dado que la falta de rescisión de un derecho por no demostrarse intención fraudulenta, aun existiendo perjuicio para la masa activa, además de ir en contra de la paridad de trato de los acreedores, reduce las expectativas de cobro de estos ⁴⁷.

Se trata, en definitiva, de un privilegio para las entidades de crédito en perjuicio del principio *par conditio creditorum* ⁴⁸.

Además, conforme al artículo 10 de la Ley 2/1981 solo la administración concursal podrá ejercitar las acciones rescisorias o impugnatorias. Esto representa una especialidad más, ahora referida a la legitimación activa reconocida en la Ley Concursal para el ejercicio de esas acciones, pues esta considera que además de los administradores concursales, también podrán ejercitarlas los acreedores cuando no lo hubiera hecho aquellos (art. 72.1 ⁴⁹), mientras que el régimen especial lo restringe a la administración concursal.

3.2. Requisito de finalidad de las operaciones de préstamo

Como hemos indicado, se han planteado dudas sobre la aplicación del artículo 10 a todas o solamente a algunas de las hipotecas inscritas a favor de las entidades de crédito, en función del destino de las operaciones de préstamo garantizadas por ellas.

⁴⁵ GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., «Incidencia de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario en la Ley Concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 15, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 328.

⁴⁶ DE CASTRO ARAGONÉS, J.M. y FERNÁNDEZ SELJO, J.M., «Los créditos de entidades financieras en la Ley Concursal: reformas, contrarreformas y chapuzas legislativas (a propósito del RD-Ley 5/2005, de 11 de marzo, sobre reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública)», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, Madrid, 2005, pág. 33.

⁴⁷ HERRADOR MUÑOZ, A., *op. cit.*, pág. 172.

⁴⁸ MADRID PARRA, A., «Garantía de los valores hipotecarios y crisis financiera», *op. cit.*, pág. 71.

⁴⁹ Artículo 72.1 de la Ley Concursal: «La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento (...)».

Entendemos que tras la modificación del citado artículo 4 de la Ley del Mercado Hipotecario, eliminando toda restricción en materia de destino de las operaciones activas, la cuestión queda resuelta.

3.3. ¿Es necesario que las hipotecas protegidas por el artículo 10 respalden emisiones de títulos hipotecarios?

También se ha planteado si el artículo 10 era aplicable a todos los préstamos hipotecarios que cumplieran los requisitos de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, o solamente a aquellos que de hecho constituyeran soporte de emisiones de títulos⁵⁰.

De una lectura literal del artículo 10 de la Ley 2/1981 se desprende que este se refiere a todas las hipotecas a favor de entidades de crédito susceptibles de operar como garantía en las operaciones de titulización. No obstante, dado el carácter instrumental de esta Ley, entendemos que su espíritu era el de proteger solamente a las hipotecas que efectivamente constituyeran de hecho garantía de los títulos hipotecarios.

Por lo tanto, si la intención del legislador era la de restringir este ámbito de protección a las hipotecas de créditos titulizados, sería adecuada una redacción más clara del precepto, dada la inseguridad jurídica que esta ambigua redacción está provocando en el sector.

4. ¿CÓMO RESUELVE LA JURISPRUDENCIA ESTOS PROBLEMAS?

4.1. De la interpretación «rigorista» del artículo 878 del Código de Comercio a una interpretación «más flexible»

Como hemos visto más arriba, el artículo 878 del Código de Comercio disponía que serían nulos todos los actos de dominio y administración del quebrado posteriores a la época a la que se retrotrajeran los efectos de la quiebra.

Adelantábamos en ese momento que la Jurisprudencia tendió a entender reiteradamente que la retroacción de la quiebra contemplada en el artículo 878 causaba una nulidad de pleno derecho, radical o absoluta. Y que conviviendo con esa tendencia mayoritaria existió una línea jurisprudencial minoritaria que durante los últimos años ha ido ganando peso y que entendía que dicho precepto no imponía una nulidad absoluta de los negocios celebrados en el periodo de retroacción de la quiebra.

En efecto, en línea con la llamada interpretación «rigorista» del artículo estudiado, el Tribunal Supremo entendía que cuando el precepto afirmaba que todos los actos posteriores a la fecha de la retroacción de la quiebra serían nulos, se refería a una nulidad absoluta que privaba de efectos a aquellos actos.

⁵⁰ AZOFRA VEGAS, F. y PÉREZ RIVARÉS, J.A., «La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación», en *La Ley*, núm. 7.162, Madrid, 27 de abril de 2009.

Son múltiples las sentencias rigoristas en la interpretación del artículo 878.2 del Código de Comercio, por lo que destacamos solamente algunas que se pronunciaron en esa línea, como son las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1931 (que habla de nulidad sin condición alguna); de 17 de marzo de 1958 (nulidad radical *ipse legis potestate et autoritate*, a pesar de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria); de 13 de febrero de 1960 y de 29 de octubre de 1962 (nulidad absoluta o de pleno derecho); de 21 de mayo de 1960 (cualquiera que sea la situación de ignorancia o de buena fe en que se halle el tercero); de 22 de febrero de 1963 (sin necesidad de que se pruebe el fraude); de 26 de marzo de 1974 (no permite reserva de clase alguna a favor de tercero); de 9 de diciembre de 1981 (nulidad radical); de 22 de marzo de 1985 (sin que tal normativa pueda entenderse derogada por la Constitución); de 9 de mayo de 1988 (todos los actos son intrínseca y radicalmente nulos); de 15 de noviembre de 1991 (aunque el contrato se celebrase con terceros de buena fe); de 28 de octubre de 1996 (el carácter categórico del artículo 878 no ofrece dudas); de 22 de mayo de 2000; o de 24 de enero de 2005 (los actos dispositivos implicados están incursos en la sanción de nulidad radical).

La otra corriente, la que daba una interpretación más «flexible» al precepto existió desde antiguo y, apoyada decididamente por la doctrina científica, convivió con la otra línea interpretativa, incluso algunas veces incura en sentencias aparentemente o declarativamente rigoristas. Exigían algunas de estas sentencias la existencia de una intención fraudulenta en la persona que contrataba con el quebrado para la declaración de nulidad, y otras introducían una cierta flexibilidad cuando los actos no perjudicaban los intereses de los acreedores⁵¹.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1975 (el criterio rigorista fue atenuado para la operación de descuento bancario); de 12 de marzo de 1993 (interpretación relativa cuando no se da prueba de perjuicio sobre la masa de la quiebra); de 20 de septiembre de 1993 (corrección del rigor del texto cuando los actos no sean contrarios a los intereses de los acreedores); de 29 de enero de 2004 (cuando no causa perjuicio a los acreedores); de 30 de marzo de 2006 (los inconvenientes que para la seguridad jurídica se derivan de aquellos sistemas de reintegración de nulidad absoluta); de 15 de febrero de 2007 (si se ha producido una disminución en el patrimonio del quebrado); y de 7 de mayo de 2008 (inconvenientes que representan los sistemas de reintegración de carácter absoluto para la seguridad jurídica).

Como decíamos, además, algunas sentencias aparentemente rigoristas como la de 15 de noviembre de 1991, con expresiones del tipo «tal nulidad comprende y afecta a todos los actos (...) aunque el contrato se celebrase con terceros de buena fe» realmente valoraban el perjuicio causado a la masa de acreedores⁵². De manera similar la Sentencia de 11 de noviembre de 1993 y la de 26 de marzo de 1997.

Entendemos que en esta evolución ha influido significativamente la nueva aproximación que la Ley Concursal ha dado al tema de la reintegración⁵³, que abandonó las anteriores declaraciones

⁵¹ SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Ingeniería financiera y derecho concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 6, Madrid, 2007, págs. 195 a 277.

⁵² DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «En torno al polémico artículo 878 del Código de Comercio: ¿se consolida un cambio de orientación –es de suponer que definitivo– en una jurisprudencia llamada a extinguirse?», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 7 a 56.

⁵³ En este mismo sentido, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *op. cit.*, pág. 54.

de nulidad de los actos para sustituirlas por un sistema de acciones de reintegración basado en el concepto de perjuicio para la masa activa, en el que existe (si no se aprecia mala fe en el acreedor) una restitución de prestaciones en ambos sentidos.

En efecto, fue la Ley Concursal con su artículo 71, según recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2008, la que sustituyó el régimen de retroacción de la quiebra por otro formado por acciones de reintegración de naturaleza rescisoria. Destaca esta sentencia la «dificultad técnica que representa calificar de nulidad lo que propiamente constituye un supuesto de ineficacia funcional y sobrevenida de un negocio que, en el momento en que se celebró, no adolecía de defecto alguno, así como el exceso que una tan generalizada y severa sanción –la de nulidad– significa desde el punto de vista empírico, al tener por misión los remedios reintegradores asegurar la *par conditio creditorum* y preservar la integridad del patrimonio del quebrado».

Incluso creemos que también influyeron en esa evolución de la jurisprudencia algunas especialidades sectoriales, como las recogidas en la Ley del Mercado Hipotecario, que exigían la existencia de una intención fraudulenta en la persona que contrataba con el quebrado.

4.2. Alcance de la protección del artículo 10 de la Ley 2/1981

4.2.1. La prueba de la existencia de fraude en la constitución de gravamen

Esa tendencia a abandonar el criterio rigorista, por parte de la jurisprudencia, en la interpretación del artículo 878.2 había sido ya adoptada por el legislador en diversas normas de carácter sectorial con anterioridad a la promulgación de la Ley Concursal, como fue la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, que dispone en su artículo 10 la exigencia de que la administración concursal demuestre la existencia de fraude en la constitución de las hipotecas inscritas a favor de las entidades de crédito para poder ser impugnadas al amparo del artículo 71 de la Ley Concursal⁵⁴.

Según esto, conforme a la normativa vigente la administración concursal deberá probar que existe fraude en la constitución de las garantías hipotecarias con el objeto de conseguir su rescisión.

En realidad, la Ley 2/1981, va más allá que la propia Ley Concursal. En las acciones de reintegración de esta última, la administración concursal solamente deberá probar que existe perjuicio para la masa activa, pudiendo invocar al efecto la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial para la masa reconocida en el artículo 71.3 para el caso de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de otras nuevas constituidas en sustitución de las anteriores.

Pero en el caso particular de que se trate de hipotecas inscritas a favor de entidades de crédito, la administración concursal deberá probar además que existe fraude en la constitución del gravamen, soportando por tanto esta la carga de la prueba.

⁵⁴ Recordemos que con anterioridad a la modificación de este precepto llevada a cabo por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, el artículo se refería al artículo 878.2 del Código de Comercio en lugar de citar el 71 de la Ley 22/2003. Y se hablaba de los síndicos de la quiebra en lugar de la administración concursal.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2006 justifica la no aplicación del artículo 10, entre otras razones, por la existencia de fraude, presumido conforme al derogado artículo 880.4 del Código de Comercio.

4.2.2. *Finalidad de las operaciones de préstamo*

En relación con las dudas planteadas sobre la aplicación del artículo 10 a todas o solamente a algunas de las hipotecas inscritas a favor de las entidades de crédito, en función del destino de las operaciones de préstamo garantizadas por ellas, la jurisprudencia se ha pronunciado en ciertas ocasiones condicionándola al cumplimiento de los requisitos de finalidad descritos en el artículo 4. Aunque como hemos avanzado, tras la modificación de este artículo por la Ley 41/2007, eliminando toda restricción en materia de destino de las operaciones activas, entendemos que la cuestión queda resuelta.

En esa línea se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1997 afirmando que «la aplicabilidad del artículo 10 de la mentada Ley se encuentra condicionada a la finalidad de las operaciones de préstamo a que la misma se refiere y que aparecen relacionadas en su artículo 4, y aunque las actividades que en él se contemplan no respondan a una enunciación casuística o cerrada pues abarca a "cualquier otra obra o actividad", ello debe interpretarse de manera restringida, en razón a la especialidad del precepto, y entenderse que, en todo caso, esa otra actividad debe asemejarse a las designadas nominativamente».

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2000, que exigió que se justificara «en qué medida la operación de préstamo ha tenido (...) las finalidades prevenidas en el artículo 4».

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2006 refuerza las dos sentencias anteriores, afirmando que la aplicación del artículo 10 de la Ley 2/1981 «requiere que la finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere sea alguna de las comprendidas en el artículo 4 o que al menos se asemeje a las designadas allí nominativamente».

4.2.3. *Sobre la necesidad de que las hipotecas protegidas respalden emisiones de títulos hipotecarios*

Por otra parte, todavía no existe jurisprudencia asentada sobre si la protección del artículo 10 de la Ley 2/1981 se refiere a todas las hipotecas a favor de entidades de crédito susceptibles de operar como garantía en las operaciones de titulización, o si en cambio protege solamente a las hipotecas que efectivamente constituyan de hecho garantía de los títulos hipotecarios. En efecto, en las sentencias relacionadas con el asunto no se hace ni siquiera a menudo referencia a si las hipotecas constituidas objeto de demanda respaldaban o no títulos de aquel tipo.

Podemos indicar que la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2000 entiende que, representando el artículo 10 una regla de carácter especial, exige que se acredite la emisión de los títulos hipotecarios.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, en su Sentencia de 18 de diciembre de 2006, en relación con la pretensión de la administración concursal de rescindir ciertas hipotecas, no hace ninguna referencia al hecho de que los titulares de esas garantías sean entidades de crédito. Y simplemente afirma que «el perjuicio al que se refiere al Ley Concursal es un perjuicio objetivo para la masa activa, que no requiere que el nuevo acreedor sea consciente del mismo, tal y como dice el precepto, sin necesidad de que conste intención fraudulenta».

En el mismo sentido, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, en su Sentencia de 3 de septiembre de 2007, ante la pretensión de que se declare la mala fe de una entidad de crédito, al considerar que en el momento de la formalización de la hipoteca conocía la situación económica del concursado (con la intención de que el crédito sea calificado como subordinado, en virtud del art. 73.3), afirma que la entidad «se limita a efectuar una operación comercial para obtener un beneficio económico conforme al objeto social que le es propio, sin que pueda vislumbrarse una intención fraudulenta en su actuar». La sentencia considera procedente la rescisión, pero ni el juzgado ni la entidad financiera hacen referencia al régimen especial reconocido en la Ley 2/1981.

Parece que tanto los tribunales como las entidades crediticias ignoran ese régimen especial, dando por hecho, creemos, que este no es aplicable cuando las garantías hipotecarias impugnadas no respaldan operaciones de titulización.

5. CONCLUSIÓN

La inseguridad jurídica que provocaba el artículo 878.2 del Código de Comercio, relativo al régimen de retroacción de la quiebra, antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal, hizo necesario el reconocimiento de determinadas excepciones en el ámbito financiero, como las relativas al mercado de titulización, contempladas en la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario.

En este sentido, la Ley 2/1981, con la intención de dar fluidez a las operaciones de aquel mercado, reconoce un régimen especial privilegiado para las hipotecas inscritas a favor de las entidades de crédito, al establecer que estas solo podrían ser impugnadas por la administración concursal demostrando la existencia de fraude en su constitución, lo que provocó un problema de conflicto entre el principio de seguridad jurídica y el de mantenimiento del patrimonio del deudor.

La Ley Concursal, que implantó un sistema de acciones rescisorias sustentado en el concepto de perjuicio patrimonial, mantuvo el privilegio reconocido a las entidades de crédito mediante la inclusión de la Ley 2/1981 como legislación especial en la disposición adicional segunda. Disposición que se modificó posteriormente con la intención de extender su ámbito de aplicación para el caso de concurso de sus contrapartes (Ley 36/2003) y para incluir en ella el artículo 10, dejando fuera de dudas la especial protección de las hipotecas a favor de esas entidades financieras (RD-Ley 3/2009).

Creemos que con el régimen de acciones de reintegración regulado en la Ley Concursal deja de estar justificado en nuestro ordenamiento jurídico el privilegio que representa el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario para las entidades de crédito.

Actualmente, la Ley Concursal no regula un sistema de nulidad absoluta, sino uno de reintegración mediante el ejercicio de acciones rescisorias, compatible con las exigencias comunitarias y con las necesidades de seguridad jurídica que demanda el mercado para el éxito en la colocación y contratación de los títulos hipotecarios emitidos.

Por otra parte, creemos que la exigencia de la demostración de fraude para la impugnación de las garantías hipotecarias supone una excepción al espíritu de la Ley Concursal que puede desembocar en dificultades probatorias de carácter práctico (prueba diabólica) que, en último término, se traducen en un privilegio para las entidades de crédito.

De una lectura literal de la Ley se deriva que no es necesario para el ejercicio de este privilegio que las hipotecas protegidas por el artículo 10 respalden de hecho emisiones de títulos hipotecarios. Y además han sido suprimidos los requisitos de finalidad. Por lo que se podría interpretar que quedan amparadas por este régimen especial todas las hipotecas emitidas por las entidades de crédito que observen las exigencias de la Ley del Mercado Hipotecario.

Entendemos que esta excepción representa un claro perjuicio para el resto de los acreedores, dado que la falta de rescisión de un derecho por no demostrarse intención fraudulenta, aun existiendo perjuicio para la masa activa, además de ir en contra de la paridad de trato de los acreedores, reduce las expectativas de cobro de estos.

Por lo tanto, proponemos la supresión de la referencia al artículo 10 en la disposición adicional segunda, pues únicamente representa un privilegio para las entidades de crédito, innecesario con el nuevo sistema concursal, perjudicial para los intereses de los acreedores y mantenido, probablemente, como resultado de las presiones del sector más que por las razones de interés general de facilitar un régimen legal que permita el mantenimiento de un sistema financiero ágil y competitivo.

Asimismo debería modificarse el punto 3 de esa disposición, restringiendo el ámbito subjetivo de la anterior especialidad a la situación de concurso de entidades de crédito, con el objeto de evitar un resultado interpretativo erróneo de la misma.

Y en coherencia con lo anterior, proponemos la eliminación de este artículo 10 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario.

No obstante, aunque la jurisprudencia aún no se ha pronunciado claramente al respecto, en las sentencias relacionadas con la rescisión de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito, ignora ese régimen especial. Creemos que entiende que este solo es aplicable cuando tales garantías constituyen de hecho soporte de emisiones de títulos y no a todas las que sean susceptibles de serlo.

BIBLIOGRAFÍA

- AZOFRA VEGAS, F. y PÉREZ RIVARÉS, J.A.: «La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación», en *La Ley*, núm. 7.162, Madrid, 27 de abril de 2009.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: «En torno al polémico artículo 878 del Código de Comercio: ¿se consolida un cambio de orientación –es de suponer que definitivo– en una jurisprudencia llamada a extinguirse?», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 7 a 56.
- DE CASTRO ARAGONÉS, J.M. y FERNÁNDEZ SEJO, J.M.: «Los créditos de entidades financieras en la Ley Concursal: reformas, contrarreformas y chapuzas legislativas (A propósito del RD-Ley 5/2005, de 11 de marzo, sobre reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública)», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, Madrid, 2005, págs. 25 a 37.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M.: *El Proceso Concursal*, 2.ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces (CERA), Madrid, 2008.
- *Reintegración de la masa de la quiebra e intervencionismo estatal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces (CERA), Madrid, 2001.
- GIL DE PAREJA, C.: «El Adquirente inscrito del quebrado», en *Lunes cuatro treinta. Revista de asuntos registrales*, núm. 261, Registradores de la Comunidad Valenciana, Valencia, 1999.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.: «Incidencia de la Ley de reforma del mercado hipotecario en la Ley Concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 15, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 323 a 344.
- HERRADOR MUÑOZ, A.: «Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, Madrid, 2005, págs. 169 a 177.
- MADRID PARRA, A.: «Garantía de los valores hipotecarios y crisis financiera», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, Madrid, 2009, págs. 49 a 94.
- «Marco legal de la titulización de activos financieros en España», en *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 44, Madrid, 1993, págs. 7 a 40.
- MASSAGUER FUENTES, J.: *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Editorial Librería Bosch, Barcelona, 1986.
- MUÑOZ MERCHANT, A.: *Análisis de estados financieros*, 2.ª edición, Ediciones Académicas, Madrid, 2009.
- PIÑEL LÓPEZ, E.: «La Ley Concursal y las entidades de crédito», en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Volumen 5 (Liquidación concursal, conclusión y reapertura del concurso, calificación del concurso, supuestos especiales), Marcial Pons Librero, Madrid, 2005, págs. 5.485 a 5.510.
- «La reintegración concursal y las operaciones financieras», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, Madrid, 2008, págs. 153 a 162.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *Reintegración y Concurso de Acreedores*, Editorial Dilex, Madrid, 2005.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: «Ingeniería financiera y derecho concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 6, Madrid, 2007, págs. 195 a 277.
- SANTILLANA DEL BARRIO, A.: «La nueva Ley del Mercado Hipotecario», en *Papeles de Economía Española*, núm. 9, Madrid, 1981, págs. 161 a 170.
- UGENA, S.: «Cuarto encuentro de jueces de lo mercantil (crónica)», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 15, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 303 a 319.