

RIESCO ABOGADOS



■ La poda en el concurso de acreedores de los intereses moratorios de los créditos con garantía real. Comentario a las sentencias de la Sala 1.^a, de lo Civil, del Tribunal Supremo, 112/2019, de 20 de febrero, y 227/2019, de 11 de abril

Publicado en el Anuario de Derecho Concursal, número 48, septiembre-diciembre 2019 (Civitas- Thomson Reuters).

Jesús Riesco Milla
Abogado

SUMARIO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. La función indemnizatoria de los intereses moratorios; 2. Los presupuestos para el devengo y exigibilidad de los intereses moratorios; II. LA COMUNICACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA REAL EN EL CONCURSO (STS, 1.ª, 112/2019, DE 20 DE FEBRERO): 1. Supuesto de hecho; 1.1. La comunicación del crédito y su reconocimiento; 1.2. El incidente concursal; 1.3. La sentencia de primera instancia; 1.4. La sentencia de apelación; 1.5. El recurso de casación; 2. La sentencia del Tribunal Supremo; 3. Valoración – III. LOS INTERESES MORATORIOS DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA REAL POSTERIORES A LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO (STS, 1.ª, 227/2019, DE 11 DE ABRIL): 1. Supuesto de hecho; 1.1. El crédito comunicado y reconocido; 1.2. El incidente concursal; 1.3. La sentencia de primera instancia; 1.4. La sentencia de apelación; 1.5. El recurso de casación; 1.6. La sentencia del Tribunal Supremo; 1.7. Valoración; IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, se ha pronunciado en dos sentencias muy recientes, la número 112/2019, de 20 de febrero (RJ 2019\604) y la número 227/2019, de 11 de abril (RJ 2019\1363), sobre los intereses moratorios de los créditos con garantía real en el concurso de acreedores y, concretamente, sobre su insinuación y sobre su devengo o exigibilidad tras la declaración del concurso, estableciendo unos criterios que modifican los que, hasta la fecha, venían manteniendo de forma mayoritaria los tribunales de instancia.

Antes de analizar las dos sentencias que son objeto de este comentario, haré hacer una breve referencia a la función de los intereses moratorios y a los presupuestos para su devengo y exigibilidad.

1. LA FUNCIÓN INDEMNIZATORIA DE LOS INTERESES MORATORIOS

Los arts. 1100 y 1108 del Código Civil configuran los intereses moratorios con una función indemnizatoria de los daños y perjuicios imputables a la demora en el incumplimiento de una prestación obligacional dineraria. Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional número 296/1993, de 22 de junio (RTC 1993\206) *“se trata de indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida*

que se le adeuda". La obligación pecuniaria es una suerte de obligación privilegiada porque el acreedor no necesita demostrar el daño sufrido, el simple retraso en el cumplimiento supone un perjuicio financiero al acreedor.

Además, en el caso de intereses moratorios convencionales, puede pactarse, como es habitual en los contratos bancarios de financiación, su importe, habitualmente superior al interés legal del dinero¹, y que su devengo se produzca de forma automática ante el incumplimiento de la obligación (resolución del contrato y vencimiento anticipado de la obligación de pago del capital no amortizado), es decir, sin necesidad de una previa intimación de pago. En puridad, los intereses moratorios convencionales, más que una finalidad indemnizatoria, constituyen un incentivo para el cumplimiento de los acreditados, que, correlativamente, minoran el riesgo de las entidades financieras con una repercusión positiva en el mercado del crédito financiero.

2. LOS PRESUPUESTOS PARA EL DEVENGO Y EXIGIBILIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS

Los presupuestos requeridos para el devengo y exigibilidad de los intereses moratorios son los siguientes:

- a. Carácter pecuniario de la obligación principal, que esté vencida y que sea exigible.
- b. Incumplimiento imputable al deudor.

Este presupuesto es cuestionable porque en las deudas pecuniarias el cumplimiento de la obligación es siempre posible, salvo en el caso de la *mora accipiendi* del acreedor.

- c. Intimación judicial o extrajudicial de pago del acreedor.

¹ La cláusula de intereses moratorios incorporada a los contratos celebrados entre entidades financieras y consumidores tiene como límite el art. 85.6 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, que considera abusivas las cláusulas *"que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones"* (sobre esta cuestión: STJUE de 21 de enero de 2015 y SSTs, 1.ª, 265/2015, de 21 de enero; 23 de diciembre de 2015; 18 de febrero de 2016 y 3 de junio de 2016, que se han pronunciado sobre la nulidad de los intereses moratorios y sobre la posibilidad de integración y moderación para ajustarlos a las normas nacionales, en concreto, al art. 114 de la Ley Hipotecaria o al art. 1108 del Código Civil). El art. 25 de la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Crédito Inmobiliario, que ha entrado en vigor el 16 de junio de 2019, establece que en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible.

No obstante, conforme al art. 1100 del Código Civil, la intimación no será necesaria cuando las partes pacten expresamente la incursión en mora del deudor al vencimiento, cuando la ley lo declare así expresamente o cuando se esté ante un término esencial impropio. A estas excepciones se debe añadir la establecida en el art. 63.1 del Código de Comercio, que establece que en las obligaciones mercantiles sometidas a término legal o contractual la mora se produce automáticamente al día siguiente a su vencimiento.

d. La liquidez de la deuda.

Este requisito ha sido matizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que rechaza el automatismo de la regla *“in illiquidis non fit mora”*, valorando en cada caso la razonabilidad de la oposición del deudor al pago de la cantidad que se le reclama.

II. LA COMUNICACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA REAL EN EL CONCURSO (STS, 1.ª, 112/2019, DE 20 DE FEBRERO).

La Sala Primera, de lo Civil del Tribunal Supremo, en su sentencia 112/2019, de 20 de febrero de 2019 (RJ 2019\604), establece dos criterios:

- a. Que no es posible modificar la lista de acreedores incorporada a los textos definitivos de la administración concursal para incluir, en este caso, los intereses moratorios devengados por los créditos con garantía real.
- b. Que, para el reconocimiento como créditos concursales con privilegio especial de los intereses moratorios devengados por un crédito con garantía real, es necesaria su comunicación, tanto de los que se hayan devengado en el momento la declaración del concurso, debidamente cuantificados, como de los que se puedan devengar a partir de dicha declaración hasta el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el art. 94.5, en relación con el 59 de la Ley Concursal, en este caso como contingentes, sin cuantía propia y con la calificación de privilegio especial.

1. SUPUESTO DE HECHO

1.1. La comunicación del crédito y su reconocimiento

El Banco Popular comunicó en el concurso de una empresa, declarado el día 2 de julio de 2007, un crédito con privilegio especial por el principal (capital pendiente de amortizar) de dos préstamos garantizados con hipotecas inmobiliarias (art. 90.1.1.º LC).

En la lista de acreedores incorporada a los textos definitivos del informe de la administración concursal, presentada el 7 de marzo de 2008, se reconoció a la entidad financiera un crédito con privilegio especial por importe de 374.178,41 euros por el concepto “*Prest. Cred. Int.*”, sin especificar si el crédito reconocido era por principal o también incluía intereses.

Una de las fincas hipotecadas en garantía de los préstamos fue subastada en la fase de liquidación del concurso el 28 de diciembre de 2011, resultando adjudicatario de la misma el Banco Popular, como mejor postora, por un precio de remate de 513.000 euros.

El 17 de mayo de 2012 la administración concursal, tras realizar el pago de un crédito preferente, entregó al Banco Popular 344.100,58 euros en concepto de principal de los dos préstamos hipotecarios, negándose a pagarle 88.101.874 euros reclamados por la entidad financiera en concepto de intereses moratorios devengados, que estaban dentro el límite de la cobertura hipotecaria.

La administración concursal solicitó el complemento y subsanación de la sentencia, por considerar que en su Fundamento Tercero se indicaba por error que el crédito reconocido comprendía principal e intereses, cuando, en realidad, según el órgano de administración, el crédito comunicado se refería únicamente al principal de los dos préstamos.

No disponemos de la resolución dictada por el Tribunal Supremo en relación a esta solicitud de la administración concursal, pero carece de relevancia en la medida en que, con error o sin error, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y condena a la administración concursal a

entregar al Banco Popular el total importe del crédito que le fue reconocido en la lista de acreedores, en la convicción de que dicho crédito incorporaba intereses de demora.

1.2. El incidente concursal

Ante la negativa de la administración concursal a pagar al Banco Popular los intereses moratorios reclamados, la entidad financiera presentó una demanda de incidente concursal solicitando que se condenase a dicho órgano al pago de los mismos.

La administración concursal se opuso por dos motivos:

- a. El Banco Popular no había impugnado la lista de acreedores, en la que se le reconocía un crédito con privilegio especial por importe de 374.718,41 euros, sin incluir ningún crédito por intereses moratorios².
- b. Durante el concurso no se devengan intereses moratorios, *“por cuanto su devengo deriva del incumplimiento culpable de las obligaciones, y este elemento subjetivo deja de producirse en el concurso”* (sic).

1.3. La sentencia de primera instancia

La sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Huesca, número 72/2014, de 2 de abril, desestimó la demanda incidental por considerar que, aunque la declaración del concurso no suspende el devengo de los intereses moratorios de los créditos con garantía real hasta donde alcance el valor de la garantía (art. 59 LC), la entidad demandante no había impugnado en tiempo y forma la lista de acreedores incorporada a los textos definitivos del informe de la administración concursal, que devino definitiva e inalterable, precluyendo la posibilidad de su modificación.

² En la lista de acreedores se reconoce al Banco Popular un crédito con privilegio especial por importe de 374.718 euros, superior al principal de los préstamos (344.100,58 euros), si bien, como decimos, sin indicar el concepto, es decir, si es un crédito por principal o si también se incluyen intereses y, en este caso, si se trata de intereses remuneratorios o moratorios o de ambas clases. Según la sentencia de apelación el crédito reconocido en la lista de acreedores se corresponde a la suma del principal de los dos préstamos hipotecarios, como así lo manifestó la administración concursal en su solicitud de subsanación o complemento de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo.

La sentencia señala que, si bien es cierto que el art. 86.2 de la Ley Concursal en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre³, ya obligaba a la administración concursal a incluir en la lista de acreedores aquellos créditos que constasen en documentos con fuerza ejecutiva y en los asegurados con garantía real inscrita en registro público, ello sólo produce dos efectos:

- a. No es precisa su insinuación por el acreedor, la administración concursal tiene que incluirlos con carácter obligatorio.
- b. Estos créditos deben calificarse de acuerdo con su naturaleza (en este caso con privilegio especial) a pesar de que sean comunicados de forma tardía o que no se comuniquen, como así lo establece el art. 92 en su redacción anterior a la reforma de 2011, tanto para los créditos con fuerza ejecutiva o asegurados con garantía real inscrita (art. 92.1 LC), como para los créditos de cualquier clase, incluidos los moratorios correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía (art. 92.3. LC).

A pesar de estas consideraciones previas, la sentencia entiende que el acreedor no está eximido de impugnar la lista de acreedores en la forma y plazo legalmente establecidos para la correcta inclusión de su crédito por importe y calificación en la que se incorpore a los textos definitivos del informe de la administración concursal y, en el caso de que no lo haga, no *“dispone de mecanismos para el reconocimiento de su crédito”* con posterioridad a dichos textos definitivos, que califica de *“inmodificables”*, con las excepciones de fin de la contingencia o litigiosidad de créditos, subrogaciones, etc. (art. 97.3 LC).

1.4. La sentencia de apelación

Interpuesto por la entidad financiera recurso de apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Huesca dictó sentencia, 86/2016, de 29 de abril, desestimando el recurso.

³ Número 2 del artículo 86 redactado por el número cincuenta y nueve del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre; vigencia: 1 enero 2012). El artículo 86.2 de la Ley Concursal, a los efectos de la clasificación de los créditos afectados, se aplicará a los concursos en tramitación al tiempo de la fecha de entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal. A tal fin, y para dichos procedimientos, la entrada en vigor de la ley constituye circunstancia extraordinaria que posibilita la ampliación judicial del plazo previsto para la emisión de informe en los términos de lo señalado en el artículo 74 de la Ley Concursal (Disposición transitoria cuarta de la Ley 38/2011, de 10 de octubre).

Según la sentencia de apelación, la dictada en primera instancia no cuestiona en ningún momento la calificación con privilegio especial de los intereses moratorios de los créditos hipotecarios hasta donde alcance el valor de la respectiva garantía (art. 59.1 LC), sino la posibilidad del banco demandante de modificar la lista de acreedores, que no ha impugnado en tiempo y forma.

Teniendo en cuenta que los textos definitivos del informe de la administración concursal se presentaron en el mes de marzo de 2008, entiende la Audiencia Provincial que no son aplicables los arts. 96 bis, 97,1, 3 y 4, 97 bis y 97 ter de la Ley Concursal en su redacción posterior a la reforma operada por la Ley 38/2011 (Disposición transitoria cuarta), y que el art. 97.1, en su redacción original, no permitía *“plantear pretensiones de modificación del contenido de la lista de acreedores si ésta no había sido impugnada en su momento en los términos y condiciones previstos en el art. 96, también en su redacción original”*⁴.

1.5. El recurso de casación

Banco Popular interpuso contra la sentencia de apelación de forma conjunta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Centrándonos en el recurso de casación⁵, se articula en un solo motivo, que se introduce al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, y, concretamente, del artículo 155 de la Ley Concursal en relación con los arts. 59, 90.1.1, 92.3, 94.1 y 96.5 del mismo cuerpo legal.

⁴ A nuestro juicio, esta distinción es gratuita porque los artículos citados por la sentencia en su redacción posterior a la reforma de 2011 tampoco contemplan la posibilidad de modificar los textos definitivos como consecuencia de un incidente sobre impugnación de la cuantía y/o calificación de créditos planteado una vez precluido el plazo previsto en el art. 96.1 de la Ley Concursal.

⁵ El recurso extraordinario por infracción procesal se introduce por la vía del art. 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y, concretamente, del art. 218.1 de dicha Ley (congruencia de las sentencias), argumentando la entidad recurrente que la sentencia de apelación había desestimado el recurso por considerar que la lista de acreedores no se podía modificar cuando, lo que había planteado y constituía el objeto de debate era la obligación de pago de los intereses moratorios de los créditos con garantías reales. La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo considera que la sentencia de apelación no es incongruente porque la estimación de la demanda incidental tendría como consecuencia la modificación de los textos definitivos.

En el desarrollo del motivo, el Banco Popular argumenta, resumidamente, que, aunque el crédito por intereses moratorios no estuviera incluido expresamente en los textos definitivos, debe abonarse hasta el valor de la garantía, puesto que la comunicación de créditos se hace respecto de la deuda existente a la fecha de la comunicación y los intereses solicitados son los que se continuaron devengando hasta el límite de la cobertura hipotecaria.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo no cuestiona el devengo o exigibilidad y el privilegio especial de los intereses moratorios de los créditos hipotecarios, anteriores y posteriores a la declaración del concurso y hasta el valor de la garantía por aplicación de los arts. 59, 90.1, 92.3, 155.1 de la Ley Concursal y del art. 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoriamente aplicable (disposición final quinta LC).

Razona la sentencia que, aunque el art. 90 de la Ley Concursal no establece expresamente que los intereses moratorios tengan el carácter de crédito con privilegio especial, es innecesario, *“una vez que el privilegio abarca la totalidad del crédito garantizado, conforme a lo expresado en el título”*, añadiendo que, *“conforme a esta regulación, los intereses devengados por el crédito hipotecario serán privilegiados con privilegio especial, con independencia de su fecha de devengo -anterior o posterior a la declaración del concurso- si están cubiertos por el valor de realización del bien que sirve de garantía”*, de suerte que, *“si el valor de realización no cubre los intereses, debe entenderse que los devengados con anterioridad a la declaración de concurso son subordinados (art. 92.3º LC), mientras que los posteriores no pueden ser reclamados, por exceder de la garantía”*.

Sin embargo, en opinión del Tribunal Supremo, *“estas previsiones normativas no exoneran al acreedor hipotecario de su deber de comunicación del crédito, como se desprende inequívocamente del tenor literal del art. 85.3 de la Ley Concursal, cuando dice: “Si se invocare un privilegio especial, se indicarán, además, los bienes o derechos a que afecte y, en su caso, los datos registrales”*.

En consecuencia, concluye la sentencia, si la comunicación del crédito por parte del acreedor fue errónea o incompleta, una vez precluidos los momentos procesales hábiles para instar la modificación de la lista de acreedores, no puede pretender una alteración del importe o calificación del crédito incluido en la lista definitiva de acreedores, de suerte que si, como alega

el Banco Popular, cuando realizó la comunicación de créditos todavía no se había alcanzado el límite garantizado, debería haber comunicado la cantidad devengada hasta esa fecha como crédito con privilegio especial y la parte todavía no devengada como crédito contingente sin cuantía propia (hasta que se cumpliera la contingencia) y con la calificación de privilegio especial.

No obstante, la sentencia estima el recurso de casación porque considera que el Banco Popular tiene derecho a que se le haga entrega del total importe que le ha sido reconocido en la lista de acreedores definitiva, que, como decimos, superaba el importe del principal de los dos préstamos hipotecarios sin desglose alguno.

3. VALORACIÓN

Lo primero que tenemos que cuestionar es la oportunidad de que la Sala Primera se pronuncie *obiter dicta* sobre un problema jurídico ajeno a la *ratio decidendi* de la recurrida, afirmando que los intereses moratorios de los créditos con garantía real tienen privilegio especial hasta el valor de la garantía, tanto los devengados antes de la declaración del concurso, como los devengados a partir de dicha declaración.

Esta circunstancia no tendría mayor importancia si la Sala Primera no hubiera dictado en menos de dos meses una segunda sentencia, que también es objeto de este comentario, en la que más que “matizar” (expresión literal de esta segunda resolución), rectifica y corrige el pronunciamiento *obiter dicta* de la sentencia que ahora comentamos, afirmando que tras la declaración del concurso no se devengan intereses moratorios por los créditos con garantía real⁶.

⁶ No es la primera vez que la Sala Primera del Tribunal Supremo introduce en sus sentencias pronunciamientos *obiter dicta*, que posteriormente rectifica, generando inseguridad jurídica en el mercado financiero. El Tribunal Supremo nos tiene acostumbrados en los últimos años a la revisión de su jurisprudencia sobre el derecho de consumo en el ámbito de la contratación bancaria, no sólo de la histórica anterior a la crisis iniciada en el año 2008, sino, y esto es lo más preocupante, de la que apenas ha tenido tiempo a germinar. Ha sucedido, por citar algún ejemplo, en materia de cláusulas suelo (revisión de los criterios de interpretación del control de transparencia o efectos de la declaración de nulidad), de intereses de demora (eficacia y facultad integradora) o de caducidad de las acciones de nulidad por vicios en el consentimiento de contratos complejos y, en particular, de contratos de permuta financieras de tipos de interés con finalidad de cobertura (swaps).

El ejemplo más reciente lo tenemos en materia de gastos y, concretamente, de impuesto sobre actos jurídicos documentados que grava la formalización de los préstamos hipotecarios: la sentencia del Pleno de la Sala 705/2015, de 23 de diciembre, el Tribunal Supremo afirmó, en el ámbito de una acción colectiva, que había determinados gastos derivados de la formalización de un préstamo hipotecario, como el impuesto sobre actos jurídicos documentados, que eran de cuenta de las entidades prestamistas. Este pronunciamiento, posteriormente rectificado en las sentencias, también de su Pleno, 146 y 147/2018, de 28 de febrero, en las que se estableció que el Impuesto sobre actos jurídicos documentados era un gasto a cargo de los prestatarios, propició un aluvión de demandas de reclamación de gastos,

En cuanto a los criterios de la sentencia son, cuando menos, discutibles.

La cuestión no es si se puede modificar la lista de acreedores una vez vencido el plazo para su impugnación, sino si es necesaria la comunicación de los intereses moratorios de los créditos con garantía real que se devenguen tras la declaración del concurso como contingentes, sin cuantía propia y con privilegio especial.

El art. 85.3 de la Ley Concursal, que cita la sentencia, se refiere al contenido de la comunicación de créditos, que deberá de expresar, entre otros datos, el concepto, cuantía, características y calificación que se pretenda. Además, si se invocare un privilegio especial, se indicarán los bienes o derechos a que afecte y, en su caso, los datos registrales. El precepto no exige que en la comunicación se incluyan los intereses moratorios, como tampoco lo exige el art. 90.2.

Ciertamente, el art. 94.2 de la Ley Concursal establece que la lista de acreedores comprenderá una relación de los acreedores incluidos, expresando la cuantía por principal y por intereses de sus créditos, pero esa es una exigencia de la lista de acreedores y no de la comunicación de créditos y, además, sólo se puede referir a los intereses devengados hasta la declaración del concurso porque los posteriores que se sigan devengando, como es el caso de los intereses moratorios de los créditos con garantía real, no se pueden cuantificar hasta que se produzca el pago del principal privilegiado con el límite del valor de las garantías.

Sí creemos que es necesario que el acreedor con privilegio especial comunique a la administración concursal el importe de su crédito por principal y, en su caso, por intereses remuneratorios y moratorios devengados hasta la fecha de la comunicación, o que indique, al menos, la fecha de vencimiento de la obligación principal a efectos del cálculo de los intereses moratorios. Lo que cuestionamos es que esa comunicación esté sujeta a los requisitos de plazo y forma establecidos en el art. 21.1.5 y 85 de la Ley Concursal y, principalmente, que en la misma

que incluían el impuesto sobre actos jurídicos documentados (porcentualmente representa del orden del 75% de los gastos), que colapsaron los juzgados y que ha supuesto, además, una factura muy elevada para las entidades financieras. Tras fijar la Sala 1.ª del Tribunal Supremo doctrina jurisprudencial, el Pleno de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, en sus sentencias 1669/2018, 1671/2018 y 1670/2018, de 27 de noviembre de 2018, ha corregido las dictadas por su Sección 2.ª, 1505/2018, de 16 de octubre, y las dos siguientes de 22 y 23 de octubre, competentes objetivamente en la materia, que modificaron la doctrina histórica de la Sala 3.ª, confirmada por el Pleno en el sentido de que el sujeto pasivo del Impuesto es el prestatario.

se deban de incluir los intereses que aún no se han devengado como contingentes, sin cuantía propia y con privilegio especial.

Si, como señala la sentencia que comentamos, los intereses moratorios de los créditos con garantía real posteriores a la declaración del concurso se siguen devengando y tienen privilegio especial hasta el valor de la garantía, no parece necesario que se incluyan en la comunicación como contingentes y sin cuantía propia, máxime cuando el art. 86.2 de la Ley Concursal impone su inclusión con independencia de que hayan sido comunicados tardíamente o de que no hayan sido comunicados (art. 92.1.º LC), incluidos los intereses (92.3.º LC). Estamos ante un supuesto de reconocimiento forzoso o necesario de créditos y de su calificación que no precisa, a nuestro juicio, una comunicación separada respecto al crédito por principal.

En la tarea hermenéutica del art.92 de la Ley Concursal debemos tener en cuenta que en la elaboración parlamentaria de la Ley se presentó una enmienda en el Congreso (enmienda n.º 305 del grupo parlamentario socialista) a los fines del concreto extremo que comentamos y que trataba de introducir en ella la mención de que *“se incluirán necesariamente en la lista de acreedores, aunque no hubieran comunicado la existencia de sus créditos...”*, enmienda que sin embargo fue expresamente rechazada.

En opinión del Magistrado ANTÓN GUIJARRO⁷ *«el ámbito del reconocimiento necesario deberá entenderse limitado únicamente a aquellos aspectos protegidos por esa presunción registral, que no son otros que los de “la existencia y validez” de los créditos asegurados con garantía real, así como a aquéllos derivados de la extensión objetiva de la hipoteca, pues ésta abarcará tanto a los bienes sobre los que aparezca constituida la garantía como a sus extensiones, ya sean naturales o ya sean pactadas (arts. 109 a 111 LH). Estos extremos deberán por tanto ser forzosamente objeto de reconocimiento, sin perjuicio de la posterior impugnación que la Administración concursal pueda realizar en caso de discrepancia, y siempre dentro del plazo para emitir su informe, teniendo presente que su discusión quedará en tal caso relegada al juicio ordinario correspondiente, tal y como reza seguidamente el art. 86-2 LC (...). Consecuencia de lo anterior será que el reconocimiento necesario no podrá alcanzar lógicamente al importe de la cuantía adeudada, pues en este punto la Administración concursal conserva su capacidad de verificación sin ningún tipo de merma»*⁸.

⁷ ANTÓN GUIJARRO, “El crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria en el concurso”, en PRENDES CARRIL-MUÑOZ PAREDES, *Tratado Judicial de la Insolvencia*, II, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 99.

⁸ En la sentencia dictada por este Magistrado como titular del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo el 30 de mayo de 2006 afirmaba que *«la regla del reconocimiento forzoso o necesario contenida en el art. 86-2 LC en ningún caso exime de la preceptiva comunicación del crédito, pues resulta acorde con la lógica el que no pueda exigirse a la*

Posteriormente, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en su sentencia número 4721/2016, de 4 de noviembre de 2016 (RJ 5198\2016), con el mismo criterio que la que ahora comentamos, aclaró que la previsión del art. 86.2 de la Ley Concursal supone que la existencia y cuantía de estos créditos no puede ser discutida por la administración concursal, que ha de incluirlos necesariamente en la lista de acreedores, pero no salva las consecuencias negativas derivadas de la falta de comunicación y de impugnación de dicha lista de acreedores cuando no los reconozca. Esta sentencia concluye que la falta de comunicación de los créditos no supone su extinción, pero sí impide su reclamación en el seno del concurso.

Debemos aclarar que, en el supuesto objeto del recurso resuelto por la sentencia número 4721\2016, se aplicó el art. 92 de la Ley concursal en su redacción vigente en marzo de 2009, es decir, anterior a la reforma aprobada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre⁹, que modificó este precepto, estableciendo en su ordinal 1.^º, a propósito de la subordinación de los créditos que hubieran sido comunicados al concurso tardíamente, que no quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público. Es decir, la nueva redacción de la norma establece expresamente que la falta de comunicación o comunicación tardía de los créditos con garantía real no tiene como consecuencia su subordinación, lo que es extensivo tanto a los intereses remuneratorios y moratorios pactados con el límite de la responsabilidad hipotecaria o del valor de la garantía¹⁰.

A nuestro juicio, esta exigencia puramente formal no satisface ninguna de las razones que justifican el sistema legal de comunicación de créditos y determinación de la masa pasiva, principalmente las relacionadas con la información que precisan los acreedores a la hora decidir su voto en el caso de que se proponga convenio (valor de la masa pasiva afecta y no afecta a privilegios especiales y pasivo concursal y contra la masa y su calificación), y tampoco impide a la administración concursal el reconocimiento de los intereses moratorios que se vayan

Administración concursal que reconozca lo que no conoce, sin que tampoco pueda obligarse al órgano concursal a una suerte de labor investigadora a este respecto”.

⁹ A los efectos de la clasificación de los créditos afectados, se aplicará a los concursos en tramitación al tiempo de la fecha de entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal. A tal fin, y para dichos procedimientos, la entrada en vigor de esta ley, constituye circunstancia extraordinaria que posibilita la ampliación judicial del plazo previsto para la emisión de informe en los términos de lo señalado en el artículo 74 de la Ley Concursal (Disposición transitoria cuarta de la Ley 38/2011, de 10 de octubre).

¹⁰ De hecho, tras la reforma operada por la Ley 38/2011 el ANTON GUIJARRO entiende que su inicial posición «*debe ser matizada a la vista del texto del nuevo art. 92.1*” (pp. cit., pág. 101).

devengando, por cuanto su exigibilidad y privilegio vienen legalmente determinados (art. 86.2 LC) y su cuantificación sólo precisa de una simple operación aritmética.

En la práctica, lo habitual es que las entidades financieras comuniquen sus créditos con garantías reales por principal e intereses remuneratorios devengados a la fecha de la comunicación y que, periódicamente, y a requerimiento de la administración concursal, vayan actualizando el importe de sus créditos por intereses de demora devengados. Sobre esta cuestión, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, en su sentencia 71/2015, de 24 de marzo, afirma: *“En este contexto jurídico, no puede negarse a “Caja Rural de Extremadura” su derecho al cobro de los intereses moratorios con cargo a los bienes objeto de ejecución. Por lógica, si hay un precepto donde se reconoce ese devengo, no podía compelerse a “Caja Rural de Extremadura” a declarar la existencia de otro crédito concursal. Al igual que, con los créditos contra la masa, los privilegiados devengan intereses y tales intereses, conforme a la regla de que lo accesorio sigue la naturaleza de lo principal, tienen la misma calificación que el crédito cuyo impago determina su devengo (sentencias del Tribunal Supremo 705/2012, de 26 de noviembre, y 295/2014, de 14 de mayo). No se trata, por tanto, de un crédito subordinado y menos cuando el artículo 92.3 de la Ley Concursal excluye de tal calificación a los intereses moratorios correspondientes a créditos con garantía real”*.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Vitoria-Gasteiz, en su sentencia 7/2017, de 18 de enero admite la posibilidad de que, en un incidente concursal posterior a la celebración de subasta, aprobación del remate, consignación del precio y adjudicación de la finca, puedan las partes suscitar discusión ante el Juez del concurso y antes de la adjudicación definitiva, sobre el crédito por intereses moratorios. Según esta sentencia: *“No hay pérdida de derecho ni acto propio impositivo por parte de “Caja Rural de Extremadura”. El Plan de Liquidación no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario, respecto del pago de su crédito (sentencia del Tribunal Supremo 491/2013, de 23 de julio). Y la ausencia de liquidación de intereses al momento de la pendencia del privilegio especial, es decir, antes de adjudicarse los bienes, no extingue el derecho. La liquidación no es extemporánea, pues, necesariamente, es con el decreto de adjudicación cuando se conoce el término del devengo del interés. No puede hacerse una liquidación sin conocer su base temporal”*.

Los créditos contingentes se consideran parte de la masa pasiva concursal sin cuantía propia, y tienen suspendidos interinamente sus derechos de adhesión, voto y cobro hasta que se consolide o reconozca el crédito o se haya agotado la excusión, momento en el que recobrarán la totalidad de los derechos concursales que les correspondan a su cuantía y calificación (art. 87.3 y 5 LC). Es decir, en el caso de que se proponga convenio y que los acreedores con garantías reales no hayan ejecutado previa y separadamente sus garantías, sus créditos por intereses

moratorios seguirán siendo contingentes, salvo que los devengados en el momento de la votación ya hayan llegado al límite del valor de la garantía, pero eso sólo podrá saberse en ese momento o en otro anterior, pero siempre posterior a la redacción de la lista de acreedores.

Además, el valor patrimonial neto de la deudora no se puede establecer en los textos definitivos del informe de la administración concursal: (i) porque dichos textos pueden ser objeto de modificación si concurre alguna de las circunstancias contempladas en el art. 97.3 y 4 de la Ley Concursal; (ii) porque los créditos contra la masa, de pago preferente a los créditos concursales mediante la deducción de la masa activa de los bienes y derechos necesarios, salvo los afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 154 LC) se seguirán devengando.

El criterio de la sentencia que comentamos rectifica el que hasta la fecha han venido manteniendo de forma mayoritaria las audiencias provinciales, que se han pronunciado en numerosas ocasiones en el sentido de reconocer como créditos con privilegio especial los intereses de demora de créditos con garantía real no comunicados o incluidos en las listas de acreedores¹¹.

III. LOS INTERESES MORATORIOS DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA REAL POSTERIORES A LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO (STS, 1.ª, 227/2019, DE 11 DE ABRIL)

En su sentencia 227/2019, de 11 de abril, la Sala Primera del Tribunal Supremo (RJ 2019\1363), interpretando las disposiciones transitorias de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, establece que los intereses remuneratorios y moratorios de los créditos con garantía real devengados antes de la declaración del concurso gozan de privilegio especial hasta el valor de la garantía, pero que tras la declaración de concurso, únicamente se devengan y son exigibles los intereses remuneratorios, no los intereses moratorios, rectificando el pronunciamiento *obiter dicta* incluido en su anterior sentencia, 112/2019, de 20 de febrero.

¹¹ Así, por ejemplo: sentencias de la Sección 52.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza 666/2008, de 4 de diciembre y 157/2014, de 19 de mayo; de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, 71/2015, de 24 de marzo; de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Baleares 438/2011, de 22 de noviembre; y de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, 161/2016, de 31 de marzo; Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª, 25/2009, de 16 de febrero; Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3ª, 71/2015, de 24 de marzo; y Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Vitoria-Gasteiz, 7/2017, de 18 de enero.

1. SUPUESTO DE HECHO

1.1. El crédito comunicado y reconocido

En el caso contemplado en esta sentencia, una entidad financiera (Cajamar, Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito) tenía reconocido en la lista de acreedores del concurso de una promotora un crédito con privilegio especial hipotecario (art. 90.1.1. LC), tanto por el capital vencido y pendiente de vencimiento, como por intereses remuneratorios y moratorios devengados hasta la fecha de la insinuación del crédito.

Abierta la liquidación, se procedió a la subasta de las dos fincas hipotecadas en garantía del crédito, que se adjudicó la propia entidad financiera como mejor postora en un precio de remate superior al importe total del crédito comunicado y reconocido en la lista de acreedores.

1.2. El incidente concursal

La entidad financiera titular del crédito y adjudicataria de las fincas hipotecadas, tras consignar el precio de remate, solicitó a la administración concursal que le hiciera entrega del dicho precio para el pago del principal, intereses remuneratorios e intereses moratorios, incluidos los devengados a partir de la declaración del concurso, sumando el importe total de la deuda una cantidad inferior al valor de las garantías hipotecarias, calculado de acuerdo con lo dispuesto en el art. 94.5 de la Ley Concursal¹².

La administración concursal únicamente se avino a pagar a la entidad financiera el importe del principal reconocido en la lista de acreedores, ante lo cual, ésta presentó una demanda de incidente concursal, reclamando el pago de los intereses moratorios posteriores a la declaración del concurso.

¹² Número 5 del artículo 94 introducido, en su actual redacción, por el número 5 del apartado uno del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal («B.O.E.» 26 mayo, vigencia: 27 mayo 2015).

1.3. La sentencia de primera instancia

El Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca dictó sentencia con fecha 26 de octubre de 2015 estimado la demanda incidental y ello por considerar que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 155.1 de la Ley Concursal en su redacción anterior a la reforma operada en virtud de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, los créditos con privilegio especial debían ser satisfechos con cargo a los bienes afectos, independientemente de que fueran objeto de ejecución separada o colectiva o que el acreedor hipotecario resultase adjudicatario de dichos bienes.

En cuanto al importe del crédito, el Juzgado consideró que tenía que incluir también los intereses moratorios devengados tras la declaración del concurso por aplicación del art. 59.1 de la Ley Concursal.

1.4. La sentencia de apelación

La administración concursal interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, si bien aceptando que se hiciera entrega a la acreedora hipotecaria del importe del crédito que le había sido reconocido en la lista de acreedores, y ello por considerar aplicable el art. 155.5 de la Ley Concursal, introducido por la Ley 9/2015, anteriormente citada, a cuyo tenor, el acreedor con privilegio especial tiene derecho a hacer suyo el montante resultante de la realización de los bienes afectos en la cantidad que no exceda de la deuda originaria y, ésta, según la interpretación de la recurrente, es la reconocida en la lista de acreedores¹³.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso por dos motivos:

- a. De un lado, por considerar que el número 5 del art. 155 no era aplicable conforme a la disposición transitoria de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que lo introdujo, es decir, que sólo sería de aplicación en los concursos en los que, en el momento de su entrada en

¹³ Artículo 155 redactado por el número 7 del apartado dos del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal («B.O.E.» 26 mayo). Vigencia: 27 mayo 2015

vigor, aún no se hubiera presentado los textos definitivos del informe de la administración concursal, que, en este caso, era de fecha muy anterior.

- b. De otro, por considerar que el devengo de los intereses moratorios de los créditos con garantía real no se suspende, siempre y cuando queden cubiertos por el valor de la garantía.

1.5. El recurso de casación

La administración concursal interpuso contra la sentencia de apelación recurso de casación al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que articuló en dos motivos:

- a. En el primero denunciaba la infracción del art. 155.5 de la Ley Concursal, que consideraba aplicable, de acuerdo con su disposición transitoria primera, número 7, de la Ley 9/2015¹⁴.
- b. En el segundo denunciaba la infracción, por inaplicación, de los arts. 1101 y 1105 del Código Civil, en relación con el art. 1124 del mismo cuerpo legal, y ello por considerar que los intereses moratorios tienen naturaleza indemnizatoria y que sólo son exigibles cuando concorra culpabilidad del deudor.

1.6. La sentencia del Tribunal Supremo

La sentencia únicamente analiza el primer motivo del recurso de casación, que estima.

En lo que hace referencia a la aplicación del número 5 del art. 155 de la Ley Concursal, el Tribunal Supremo entiende que la nueva norma es aplicable a los procedimientos concursales en tramitación, según el número 7 de su “prolija” (sic) disposición transitoria primera, sin que se

¹⁴ Dispone en su número 7 que será de aplicación a los procedimientos concursales que se encuentren en tramitación. No sería de aplicación, por tanto, el número 2 de la disposición transitoria primera, que se refiere, entre otras modificaciones, a la introducción del número 5 del art. 155 (artículo único, apartado uno, número 5), referido a la valoración de las garantías a los efectos previstos en el art. 90.3, introducido también por esta norma (artículo único, apartado uno, número 3) que ciñe el privilegio especial al valor de la garantía, y que supedita su aplicación a los concursos en que no se haya aprobado el texto definitivo del informe de la administración concursal.

pueda integrar con los números 3 y 5 del apartado uno del artículo único, que introducen, como decimos, los números 3 del art. 90 y 5 del art. 94, referidos a la limitación del privilegio especial al valor de la garantía.

Según la sentencia que comentamos, cuando el art. 155.5 de la Ley Concursal habla de la "deuda originaria" se está refiriendo a la que estaba cubierta por la garantía, sin que sea de aplicación la limitación establecida en los arts. 90.3 y 94.5, que opera esencialmente en relación con el convenio.

Respecto de la liquidación, entiende la sentencia que hay que estar a lo previsto en la norma especial, en este caso, el art. 155. Según el razonamiento de la sentencia, si el apartado 5 del art. 155 contiene una previsión sobre lo que tiene derecho a cobrar el acreedor con privilegio especial con respecto a lo obtenido con la realización del bien afecto a su privilegio, que es ajena al límite del valor de la garantía, pues se refiere a la "deuda originaria", carece de sentido integrar la disposición transitoria especialmente prevista para la norma que introduce la nueva redacción del art. 155 (número 7), con la que se refiere a la norma que regula la limitación del privilegio especial al valor de la garantía (número 2).

La sentencia puntualiza que si la cuestión controvertida es qué destino debe darse al montante de lo obtenido con la realización de los bienes o derechos afectos a un privilegio especial, la norma aplicable será la vigente en el momento en que se materializa la realización de los bienes o derechos afectos y la administración concursal obtiene el precio de la adjudicación. Teniendo en cuenta que, en el caso de autos, el decreto de adjudicación es de fecha 14 de enero de 2014, es decir, anterior a la publicación de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, se debe aplicar el número 3 del art. 155 en la redacción vigente en esa fecha, que establecía: *"Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos"*.

Según la sentencia, la cuestión nuclear es, por tanto, determinar qué se considera "crédito con privilegio especial" según la redacción del art. 155.3 vigente en el momento de procederse al pago del precio obtenido con el remate de la finca hipotecada.

La Sala se remite a su sentencia anterior, 112/2019, de 20 de febrero, que también es objeto de este comentario, si bien, según su literal expresión, “*con alguna matización*”.

En la sentencia 112/2019, como ya hemos analizado, el Tribunal Supremo declaró que el privilegio especial en un crédito con garantía real abarcaba no sólo al principal, sino también a los intereses remuneratorios o moratorios, ya se hubieran devengado antes o después de la declaración de concurso, siempre que estuvieran cubiertos por el valor de realización de la garantía¹⁵, advirtiendo que, no obstante ese privilegio, el titular del crédito no estaba dispensado del deber de comunicar su crédito, conforme a lo previsto en el art. 85.3, incluyendo los intereses moratorios no devengados posteriores a la declaración del concurso como crédito contingente sin cuantía propia y con la calificación de privilegio especial.

Cumplidos estos presupuestos, señalaba aquella sentencia, el acreedor hipotecario tenía derecho a que lo obtenido con la realización de las dos fincas afectadas al cobro de su crédito se destinase a su satisfacción hasta el importe cubierto con la garantía. Por lo tanto, el precio de remate también alcanzaba a los intereses cubiertos por la garantía que se hubieran devengado con posterioridad a la declaración de concurso.

La “matización” que introduce esta segunda sentencia se refiere a la clase de intereses que pueden devengarse y, consecuentemente, exigirse, con posterioridad a la declaración de concurso.

Según esta sentencia, la garantía hipotecaria cubre tanto los intereses remuneratorios, como los moratorios, dentro del límite previsto en el art. 114 de la Ley Hipotecaria. En el caso de los remuneratorios, son no sólo los devengados antes de la declaración de concurso, sino también los devengados después, en aplicación del art. 59.1 de la Ley Concursal. Pero, y aquí radica la

¹⁵ “Los arts. 59 y 92.3 LC permiten el devengo, sin postergación, de los intereses generados por los créditos con garantía real “*hasta donde alcance la respectiva garantía*”; lo que supone la afección de la garantía al pago de tales intereses con el límite indicado. El art. 90 LC no establece expresamente que esos intereses tengan el carácter de crédito con privilegio especial, pero porque es innecesario, una vez que el privilegio abarca la totalidad del crédito garantizado, conforme a lo expresado en el título. Además, conforme a esta regulación, los intereses devengados por el crédito hipotecario serán privilegiados con privilegio especial, con independencia de su fecha de devengo - anterior o posterior a la declaración del concurso- si están cubiertos por el valor de realización del bien que sirve de garantía. Si el valor de realización no cubre los intereses, debe entenderse que los devengados con anterioridad a la declaración de concurso son subordinados (art. 92.3.º LC), mientras que los posteriores no pueden ser reclamados, por exceder de la garantía.

novedad, en el caso de los intereses moratorios, la sentencia afirma que sólo se devengarán y serán exigibles los anteriores a la declaración de concurso.

Considera la Sala Primera que el art. 59.1 de la Ley Concursal únicamente se refiere a los intereses remuneratorios, no a los moratorios, que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles antes de que se alcancen tales soluciones. Por esta razón, señala la sentencia, existe una imposibilidad legal de pago, por lo que no tiene sentido que durante el concurso operen instituciones como los intereses y recargos de demora, que incentivan el pago puntual de las obligaciones.

Según la sentencia, también el crédito concursal garantizado con hipoteca está sujeto a las mismas restricciones de pago, sin perjuicio de la salvedad contenida en el art. 155.2 de la Ley Concursal, que legitima a la administración concursal a pagar las amortizaciones e intereses vencidos con cargo a la masa. Es una facultad, dice la sentencia, que tiene la administración concursal, en el caso en que le interese mantener la vigencia del préstamo. Y también en ese caso, añade, los únicos intereses de demora que debería pagar serían los que se hubieran devengado por las cuotas vencidas e impagadas antes del concurso y hasta su declaración, pero no los posteriores.

1.7. Valoración

Lo primero que tenemos que advertir es que esta sentencia no matiza la que dictó dos meses antes, la rectifica al afirmar que tras la declaración del concurso se suspende el devengo de los intereses moratorios de los créditos con garantía real.

La sentencia la 112/2019, de 20 de febrero, como ya hemos analizado, no cuestiona el privilegio especial de los intereses moratorios de los créditos hipotecarios, devengados antes y después de la declaración del concurso y hasta el valor de la garantía por aplicación de los arts. 59, 90.1, 92.3, 155.1 de la Ley Concursal y del art. 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoriamente aplicable (disposición final quinta LC).

La sentencia de 11 de abril de 2019 establece una conclusión sobre el problema jurídico planteado, pero no desarrolla, al menos no de forma clara y comprensible, los elementos de convicción o las premisas o argumentos que le han llevado a esa proposición final.

Si se analizan los argumentos de la sentencia todos se basan en la premisa de que la declaración del concurso supone la suspensión en el devengo de los intereses moratorios, incluso los correspondientes a créditos con garantías reales, pero no analiza o explica en qué basa esa premisa, incurriendo en esa defectuosa técnica casacional que constituya causa relativa de inadmisión a trámite de los recursos de casación: hace supuesto de lo que es cuestión.

En efecto, la interpretación de la Sala Primera se acomoda, según se puede leer en su sentencia, a la *ratio* del actual art. 155.5 de la Ley Concursal cuando prevé que "*en los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (...), el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria*".

“Deuda originaria”, según la sentencia, es la cubierta por la garantía, teniendo en cuenta que no incluye los intereses moratorios posteriores a la declaración de concurso, porque no se habrían devengado. Lo que no explica la sentencia es porqué entiende que los intereses remuneratorios posteriores a la declaración de concurso sí se devengan y los moratorios no.

El n.º 1 del art. 90 de la Ley Concursal atribuye privilegio especial a «los créditos garantizados con hipoteca», sin distinguir entre los posibles conceptos (principal, intereses, costas y gastos). Como señala la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo de 17 de mayo de 2011, aunque podría haber sido deseable una mención expresa –como acontece en la Ordenanza alemana de insolvencia (Insolvenzordnung (InsO) de 5 de octubre de 1994, cuyo parágrafo 50.1 dispone que los acreedores con garantía real están autorizados a satisfacerse separadamente con cargo al bien vinculado en lo relativo al principal, intereses y gastos– el precepto se estimaba hasta la sentencia que comentamos suficientemente claro y no ofrecía ninguna duda interpretativa. El hecho de que el art. 90 no diga expresamente que son privilegiados los intereses remuneratorios y moratorios no excluye tal carácter, pues es superfluo decirlo desde el momento que el privilegio alcanza a la totalidad de los «créditos garantizados», lo que supone una remisión al documento público (caso de la hipoteca) o privado (caso de la cesión de crédito, que sólo exige documento con fecha fehaciente) en que se haya constituido la garantía, en el que obviamente vienen fijados los créditos que ésta asegura.

El art. 59.1 de la Ley Concursal tampoco establece ninguna distinción entre intereses remuneratorios e intereses moratorios.

El art. 92.3¹⁶, en consonancia con el art. 59, permite el devengo, sin postergación, de los intereses derivados de créditos con garantía real, «hasta donde alcance la respectiva garantía». Esta regla no constituye una novedad en nuestro derecho; la Exposición de Motivos del Código de Comercio ya decía que «los acreedores que se hallan garantidos especialmente con un objeto mueble o raíz (...) conservan en toda integridad sus derechos, no sólo al capital, sino también a los intereses hasta donde alcance el valor de la garantía, por la regla de que lo accesorio sigue a lo principal»¹⁷.

La interpretación que hace la sentencia que ahora comentamos del concepto “deuda originaria” como excluyente de los intereses moratorios devengados después de la declaración del concurso no se justifica o fundamenta. Por deuda originaria debe de entenderse la que está cubierta por el límite de la responsabilidad hipotecaria, según lo dispuesto en el art. 114 de la Ley Hipotecaria, es decir, incluye los intereses remuneratorios y moratorios devengados con los límites establecidos en dicho precepto, recientemente modificados por la Ley de Crédito Inmobiliario¹⁸.

La remisión a la “deuda originaria» del art. 155.5 significa que, abortada la posibilidad de un convenio, las reglas de cálculo del importe del privilegio de los artículos art. 90.3 y 94.5 ya no resultan de aplicación, de suerte que el privilegio especial volverá a su extensión originaria (la que tenía en la redacción original de la Ley 22/2003) y cubrirá el principal y los intereses con el único tope de la responsabilidad hipotecaria. El límite ya no será el valor de la garantía así calculada, sino la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria (SAP de Madrid, Sección 28.ª, de 3 de mayo de 2016 [JUR 2016, 183323]). En suma, el recorte del crédito con privilegio especial tiene eficacia claudicante, pues está condicionado al devenir del concurso: sólo juega si la solución es de convenio y éste llega a cumplirse. Y es lógico que así sea, pues en cualquiera de los escenarios liquidatorios el «recorte» del privilegio lo impone, *de facto*, el mercado (y en porcentaje muy superior al 10%), resultando superfluo un recorte, *de iure*, del legislador.

¹⁶ En su redacción actual, introducida por el número 63 del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre; vigencia: 1 enero 2012). El artículo 92.3, a los efectos de la clasificación de los créditos afectados, se aplicará a los concursos en tramitación al tiempo de la fecha de entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal. En el caso de autos no consta en los antecedentes de la sentencia objeto de este comentario en qué fecha se emitió el informe de la administración concursal.

¹⁷ Las sentencias de la Málaga, Sección 6.ª, 25/201, de 20 de enero (Rec. 688/2013) y del M 6 de Madrid, de 14 de mayo de 2012 (Proc. 329/2010) afirman que tras la reforma del art. 92.3 de la Ley Concursal de 2011, los intereses moratorios, incluso los devengados tras la declaración del concurso gozan de privilegio especial.

¹⁸ Párrafo tercero del artículo 114 redactado por el apartado dos de la disposición final primera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario («B.O.E.» 16 marzo; vigencia: 16 junio 2019).

Según la sentencia, es que, al existir una imposibilidad legal de pagar hasta que se pongan en marcha las soluciones previstas en el art. 49 de la Ley Concursal, no tiene sentido que operen instituciones como los intereses o recargos de demora. Es decir, la excepción a la suspensión del devengo de intereses no es aplicable a los intereses moratorios, bien porque en el concurso no se producen los presupuestos de la mora, que supone un incumplimiento culpable (SAP Salamanca, 1.ª, 384/2008, de 25 de noviembre, JUR 2009\104066), bien porque el art. 155.2 de la Ley Concursal, contiene una clara previsión de que los únicos intereses que se pueden haber devengado son los remuneratorios, que son los únicos que vencen (SJMER Oviedo, 1, de 14 de junio, AC 2005\2017).

En nuestra opinión, la excepción a la suspensión sólo puede referirse a los intereses moratorios, pero es porque es sólo a ellos a los que se refiere la regla general. La continuación del devengo de los intereses remuneratorios debe producirse en todo caso. El devengo de los intereses moratorios tras la declaración del concurso se explica sobre el mismo fundamento que justifica la suspensión de los intereses en general. El hecho de que los acreedores con garantía real queden sustraídos al sacrificio de la concursalidad y puedan proceder a la ejecución de sus garantías, justifica que no sufran la paralización del devengo de los intereses moratorios.

Por tanto, los créditos con garantía real, incluidos los intereses moratorios, se siguen devengando, si bien matizando que las reglas de suspensión e interrupción de la ejecución de las garantías reales y asimiladas contenidas en los arts. 56 y 57 de la Ley Concursal dependen que nos encontremos o no ante un bien afecto a la actividad económica o profesional del deudor y, en el primer caso, que se haya o no aprobado un convenio que la afecte, se haya abierto la liquidación o haya transcurrido un año desde la declaración del concurso, sin que una u otra cosa haya acontecido. Mientras se mantengan las condiciones que dan lugar a la paralización o interrupción de acciones individuales, se suspende el devengo de intereses moratorios, cuyo devengo estará plenamente justificado y deberá de reactivarse en cuanto, por el concurso de los presupuestos, se alce la paralización. Es importante distinguir entre el devengo y la exigibilidad. Lo que suspende la afección de los bienes objeto de la garantía real es la exigibilidad, no el devengo.

En el supuesto de los bienes hipotecados o pignorados no afectos a la actividad económica o profesional del deudor no se producirá, evidentemente, una suspensión temporal, no de su devengo (los intereses se siguen devengando en todo caso), sino de su exigibilidad¹⁹.

Además, de conformidad con lo previsto en el art. 155.2 de la Ley Concursal, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo (Un año), la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos.

Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía, calculado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial conforme a lo dispuesto en el apartado 5.

En todo caso, si la administración concursal opta por atender al pago de estos créditos con cargo a la masa durante el año de suspensión de la ejecución establecidos en el art. 56.1 de la Ley Concursal (un año), deberá de satisfacer la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos, sin distinguir entre intereses remuneratorios o intereses moratorios, que entendemos que serían exigibles, incluidos los devengados con posterioridad a la declaración del concurso.

La interpretación de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo se aparta de la que han venido manteniendo de forma abrumadoramente mayoritaria nuestras audiencias provinciales hasta la fecha²⁰.

¹⁹ La sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, 161/2016, de 31 de marzo, se cuestiona el devengo de los intereses moratorios en el supuesto de *mora accipiendi* del acreedor, que, en el caso que analiza, descarta que se haya producido.

²⁰ Además de la STS, 1.ª, 227/2019, de 11 de abril: SSAPP Barcelona, Sección 15.ª, 216/2014, de 19 de junio (Rollo 44/2014); Badajoz, Sección 3.ª, 71/2015, de 24 de marzo (Rollo 59/2015); Salamanca, Sección 1.ª, 328/2011, de 20 de julio (Rollo 24/2011); Zaragoza, Sección 5.ª, 157/2014, de 19 de mayo (Rollo 78/2014); JM Madrid, 6, de 30 de

IV. CONCLUSIÓN

El cambio de criterio del Tribunal Supremo respecto del que se ha venido manteniendo hasta la fecha por los tribunales de instancia y doctrina de forma mayoritaria, tiene una enorme trascendencia porque, de confirmar esta novedosa interpretación en un segunda sentencia, se fijaría doctrina jurisprudencial sobre el problema jurídico planteado como criterio de interpretación de las normas implicadas en base al cual se han firmado tras la promulgación de la Ley Concursal todos los créditos con garantías reales, que supondría una poda sustancial de los intereses moratorios y un cambio de las bases de negociación que determinaron la negociación de las condiciones de los contratos afectados, especialmente el capital financiado, los plazos de amortización y los intereses remuneratorios, pues, de todos es sabido que, a mayor protección del crédito en situaciones concursales, mejores condiciones para los financiados.

Nos encontramos ante una muestra más de la falta de rigor de nuestro Alto Tribunal, que tiene como función principal es la interpretación nomofiláctica de las normas en aras del principio de seguridad jurídica, cuya protección, reconocida en el art. 9.3 de la Constitución Española, es esencial para promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad.

Un país competitivo debe promover y buscar la certeza de su marco jurídico y evitar perplejidades en el mercado, tanto interior como exterior, especialmente en un sector tan sensible, como es el del crédito, respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable y cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes.

septiembre de 2010 (EDJ 297196); JM, 6 de Madrid, de 24 de mayo de 2012; AP Málaga, Sección 6.ª, 25/201, de 20 de enero (Rec. 688/2013); AP Barcelona, Sección 15ª, 216/2014, de 19 de junio; JM, 6, de Madrid, de 23 de diciembre de 2013 (Rec. 774/2013); JM, 6, de Madrid, 118/2015, de 24 de marzo; JPI, 3, de Huesca, 15/2016, de 25 de enero; AP Barcelona, Sección 15ª, 411/2011, de 24 de octubre; JM Bilbao, 1, 123/2007, de 13 de marzo; JM Oviedo, 1, 32/2005, de 14 de junio; JM Murcia, 1, 331/2018, de 22 de noviembre; y AP Pontevedra, Sección 1.ª, 161/2016, de 31 de marzo.