

RICARDO CABANAS TREJO - LETICIA BALLESTER AZPITARTE
NOTARIO NOTARIA

Contenidos

1. Resoluciones.
2. Sentencias.
3. Varia Fiscal.
4. Otras noticias de interés.
5. Comentario del mes.

1.- Resoluciones.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO –
DGRN-

DIRECCIÓ GENERAL DE DRET I D'ENTITATS JURÍDIQUES –DGDEJ-

Sin contenido este número

2.- Sentencias.

TRIBUNAL SUPREMO -TS-

AUDIENCIA PROVINCIAL -AP-

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA –JPI-

JUZGADO MERCANTIL –JM-

36.- STS de 04/03/2016 Rec. 2467/2013. Concurso y grupo de sociedades.

Se discute no la existencia de los créditos contra una sociedad inmobiliaria concursada, sino la clasificación de los mismos. Para determinar si los créditos de Banca Cívica (actualmente, Caixabank) tienen o no la consideración de subordinados por ser esta entidad una persona especialmente relacionada con la deudora concursada, el Juzgado de lo mercantil número 1 de Sevilla entiende que el art. 93.2.3o LC, conforme al cual «(s)e consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: [...] 3.o Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.o de este apartado», debe interpretarse de tal manera que la condición de sociedad del grupo debe tenerse en consideración al tiempo de la declaración de concurso y no en el momento del nacimiento del crédito, pues la remisión del ordinal 3o del art. 93.2 LC al ordinal 1o lo es únicamente respecto de los socios y no de las sociedades del grupo.

En todo caso, se confirma en segunda instancia dicha clasificación de los créditos como subordinados, ya que tanto al tiempo de declaración de concurso como al del nacimiento de los créditos, la entidad acreedora participaba indirectamente en el 65% del capital social de la concursada. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación por este último motivo, pero aclara que el art. 93.2 de la LC debe interpretarse de forma sistemática con el art. 92.5 LC (que determina que los créditos de estas personas especialmente relacionadas con el deudor serán subordinados) y con el art. 71.3.1o LC (que somete a la presunción *iuris tantum* de perjuicio los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de una persona especialmente relacionada con el concursado dos años antes de la declaración de concurso, cuando se ejercite la acción rescisoria concursal).

En ambos casos la concurrencia de las circunstancias que justifican la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor (ser una sociedad del mismo grupo que la concursada), tiene más sentido que venga referenciada al momento en que surge el acto jurídico cuya relevancia concursal se trata de precisar (la subordinación del crédito o la rescisión del acto de disposición), que al posterior de la declaración del concurso. Si se subordina un crédito de un acreedor por tratarse de una sociedad del grupo es porque tenía esa condición en el momento en que nació dicho crédito.

37.- STS de 08/04/2016 Rec. 2840/2013. Crédito al Consumo. Ámbito de aplicación Ley 7/1995.

Varios clientes interponen acción de resolución de contrato por el que compraron sus vehículos y servicios de mantenimiento a Santander Consumer Establecimiento Financiero de Crédito S.A, quien a su vez tenía un contrato de colaboración en exclusiva con Otaysa turismos, repartiendo ambas entidades los beneficios obtenidos al 50%. Tras la fusión por absorción del Banco Central Hispano

por el Banco Santander y ante el impago de cuotas y consiguiente interposición de demandas judiciales, las sentencias favorecen a los usuarios ya que, al estar ante contratos vinculados, la entidad bancaria no está legitimada para reclamar el cumplimiento del contrato de financiación.

Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, excluye en su art. 2º aquellos contratos en los que el importe del crédito sea inferior a 25.000 pesetas. A los superiores a 3.000.000 de pesetas tan sólo les será de aplicación lo dispuesto en el capítulo III de dicha Ley. Además, a los efectos anteriores, se entenderá como única la cuantía de un mismo crédito, aunque aparezca distribuida en contratos diferentes, celebrados entre las mismas partes y para la adquisición de un mismo bien o servicio aun cuando los créditos hayan sido concedidos por diferentes miembros de una agrupación, tenga ésta o no personalidad jurídica.

Ahora bien, a efectos de aplicación del artículo, no puede distinguirse entre la parte de los préstamos concedidos por la demandada para atender las reparaciones y servicios y la parte de dichos préstamos para la adquisición del vehículo: en todos los casos, el préstamo concedido fue único y documentado en un único contrato en el que, aunque se hacía constar la parte del préstamo que se destinaba a la adquisición del vehículo y aquellas otras que se destinaban al mantenimiento del mismo o el seguro y las comisiones, era un único préstamo que englobaba, en cada caso, todas esas prestaciones. No se está ante dos préstamos distintos, y en consecuencia la cuantía de los créditos era superior a 18.040 euros, por lo que deben ser excluidos de la aplicación de la Ley de Crédito al Consumo.

38.-STS de 19/04/2016 Rec. 2526/2013. Junta General: inasistencia de todos los administradores.

El 22 de junio de 2011 se celebra junta general de una S.L. de la que se levantó acta notarial, con asistencia de socios que titulaban la totalidad del capital social. Los administradores sociales no estuvieron presentes en dicha junta, aunque sí comparecieron personas a las que los administradores, en su calidad de socios, habían conferido su representación. Uno de los socios minoritarios presentó demanda de impugnación de acuerdos sociales con fundamento en que no habían asistido a la junta general los administradores de la sociedad, estimándose en primera y segunda instancia por estar la Junta mal constituida, ya que, por ser universal, no se puede prescindir de dicho requisito de asistencia de los administradores.

Ahora bien, el art. 180 LSC, si bien establece el deber asistencia de los administradores sociales a la junta general, no ordena que su ausencia determine la nulidad de la misma. Respecto al carácter de la Junta, del acta notarial resulta que no fue universal, sino que fue debidamente convocada, que se remitió la convocatoria a los socios por correo certificado con acuse de recibo con inclusión del orden del día, que todos ellos la recibieron y que en el tiempo intermedio entre la convocatoria y la celebración de la junta general, la demandante y otra socia solicitaron de la sociedad la presencia de notario, lo que fue admitido por los administradores, que requirieron al fedatario con dos días de antelación para que compareciera en la junta y levantara acta. Todo lo anterior denota claramente que se trataba de una junta prevista y previamente convocada y no una junta espontánea y no convocada, como es la universal. Tampoco hubo un previo acuerdo de todos los socios de constituirse en junta general y de discutir determinados temas.

Por otro lado, los arts. 183 LSC -para la sociedad limitada- y 184 LSC -para la sociedad anónima- permiten que los socios puedan asistir a las juntas generales representados por otras personas, pero dicha representación únicamente puede conferirse en su calidad de socios, no de administradores que, a su vez, son socios,

puesto que la administración no puede ser ejercida por representante, salvo en el caso de administrador persona jurídica y con las especificidades previstas en el art. 212 bis LSC. La asistencia de los administradores a las juntas generales forma parte de sus competencias orgánicas, por lo que no puede ser objeto de delegación mediante representación

En todo caso, la ausencia de los administradores sociales, como regla general, no puede ser considerada como causa de suspensión o nulidad de la junta general, puesto que ello sería tanto como dejar al albur de los administradores la posibilidad de expresar la voluntad social a través de las juntas generales, ya que les bastaría con no asistir para viciarlas de nulidad. Ahora bien, existen excepciones a esta regla cuando la ausencia sea decisiva para la privación de los derechos de alguno de los socios: por ejemplo en el caso objeto de la resolución, donde concurría la necesidad, por razón de la naturaleza de la entidad y de los puntos comprendidos en el orden del día, de reforzar el derecho de información de la socia minoritaria, quedando dicho derecho totalmente cercenado por la ausencia de todos los administradores.

3.- Varia Fiscal.

TRIBUNAL SUPREMO –TS-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA –TSJ-

AUDIENCIA NACIONAL –AN-

TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL -TEAC-

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS –DGT-

31.-STSJ de Madrid de 26/01/16, num. 47/2016. IIVTNU.

En línea con otras sentencias reseñadas en números anteriores de este Boletín, es el TSJ de Madrid el que aprecia en este supuesto una ausencia objetiva de incremento del valor, dando lugar a la no sujeción al impuesto, simplemente como consecuencia de la no realización del hecho imponible. En la transmisión de dos fincas que formaban parte de un centro comercial, el propio Ayuntamiento reconocía de forma expresa y manifiesta en su escrito de contestación a la demanda la existencia de un decremento del valor de los inmuebles en términos reales y de mercado. En este sentido, interesa destacar también la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 22 de Madrid, de 15 de diciembre de 2.015, que ante esta infracción de los principios de capacidad contributiva e igualdad de los arts. 14 y 31 de la Constitución, plantea la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 107 y 110.4 RDLeg. 2/2004 (Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales), de manera que pueda suprimirse la previsión legal que permite gravar los incrementos de valor en cuantía ficticia.

32.- Consulta DGT de 26/01/16, V0296-16. IP. Reducción por parentesco del viudo.

Siguiendo la jurisprudencia del TS, y con relación a los requisitos para la participación en entidades, el parentesco por afinidad se genera y sostiene por el matrimonio. Consiguientemente, desaparecido el vínculo matrimonial por fallecimiento del esposo, se rompe el parentesco de la viuda con los familiares consanguíneos del esposo fallecido.

33.- Consulta DGT de 02/02/16, V0403-16. ISD. Tributación del legado de cosa ajena.

Ya se cumpla el legado de cosa ajena o no (por imposibilidad de conseguir la cosa ajena, sustituyéndolo por una justa compensación, ex arts. 861 y 863 del CC), la base imponible de cada uno de los causahabientes en su Impuesto de Sucesiones estará compuesta por la parte que le corresponda por la herencia, de la que podrá deducirse el

legado de cosa ajena que se ve obligado a realizar para poder aceptar la misma. Por otra parte, cada legatario deberá incluir en la base imponible del citado impuesto el legado que recibe. Ahora bien, si los herederos no hubiesen adquirido la cosa ajena simplemente por su dificultad o alto coste (no concurriendo, por tanto, “imposibilidad”), no podrán deducirse como carga el legado. En este supuesto, sin embargo, los legatarios tributarían por el ISD, pero no por el concepto de sucesiones sino por el de donaciones, pues la cantidad recibida no es en cumplimiento del legado.

34.- Consulta DGT de 08/02/16, V0485-16. IRPF. Indemnización por expropiación finca rústica.

Con motivo de la construcción de una autovía, en el año 2008 le fueron expropiadas al consultante por el procedimiento de urgencia parte de tres fincas rústicas de regadío en las que existe cultivo. La indemnización correspondiente al inmovilizado material e inmaterial tiene la consideración de ganancias o pérdidas patrimoniales, y la parte que se corresponda con el ejercicio de la actividad y las posibles pérdidas o perjuicios de producción vinculados a la misma (las indemnizaciones percibidas por rápida ocupación, servidumbres de paso subterráneo y aéreo y ocupación temporal) se consideran rendimientos derivados de la actividad económica.

En los supuestos de expropiación forzosa la alteración patrimonial debe considerarse producida cuando fijado y pagado el justiprecio se proceda a la consecuente ocupación del bien expropiado, salvo que sea por el procedimiento de urgencia, en cuyo caso la ganancia o pérdida se entienden producidos, en principio, cuando realizado el depósito previo se procede a la ocupación y no cuando se pague el justiprecio. Sin embargo, dado el especial carácter de este procedimiento expropiatorio (en el que el justiprecio se fija posteriormente) puede aplicarse la regla de imputación correspondiente a las operaciones a plazos o con precio aplazado (siempre que haya transcurrido más de un año entre la entrega del bien y el devengo del cobro del justiprecio) e imputar según sean exigibles los cobros correspondientes: es decir, al periodo impositivo en que resulte exigible el pago del justiprecio.

35.- Consulta DGT de 08/02/16, V0479-16. IRPF. Deducibilidad de las cuotas abonadas a la Seguridad Social en el Régimen de Autónomos.

Las cotizaciones al régimen de autónomos por un administrador a título gratuito pueden deducirse de los rendimientos que obtiene en su condición de trabajador por cuenta ajena en otra empresa.

36.-Resolución de la DGT de 04/04/2016, en relación con la deducibilidad de los intereses de demora tributarios, en aplicación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

La DGT considera que con la vigente Ley del Impuesto sobre Sociedades los gastos derivados de los intereses de demora tributarios sí son deducibles, por tener la calificación contable de gastos financieros (véase la Resolución de 9 de febrero de 2016 del ICAC) y no encuadrarse en ninguna de las categorías que regula el artículo 15 LIS (gastos no deducibles). Ahora bien, los intereses moratorios estarán sometidos a la limitación de la deducibilidad de gastos financieros (art. 16 LIS) y a las reglas de imputación temporal. Por otro lado, la DGT entiende que no existe contradicción entre el criterio del TEAC (véase su resolución de 07/05/15) y el suyo, ya que se trata de criterios referidos a dos normativas distintas. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional, el interés de demora tributario no deriva de la infracción de la norma, sino únicamente de la necesidad de compensación o resarcimiento de la Administración derivada de la no disposición a tiempo de las cantidades que son legalmente debidas: la dimensión infractora del contribuyente tiene respuesta en la correspondiente sanción que, en su caso, se imponga.

37.-Comunicación del Órgano de colaboración tributaria del Consejo General del Notariado de 20/05/16.

Los notarios no deben solicitar un NIF a través de SIGNO (modelo 036, declaración censal de alta) para supuestos distintos de la creación *ex novo* de entidades. Por ejemplo, en caso de transformación de entidades ya creadas y que ya disponen de un NIF en otro tipo de sociedades con una estructura de NIF diferente, deberá presentarse el modelo 036 con el antiguo NIF, pero no para solicitar uno nuevo, sino para señalar en la casilla 125, "Modificación de otros datos identificativos", la nueva forma jurídica de la sociedad y, en su caso, comunicar aquellos otros datos que hayan variado. Con esto la propia AEAT le asignará el NIF que le corresponda a la nueva forma jurídica, que quedará vinculado con el antiguo NIF.

4.- Otras noticias de interés.

Sin contenido este número.

5.- Comentario del mes.

LA EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA RESPECTO DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL CONCURSO. LA MASA COMO TERCERO PERJUDICADO (publicado en la revista CUADERNOS DE DERECHO Y COMERCIO, número 64, año 2016)

I.- PRESENTACIÓN.

El presente trabajo tiene su origen en un asunto muy concreto del que tuvimos conocimiento. Se trataba de una sociedad anónima sujeta a un procedimiento de quiebra desde hacía más de veinte años. La controversia estaba ceñida a la determinación del alcance de la garantía hipotecaria por los intereses de dos préstamos hipotecarios sobre dos fincas registrales. Mientras el acreedor hipotecario cuantificaba los intereses que le eran debidos por el total, sin más límites que el resultante de la prescripción, por entender que no había tercero, el síndico de la quiebra los limitaba a la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria. Acotada en estos términos, la cuestión realmente quedaba circunscrita a la interpretación de dos preceptos legales y a la relación existente entre ellos. Estos preceptos son el art. 114 de la Ley Hipotecaria –LH- y el art. 884 Código de Comercio –CCom-, pero el asunto tiene interés en la actualidad ya que la regla de este último pervive en el art. 59 de la actual Ley Concursal –LC-, y los argumentos realmente no han variado, tanto los referidos a la legislación hipotecaria, como a la quiebra/concurso. El examen de ambos preceptos se aborda por separado, distinguiendo respecto del primero entre intereses remuneratorios y moratorios.

II.- RESPECTO DE LA HIPOTECA.

1.- Interés remuneratorio.

No existe unanimidad doctrinal sobre la necesidad ineludible de un pacto específico de garantía para la cobertura de esta modalidad de intereses. Para algunos, al ser la hipoteca un derecho de inscripción registral (art. 12 LH), no resulta suficiente la mera previsión en el contrato de un interés remuneratorio, siendo necesario que en el título se constituya la hipoteca de un modo expreso, también en garantía de ese interés (DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 2013, p. 710; CORDERO, *Tratado de los derechos de garantía*, I, 2008, p. 902). Para otros la hipoteca se extiende a los intereses remuneratorios sin necesidad de pacto, pues los arts. 114 y 146 LH han

previsto la responsabilidad hipotecaria por intereses, sin exigir un pacto expreso que así la establezca. Por eso, si los intereses remuneratorios sólo se devengan cuando así se haya convenido (art. 1.755 del Código Civil –CC–), el pacto de garantía ya iría implícito en el mismo convenio generador, convenio que ha de constar en el título constitutivo (HERBOSA, *El despacho de la ejecución hipotecaria*, 2006, p. 89). De todos modos, así planteada la distinción peca de excesivo formalismo, pues en el Registro se debe inscribir una garantía específica por intereses, y por eso el pacto de cobertura siempre constará en el asiento de un modo explícito. Cuestión distinta es que el Registrador pueda deducirlo de manera inequívoca de la simple lectura del título, o que deba localizarlo de modo automático en el documento como un pacto específico y separado del resto, pero esto afecta más a la rogación que a la especialidad. Lo habitual es que se haga de esta segunda manera y por eso podemos hablar del mismo como un pacto expreso.

Distinto del pacto de garantía es el pacto de extensión. Una vez pactada la cobertura por intereses, con indicación del tipo de interés aplicable y el plazo de duración de la hipoteca, ya no se requiere fijar un límite de anualidades aseguradas con la hipoteca en virtud de un –nuevo– convenio expreso (pacto de extensión), pues, en su defecto, se entienden asegurados todos los que se devenguen durante el plazo de duración de la hipoteca, sin perjuicio del límite establecido en el art. 114.1 LH respecto de terceros. Dicho de otro modo, entre las partes la hipoteca se extiende a todos los intereses impagados y no prescritos, mientras en relación con los terceros se aplica directamente el límite legal.

No obstante en la práctica normalmente se fija una cifra de responsabilidad hipotecaria por intereses. Esto provocó en el pasado algunas dudas sobre el alcance de dicho pacto en la relación entre partes, sobre todo cuando se hubiera superado el plazo de cinco años, pero sin llegar a la cobertura total (también posible según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado –DGRN– de 14/02/1935, al considerar indiscutible “*el derecho de los interesados a pactar que la hipoteca responda de los intereses de todo el tiempo de duración del contrato*”). La posición tradicional de la DGRN era que no podía cobrarse en el procedimiento judicial sumario más que lo amparado por la cifra de responsabilidad hipotecaria. Así lo estableció la Resolución de 27/06/1988. En el caso, habiéndose practicado el remate a favor del actor, no se le exigió desembolso alguno, por cuanto su crédito era superior al precio de remate. Sin embargo, el Registrador denegó la inscripción, porque aun siendo superior el crédito reclamado al precio del remate, la responsabilidad hipotecaria era inferior, por lo que debía consignarse la diferencia a favor de acreedores posteriores (había intereses de demora, pero no estaban garantizados). La DGRN confirma la calificación registral, entendiendo que dada la naturaleza del procedimiento judicial sumario, sólo la parte del actor que esté garantizada con la hipoteca puede ser pagada con cargo al precio del remate. La ejecución hipotecaria conllevaría así la cancelación de las cargas posteriores sólo cuando se consignase a su favor la diferencia entre el precio de remate y la responsabilidad hipotecaria, sobre la base de lo dispuesto en el art. 131.17 LH (Resolución citada: “sólo la parte del crédito del actor que esté garantizada por la hipoteca ejecutada puede ser pagada con cargo al precio del remate; el resto deberá obtenerlo el acreedor por la vía oportuna, pero, en ningún caso, con cargo al sobrante del precio de remate por más que el mismo, a falta de otros interesados, correspondiere al deudor”). Como señala GÓMEZ GÁLLIGO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2000, VII-6, p. 297) esta Resolución dejó entrever que era así, incluso cuando no hubiera acreedores posteriores, de manera que el sobrante o diferencia entre el precio de remate y la cifra de responsabilidad hipotecaria, si no

existieran terceros, debería entregarse al deudor. Por tanto en el procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 131 LH el pacto de extensión fijaría el alcance de la garantía, también entre las partes, sin perjuicio de admitir que el pacto entre éstas podía ir más allá del límite de los cinco años.

Frente a este criterio, el art. 692.1.II de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC– aclara que en el proceso de ejecución sobre bienes hipotecados puede el acreedor cobrar todo lo que se le deba, salvo que surjan terceros o el deudor esté incurso en suspensión de pagos o quiebra. Es decir, se limita a estos últimos supuestos (que existan terceros o situación de insolvencia del deudor) la posición clásica de la DGRN. Para el autor antes citado la explicación es sencilla; *“con ello la LEC evita al acreedor tener que acudir a otro proceso de ejecución ordinario, cuando el importe reclamado es superior a la cifra de responsabilidad hipotecaria, al menos cuando no existen terceros. Esto es coherente con la propia filosofía de la ejecución forzosa en la ley, ya que entiende que la ejecución hipotecaria no es sino una fase (aunque con especialidades propias) del proceso de ejecución ordinario”* (p. 297). Es una solución inspirada, por tanto, en razones de economía procesal (STS de 15/06/2004 Rec. 2220/1998, AAP de Granada [3] de 25/02/2004 Rec. 697/2003, AAP de la Coruña [4] de 24/07/2008 Rec. 246/2008), pues el deudor debe todos los intereses devengados, aunque el pacto constitutivo de la hipoteca fije un límite (aún así, para GARCÍA, *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, I, 2011, p. 1.226, se trataría de una ejecución distinta por razón del crédito, no propiamente por la garantía, una vez cubierta la ejecución y sus cantidades por razón de la hipoteca).

En la misma línea la distinción entre partes y terceros resulta decisiva para marcar límites a la autonomía de la voluntad en relación con la vertiente temporal del pacto de extensión. Al constituir la hipoteca las partes pueden pactar que no se extienda a los intereses, o asegure una cantidad mayor o menor que la determinada por la ley. No obstante, frente a terceros estos pactos están limitados por el artículo 114.1 LH, al disponer que *“en ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años”*. Para evitar que indirectamente se asegure una cantidad mayor, el art. 220 del Reglamento Hipotecario –RH– también establece que *“cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder del pago de intereses, no podrá exceder del importe correspondiente a cinco anualidades”*.

En este punto resulta crucial el modo en que se ha redactado el pacto de extensión, por la distinta función que cumple según se trate de partes o de terceros. Sirve de punto de partida la siguiente reflexión de HERBOSA: *“esto sentado, el pacto de extensión, no siendo necesario en ningún caso, cuando se incluye, tiene un sentido diferente entre partes y frente a terceros: a) Entre partes, el pacto de extensión permite que la responsabilidad por intereses remuneratorios, dentro de lo garantizado, no sea ilimitada entre las partes, es decir, impide que queden cubiertos todos los intereses que se devenguen durante el plazo de duración de la hipoteca. En otras palabras, no siendo necesario un pacto expreso para hacer extensiva la responsabilidad por encima de los límites previstos en el artículo 114 LH, sí lo es para evitar que queden asegurados ilimitadamente todos los intereses devengados durante el plazo de duración de la hipoteca b) Frente a terceros, el sentido del pacto es impedir que la cobertura se limite a las anualidades previstas en el artículo 114 LH (es decir, a las dos últimas anualidades y parte vencida de la anualidad corriente), y ampliar el número de las anualidades cubiertas dentro del límite máximo previsto en dicho precepto”* (p. 102).

Aunque no falta alguna resolución judicial que aplica el tope de los cinco años, también entre las partes (STS de 12/03/1985, *“sobre todo se obtiene del artículo 220 del Reglamento que, en todo caso, impone un límite máximo de cinco anualidades para el*

supuesto de pactarse una cantidad alzada respecto a los intereses, exista o no tercero”), no parece imperativa la restricción de los intereses garantizados por el simple hecho de haber pactado una determinada duración. Este resultado dependerá de cómo se haya redactado el pacto, en particular cuando se deje muy claro que el pacto está referido exclusivamente a terceros, y la voluntad de los contratantes es que la garantía cubra entre partes todos los intereses. El problema surge cuando una redacción imprecisa del pacto de extensión, que no distinga con claridad entre partes y terceros, tiene para el acreedor el efecto indeseado de dejar fuera de la cobertura los intereses devengados por encima del límite temporal marcado. En ausencia de terceros, estar dentro o fuera de la cobertura quizá no tenga demasiada relevancia práctica por el principio de economía procesal que aplica la LEC, pero la situación será muy distinta cuando una norma legal exija la cuantificación exacta de la garantía hipotecaria, pues en rigor no están garantizados.

La distinción entre partes y terceros decae cuando se trata de interés variable, pues la necesaria fijación de un tipo máximo de interés torna la cobertura por intereses en una hipoteca distinta (aunque se constituya e inscriba simultáneamente con el mismo rango), y de naturaleza diferente encuadrada entre las hipotecas de máximo (advierte la STS de 12/01/2015 Rec. 2820/2001 que la hipoteca no se convierte a todos los efectos en una hipoteca de máximo, pero sí que se configura como tal respecto de los intereses). En estos casos la DGRN no admite distintos límites de evolución del tipo de interés según se trate de partes o de terceros, pues el tope máximo delimita el alcance del derecho real constituido, *“a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las que se establecen entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario”* (Resolución de 29/05/2014).

Recientemente la Resolución de 21/12/2015 ha vuelto a insistir en esta idea: *“debe recordarse que la hipoteca que garantiza los intereses remuneratorios variables no pertenece al tipo de las hipotecas ordinarias o de tráfico sino a las hipotecas de máximo, por cuanto la propia variabilidad de tipo de referencia determina que se desconozca inicialmente la cuantía a que ascenderán finalmente los intereses ordinarios vencidos. La naturaleza indeterminada o fluctuante de los tipos de interés variables impone, a efectos hipotecarios, la configuración de la garantía de los mismos, aunque lo sea en la misma hipoteca que el principal prestado, bajo la modalidad de una hipoteca de máximo, es decir, que la parte de la responsabilidad hipotecaria que los garantice debe calcularse a partir de la fijación de un tope máximo de interés aunque el de mercado llegare a ser mayor. Como consecuencia de ello, si los intereses devengados exceden de la responsabilidad máxima pactada bien por fluctuar libremente o bien por estar afectados por una cláusula techo superior al máximo a efectos hipotecarios, el acreedor no podrá reclamar la cantidad que exceda de esa cifra global, ya actúe contra el deudor o contra un tercero”*.

Tenemos así una limitación por razón de anualidades, donde sí cabe distinguir entre partes y terceros, y otra limitación por razón de la variabilidad a través de la fijación de una cantidad o tipo máximo por razón de intereses, donde no cabe distinguir. En palabras de GÓMEZ GÁLLIGO: *“en este sentido, no hay que confundir: a) la limitación por razón de anualidades, donde sí cabe distinguir entre deudor y terceros. No existe limitación en cuanto al deudor y sí frente a terceros b) la limitación por razón de la variabilidad a través de la fijación de una cantidad o tope máximo por razón de intereses. Aquí no cabe distinguir entre deudor y tercero, dado el principio de accesoriedad de la hipoteca. No cabe diferenciar tipos de interés entre el deudor y los terceros, tienen que ser los mismos. O dicho de otra forma, la cifra de responsabilidad*

hipotecaria por razón de intereses (sea en cantidad o porcentaje máximo) opera como límite de exigencia tanto con relación al deudor como con relación a terceros; pero tratándose de terceros, tal límite tiene a su vez otra limitación que no opera con relación al deudor: la de que nunca podrá reclamarse una cantidad de intereses (aunque no exceda de la cifra de responsabilidad hipotecaria) que supere cinco años de intereses” (p. 306).

Si combinamos la imposibilidad de distinguir entre partes y terceros cuando se trata del tipo máximo, so pena de tener problemas en la inscripción (Resolución de 16/02/1990), con la necesidad antes advertida en sentido contrario de tener que distinguir el alcance del pacto, para no beneficiar al deudor con el pacto de extensión temporal, el resultado final es que se ha de extremar el celo en la redacción de la correspondiente cláusula, para no mermar la cobertura de la hipoteca en ausencia de terceros. Especialmente cuando todo se haga en un mismo apartado de la escritura de hipoteca. El límite por razón del tipo máximo de interés se ha de separar con claridad del límite referido a los años, pues frente al deudor la hipoteca podría cubrir intereses por más de cinco años, pero nunca por un tipo superior al máximo fijado (aunque el real lo haya sido). La situación aún se complica cuando se fija una cantidad máxima global en función de un determinado número años, incluso sin especificar un número de años concreto, pero siempre igual o inferior al máximo resultante de los cinco años. Como la hipoteca es de máximo, sólo respecto del tipo de interés, no del número de años, la duda es si esa cifra máxima de responsabilidad hipotecaria también limita entre partes la cobertura por intereses, aunque la cifra final sea superior, pero por razón de los años devengados, no del tipo.

Parece que en esta última situación ha de prevalecer el cálculo por años, pues la limitación temporal de los intereses cubiertos con la hipoteca está referida a su fecha de devengo, y no por razón de la cuantía global que resulte del número de anualidades. Frente a tercero, son los intereses efectivamente devengados durante las tres últimas anualidades (ampliables a cinco mediante pacto) y no una cuantía equivalente a ese número de anualidades, aunque se hubiera generado en un período de tiempo más prolongado (Resolución de 24/08/1998: “*tan sólo podrá hacerlo [dirigirse contra la finca en perjuicio de terceros] ... por los realmente devengados durante los períodos temporales que señala el artículo 114 LH*”; AAP de Zamora de 28/12/2007 Rec. 232/2007: “*la cuantía máxima exigible en cada momento será la que resulte de los intereses del período de tiempo correspondiente al tipo de interés aplicable en cada período. Es decir si, una vez revisado en el contrato de préstamo el interés pactado, resultase que durante los últimos tres años resultase un interés equivalente al tipo máximo pactado, es evidente que ... la finca hipotecada responderá con el importe máximo asegurado, pero no cuando el tipo de interés devengado en cada uno de los años es inferior ... pues en dicho supuesto sólo responderá de los intereses resultantes de aplicar el tipo vigente en el contrato de cada período*”). Por la misma razón, y a la inversa, parece que entre partes la cifra podría ser más alta, pero sólo sobre la base del número de años. No obstante, a propósito de la hipoteca en garantía de préstamos con amortización gradual, algún autor lo hace depender nuevamente de la forma en que se haya redactado el pacto (a propósito de la STS de 12/03/1991, escribe GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, 1994, p. 154: “*en relación con la doctrina de esta sentencia, creemos que todo depende de la forma en que se haya pactado la extensión de los intereses en el pacto de constitución de la hipoteca. Si, como ocurría en el caso de esta sentencia, se aludía simplemente <<a los intereses de tres anualidades>>, cabe interpretar, efectivamente, que no se trata de los tres últimos años, sino que cabe hacer la correspondiente equivalencia en cantidades, como hace*

esta sentencia. Pero si en el pacto de constitución de hipoteca se alude <<a los intereses de las tres última anualidades>>, no hay posibilidad de aplicar el criterio de esta sentencia, pues las partes limitaron el tope de reclamación a los tres últimos años prescindiendo del tope de cantidades”).

2.- Interés de demora.

Respecto del interés de demora, hay que empezar advirtiendo sobre la distinta naturaleza de su cobertura hipotecaria. Como destacara PEÑA (*Derechos reales*, 2001, II, p.158) lo que garantiza la hipoteca es el cumplimiento normal de la obligación, tanto del principal como de los intereses si se hubieren estipulado, pero no las consecuencias del incumplimiento, sea éste debido a dolo, culpa o mora. Por tanto, llegado el vencimiento, la pasividad del deudor (o del acreedor) no debe, por sí, afectar al alcance (por naturaleza frente a terceros) de la hipoteca, salvo que se pacte que la hipoteca garantice, además de la obligación principal y de los intereses remuneratorios, los intereses de demora, mediante una hipoteca de seguridad, de las de máximo, que exige una cifra de responsabilidad distinta y separada de la responsabilidad por intereses remuneratorios.

Esta configuración de la responsabilidad por demora como una hipoteca toda ella de máximo incide sobre los dos pactos examinados, el de garantía y el de extensión. En relación con el primero los intereses moratorios requieren un pacto expreso para su cobertura hipotecaria. Por eso, aunque se haya pactado que el crédito devengue intereses de demora, estos no se entienden garantizados hipotecariamente sin una estipulación expresa que así lo establezca. Además, deberá establecerse una responsabilidad separada y distinta de la correspondiente a los intereses ordinarios y a las costas. No cabe incluir los intereses por demora en una cifra genérica de responsabilidad por intereses, pues se debe diferenciar la cantidad de que responde la finca por cada uno de ellos. En palabras de la Resolución de 23/10/1987: *“una y otra obligación por intereses tiene naturaleza y régimen distintos; los remuneratorios nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados; los moratorios, no derivan directamente del contrato, sino de la conducta (incumplimiento por mora) ulterior de una de las partes. Unos y otros van a tener, por consiguiente, distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria. Como la hipoteca puede, en principio, garantizar todo tipo de obligaciones, cabrá también extender la hipoteca a esta obligación que no deriva directamente del contrato de préstamo. Pero, por exigencia del principio de especialidad (cf. artículos 9º y 12 de la Ley Hipotecaria) ni puede englobarse la cifra por intereses moratorios en la hipoteca por costas y gastos (como se dijo ya en la Resolución de 29 de octubre de 1984), ni puede englobarse, tampoco, en la cifra por intereses de préstamo; por el contrario, de quererse que también estos intereses resulten hipotecariamente garantizados, deben precisarse separadamente, en cuanto a esta otra obligación futura garantizada, las circunstancias que la identificarán y la cifra máxima de responsabilidad”.*

Este criterio ha sido reiterado por numerosas Resoluciones de la DGRN, y sólo por citar alguna más reciente puede traerse a colación la de 11/02/1998: *“que la acción hipotecaria sólo puede ejercitarse para el cobro de cantidades garantizadas por la hipoteca a ejecutar (cfr. resoluciones de 18 de abril de 1952, 27 de julio de 1988), y en el presente caso, aunque se pactara que el crédito hipotecario garantizado devengaría intereses moratorios, no se extendió a ellos la cobertura hipotecaria, de modo que debe rechazarse toda pretensión de cobro de aquéllos con cargo al precio de remate obtenido en la ejecución; sin que quepa estimar ... que pactándose que el crédito devengara intereses de demora, éstos se entienden ya garantizados hipotecariamente hasta el límite del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, sin necesidad de estipulación*

expresa que así lo establezca”.

En el ámbito judicial, también puede verse la STS de 12/03/1991 [La Ley 1335-JF/0000]: *“en virtud de la exigencia de especialidad (art. 12 de la LH), no cabe entender incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora; éstos si pretenden protección hipotecaria, deberá establecerse de forma diferenciada, con señalamiento de un tope máximo de garantía y con respecto de las demás exigencias requeridas por las especiales características de las hipotecas de seguridad”.*

Sin pacto expreso de cobertura por intereses de mora, simplemente la garantía no incluye este concepto, y falta cualquier base para intentar colarlos en el tramo de intereses coincidente con el tipo de los remuneratorios, por razón de su diferente naturaleza (MONTSERRAT, “Los intereses garantizados por la hipoteca”, *Anuario de Derecho Civil*, 1990, p. 20; destaca esta falta de cobertura, también frente al deudor hipotecante, ÁVILA, *La hipoteca*, 1990, p. 121; muy expresivo MARTÍN, *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, 2000, p. 516, *“no será pagadera ninguna cantidad por esta partida que sea superior a la específicamente prevista en el título, ni aún recurriendo al subterfugio de calificarlos como parcialmente remuneratorios, puesto que se trata de conceptos distintos, que no admiten interpretaciones contrarias a los derechos de terceros implicados”*).

Por la misma razón, habiéndose pactado la responsabilidad por ambos conceptos, las responsabilidades aseguradas con hipoteca son estancas, de manera que no puede ejecutarse una con cargo a la garantía establecida para la otra, aprovechando la parte que hubiera dejado vacante (la Resolución de 24/06/2014 rechaza la utilización del exceso de cobertura hipotecaria correspondiente a uno de los conceptos para garantizar la deuda correspondiente a otro concepto; para la Resolución de 31/07/2014 hay que separar todas las partidas en función de su cobertura específica –*“la cobertura hipotecaria actúa como límite, en consecuencia, no habiéndose garantizado especialmente las comisiones derivadas del aval, las cantidades percibidas por el acreedor por dicho concepto exceden de dicha cobertura. Y ello aun cuando lo pagado sea inferior no sólo a la deuda reclamada, sino al importe que por principal garantiza la hipoteca, pues en este caso no se trata de un exceso cuantitativo del límite de cobertura, sino de que dichas comisiones no están cubiertas con ninguna cantidad, en definitiva no se aseguraron”*).

Por tanto, si han quedado años por intereses de demora fuera de su específica garantía, no tienen acomodo en los años de intereses ordinarios que no hubiesen sido utilizados, ni siquiera por el tipo inferior del interés ordinario. Esto no significa que deje de aplicarse la regla anterior del art. 692.1.II LEC, pero lo será por economía procesal, no por razón de la cobertura hipotecaria, que no incluye estos intereses. Por eso, cuando se deba prestar atención específicamente a la extensión “legal” o “pactada” de la garantía, la solución habrá de ser mucho más estricta, pues sin pacto expreso no hay garantía para los intereses de demora.

Si del pacto de cobertura pasamos al pacto de extensión, la primera cuestión es si deben respetarse los límites de los arts. 114.I LH y 220 RH, cuestión que se responde afirmativamente desde las Resoluciones de 1987, y la segunda si dicho límite debe contar conjuntamente para los ordinarios y los moratorios. La Resolución de 22/06/1996 así lo declaró, pero tuvo que ser matizada posteriormente por otra Resolución de 18/12/1999. Según esta segunda Resolución: *“la doctrina de este centro directivo de la computación conjunta de los intereses ordinarios y moratorios tampoco es argumento para rechazar la inscripción ahora pretendida, pues, con esa doctrina no se quiere afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar”*

simultáneamente intereses ordinarios e intereses de demora, más respetando esta exigencia, ningún obstáculo hay para reclamar todos los intereses, tanto remuneratorios como moratorios devengados y cubiertos por las respectivas definiciones -dentro de los máximo legales- de la garantía hipotecaria, aun cuando se reclamen intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios del mismo período, si así procediera por ser distintas y de vencimientos diferentes las cantidades que devengaron unos y otros”. Expone de forma gráfica cómo se aplicaría este criterio GÓMEZ GÁLLIGO: “es decir, la computación conjunta deriva de que por definición no se pueden solapar los intereses remuneratorios y los de demora (que se producen una vez que cesan aquéllos). Por lo que los cinco años de intereses como límite máximo cubrirá un abanico que va desde cinco años de intereses ordinarios a cinco años de interés de demora, pasando por cuatro años de remuneratorios y uno de demora, tres de remuneratorios y dos de demora, dos de remuneratorios y tres de demora, y uno de remuneratorios y cuatro de demora. Dentro de esta computación, la reclamación correspondiente a intereses remuneratorios no podrá exceder del tipo de interés máximo que se hubiera estipulado; y los intereses de demora no podrán exceder del tipo de interés máximo que por este concepto se hubiera pactado. Esto significa que en la inscripción de la hipoteca bastará consignar que la reclamación por intereses no podrá exceder, sumados los ordinarios y los de demora, de cinco anualidades. Pero nada impedirá -dentro de este límite- que se estipule una cifra de responsabilidad hipotecaria por intereses que no exceda del límite de cinco años al tipo de interés ordinario pactado y otra cifra de responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios que no exceda del límite de cinco años al tipo de interés de demora estipulado” (p. 308).

La doctrina de la DGRN antes indicada sobre la función del máximo hipotecario en el interés variable, que no permite distinguir entre partes y terceros, tiene un efecto expansivo con el interés de demora, pues ahora el máximo se predica de la responsabilidad total por esta modalidad de interés, no sólo por razón del tipo (el tipo de demora puede ser fijo, pero su hipoteca sigue siendo de máximo aunque aquél no fluctúe), lo que engloba necesariamente el cálculo por años. Tanto si se asegura un cierto tipo de interés (ya sea variable o fijo en la demora, pero en el primer caso con indicación de un máximo) por cinco años o menos, como si sólo se pacta una cifra máxima, la cifra global de interés garantizada es siempre la representación numérica de la cuantía máxima de interés que se devengará en el plazo máximo de cinco años. Por eso, el criterio de la DGRN sobre la eficacia del máximo habría de impedir que *inter partes* pudieran reclamarse todos los intereses devengados, pues se ha de estar siempre al tope de la responsabilidad hipotecaria. En la práctica judicial, sin embargo, la situación no es tan clara, y pueden encontrarse casos en los que se admite la reclamación por encima de ese límite (AAP de Baleares [4] de 05/04/2002 Rec. 462/2001), como en sentido contrario (AAP de Sevilla [6] de 29/01/2004 Rec. 7206/2003).

Por último, como normalmente se ejecuta la hipoteca cuando el préstamo ya está vencido y el deudor incurso en mora, cobra especial relevancia práctica el modo de contar el período de tiempo cuyos intereses están cubiertos por la garantía. Parece claro que es un momento del proceso de ejecución, pero las dificultades surgen a la hora de precisarlo. Según la opinión mayoritaria el momento inicial del cómputo es el de la presentación de la demanda ejecutiva (MONTERO, *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, 2012, p. 583). A partir de ese momento los años cuentan hacia atrás. Hacia delante empezaría la mora judicial y los intereses que se devenguen durante el procedimiento quedan cubiertos por la garantía hipotecaria. Las dudas surgen a la hora

de computarlos o no para determinar el tope, con el resultado práctico de que estos intereses, normalmente sólo intereses moratorios, podrían quedar garantizados en perjuicio de tercero sin ninguna limitación temporal. El interés de demora se convierte entonces en interés judicial desde la presentación de la demanda hasta la liquidación de la subasta, y no necesitaría garantía hipotecaria al tener directo fundamento legal (AAP de Barcelona de 01/02/1991, transcrito por MONTERO, p. 584: “*el problema consiguiente se reduce a los intereses devengados a partir de la interpelación judicial que ascendieron conforme a la oportuna liquidación efectuada por el secretario judicial a ... pesetas, costas y cantidad solicitada por interés de demora. El primer concepto plantea la cuestión relativa a si los intereses judiciales han de quedar incluidos o excluidos del tope legal, extremo que la más autorizada doctrina resuelve en sentido excluyente entendiendo que la reclamación ejecutiva fija el tope legal, por entender que la demora forzosa que el procedimiento judicial implica no puede perjudicar al acreedor, dado que se encuentra imposibilitado a hacer más de lo que hace, por lo que el límite debe quedar fijado al tomar estado la ejecución, sin transportarse al cómputo legal tanto como dure el procedimiento*”). En contra otros autores consideran que los intereses devengados durante el procedimiento no deben quedar fuera del límite, y por eso proponen como punto de referencia el momento en que cesa el devengo de intereses, que normalmente coincidirá el de la subasta (MONTSERRAT, p. 49; sobre la necesidad de respetar el límite, v. AAP de Albacete [1] de 30/04/2001 Rec. 57/2001: “*el procedimiento judicial sumario previsto en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria se caracteriza por constituir su objeto la estricta responsabilidad hipotecaria derivada de la garantía real del inmueble sobre el que se constituye de tal modo que ha de cuantificarse y delimitarse no solo el crédito a cuya garantía se constituye sino también el alcance exacto de los intereses de tal modo que ha de especificarse en el título hipotecario la cantidad de que se responde por cada concepto garantizado quedando extramuros de este procedimiento el exceso que pudiese resultar sobre la cantidad especificada en cada caso, por lo que si en el supuesto de autos claramente se especificó en el título hipotecario ... las cantidades máximas por los respectivos conceptos de intereses remuneratorios ... ptas. y de demora ... ptas. no cabe exigir en este procedimiento cantidad que exceda de tales máximas por los respectivos conceptos. Razones que exigen confirmar el Auto recurrido quedando a salvo el derecho de la parte acreedora para reclamar el resto en el procedimiento adecuado”; v. también el AAP de Les Illes Balears [4] de 05/04/2002 Rec. 462/2001, que frente a la alegación de la parte apelante de que la liquidación de intereses debía comprender todos los devengados hasta la adjudicación al tipo pactado, afirma que la limitación señalada en el título, tanto en lo referente a los intereses remuneratorios como los de demora, sólo contaría “*desde el momento de la ejecución hacia atrás*”).*

En mi opinión, la solución correcta es computar hacía atrás desde la demanda, pero admitir la demora judicial, sólo hasta el límite cuantitativo que representa la cifra de responsabilidad por demora, y únicamente cuando se hubiera pactado. El ejecutante habrá de presentar la correspondiente liquidación correspondiente a los intereses devengados después, pero siempre dentro del límite pactado. Puede no ser responsable de la demora, pero los otros interesados tampoco deben soportar el perjuicio que el retraso añade en forma de una disminución del eventual sobrante. El fundamento legal permite su devengo, incluso en ausencia de pacto expreso (arts. 575 y 576 LEC), pero nunca la ampliación de los límites de la cobertura hipotecaria (AAP de Las Palmas [5] de 12/12/2006 Rec. 452/2006: “*no cabe acoger la apelación en la petición que efectúa el acreedor hipotecario de retener las sumas por las que respondían las fincas frente a*

tercero de la hipoteca por los conceptos de intereses y costas, pues tiene razón el auto impugnado en cuando las mismas no son líquidas y han de ser objeto de liquidación y tasación, y la entrega de las sumas se debió a un error del propio juzgado. Téngase en cuenta además que ni la liquidación de los intereses moratorios ni la tasación de las costas pueden hacerse de oficio, debiendo ser la propia parte apelante la que presente la propuesta de liquidación de los intereses y solicite la tasación de las costas causadas, por lo que si todavía ni los unos ni las otras se encuentran determinados no es sino imputable al propio apelante acreedor, sin que quepa confundir el máximo del que responde cada finca por uno u otro concepto con la realidad de la deuda devengada en cada caso, que puede resultar inferior al máximo garantizado”).

3.- Concepto de tercero.

Llegados a este punto hay que precisar el concepto de “tercero”, cuya aparición tantas consecuencias desata. Hay un “núcleo duro” que ofrece pocas dudas, ya desde los tiempos de la LH de 1861. Indudablemente lo es el tercer adquirente del dominio con posterioridad a la constitución de la hipoteca (sin necesidad de cumplir todos los requisitos del art. 34 LH, en particular la buena fe; DÍEZ PICAZO, “La hipoteca y los intereses de la obligación garantizada”, *Diario La Ley*, 1992, IV, p. 950), o que adquiera cualquier derecho real limitado sobre la finca e inscriba su derecho. Los dudas surgen cuando se quiere extender el concepto a otros interesados en el bien que no han intervenido en el contrato, ni en la constitución de la hipoteca, especialmente por la exigencia de haber inscrito su derecho. Así, SANCHO REBULLIDA afirmó que “*no está claro si el tercero protegido por ese precepto es sólo el tercero hipotecario ... o también los terceros civiles acreedores ordinarios que no puedan, de otro modo, satisfacer su crédito*” (*Elementos de Derecho Civil*, III-2,1980, p. 165). En la revisión de esta obra realizada por LUNA en 2001, se añade: “*también, los acreedores ordinarios del mismo deudor, máxime en insolvencia parcial del mismo* (p. 236). Por su parte PEÑA habla de un tercero interesado a quien puede perjudicar la afección (p. 156), REY de “*simples acreedores con anotación o incluso sin ella*” (“*la plus petición por encima de la cifra de distribución no solo debe detenerse ante el adquirente del dominio o de sus desmembraciones y de un derecho real limitativo, fundamentalmente de garantía, sino también ante cualquier interesado en los bienes hipotecados -en especial anotantes ulteriores-, cuya innecesariedad de inscribir viene robustecida por el silencio al respecto del art. 121 LH*”, en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones de embargo*, 1995, p. 371), GARCÍA de “*acreedores posteriores*” (“*en cuanto a la extensión de la hipoteca a los intereses y al tope del artículo 114 LH respecto a tercero, ése no es solamente el tercer poseedor de la fina hipotecada, sino otros titulares y acreedores posteriores*”, p. 125), CLEMENTE MEORO de “*cualquier interesado*” (“*los artículos 114 y 115 no distinguen entre tercer poseedor y otros terceros, limitando aquel concepto y que extienden su protección tanto al adquirente de la finca hipotecada como al de cualquier otro derecho real de la misma e incluso, por analogía con el artículo 116 de la ley hipotecaria a cualquier interesado en los bienes hipotecados*”, en “*El tercer poseedor del bien hipotecado como tercero adquirente*”, *Revista General de Derecho*, 1992, nº 579, p. 11.287), CARPI de “*acreedores del propietario*” (“*la amplitud de la expresión <<tercero interesado en dichos bienes>> [del art. 146 LH] es indudable, y puede dar cabida a todos aquellos a los que el bien hipotecado pueda reportar alguna utilidad aunque no ostente un derecho directo sobre el mismo -por ejemplo los acreedores del propietario-*”, en *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, 2002, p. 114).

Pero el hito más revelador de esta línea expansiva ha sido la STS de 08/02/2007 Rec. 864/2000: “*la doctrina ha estudiado este artículo y siempre ha tratado el tercero como*

tercer adquirente, planteándose si debe tener que inscribir su derecho o si debe reunir los requisitos del artículo 34. Pero no ha prestado atención al supuesto de que el tercero sea persona no adquirente, sino simplemente un tercero interesado al que le afecta la hipoteca. Tampoco se ha planteado en la jurisprudencia; las sentencias que se refieren a este tema, sólo contemplan también el caso del adquirente. Desde luego, el artículo 114 se refiere a tercero, no a tercer adquirente ni al tercero hipotecario del artículo 34; no puede el intérprete reducir un concepto que no reduce la ley, ni distinguir lo que ella no distingue, tanto más cuanto el artículo 146 se refiere a lo mismo y, explícitamente, señala la posibilidad de que exista un tercero interesado, sin exigir que sea un tercero adquirente. En definitiva, el artículo 114 se refiere a tercero que adquiere o el tercero hipotecario; es el tercero interesado a quien pueda perjudicar que se realice la hipoteca sobre todos los intereses sin costas con el límite de los dos años que impone esta norma".

Tratándose de titulares de un derecho de crédito que hayan obtenido anotación preventiva de embargo, no hay duda que están incluidos en el concepto de tercero, pues lo impone el art. 692.1 LEC ("indudable" para MONTERO, p. 581; téngase en cuenta que esta anotación no altera la naturaleza de la obligación, no convierte en real la acción que no tenía tal carácter). Con anterioridad a la LEC se deducía lo mismo del art. 131.16 LH, que les concedía derecho al sobrante, y del hecho que los terceros perjudicados a los que se refiere el art. 114 LH son precisamente los que tienen derecho al mismo (como señala MOMTSERRAT, "el perjuicio está en que cuantos más intereses se paguen con el precio del remate menos sobrante les queda", p. 60; AAP de Barcelona [1] de 09/04/2001 Rec. 1239/1999, "es evidente que, si se abona más por este concepto, correlativamente el sobrante que resulta, y que es el que se les entrega, deviene inferior"). En este sentido puede verse la SAP de Barcelona de 30/07/2001: "esta es la tesis seguida por la Jurisprudencia menor al razonar que el tercero que ha de beneficiarse de la limitación de garantías contemplada por el art. 114 LH, ni puede identificarse con el tercero hipotecario del art. 34 LH, ni se circunscribe al tercer poseedor o tercer adquirente de la finca hipotecada de que habla el primer párrafo de la regla 5ª del art. 131 LH, sino que con mucha mayor amplitud tercero a estos efectos es todo titular de un asiento posterior que haya de resultar afectado por la purga hipotecaria regulada en la regla 17ª, esto es, no sólo los titulares –que menciona el párrafo 2º de la regla 5ª- de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca objeto de ejecución sino también, como dice el art. 225 RH con mayor grado de generalidad, todos aquellos titulares que por su rango, deban declararse extinguidos al realizarse el crédito hipotecario y que los hubieran inscrito con posterioridad a la hipoteca, entre los que dicho precepto menciona, expresamente, a los anotantes posteriores" (citada por MONTERO, junto con otras, p. 580; también, el AAP de Barcelona de 02/11/1995 [Aranzadi Civil 2299], "como terceros protegidos por el tope legal de intereses que establece el artículo 114 de la Ley Hipotecaria han de ser entendidos no sólo los que con posterioridad a la hipoteca ... hayan adquirido el dominio o un derecho real sobre la finca hipotecada ... y todos aquellos que ... sin haber adquirido ... derecho real alguno ... sean titulares de anotaciones posteriores a la inscripción de dicha hipoteca o de otros derechos que deban declararse extinguidos al realizarse el crédito preferente y hubiera inscrito sus derechos con posterioridad a aquélla"; AAP de Madrid [25] de 13/01/2010 Rec. 361/2009 al hablar genéricamente de "acreedores posteriores").

La cuestión aún se puede llevar más lejos y cuestionar hasta qué punto es necesaria la anotación registral. La siguiente reflexión de MONSERRAT delimita con gran precisión los términos del debate: "se podría defender la inclusión, dentro del tercero

del artículo 114 LH, de cualquier acreedor, aunque no haya obtenido anotación de embargo. Si la finalidad del límite del artículo 114 LH es fijar frente a terceros que contratan con el deudor la solvencia real, con la finalidad de facilitar el tráfico jurídico, también los acreedores personales serán terceros. Pero hay un obstáculo: el tercero del 114 ha de poderse cobrar con el sobrante. En efecto, si el acreedor hipotecario puede cobrarse con el precio del remate la totalidad de los intereses remuneratorios garantizados por la hipoteca cuando no hay perjuicio de tercero, éste ha de tener derecho al sobrante ya que de otra manera no podría salir perjudicado. Y un acreedor que no ha obtenido una anotación de embargo sobre la finca hipotecada no tiene derecho al sobrante. No tiene mayor derecho sobre esa suma que el que tenga sobre cualquier otra que esté en el patrimonio del deudor. Ahora bien, aunque no tenga derecho al sobrante en cuanto tal, sí podría tenerlo en cuanto que, por ejemplo, haya obtenido un mandamiento de embargo una vez enajenada la finca en el procedimiento judicial sumario y el Juez decretase que recayera sobre el posible sobrante. En este caso, no veo razón para negarle el concepto de tercero al que ha obtenido un embargo no sobre la finca, sino sobre el sobrante” (p. 60).

Realmente tercero es todo el que no ha intervenido en el contrato, y en este sentido también otro acreedor personal del deudor. El problema, para él, es que de alguna manera necesita interferir en el procedimiento para evitar que todo el sobrante quede para el acreedor ejecutante –y, en su caso, el deudor-. En este sentido la inscripción/anotación de su derecho en el Registro de la Propiedad parece muy conveniente (según la STS de 24/07/2000 Rec. 2389/1995, no ha de ser necesariamente antes de la nota de expedición de la certificación de dominio y cargas), sobre todo porque posibilita el posterior control del Registrador, pero no es imprescindible (ejemplos de cómo controla el Registrador que no se ha superado la cantidad asegurada, pueden verse en las Resoluciones de 27/07/1998, de 24/06/2014, de 31/07/2014, de 11/03/2014). La distribución del sobrante debe hacerse con todos los que tengan la condición de acreedores y así se manifiesten, aunque no hayan promovido previamente una tercería de mejor derecho, que tendría un objetivo distinto (para OLIVER, *El Proceso Civil*, VII, 2001, p. 5.712, por el hecho de que en el procedimiento de ejecución directa no se haga referencia a la tercería de mejor derecho, no cabe rechazar la posibilidad de su interposición; para MARTÍN DIZ, *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, 2000, p. 502, es la vía exclusiva para acreditar la condición de acreedor preferente al ejecutante). Por eso, como señala DOMÍNGUEZ (p. 712), el criterio de distribución del remanente no puede ser únicamente el de la prioridad registral, sino el que se derive de la normativa sobre preferencia y prelación de créditos (arts. 1.921 y ss CC), o de la normativa concursal, si fuere el caso (SAP de Barcelona [4] de 10/06/2008 Rec. 783/2007, el art. 692 LEC no nos está diciendo quiénes son esos acreedores posteriores, “lo único que sí concreta es que se trata de titulares de derechos que tengan constancia registral -atendido el tipo de proceso que se está regulando-, sin que por ello nos esté indicando que los titulares de derecho sin reflejo registral pierden la posición o rango que puedan ostentar ¿quién nos va a decir qué acreedores tienen derecho sobre ese exceso? pues el CC, al regular el concurso y prelación de créditos”).

Por expresarlo de una forma gráfica, y sin pretender con ello mucho tecnicismo, podríamos hablar de un tercero procesal y de un tercero registral. En potencia cualquier acreedor personal del deudor individualmente considerado tiene capacidad para convertirse en tercero a los efectos del art. 114 LH, pero necesita articular una pretensión adecuada a tal fin, pasar de la potencia al acto. No basta con ser un tercero genérico, hay que dejarse ver de algún modo en el proceso de ejecución para conseguir

que el límite por intereses se active. La forma más efectiva es convertirse en tercero con presencia en el mismo Registro de la Propiedad, normalmente mediante la correspondiente anotación preventiva de embargo. Pero no es un requisito ineludible, aunque sí muy conveniente por razones de mera operatividad. Como destacó la Resolución de 23/09/2002, el tercero ha de constar en el procedimiento, bien por la certificación de cargas (entonces, tercero registral), bien, porque, advertidos por la nota de expedición de esta última, ha comparecido por su propia iniciativa para hacer valer sus derechos sobre el eventual sobrante (entonces, tercero procesal). Un tercero activo, en modo alguno silente, pero en absoluto sólo un tercero hipotecario o un tercer adquirente.

4.- Sobre el binomio deuda/garantía.

Tras todo lo expuesto, se hace evidente el divorcio existente entre Matemáticas y Derecho. La fijación de los intereses devengados, ya sean ordinarios o/y de demora, es una simple operación de cálculo, de resultado exacto y unívoco a la vista de una serie de datos (principal, tiempo, porcentaje). Ese cálculo financiero nos da la medida precisa de la obligación que soporta el deudor. Pero esto poco tiene que ver con el alcance de la garantía, sometida a otras exigencias de orden estrictamente jurídico, y que normalmente provoca que ambas cifras no coincidan (la divergencia es tan acusada, que algunos autores afirman la existencia de dos títulos ejecutivos, uno la escritura pública en la que se documenta el derecho de crédito y otro la escritura en la que se constituye la hipoteca, siempre que esté inscrita, pues *“el que normalmente uno y otro acto jurídico aparezcan bajo la forma de una sola escritura ... no debe esconder la realidad de la existencia de dos negocios jurídicos y, en sentido material, de dos escrituras públicas”*, MONTERO, p. 283). Para remachar esta idea, vale la pena añadir otros dos ejemplos del extremo rigor con que se configura la cifra de responsabilidad.

El primero sería el caso del acreedor que reclama en la ejecución la totalidad de la deuda, pero al haber concluido la subasta sin ningún postor, y en aplicación del art. 671 LC en su redacción anterior, consigue la adjudicación del bien por la cantidad debida por todos los conceptos. Pues bien, si la cifra de responsabilidad hipotecaria es inferior a la deuda, el acreedor se puede encontrar con la muy desagradable sorpresa de tener que consignar la diferencia. No es infrecuente que en estos casos el sorprendido acreedor pretenda, sin éxito, renunciar al exceso, para evitar que le toque pagar, en un proceso donde sólo pretendía cobrar (AAP de Badajoz [3] de 12/02/2008 Rec. 77/2007, *“debe rechazarse la pretensión del apelante de renunciar en suma al cuestionado exceso en el presente procedimiento ya que ... el principio de especialidad, que fortalece la seguridad jurídica en el derecho registral, impide tal extensión de la hipoteca por más que sea condonado el cuestionado exceso, puesto que ello es confundir en suma el ámbito del crédito garantizado y la hipoteca que lo asegura, con la extensión pactada para el préstamo, como derecho personal de carácter obligacional que no determina automáticamente la misma extensión del derecho real de cobertura hipotecaria constituida”*; AAP de Las Palmas [4] de 26/04/2013 Rec. 774/2011, *“si no existen acreedores posteriores con derecho inscrito o anotado y no se encuentra el deudor en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra, no habrá de hacerse consignación alguna, en efecto, el acreedor que solicitó la adjudicación; pero si el caso es el contrario sólo podrá quedar eximido de consignar el <<valor de adjudicación>> respecto a las responsabilidades garantizadas con la hipoteca que se ejecuta, debiendo consignar el resto”*).

En segundo ejemplo es el acreedor hipotecario que decide ejercitar su acción personal por los trámites del procedimiento ejecutivo ordinario y perseguir otros bienes para resarcirse de la deuda, y que al ser insuficientes ejercita su acción real contra el bien

hipotecado dentro del mismo procedimiento ordinario. Según la reciente Resolución DGRN de 14/12/2015 será necesaria la previa anotación de embargo sobre el bien ejecutado –e hipotecado-, anotación que corresponderá al total de la deuda, muy posiblemente por encima de la cifra garantiza en la hipoteca. En este caso, aunque se ejecute la hipoteca, la preferencia sobre las cargas intermedias –entre la hipoteca y la anotación-, “*lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria, su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria*”. Obsérvese que la hipoteca casi recibe peor trato que la anotación de embargo, pues la cantidad que consta en la anotación no siempre constituye el límite de responsabilidad del bien trabado, sino que todo él queda afecto por el embargo al íntegro pago del crédito perseguido en el proceso, y por eso es posible en ocasiones aumentar la cantidad prevista en concepto de intereses devengados (art. 613 LEC y Resolución de 14/06/2011). Por el contrario, la ampliación de una hipoteca ya inscrita con incremento de responsabilidad hipotecaria, supone en la práctica que existen dos hipotecas, cada una con el rango correspondiente a su propia responsabilidad, pues la nueva cifra no puede beneficiarse del rango de la primera (Resolución de 29/10/2013)

Hemos de partir así de la separación entre deuda y garantía, y asumir que esta segunda puede quedar muy por debajo del importe de la primera. Unas veces ocurrirá por la posible aparición de otros interesados, identificados genéricamente como terceros, y de nada sencilla concreción. Otras por el procedimiento que escoja el acreedor para articular su reclamación, pues dispone de diferentes mecanismos para obtener la satisfacción de su crédito (ejecución común u ordinario de la LEC y el de ejecución especial hipotecaria de los arts. 681 y ss LEC). Pero, también, por el mayor o menor acierto en la redacción del título constitutivo, ante las exigencias formales que impone nuestra práctica registral, en aras de un principio de especialidad que en su desenvolvimiento posterior obliga a sopesar cuidadosamente cada palabra utilizada, según se haya reflejado en la inscripción. Una redacción poco cuidadosa del título puede tener consecuencias inesperadas para el acreedor cuando llegue el momento de hacer valer su garantía (sorprende que las asesorías jurídicas de las entidades de crédito padezcan estos olvidos, pero los tienen; ejemplos reales en YSÁS, *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, 1994, p. 123). Pero no debemos olvidar que normalmente el acreedor habrá sido el predisponente de un clausulado redactado según condiciones generales de su contratación, al cual el deudor simplemente se adhiere. En ese caso el acreedor, o quien traiga causa del mismo, debe soportar las consecuencias de aquel descuido, *sibi imputet*.

III.- RESPECTO DE LA QUIEBRA/CONCURSO.

1.- El alcance de la garantía hipotecaria.

Entramos ya en la interpretación del art. 884 CCom de 1885 (“*desde la fecha de la declaración de quiebra dejarán de devengar interés todas las deudas del quebrado, salvo los créditos hipotecarios y pignoraticios hasta donde alcance la respectiva garantía*”), precepto que ha de leerse en paralelo con el art. 1.916.I CC de 1889, que vino a establecer pocos años después para el concurso civil una regla similar (“*desde la fecha de la declaración de concurso dejarán de devengar interés todas las deudas del concursado, salvo los créditos hipotecarios y pignoraticios hasta donde alcance su respectiva garantía*”). Se ha escrito con razón que esta excepción a favor del crédito hipotecario se explica porque dicho crédito puede reclamarse separadamente, pues no pasa a formar parte de la masa pasiva de la quiebra (CORDÓN, *Suspensión de pagos y quiebra*, 1997, p. 239). Por eso conviene recordar muy brevemente cómo funcionaba esa posibilidad de ejecución separada.

Desde la perspectiva del Derecho material, sólo para la prenda posesoria y la hipoteca naval llegó a formularse históricamente una regla que claramente confería al acreedor un derecho de “separación” en forma de ejecución separada (art. 918 CCom, art. 39.3º Ley de Hipoteca Naval). En el ámbito del Derecho procesal las cosas resultaban un poco más claras. Respecto de los procedimientos civiles los arts. 1.135 y 1.136 LEC de 1881 señalaban que las ejecuciones pendientes contra el deudor declarado en quita y espera no se acumulaban a este procedimiento, pero suspendían su curso cuando el deudor lo solicitara del juez competente para aquélla. Sin embargo, tratándose de ejecuciones despachadas contra bienes especialmente hipotecados no operaba la suspensión, de manera que seguían hasta terminar con la satisfacción del acreedor y sin ningún contacto con el expediente. Mientras tanto de los arts. 166, 1.003, 1.173, 1.186 y 1.187 LEC de 1881 resultaba que al juicio de concurso se acumulaban todas las ejecuciones pendientes contra el concursado, con la excepción de las ejecuciones en las que se persigan solamente los bienes hipotecados. En relación ya con la quiebra el art. 1.379 LEC de 1881 simplemente remitía al régimen del concurso de acreedores. Todas estas normas son anteriores a la introducción del procedimiento judicial sumario por la reforma de la LH de 1909, pero coinciden en el tiempo con una regla fundamental de la legislación hipotecaria.

Tanto el CCom de 1829, como las leyes procesales de 1830 y 1855, conviven todavía con las contadurías de hipoteca creadas por Real Pragmática Sanción en 1768. Tampoco la situación cambia mucho en este punto con la LH de 1861, cuyo art. 133 se limita a facilitar la ejecución de la hipoteca. El verdadero cambio se introduce en la LH de 1869, que añade al art. 133 el siguiente inciso final: “*no se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor, o del tercer poseedor, ni por la declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos*”. La posterior reforma de la LH por la Ley de 21/04/ 1909, que más tarde daría lugar a la LH de 1909, adapta esas normas a la existencia del nuevo procedimiento especial. Así, el art. 127.VII LH referido al juicio ejecutivo seguido contra el bien hipotecado conforme a las disposiciones de la LEC 1881 –no el judicial sumario– señalaba que no se suspenderá, “*ni por la declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos*”. Respecto del procedimiento sumario el art. 132 incorporaba la misma regla, mientras que el art. 135 señala que no eran acumulables entre sí los autos del procedimiento sumario, ni tampoco al juicio universal.

La siguiente cita de RIVES Y MARTÍ refleja bastante bien el desarrollo de los hechos: “*por la Ley del 55 y aún antes de ella, los juicios ejecutivos se acumulaban a los universales aunque en aquellos sólo se persiguieran los bienes especialmente hipotecados, sujetándose al procedimiento del ab-intestato, testamentaria, concurso o quiebra, si bien se graduaba el crédito con la preferencia que le daba la hipoteca. Esta doctrina, que creemos más ajustada que la actual al principio de unidad de acción que informa el estado general, absoluto e indivisible creado por la declaración de concurso o de quiebra, continuó rigiendo aún después de la Ley Hipotecaria de 1861: pero al ser ésta reformada en 1870, a pretexto de favorecer el crédito territorial se modificó esencialmente, adicionándose el art. 133, que en su último inciso dispone, con referencia a la ejecución despachada contra los bienes especialmente hipotecados, <<no se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por la reclamaciones de un tercero, si no estuviesen fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor o del tercer poseedor; ni por la declaración de quiebra ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos>>. La jurisprudencia posterior del*

Tribunal Supremo fue admitiendo esta innovación, y la actual Ley de Enjuiciamiento civil la elevó a precepto legal en su art. 166” (en Teoría y Práctica de actuaciones judiciales en materia de Concurso de Acreedores y Quiebras con sus preliminares Quita y Espera y Suspensión de Pagos, 1904, p. 281).

El resultado fue la falta de integración en la masa pasiva de los créditos con garantía hipotecaria, que tampoco eran objeto de comunicación, ni quedaban afectados por la mora del artículo 1.279 LEC de 1881. Circunstancia a la que debía añadirse que las declaraciones de concurso y de quiebra determinaban inmediatamente el vencimiento anticipado de las obligaciones del concursado, lo que permitía la realización inmediata de la garantía (arts. 1.915 CC y 883 CCom). Pero el principal problema radicaba en que todos estos preceptos aislados de la LEC y la LH que presuponían la continuación estaban referidos a supuestos de ejecución hipotecaria ya iniciada. Aunque no faltaron autores ni decisiones judiciales para los que el bien hipotecado, desde la declaración de quiebra debía ejecutarse en la misma y ejercer en ella el derecho de prelación, la opinión mayoritaria se inclinaba por evitar la manifiesta contradicción de valoración que supondría hacer depender el modo de satisfacción del acreedor del momento en que hubiera iniciado la ejecución (BELTRÁN, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, 1996, pp. 261 y ss). En este sentido puede verse la amplia y detallada argumentación de la STS de 12/12/2001 Rec. 2548/1996, posterior a la vigente LEC, pero aplicando la normativa anterior.

La LEC de 2001 vino a unificar las reglas aplicables y a solventar algunas de esas dudas interpretativas, aunque siguieran vigentes las mismas normas del CCom y el CC. El resultado fue un refuerzo claro del crédito hipotecario en cuanto a la posibilidad de su ejecución separada, tanto antes como después de la declaración de quiebra, y el establecimiento del sistema de purga total en la ejecución hipotecaria. Así, cuando “*sólo se persigan bienes hipotecados ... en ningún caso se incorporarán al proceso concursal ... cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución*” (art. 98.1.1.II LEC). Por su parte el art. 568 LEC dispuso de modo claro que el Tribunal no suspendería la ejecución singular en situaciones de suspensión de pagos, concurso o quiebra, cuando “*ésta se limitare a los bienes hipotecados ... en garantía de la deuda reclamada, ni la continuación del procedimiento a iniciado que se dirija exclusivamente contra dichos bienes, el cual seguirá hasta la satisfacción del acreedor y, en su caso, de los acreedores hipotecarios posteriores, dentro de los límites de sus respectivas garantías, remitiéndose el remanente, si lo hubiere, al procedimiento concursal*” (v. también arts. 672.1.II y 692.2.II LEC). Asimismo, y atendiendo a la nueva redacción de los artículos 131 y 134 LH, también se cancelaría la anotación preventiva de quiebra posterior a la hipoteca, salvo aquella con período de retroacción que le afecte, anotada antes de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, ya que entonces el mejor postor conoce la posible nulidad de la hipoteca.

Con estos antecedentes referidos a la vinculación de la hipoteca –mejor, su ejecución– con la quiebra, la duda que ahora se nos plantea es si la extensión de la “*respectiva garantía*”, que indirectamente también marca el alcance de una posible ejecución separada, viene determinada exclusivamente por el valor de realización efectivo del bien hipotecado, de modo que todo lo que pueda pagarse con el remate queda cubierto por la garantía, o por el contrario si la “*garantía*” ha de sufrir algún tipo de restricción exógena por razón de la legislación hipotecaria. En este segundo caso podría quedar un sobrante para la quiebra y el exceso del crédito por intereses sometido a la regla de la suspensión.

No es una cuestión que hayan analizado con mucho detalle los tratadistas clásicos de la quiebra. Así, RAMÍREZ (*La Quiebra*, II), tanto en la primera edición de 1959 (p. 270),

como en la segunda de 1998 (p. 1.068), sólo destaca que la suspensión opera, “*una vez agotada la misma [la garantía], de tener que acudirse para el pago al restante patrimonio del quebrado*”. La cuestión es dónde y cómo se decide que la garantía ha quedado agotada, y parece que la respuesta sólo puede buscarse en la disciplina de la misma garantía, es decir, en la legislación hipotecaria. Desde una perspectiva histórica resulta en este sentido de gran interés el *Proyecto de Ley sobre procedimiento de quiebra* del que dan cuenta MOTOS/BLANCO (*Centenario del Código de Comercio*, II, 1991, p. 57), documento que fechan alrededor del año 1861, en todo caso ya con la primera LH, y cuya autoría imputan al vocal de la Comisión General, Luis Díaz Pérez. Este texto propone dejar los créditos garantizados con hipoteca fuera de la prohibición del devengo de intereses, pero sólo en cuanto a los dos últimos años, y lo justifican del siguiente modo: “*excepción que justifica también la necesidad de poner en armonía ambas leyes, pues la hipotecaria no permite en ningún caso que la situación especial del deudor influya ni modifique los derechos reales inscritos, así respecto del principal de la deuda como de los intereses estipulados que correspondan a los dos últimos años*”.

Algo más precisos son los exégetas de la norma paralela del CC, que suelen recurrir al art. 114 LH para concretar el alcance de la garantía (así, SCAEVOLA, *Código Civil*, XXXI, 1974, p. 683). Algunos, incluso, contemplando sólo el límite de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente, sin prestar atención a su posible ampliación –limitada- por pacto a cinco años (MANRESA, *Comentario al Código Civil Español*, XII, 1921, p. 701). Muy significativa resulta la evolución del pensamiento de GULLÓN, que en el tomo XXIV de los cometarios al CC de la editorial EDERSA del año 1984 no duda que los intereses asegurados por la hipoteca o cubiertos por ella, “*son todos mientras el inmueble permanezca en poder del concursado*”; para el autor el art. 114 LH, “*es claro en el sentido de que esa limitación de la garantía hipotecaria respecto a los intereses actúa cuando después de constituida la hipoteca aparezca un tercer adquirente o titular de derecho real exclusivamente*” (p. 675). Sin embargo, algunos años más tarde, en los comentarios del CC que editó el Ministerio de Justicia en 1991, el mismo autor admite que esa interpretación puede ser dudosa: “*se dice que siguen devengando intereses <<hasta donde alcance su respectiva garantía>>, y ello plantea la cuestión, respecto de los créditos hipotecarios, a si se alude al límite del art. 114 LH o, por el contrario, el art. 1916 se refiere a toda estipulación entre deudor y acreedor hipotecario sobre intereses, sin ninguna limitación. Dado que el art. 114 LH establece literalmente la limitación de intereses a favor de cualquier tercero, podría sostenerse que el art. 1916 se refiere implícitamente a tal límite, porque es hasta el mismo donde alcanza la garantía hipotecaria. Sin embargo, esta tesis no es segura, ya que la jurisprudencia conecta el art. 114 LH con la protección del adquirente de finca hipotecada o titular de algún derecho real sobre la misma*” (p. 2.061).

Pero la interpretación de este último autor no pretende configurar el art. 1.916 CC como una norma especial delimitadora del alcance propio de la “*garantía*” en situación de concurso/quiebra, sino que descansa en una determinada interpretación del tercero del art. 114 LH proveniente del Derecho común de la hipoteca. Más precisamente, en la interpretación que en ese momento se venía haciendo del mismo, aunque tampoco era unánime. Por eso buena parte de esas dudas han quedado resueltas con carácter general por la más moderna doctrina jurisprudencial que interpreta el concepto de tercero a los efectos del art. 114 LH en un sentido más amplio, que incluye no sólo al tercer adquirente, sino a cualquier tercero que pueda tener interés en la finca hipotecada, incluidos los acreedores, según se ha expuesto anteriormente. Súmese a esto el argumento que ahora ofrece el art. 692.1.II LEC, pues entonces estaba vigente el

procedimiento similar del art. 131 LH y sus concordantes en la LEC 1881, carentes de una previsión similar. Si se amplía el concepto de tercero del art. 114 LH en el Derecho común de la hipoteca, con la consiguiente restricción del alcance de la garantía, necesariamente ha de ocurrir lo mismo en el ámbito específico de la quiebra con la suspensión del devengo de intereses, so pena de generar una insoportable asimetría entre la situación dentro y fuera del concurso.

La esencia de este argumento ha sido expuesta con gran claridad por el profesor CORTÉS: *“pero, una vez más, sentado el principio, nuestro Código omite su desarrollo, siendo dudosa, entre otros extremos, la medida de aquella extensión. Como es bien sabido, la doctrina hipotecaria ha perfilado tres distintos sistemas utilizables al efecto. En conformidad con el primero de ellos, el sistema de garantía indefinida, la hipoteca asegura ilimitadamente todos los intereses que devengue el crédito. De acuerdo con el segundo, el sistema de tope máximo, la hipoteca únicamente garantiza una determinada suma o montante. Finalmente, según el sistema de ampliación de la hipoteca, los intereses no quedan garantizados por la originaria hipoteca, pero, en cambio, se atribuye al acreedor el derecho a constituir una nueva de ampliación. En el caso de la quiebra del deudor y descartada la aplicación de este última sistema, pues la garantía de los intereses se reconduce por el legislador al ámbito de la previamente constituida para el principal, el problema se reduce a determinar si debe regir el sistema de garantía indefinida de los intereses hasta donde alcance el valor del bien gravado, o si, por el contrario, debe aplicarse el artículo 114 de la Ley Hipotecaria que, aplicando el sistema de tope máximo, lo fija en los intereses correspondientes a dos anualidades y a la parte vencida de la corriente. A nuestro juicio, ha de estarse a esta segunda solución o posibilidad no sólo por el marcado carácter excepcional del artículo 884 del Código de Comercio, sino también porque nos parece que el legislador concursal no ha pretendido mejorar la condición del crédito hipotecario incurso en la quiebra, limitándose sencillamente a respetar sus características, con la obvia salvedad de señalar, sin embargo, que el agotamiento del valor libre del bien determina la ulterior irrelevancia de la garantía, esto es, la cesación del devengo de intereses”* (en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Menéndez*, III, 1996, p. 3.517).

El acreedor hipotecario disfruta de una situación especial en la quiebra, gracias a la posibilidad de ejecutar separadamente la garantía, pero nunca debe recibir un trato mejor del que tendría en ausencia de la quiebra. Y justo puede experimentar una mejora si la delimitación del alcance de la *“respectiva garantía”* no se ajusta a los criterios de la legislación hipotecaria, en conexión con las normas generales de la LEC.

2.- La masa de la quiebra como tercero.

Por lo expuesto, desde el punto de vista material son trasladables a la situación de concurso/quiebra los argumentos favorables a la inclusión de cualquier acreedor entre los terceros del art. 114 LH. No obstante, de acuerdo con la distinción apuntada a efectos meramente expositivos entre tercero procesal y tercero registral, el estado de quiebra presenta características singulares, que incluso refuerzan la consideración de la quiebra como tercero a los efectos delimitadores del art. 114 LH. Además del argumento inequívoco que ofrece el muy citado art. 692.1.II LEC, hay otras dos razones adicionales cuyo fundamento podemos rastrear en la posición del titular de un derecho de crédito con anotación de embargo a su favor, a quien ya hemos visto se reconoce esa condición de tercero. Para desplegar ambos argumentos debemos recordar algo tan obvio como el carácter universal del procedimiento concursal que tiene por objeto la totalidad del patrimonio del deudor, razón por la cual desde el día de la declaración de quiebra no puede ser iniciada ni proseguida ninguna acción individual ejecutiva contra los bienes que integran la masa activa (RAMÍREZ, p. 1.021; AAP de Castellón [1] de

17/01/1994: “una consecuencia directa que produce cualquier proceso concursal, es que los acreedores del quebrado concursado no podrán ... ejercer o seguir ejerciendo su derecho de cobrar de forma separada, lo que en nuestro ordenamiento se consigue mediante la acumulación al proceso de quiebra de todas las ejecuciones pendientes”).

El primer argumento es que la quiebra a estos efectos es equiparable al embargo. En palabras de la STS de 07/10/1995 Rec. 1476/1991: “en todo procedimiento de ejecución colectiva o concursal ... el embargo de bienes, que es mediada aseguratoria o cautelar propia y específica de los procedimientos de ejecución individual (juicio ejecutivo, por ejemplo), viene a ser sustituido por la ocupación o cuasi-ocupación de los bienes del deudor ... o sea, dicho en otros términos, la referida ocupación o intervención judicial de bienes en el procedimiento de ejecución colectiva es medida aseguratoria o cautelar idéntica o similar al embargo de bienes en los procedimientos de ejecución individual”. Por decirlo de una manera gráfica, la declaración de quiebra equivale figuradamente a un embargo a favor de todos los acreedores, también sobre los bienes sujetos a garantía real, aunque respecto de los mismos sólo será efectivo sobre el valor que exceda del importe cubierto por la garantía, y por esa razón el alcance de la cobertura ha de fijarse igual que si estuviéramos en presencia de terceros individualizados. La singularidad de este “embargo” figurado es que no precisa de constancia registral alguna para ser efectivo, pues su inscripción no es constitutiva. Las consecuencias de la situación de quiebra nacen desde su declaración y la omisión de la publicidad registral en nada afecta a la existencia del estado legal, ni a la posibilidad de hacerla valer. Cuestión distinta será que el Registrador pueda no tenerla en cuenta si la desconoce, por no estar inscrita, y no resultar de los títulos presentados, pero esto afecta a su operatividad práctica, no a la cuestión de principio sobre el alcance de la garantía real.

El segundo argumento es el reverso del anterior. Como dijera la STS de 27/02/1957, “el juicio de quiebra está presidido por dos notas que lo tipifican, la de universalidad, al afectar al derecho de todos los acreedores del quebrado, por tener un interés común en la masa de bienes del deudor, y la unidad que impide que individualmente puedan esos acreedores perseguir tales bienes colocándose en situación distinta de la que legalmente les corresponda, consecuencia ambas del principio de unidad de acción que caracteriza el estado creado por la declaración de quiebra dada su naturaleza”. La acumulación al juicio de quiebra de todas las ejecuciones contra el quebrado, no es para continuar por sus trámites los juicios ejecutivos, sino para solicitar el reconocimiento y graduación de los créditos en el juicio universal. Por eso el acreedor pierde individualmente la posibilidad de obtener una anotación de embargo a su favor (doctrina clásica de la DGRN, entre muchas, Resolución de 14/11/1968; de todos modos, aunque la obtuviera, no le serviría para cobrar con cargo al sobrante fuera de la quiebra, a la que está sometido). En otras palabras, si el acreedor no puede convertirse en tercero del art. 114 LH por la vía de la ejecución individual y la anotación de embargo, pero el estado de quiebra no produjera por sí mismo un resultado similar, la consecuencia volvería a ser una mejora de la posición del acreedor hipotecario, pues la quiebra le protege de posibles actuaciones individuales constrictoras de su derecho, pero sin coste alguno por razón del juicio colectivo.

Ninguna de estas situaciones resulta admisible. El acreedor hipotecario disfruta de una situación especial en la quiebra, pero es inaceptable que la mejore. Su garantía no puede ser mayor dentro de la quiebra, que fuera de ella, como mucho ha de seguir igual. La masa de la quiebra es tercero perjudicado a los efectos del art. 114 LH, pues estamos ante un juego de suma cero. Lo que recibe de más el acreedor hipotecario, lo reciben de menos los concursales, no hay posibilidad de optimizar el resultado con beneficio para ambos. La medida del beneficio de uno, es la media del perjuicio de otro (AAP de Las

Palmas [4] de 26/04/2013 Rec. 774/2011, “*el legislador en todo momento tiene presente que el acreedor ejecutante no puede cobrar sus créditos –ni siquiera por medio de adjudicación- sin respetar los derechos de los acreedores que tienen derechos preferentes sobre el bien o sin respetar la pars conditio creditorum en el caso de que el deudor se encuentre en situación de concurso, quiebra o suspensión de pagos*”). Ante esta simetría el art. 884 CCom debe aplicarse tomando la medida exacta de la responsabilidad hipotecaria, en los estrictos términos pactados. Es la esencia de la hipoteca, a todos los efectos, tanto favorables como adversos, y si el acreedor hipotecario pretende obtener los primeros, también ha de pechar con los segundos. La cifra de responsabilidad es una coraza protectora, pero también le impide crecer. Con gran claridad lo expresa la SAP de Murcia [5] de 06/05/2005 Rec. 12/2005: “*conforme al principio de especialidad hipotecaria, al no existir suma prevista para responder de cada concepto y englobar todo una misma suma como límite máximo, no cabe la petición de reclamar intereses moratorios, pues la mención, como es el caso, de un importe o suma en concepto de interés genéricamente, excluye necesariamente los moratorios. Estamos hablando de la cobertura hipotecaria, y el tope máximo que se fija para cada uno de los conceptos distintos al principal garantizado, es decir, intereses y costas, se establece conforme a los artículos 12 LH y 219 RH, atendiendo al principio de especialidad y constituye la esencia de la cobertura hipotecaria, al ser la hipoteca un derecho sujeto a tipicidad legal y de constitución registral y por tal razón pretender dar cobertura hipotecaria a una responsabilidad que exceda al corpus de la hipoteca supondría alterar el contenido del documento sujeto a inscripción y desnaturalizar la esencia de este tipo de préstamo con garantía hipotecaria inscrito en el Registro de la Propiedad como garantía para que el deudor y el titular del derecho de garantía, así como los terceros conozcan la cifra exacta de la deuda que pesa sobre el inmueble hipotecado, pues no cabe confundir el plano de responsabilidad personal en que el sujeto pasivo es la parte prestataria con la responsabilidad hipotecaria en que el sujeto pasivo es indeterminado, pues, de otra parte, no debe olvidarse que la hipoteca supone un privilegio y como tal debe ser objeto de interpretación estricta y el tope máximo que representan las cantidades señaladas para cada uno de los conceptos por exigencias del principio de determinación registral en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos*”.

3.- La situación en la vigente Ley Concursal.

Las anteriores consideraciones valen también para el art. 59 de la vigente Ley Concursal –LC- al disponer que los intereses correspondientes a los créditos con garantía real, “*será exigibles hasta donde alcance su respectiva garantía*”. Aunque su fundamento quizá no deba buscarse ahora en la irrestricta posibilidad de ejecución separada de la hipoteca (CORDÓN, *Comentarios a la Ley Concursal*, 2004, p. 470), las cuestiones interpretativas siguen siendo las mismas, hasta el extremo que resulta habitual encontrar la cita de profesor GULLÓN antes destacada (BADENAS/BOLDÓ, *Comentario a la Ley Concursal*, I, p. 650; DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la Ley Concursal*, I, p. 1.109). En doctrina es frecuente que el art. 59 LC ya se conecte directamente con el art. 114 LH, sin mayor condicionante (es decir, sólo por razón del concurso; así, ANTÓN, *Tratado judicial de la insolvencia*, II, p. 105), o que directamente se afirme que “*la masa pasiva del concurso debe tener la consideración de tercero*”, con la consecuencia inmediata de hacer aplicable los límites que derivan del art. 114 LC (PÉREZ VEGA, “El acreedor hipotecario en el procedimiento concursal de su deudor”, *Actualidad Civil*, nº 19, p. 2237).

En el ámbito judicial, lo normal es que el límite de la garantía hipotecaria de la LC se calcule en función de lo pactado (y lo pactado tuvo que ajustarse al límite máximo legal,

pues de otro modo no estaría inscrito), sin indicación de requisito adicional alguno por parte de los Tribunales (p. ej., tercer adquirente). Es decir, que la mera situación de concurso ya impide que la garantía por intereses sea ilimitada entre las partes, pues se ha de estar al límite pactado, y esto es así por la sencilla razón de que ya no estamos ante una pura relación *inter partes*, pues el concurso merece la consideración de tercero a estos efectos delimitadores de la cobertura hipotecaria. No es lo mismo decir que la hipoteca garantiza los intereses pactados, en cuyo caso la única condición es el devengo efectivo del interés, que hacerlo “*hasta*” la cuantía o en la forma pactada. En este segundo caso la proposición “*hasta*” denota el término de una gradación, la existencia de un límite que constriñe el todo, y como se trata de un pacto, sólo puede ser el mismo pacto de extensión de la hipoteca, que se reconoce operativo simplemente por razón del concurso (SAP de Córdoba [3] de 16/02/2009 Rec. 23/2009, “*el precepto establece, como excepción a la regla general de suspensión del devengo de intereses como efecto del concurso sobre los créditos, que los créditos asegurados con garantía real sí siguen devengando intereses con arreglo a lo pactado en la relación contractual ... que dio lugar a su nacimiento. Por lo tanto, el acreedor con garantía real podrá exigir el pago de intereses con cargo al bien gravado como garantía y hasta donde alcance la misma; coordinándose así la Ley Concursal con las previsiones del artículo 114 de la Ley Hipotecaria*”; SAP de Barcelona [15] de 19/06/2014 Rec. 44/2014, “*los créditos asegurados con garantía real siguen devengando intereses de demora con cargo al bien gravado, hasta la cuantía pactada en el contrato, y tiene el carácter de privilegiados, al igual que el crédito garantizado de cuyo impago derivan*”).
