

Dictamen acerca de la calificación
del crédito garantizado con hipoteca
de máximo en el caso de que
el traspaso del importe del crédito
asegurado a la cuenta bancaria cuyos
saldos se garantizan, configurado
como facultad contractual del acreedor
hipotecario, se haya realizado en un
momento temporal posterior a la
declaración de la situación concursal

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escritura pública otorgada en fecha [...] mayo de 2002, ante Notario por los representantes de la Compañía mercantil «Banco X, S. A.» y de la sociedad «Y, S. A.» se constituye una hipoteca de máximo o de seguridad gravando una finca propiedad de esta última sociedad que se identifica y describe en dicha escritura y cuyo importe máximo garantizado como principal es 601.012,10 € (cláusula 9.^a de la escritura de constitución de la hipoteca). En esta misma escritura pública se documenta la apertura por el «Banco X» de una cuenta especial de crédito con finalidad liquidatoria a nombre de la sociedad «Y, S. A.», por un importe de 601.012,10 € y con validez hasta el día [...] de mayo del año 2010, no susceptible de prórroga y sometida a las previsiones de los artículos 153 de la LH y 245 del RH. En esta cuenta tendrán la consideración de partidas de cargo, de conformidad con la cláusula primera de las que

integran la citada escritura pública, «los saldos que resulten de cualquiera de las operaciones que, indicadas en el Expositivo III de esta escritura, vencidas y no reclamadas judicialmente por el Banco, y para cuyo adeudo en la cuenta especial queda expresa e irrevocablemente facultado aquél». En dicho Expositivo III se alude a una póliza de crédito, número 157-00101-83, con garantía personal en cobertura de riesgos, intervenida por Corredor de Comercio, de fecha [...] de mayo de 2000, también por importe de 601.012,10 €, con vencimiento el día [...] de mayo del año 2010.

Mediante Providencia de fecha [...] de 2002, dictada por el Juzgado de Primera Instancia competente, se tuvo por solicitada la declaración legal de la suspensión de pagos de la sociedad «Y, S. A.», con nombramiento de interventores y adoptando las demás previsiones legalmente establecidas. La propia actuación de los interventores judiciales revela que, entre otras, se ha suscitado una duda acerca de la calificación del crédito garantizado con hipoteca de máximo del que es titular activo el «Banco X» frente a la sociedad suspensa, que acaba de ser descrito, a efectos de determinar si aquella entidad bancada es beneficiaria del derecho de abstención y como tal ha de figurar en la lista definitiva de acreedores que exige el artículo 12 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 [en adelante, LSP].

Del extracto aportado por el «Banco X» resulta que la primera anotación en el adeudo de la cuenta especial cuyos saldos garantiza la hipoteca de máximo antes identificada, se realiza el día 30 de enero de 2003, por un importe de 600.599,93 €, fruto del traspaso del saldo que en dicha fecha mostraba la cuenta bancada número [...].

CONSULTA

¿El crédito del que es titular el «Banco X» garantizado con una hipoteca de máximo frente a «Y, S. A.» goza de la condición de privilegio que habilita el ejercicio de la facultad de abstención del acreedor en el procedimiento de suspensión de pagos de ésta?

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

De conformidad con el Derecho vigente en el momento de formularse la consulta, el acreedor hipotecario tiene derecho de abstención en los convenios concursales (arts. 1.917, en relación con el 1923.3.º, ambos del Código Civil, y 15, párrafo 3.º de la LSP) y a ejecutar separadamente la hipoteca (1), de ma-

(1) La norma concursal que entró en vigor el día uno de septiembre de 2004 (la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal* [BOE, núm. 164, de 10 de julio de 2003]) prevé

nera que si el procedimiento de ejecución ya se hubiese iniciado, la declaración de concurso del hipotecante no la suspende, sin que tampoco impida el posterior inicio del procedimiento de ejecución. Se trata de derechos —los de abstención y de ejecución separada— renunciables por el acreedor hipotecario, de manera que podrá, o no, ejercitarlos en función de los incentivos subjetivos que tenga para hacerlo. El ejercicio del derecho de abstención deja intacto el crédito y la garantía y permite que el acreedor garantizado realice su crédito al margen del convenio que los restantes acreedores del deudor común concursado aprueben (art. 14 de la LSP) (2).

la paralización de las ejecuciones de garantías reales constituidas sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado —sin que exista previsión especial respecto al concurso de una persona física que tenga la condición de consumidor, ni tampoco respecto de personas, físicas o jurídicas, profesionales o empresarios respecto de bienes no afectos a su actividad empresarial, existiendo, en estos casos, un derecho de ejecución separada ordinaria para la que es competente el Juez del concurso— desde el momento en que conste la declaración de concurso, así como la interdicción del inicio del procedimiento de ejecución o de realización forzosa, en tanto no se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o, en su defecto, hasta que transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (art. 56.1 y 2 de la LC). Este régimen de suspensión de ejecuciones reales o específicas propende al objetivo previsto en el artículo 44 de la LC de posibilitar, siempre que sea factible, la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado, en beneficio del deudor y de los propios acreedores de éste, así como, en su caso, en el de sus asalariados (ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., «Comentario al artículo 56 de la LC», en *Nueva Ley Concursal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004, pág. 309; sobre la paradoja de la norma contenida en el art. 56 de la LC, vid. CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía en la LC*, Ed. Civitas, S. L., Madrid, 2004, págs. 76 y 77). Con todo, durante este período de suspensión o de paralización de las acciones reales y con independencia del estado del concurso, la administración concursal puede atender el pago de los créditos garantizados realmente con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos (art. 56.3, en la remisión que hace a la facultad de pago de créditos con privilegio especial establecida en el art. 155.2, ambos de la LC). Además, todos los acreedores privilegiados, y por ende, también los titulares de garantías reales siguen manteniendo el tradicional derecho de abstención en los convenios concursales, por lo que las consideraciones efectuadas en el dictamen que presentamos son perfectamente aplicables también al nuevo régimen legal de los concursos. En efecto, el artículo 123 de la Ley 22/2003 dispone que la asistencia de los acreedores privilegiados a la junta y su intervención en las deliberaciones no supondrá su sometimiento a los efectos del convenio, ni se tendrá en cuenta para computar el *quorum* necesario para constituir la Junta de acreedores. Para que un acreedor privilegiado, como lo es el hipotecario, quede sujeto a las prescripciones del eventual convenio tendrá que votar expresamente en la Junta a favor del mismo, sometiendo con ello el crédito a su eficacia. Por último, en caso de que un acreedor privilegiado ostente al mismo tiempo la condición de acreedor ordinario, el voto que pueda emitir en la Junta se entenderá, salvo que expresamente manifieste otra cosa, referido solamente a sus créditos ordinarios.

(2) Recientemente merece especial mención el estudio acerca del ámbito objetivo del derecho de abstención realizado por J. FLAQUER RIUTORT, «El derecho de abstención en la suspensión de pagos de los créditos escriturarios y que constan en sentencia firme», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 9, 2002-2, págs. 23 a 47.

Siendo ello así, se trata de determinar si la hipoteca de máximo, de la que es titular el «Banco X», puede considerarse como una garantía real con plena eficacia en el momento en que se tiene por solicitada la suspensión de pagos de la sociedad deudora y concursada, aun cuando el traspaso del importe del crédito asegurado, como facultad contractual del acreedor hipotecario, se haya realizado en un momento temporal posterior.

La respuesta que quepa dar a esta cuestión depende, en primer término, de una exacta comprensión de la finalidad del negocio que dio lugar al nacimiento de la hipoteca de máximo, del funcionamiento de ésta y del sentido concreto que tiene la facultad de anotar como adeudo en la cuenta especial «*los saldos que resulten de cualquiera de las operaciones indicadas*» en el texto de la escritura (cláusula 1.2 de la escritura de constitución de la hipoteca).

El negocio que nos ocupa tiene como objeto la creación de una, así denominada, «cuenta especial de crédito con finalidad liquidatoria», garantizada mediante una «hipoteca de máximo». Conviene, para una perfecta comprensión del alcance y significado del negocio, considerar separadamente las dos realidades jurídicas que se crean con él: la cuenta de crédito y la hipoteca de máximo.

La denominada «cuenta especial de crédito con finalidad liquidatoria» constituye una figura peculiar y novedosa, similar a la cuenta corriente de crédito, pero caracterizada por una serie de notas que la distinguen notablemente de aquella. En efecto, se trata de una cuenta de crédito en la que los únicos cargos que se pueden efectuar son «*los saldos que resulten de cualquiera de las operaciones indicadas en el Expositivo III, vencidas y no reclamadas por el Banco*», es decir, los adeudos existentes en otra cuenta corriente de crédito o resultantes de otra operación crediticia ya concertada con el mismo cliente. Para anotar estos saldos como adeudos en la cuenta especial queda el Banco facultado en el mismo negocio de creación de la cuenta especial y de la garantía. Por consiguiente, esta cuenta especial tiene como única y exclusiva función la de recibir todas las deudas generadas a favor del Banco en otras operaciones de crédito realizadas por dicha entidad con el mismo cliente. Ninguna otra cantidad puede ser anotada en esa cuenta. Su existencia no genera ningún crédito, en beneficio del cliente, distinto del que ya le hubiese sido conferido con anterioridad por la entidad bancada. Su finalidad, en definitiva, es la de servir como receptáculo en el que acoger todas las deudas generadas a favor del Banco por la actividad mercantil del cliente, al objeto de que éstas queden cubiertas por la hipoteca de máximo que se constituye en el mismo negocio sobre la cuenta especial (3).

(3) A la luz de la doctrina que resulta de la RDGRN de 12 de septiembre de 2003 [RJ 2003/6275] resulta dudosa la posibilidad de la inscripción registral de las hipotecas

Por lo que se refiere a la hipoteca constituida en la escritura notarial otorgada el día [...] de mayo de 2000, ésta puede ser calificada jurídicamente como una hipoteca global, en tanto en cuanto se incluyen en el ámbito de cobertura que garantiza un número ilimitado de obligaciones que no están determinadas en el momento en el que se constituye (la cobertura en garantía, precisamente por no estar inicialmente determinada en su cuantía, reviste la forma de máximo). Estas obligaciones serán concretadas en el futuro mediante los mecanismos que se prevén en el propio título de constitución, reflejándose la relación continuada de crédito entre la entidad financiera acreedora hipotecaria —Banco Popular Español— y la sociedad deudora en la cuenta especial de crédito analizada en el párrafo anterior, facultándose expresamente a la entidad financiera para realizar la anotación contable de las obligaciones garantizadas al vencimiento de éstas.

La que acaba de ser descrita en los dos párrafos anteriores es una de las operaciones crediticias más típicas del moderno tráfico comercial, en virtud de la cual una entidad bancaria concede crédito a un cliente, a través de uno o varios negocios crediticios, todos los cuales se garantizan mediante la constitución de una hipoteca global sobre una cuenta especial de crédito de finalidad liquidatoria, a la que el Banco va transfiriendo como adeudos los saldos de las otras cuentas.

Para determinar el alcance que cabe conceder jurídicamente a esa operación de anotación, como adeudos, en la cuenta liquidatoria, de los saldos que arrojen las otras operaciones crediticias, conviene tener presente cuál es el

de máximo de este tipo —«flotantes»— y, con ello, la posibilidad de constitución de las mismas. En el caso contemplado por la Resolución de la DGRN citada, al igual que en el supuesto examinado por nosotros, el Banco queda expresamente autorizado para efectuar, en cualquier momento, cargos en la cuenta cuyo saldo se garantiza realmente, siempre que sean generados por el incumplimiento por la parte acreditada de las obligaciones garantizadas. A juicio de la DGRN, el obstáculo para la inscripción de este tipo de hipotecas, en las que no hay verdadera indeterminación de las obligaciones garantizadas (que, hasta la fecha, había constituido el principal obstáculo a la inscripción de las «hipotecas flotantes»; v.gr. en las Resoluciones de la DGRN de 23 de diciembre de 1987 [RJ 1987/9722], 3 de octubre de 1991 [RJ 1991/7491], 17 de enero de 1994 [RJ 1994/239J], 11 de enero de 1995 [RJ 1995/186], 6 de junio de 1998 [RJ 1998/5226], 7 de junio de 1999 [RJ 1999/4740], 6 de noviembre de 1999 [RJ 1999/7781] y 10 de julio de 2001 [RJ 2001/5910]), se deriva del hecho de dejar al arbitrio del acreedor si la deuda líquida, vencida y exigible se ha de introducir en la cuenta garantizada y, sobre todo, el momento en que tal introducción puede hacerse, sin que haya una verdadera concesión de crédito, sino únicamente de espera al momento en que el Banco lo que considere conveniente y a cambio de la garantía hipotecaria y con un límite máximo de responsabilidad contemplado como principal. A juicio del Centro Directivo Registral, una hipoteca así configurada vulnera el artículo 1.256 del Código Civil y es contraria al principio de *pars conditio creditorum* que establece el artículo 1.925 del Código Civil. Sobre esta cuestión, vid. RUBIO TORRANO, E., «La llamada "hipoteca flotante"», en *Aranzadi Civil*, núm. 15, diciembre de 2003, págs. 11 a 13.

objeto de la hipoteca de máximo que se constituye. En este sentido, y de acuerdo con la doctrina de la DGRN, *lo asegurado son las particulares obligaciones, con independencia de si han sido, o no, objeto de asiento contable* (Resoluciones de la DGRN de 23 de diciembre de 1987 [RJ 1987/9722] y de 11 de enero de 1995 [RJ 1995/186]). Esta misma conclusión se extrae con naturalidad de la cláusula décima de escritura de constitución de la hipoteca, de acuerdo con la cual la anotación de las deudas por la entidad financiera no afecta a la existencia e individualidad de cada una de las obligaciones garantizadas, en cuanto expresamente se pacta «[...] que las obligaciones asumidas por la entidad acreditada, derivadas del crédito concedido y otorgado en las cláusulas primera a octava (ambas inclusive) de esta misma escritura, subsistirán con plena autonomía y sin que queden en lo más mínimo afectadas las acciones que se deriven del mismo», de forma que tampoco la eventual realización de la hipoteca impediría la ejecución de cada uno de los créditos garantizados y viceversa (supuesto contemplado en la RDGRN de 11 de enero de 1995 [RJ 1995/186]).

De este modo, *la previsión convencional* con arreglo a la cual la relación continuada de crédito se refleja, al arbitrio de la entidad bancaria, en una cuenta corriente especial que se crea conjuntamente con la hipoteca (de acuerdo con las previsiones de los arts. 153 de la LH, 245 del RH y 572 de la LECiv/2000) (4), *no es más que un medio para que esta entidad acreditante disponga de un modo de liquidación unilateral de las obligaciones que le permita prescindir del concurso del deudor para la formación de un título ejecutivo* que, por ser líquido, le habilita, en su caso, para iniciar el procedimiento de ejecución de la hipoteca.

En definitiva, se están garantizando, con una hipoteca global, obligaciones de nacimiento futuro, dentro de un plazo temporal convencionalmente determinado y hasta un límite máximo establecido con idéntica precisión. Estamos, en realidad, ante la constitución directa de una hipoteca anticipada al nacimiento del crédito, aportando y asegurando, mediante la publicidad registral de este gravamen, *la información suficiente a los otros posibles acreedores del mismo deudor acerca de la existencia de la afección en ga-*

(4) La existencia y la cuantía de la obligación garantizada son las dos únicas circunstancias cuya determinación puede quedar sujeta a determinación posterior a la constitución del gravamen hipotecario, en tanto en cuanto el artículo 153 de la LH exige que, en la escritura de constitución, se señale el plazo de duración de los contratos, las eventuales prórrogas y los plazos de liquidación de la cuenta, siendo el carácter inicialmente indeterminado de la obligación garantizada el elemento del que se deriva la exigencia de que, en aquella misma escritura de constitución se haga constar la cantidad máxima de la que el bien hipotecado responde. Vid., por todos, CORDERO LOBATO, E., «Obligaciones asegurables con hipoteca inmobiliaria: requisitos generales y modalidades», Capítulo XVI del *Tratado de los derechos de garantía* (CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ), Ed. Aranzadi, Elcano, 2002, pág. 544 (§ 24).

rantía y el montante máximo dentro del que la misma les va a ser oponible. De esta manera, los acreedores que hayan concedido créditos sin garantías —y, v.gr., tras el incumplimiento obtengan una anotación de embargo—, deben ser pospuestos a la hipoteca aun en el caso de que el crédito garantizado por ésta no hubiera nacido. Esto es, los acreedores que pese a la existencia del gravamen hipotecario conceden crédito al deudor, conformándose con la responsabilidad patrimonial universal del mismo (ex art. 1.911 del Código Civil) no pueden pretender que se les considere dañados o perjudicados, pues a ellos resulta imputable que no hayan utilizado los medios que el ordenamiento pone a su disposición para evitar el riesgo patrimonial de su deudor, al tiempo que es el propio sistema de prelación de créditos el que expresamente permite que el deudor que consiente la constitución de una hipoteca beneficie a los acreedores que libremente elija, conformándose el sistema con que los potenciales acreedores estén informados sobre la existencia del gravamen. Esta información, como ya he dicho, se consigue mediante la publicidad registral de la hipoteca.

Las consideraciones efectuadas se encuentran en perfecta sintonía con la eficacia *erga omnes* de las garantías reales, en tanto que la publicidad registral garantiza el conocimiento de su existencia y de su ámbito de cobertura a los posibles posteriores acreedores del deudor hipotecario, siendo la norma legal la que les atribuye a los acreedores hipotecarios un determinado rango en la prelación de créditos y la consideración de créditos privilegiados en los procedimientos concursales. En las hipotecas globales, como la que nos ocupa, la cuantía máxima de la cobertura garantizada aparece de manera patente en el título de constitución de la misma, con independencia de que la entidad acreedora tenga atribuidas determinadas facultades *de alcance meramente contable*, que puedan facilitarle la fijación y determinación del *quantum* líquido del crédito y de la deuda, pero *sin que a tales facultades de alcance meramente* *Inter partes, parezca razonable atribuirles eficacia frente a terceros.*

Partiendo de ese valor simplemente *inter partes*, y no frente a terceros, de la facultad de anotación que nos ocupa, es preciso ahora considerar cuál es la perspectiva que ha de adoptarse para calificar al crédito que nos interesa como crédito con derecho de abstención o como crédito ordinario. La respuesta a este problema es sencilla: no cabe ninguna duda de que ésta es una cuestión que debe ser resuelta en relación con los demás titulares de créditos afectados por la suspensión de pagos, y no respecto del deudor suspenso. En este sentido, son extraordinariamente ilustrativas las palabras de LACRUZ cuando afirma que el privilegio concursal es una especificación del poder del crédito *«no frente al deudor, sino en relación a los otros acreedores de un mismo deudor (eventualmente sobre un mismo bien) que tratan de hacer valer sus pretensiones, y en tanto en cuanto intentan hacerlas efectivas sobre*

el patrimonio del obligado. El privilegio no es un arma en contra del deudor, sino en el reparto del botín» (5).

Siendo ello así, no cabe más que concluir que la mera existencia o realización de una anotación contable de una deuda, no puede suponer privar de la cobertura de la garantía real al crédito nacido a favor de la entidad bancaria, siempre y cuando dicho crédito haya venido a existencia con anterioridad a la fecha de la providencia de admisión de la solicitud de suspensión de pagos.

Entendemos que sólo con las consideraciones anteriores debiera ser suficiente para dar una respuesta positiva a la cuestión planteada. Sin embargo, todavía es posible aportar más argumentos favorables a la calificación del crédito que se somete a examen como crédito con derecho de abstención.

En efecto, incluso si se considerara (en contra de nuestra opinión) que es necesario un acto de anotación contable por parte del acreedor en la cuenta especial, al efecto de entender cubiertas por la garantía real las cantidades adeudadas al mismo por el suspenso, entiendo que es perfectamente posible su realización, aun cuando ya se haya producido la admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos.

Como es sabido, la providencia de admisión de la solicitud de suspensión de pagos produce ciertos efectos sobre los acreedores del suspenso y sobre los propios créditos. Estos efectos están regulados en los artículos 4.º y 9.º de la LSP, y tienen como finalidad garantizar la viabilidad del procedimiento concursal que nos interesa. En efecto, como afirma SÁNCHEZ CALERO, «*la suspensión de pagos es un procedimiento judicial cuya finalidad es la de que un empresario que se encuentra en la imposibilidad de pagar sus deudas en las fechas de sus respectivos vencimientos, llegue a un acuerdo con sus acreedores sobre estos pagos*» (6). De esta manera, una vez que el deudor solicita la suspensión y ésta es admitida a trámite por el juez, se hace preciso eliminar cualquier posibilidad de que continúen saliendo bienes del patrimonio del deudor, o de que cualquier acto del deudor pueda perjudicar la posición del conjunto de acreedores o beneficiar a alguno de ellos respecto al resto.

Las medidas contenidas en los artículos 4.º y 9.º de la LSP responden exactamente a la lógica señalada. Por una parte, el deudor queda sometido al control de los interventores, que vigilarán, entre otras muchas cosas, que el deudor no pueda beneficiar a ningún acreedor o hacer salir bienes de su patrimonio en perjuicio del conjunto de sus acreedores o de alguno de ellos. Por otra parte, se sustituyen por la actuación de los interventores todas las

(5) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil*, T. II, vol. 1.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1985, pág. 388.

(6) Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, T. II, Ed. RDP, Madrid, 1994, pág. 470.

administraciones judiciales y embargos que pudieran estar constituidos sobre los bienes del deudor y, lo que es más importante, se paraliza la ejecución de las sentencias dictadas en todos los juicios ordinarios y ejecutivos seguidos frente al suspenso, mientras permanezca en el estado de suspensión de pagos. Únicamente quedan excluidos del efecto suspensivo los juicios en los que se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados, debido a la naturaleza real de estas garantías.

Adoptadas estas medidas, queda garantizado que no pueda salir ningún bien del patrimonio del deudor en favor de uno de los acreedores del suspenso y en perjuicio de los demás, ni por actos del deudor, ni como consecuencia de una actuación judicial o extrajudicial de cualquiera de los acreedores. A partir de aquí, pueden ya comenzar las tareas de elaboración de la lista de acreedores y de calificación de sus créditos como ordinarios o con derecho de abstención, con el objeto de fijar definitivamente la masa pasiva y determinar quiénes estarán necesariamente vinculados por la decisión de la Junta en la que se tratará de llegar a un acuerdo con el suspenso.

Sin embargo, entre las medidas establecidas en los artículos 4.º y 9.º de la LSP, no se hace referencia en ningún momento a la cuestión que nos interesa. Todas las medidas dispuestas por esos artículos son susceptibles de evitar que cualquier acreedor pueda ejecutar su crédito con cargo a los bienes del deudor, y también que el deudor pueda realizar acto alguno que beneficie a uno o varios de sus acreedores en perjuicio de los demás. Ahora bien, lo que no ha contemplado, de ninguna manera, es la posibilidad de que un acreedor, por sí mismo, en uso de las facultades que le confiere un negocio jurídico concluido con el deudor mucho tiempo antes de la suspensión, pueda alterar el contenido de su posición jurídica frente al suspenso, de manera que créditos que, en principio, serían ordinarios, aparezcan finalmente como créditos con derecho de abstención.

Probablemente el legislador ni siquiera pensó en este problema al elaborar las normas de la LSP, habida cuenta de las escasas situaciones en las que un negocio puede dar lugar a la operación descrita. Es la práctica mercantil y bancaria contemporánea la que ha dado lugar en época reciente a negocios como el aquí contemplado, y difícilmente pudo este hecho ser tenido en cuenta por el legislador de 1922. Por otra parte, solventar esta cuestión desde el artículo 9.º de la LSP resulta complicado, debido a que las limitaciones de derechos establecidas en el artículo 9.º de la LSP son excepcionales y, por consiguiente, no pueden ser interpretadas extensivamente ni aplicadas por analogía.

Sin embargo, es preciso extraer una solución del conjunto del ordenamiento que sea acorde con los principios que inspiran el procedimiento de suspensión de pagos y los procedimientos concursales en general.

Obviamente, el primer lugar en el que buscar una solución a nuestro problema está constituido por la regulación del negocio y la garantía que

estamos considerando: una hipoteca de máximo en garantía de una cuenta corriente de crédito. Pero, ni en el artículo 153 de la LH, ni en el 245 del RH, que regulan esta materia, encontramos referencia alguna a cómo afectan las declaraciones concursales a su contenido.

Habida cuenta de ello, el siguiente paso que debemos dar consiste en buscar supuestos análogos al que nos ocupa, en cuya regulación sí podamos encontrar una respuesta del ordenamiento jurídico al problema planteado. Dentro de estos supuestos análogos reviste especial interés el de la hipoteca unilateral y su aceptación. En efecto, la hipoteca establecida unilateralmente en favor de un determinado sujeto sólo beneficia a este sujeto si ya ha sido aceptada (art. 141 de la LH). De este modo, puede acontecer, análogamente a lo que sucede en el supuesto sometido a dictamen, que el beneficiado por la hipoteca unilateral todavía no haya aceptado la garantía al tiempo de la providencia de admisión de la solicitud de una suspensión de pagos. Si ello sucediese, nos encontraríamos ante un caso en el que, de ser permitida la realización de un acto unilateral del acreedor (la aceptación) tras la providencia de admisión, un crédito ordinario podría ser transformado en un crédito con derecho de abstención (en tanto que garantizado desde la aceptación, y con efecto retroactivo, por una hipoteca).

La identidad de razón entre el supuesto que nos ocupa y el que ahora consideramos es evidente. En ambos casos un acreedor, a través de la realización de un acto unilateral para el que está facultado, puede convertir un crédito ordinario en uno con derecho de abstención. Así pues, entre ambos supuestos se dan las condiciones establecidas por el artículo 4.º del Código Civil para que proceda la aplicación analógica: existencia de una laguna normativa y regulación de un supuesto semejante entre los que se aprecia una identidad de razón. Siendo ello así, la respuesta jurídica que quepa dar a la posibilidad de aceptar una hipoteca unilateral después de que se haya dictado la providencia de admisión de la suspensión de pagos, puede ser también aplicada a la utilización de la facultad de anotar como adeudos en la cuenta garantizada con hipoteca de máximo los saldos que resulten de las operaciones de crédito determinadas en la escritura de constitución de la garantía real.

Pues bien, en el caso de la hipoteca unilateral, el acreedor puede hacer constar en el Registro de la Propiedad su aceptación en *cualquier* momento, y con efectos que «*se retrotraerán a la fecha de la constitución de la hipoteca*». La ley no limita, desde ningún punto de vista, el tiempo en el que cabe aceptar la hipoteca, siempre que no se haya cancelado previamente por el procedimiento establecido al efecto (en el párrafo 2.º del art. 141 de la LH). Es más, acreditada doctrina hipotecarista y civilista (7), se ha pronunciado

(7) Cfr., entre otros, ROCA SASTRE, R. M.^a, *Derecho Hipotecario*, T. IV, vol. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, pág. 611; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La hipoteca unilateral», en

expresamente sobre la cuestión que nos afecta, afirmando tajantemente que la posibilidad de aceptar en cualquier momento tiene especial interés «no sólo por lo que se refiere a la posible insolvencia y ejecución (singular o universal) del deudor —que sin duda es el aspecto más visible—, sino también en el caso de quiebra del acreedor aceptante».

Si esto es así, el acreedor puede aceptar la hipoteca en cualquier momento, incluso después de admitida la solicitud de suspensión, y con ello determinar que la garantía hipotecaria tenga plena e indiscutible vigencia, con *todo el significado privilegiado* que el derecho real confiere, rigiendo como fecha de nacimiento de la garantía —eficaz *erga omnes*— la de la constitución unilateral en su día inscrita.

En consecuencia, por analogía, cabe sostener que el acreedor, en una cuenta corriente de crédito garantizada con hipoteca de máximo, también puede hacer uso de su facultad de anotar, en la cuenta liquidatoria garantizada, los saldos de las operaciones crediticias referidas en el negocio de constitución después de admitida la solicitud de suspensión. Aún más, si se permite a un sujeto (el acreedor que puede aceptar una hipoteca unilateral), la realización de un acto como consecuencia del cual adquiere una garantía real (la dicha hipoteca unilateral); con mucha mayor razón debe admitirse que un acreedor realice actos de carácter meramente formal respecto de una hipoteca perfectamente constituida. Sobre todo si se considera que tales actos formales (la anotación de adeudos en la cuenta especial), no afectan, como hemos visto, ni al objeto de la hipoteca, de la que es titular el acreedor, ni tampoco a su relación con los demás acreedores (a la denominada *par condicio creditorum*); puesto que todos ellos ya estarán, o habrán podido estar, informados de la existencia de la garantía real y de sus límites a través del mecanismo jurídicamente establecido para ello, esto es, la publicidad registral.

CONCLUSIÓN

El crédito garantizado por la hipoteca de máximo constituida a través de la escritura notarial de fecha [...] de mayo de 2000, otorgada por los representantes de la entidad financiera «Banco X, S. A.» y la sociedad concursada «Y, S. A.»:

1.^a) Es un crédito garantizado con hipoteca hasta el límite de la cuantía máxima prevista en el título de constitución de aquella garantía (601.012,10 €). Tiene un contenido constituido por todas las deudas nacidas con posterioridad a la fecha de constitución de la hipoteca y hasta la fecha de la providencia de

Tratado de garantías en la contratación mercantil, T. II-2.º, Ed. Civitas. Madrid, 1996, pág. 244.

admisión a trámite de la suspensión de pagos (...) de noviembre de 2002) como consecuencia de la póliza de crédito número [...], y ello con independencia de que todavía no se hubiese realizado en ese momento la anotación contable en la cuenta especial liquidatoria de las deudas vencidas y líquidas en esta fecha por parte de la entidad financiera.

2.ª) En consecuencia, el acreedor hipotecario «Banco X, S. A.» *goza de los derechos de abstención y de ejecución separada* que la vigente legislación reguladora de la suspensión de pagos atribuye a los acreedores titulares de créditos privilegiados.

Es dictamen que se somete a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO
Profesor Titular de Derecho Civil (UDC)

FERNANDO PEÑALÓPEZ
Profesor Titular (EU) de Derecho Civil
(UDC)