

La extensión de la hipoteca a los intereses del crédito garantido

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO.

II. DETERMINACIÓN LEGAL SUBSIDIARIA.

1. Cuando no hay terceros.
2. Cuando hay terceros.
 - A) Los terceros.
 - B) La limitación de interés.
 - C) Intereses posteriores al vencimiento del crédito.
 - D) Distribución.
3. Ampliación.
 - A) Tercer poseedor.
 - B) Otro tercero.
 - C) Procedimiento.
4. Crítica.
5. Adaptación del sistema legal de intereses a la hipoteca de renta.

III. DETERMINACIÓN VOLUNTARIA.

1. Pactos.
 - A) De eliminación.
 - B) De fijación.
 - C) De régimen legal.
 - D) Combinación de pactos.
2. Límite.
3. Distribución.
4. Intereses y costas.

IV. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO

Con anterioridad a la promulgación de la LH. de 1861, la hipoteca garantizaba no sólo el capital, sino todos los intereses del crédito. Los legisladores de aquella fecha se preocuparon de este problema. Fiel reflejo de esta preocupación es el siguiente párrafo de la Exposición de Motivos de tal Ley: «¿Debe ser extensiva la hipoteca a garantir los intereses del capital asegurado por ella? Nada dice de esto nuestro Derecho antiguo, ni era de presumir que lo dijera cuando tan severamente reprobaba la usura, entendiendo que lo era todo aquello que el deudor tenía que dar al acreedor en cuanto excediera de la misma suma prestada, y considerando sólo licito el interés cuando lo admitían en el fuero de la conciencia los moralistas más rígidos. Pero desde que el Derecho escrito empezó a mitigar el rigor antiguo; desde que, prevaleciendo otros principios económico-políticos, quedó para siempre destruido el error de que el dinero no era productivo; desde que el legislador se convenció de que las graves penas para extinguir el interés del dinero se convertían contra las personas para cuya protección se habían dictado, pues tenían que pagar un interés más alto por los capitales que recibían (medio de compensar en cierto modo los peligros que corría el prestamista), no podían dejar de considerarse afectas las fincas hipotecadas al pago de los intereses, como lo estaban al del capital. Así lo viene entendiendo la práctica; así está aceptado por regla general en los demás pueblos de Europa; así creyeron que debían proponerlo los redactores del proyecto del Código civil.»

Aceptada esta solución, surgió la natural y lógica máxima preocupación que presidió la Ley de 1861: la protección a los terceros. Y se logró a través de una fórmula que ha perdurado en esencia hasta la actualidad. El artículo 114 estableció un límite de garantía de intereses en beneficio de terceros, y los artículos 115 y 116 un sistema de ampliaciones de hipoteca. La Ley de reforma de 30 de diciembre de 1944 verificó lo que su misma Exposición de Motivos califica de «ligeros retoques en el artículo 115». En el texto actual de la LH. de 8 de febrero de 1946 se introdujeron,

haciendo uso de las facultades concedidas al Gobierno por la Ley de 1944, ciertas modificaciones consistentes en correcciones gramaticales, incorporación de un segundo apartado en el artículo 114, y refundición del 116 en el 115. Y dicho nuevo apartado del artículo 114 fue completado por el artículo 220 del RH. actual.

Según nuestro Derecho, la hipoteca no asegura sólo el crédito por capital, sino también el crédito por intereses. Y aquí surge la cuestión de determinación o especialidad que debe imporar en todo el Registro. El crédito por capital, naturalmente, es determinado en la hipoteca de tráfico. Basta consignar en el Registro el capital debido para que se haya cumplido la especialidad. La determinación de los intereses ofrece mucha mayor dificultad en nuestra legislación, o, mejor dicho, a causa de nuestra legislación. Debería existir un precepto que exigiera siempre una precisa determinación de los intereses asegurados y entonces no habría problema; pero carecemos de él. El legislador de 1861 no se percató de que lo fundamental para que los intereses pudieran estar asegurados por la hipoteca es que se determinara inequívocamente la extensión de ésta a aquéllos. El legislador de 1861, obsesionado con la protección a los terceros, orientó el problema en este sentido y nos llevó a un sistema que no deja de ofrecer bastantes dificultades.

Con la regulación legal se cumple, en cierto modo, con la especialidad en cuanto a terceros. Se cumple a través de una norma legal (el art. 114), pero no consta en la misma inscripción. Esto es ya un defecto de sistema: la especialidad debe estar en los mismos asientos, no en los preceptos legales. El otro defecto fundamental es que ésta determinación sólo actúa en relación a terceros, lo que trae como consecuencia ciertas inseguridades y perturbaciones.

Los autores de la Ley primitiva debieron pensar, sin duda, que esta indeterminación poco importa mientras no existan terceros, porque, tratándose de partes (acreedor hipotecario y deudor o hipotecante), siempre está determinada entre ellos la responsabilidad por interés (1). Debieron pensar que de este modo se consigue

(1) El hipotecante no deudor puede que desconozca la deuda de interés, pero ello es indiferente a este razonamiento, pues tiene el tratamiento de fiador y, por ende, debe quedar sometido a la misma responsabilidad que el deudor.

una máxima protección para el acreedor, posibilitándole cuando no haya terceros, para que la finca actúe en garantía de todos los intereses, cualquiera que sea su importe. Pero en realidad se ha dejado a los acreedores bastante malparados, expuestos a maniobras quizá fraudulentas del deudor y obligándoles a estar constantemente solicitando ampliaciones de hipoteca o promoviendo ejecuciones por los intereses.

En síntesis, la LH. permite la determinación de la responsabilidad de intereses por las partes, pero no la impone obligatoriamente, supliéndose esta deficiencia mediante una determinación legal supletoria y relativa, y un sistema de ampliaciones de hipoteca. Separaremos los supuestos de falta de determinación voluntaria de aquéllos en que existe.

II. DETERMINACION LEGAL SUBSIDIARIA

Se trata de una hipoteca de tráfico en cuya inscripción consta la existencia de intereses y su cuantía por unidad de tiempo (condición mínima e indispensable para que los mismos puedan estar garantidos), pero sin que se determine la cuantía total de los que asegura la hipoteca. Por ejemplo: la inscripción de una hipoteca en garantía de un crédito de 10.000 pesetas de capital, que devenga un interés del 4 por 100 anual. En la inscripción consta así el interés por exigencia del artículo 12 de la LH., pero no se hace ninguna referencia al importe de la responsabilidad hipotecaria por ellos.

Estas hipotecas plantean el problema de si los intereses están garantizados y en qué medida. Para examinarlo dividiremos la cuestión en tres partes: mientras no haya terceros, cuando los haya y la ampliación de hipoteca.

1. CUANDO NO HAY TERCEROS.

No existe disposición que contemple este supuesto. Como en el Derecho anterior al C.c., imperante a la promulgación de la primitiva LH. y en los primeros años siguientes a su vigencia, era

indiscutible que todos los intereses estaban asegurados, la LH. no se preocupó de recoger esta norma, dejando que se continuase aplicando la legalidad vigente. Así lo expresa la Exposición de Motivos, al decir que cuando no haya terceros «conserva toda su fuerza la regla de que es extensiva la hipoteca a la seguridad de todos los intereses». Tal regla debió ser recogida por el C.c., pero no lo fue. El Código (art. 1.880) se contentó con la general remisión a la LH., por lo que carecemos de una norma en este punto.

No obstante, es opinión unánime que en este caso la hipoteca garantiza todos los intereses. En pro de tal opinión cabe alegar, además de la cita que antecede de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, la interpretación *a sensu contrario* del artículo 114 de la LH., pues si en perjuicio de tercero la hipoteca asegura determinados intereses, es indudable que también los debe asegurar cuando no lo haya; y en este caso sin límite alguno porque la Ley no lo impone.

La ventaja fundamental que se señala a este sistema es que los intereses quedan asegurados indefinidamente. Los inconvenientes y defectos son muchos más, pues aparte de vulnerarse la especialidad ya veremos cómo es muy difícil armonizarlo con la protección al tercero, lo que sólo se puede lograr por medio de unas ampliaciones de hipoteca de construcción técnica deficiente, y cómo en definitiva queda el acreedor inerme frente a ciertas maniobras del deudor.

2. CUANDO HAY TERCEROS.

Dice el apartado primero del artículo 114 que «salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devenga interés no asegurará, con perjuicio de tercero, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente».

A) *Los terceros.*

El primer problema a determinar aquí es quiénes son los terceros de tal manera beneficiados. La Ley no lo especifica. La Exposición de Motivos de 1861, al hablar de tercer adquirente de la

propiedad gravada, parece dar a entender que se identifica con él al tercero. La doctrina ha aclarado que no sólo se trata del tercer poseedor de la finca hipotecada, sino de cualquier titular de un derecho real sobre ella y que sea de rango inferior a la hipoteca. Así que serán terceros los que con posterioridad a la constitución de la hipoteca adquieran sobre la finca la cualidad de propietario (nudo o pleno), censualista o censatario, usufructuario, titular de hipoteca o anticresis, censo a primeras cepas, foros y otros derechos análogos, superficie, servidumbre, tanteo, retracto, opción, etcétera.

Se excluye naturalmente del concepto de tercero al mero poseedor, por las características especiales de la posesión. Se excluyen también los que no son terceros, como los herederos, el hipotecante por deuda ajena y el tercer adquirente que se subrogue en la obligación.

Para que la limitación de interés del artículo 114 actúe a favor del tercero, ¿es necesario que éste haya inscrito su derecho en el Registro? La pregunta no ofrece interés cuando se trate de derechos de inscripción constitutiva. Pero si cuando se trata de derechos (que son los más) cuya inscripción es meramente declarativa.

Roca (2) resuelve el problema de modo negativo. «Los terceros protegidos por el tope legal de intereses—dice—no son sólo los terceros hipotecarios, o sea, aquellos adquirentes que reúnan los cuatro requisitos exigidos para la protección de la fe pública registral, sino todos los que con posterioridad a la hipoteca hayan adquirido el dominio o un derecho real sobre la finca hipotecada, *hayan o no inscrito su título.*»

MORELL (3), en cambio, sostenía que es necesaria la inscripción. También se alega en este sentido la regla segunda del artículo 130 del Estatuto de Recaudación.

Pero Roca (4) rechaza esta opinión alegando, en cuanto al Estatuto, que lo en él dispuesto no es obstáculo, «ya que éste responde al criterio de que los privilegios fiscales sólo se detienen ante un tercero inscrito, cosa que no puede generalizarse». Parece ser su opinión que aquí no se trata de una cuestión de fe pública y que

(2) *Derecho Hipotecario*. Barcelona, 1954, t. IV, pág. 336.

(3) *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Madrid, 1917, t. III, pág. 719.

(4) Ob. cit., t. I, págs. 505 y 506.

no es ésta la que protege al tercer titular de un derecho real respecto a los intereses, sino que se trata de una cuestión de especialidad o delimitación de los derechos; y que siendo la inscripción de hipoteca constitutiva, este derecho viene delimitado en cuanto a los intereses por el artículo 114 de la LH., que no exige la inscripción. Y concluye: «el que el adquirente inscriba o no, no interesa aquí, pues el legislador, en este aspecto, se preocupa de cualquier adquirente. Se dirá, quizá, que esto corresponde al principio de especialidad registral, el cual es una derivación del principio de fe pública; pero a esto hay que contestar que aquel principio no se confunde del todo con éste y que, además, se interfiere también aquí el principio de inscripción, el cual, con referencia a la hipoteca, atribuye a su inscripción valor *constitutivo* y, por tanto, sólo lo que figure inscrito es lo que existe en la realidad, con perfecta indiferencia entre partes y terceros y, por ende, de si éstos han inscrito o no».

A mi modo de ver, el problema puede tener el siguiente enfoque: Inscrita la hipoteca es cierto que, por el carácter de su inscripción, no existe sino lo que en la misma consta. En este caso la inscripción dice que existen intereses pero no especifica más. Y dada esta situación, que la Ley admite y regula, nos encontramos con el texto del artículo 114, que limita la extensión de la hipoteca en garantía de los intereses cuando exista un tercero. Es decir, la inscripción sólo nos dirá: el crédito hipotecario devenga al año tanto por ciento de interés. Pero poniéndola en contacto con el artículo 114 es como si dijese: el crédito devenga tanto por ciento de interés y la hipoteca no asegurará en perjuicio de tercero sino los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. Y aquí ya se agotó la determinación. Ahora la dificultad estriba en la interpretación del texto legal que no especifica quiénes son tales terceros y, al no especificar, no dice si han de tener su derecho inscrito o no. El que el precepto no hable de tercero inscrito no se puede interpretar como argumento a favor de la no exigencia de inscripción. En cualquier caso sería un mero argumento de texto; y de un texto, como veremos, plagado de lagunas, deficiencias de redacción e imperfecciones. Un argumento bien poco convincente. Por otra parte, parecería absurdo traer aquí a colación la cuestión de si tiene o no que reunir este

tercero los requisitos del artículo 34 de la LH., porque todo tercer adquirente de un derecho real sobre la finca hipotecada viene afectado por el contenido del Registro. Y el Registro, en este caso lo que publica, por así decirlo, es el texto del apartado primero del artículo 114. O sea, que ese tercero se planteará el mismo problema que ahora nosotros; se preguntará, ¿soy tercero antes de inscribir o sólo lo soy cuando inscriba?

Para resolver el problema debe tenerse en cuenta tanto el beneficio que se va a producir para el tercero como el perjuicio que se ocasiona al acreedor hipotecario. Ciento es que con nuestro sistema legal el acreedor viene obligado, si no quiere correr riesgos, a una diligencia inusitada: ir a la ejecución cada dos o tres años, o solicitar ampliación en todos a partir del tercero. Pero aun cuando no la haya observado, parece excesivo admitir que en el momento de la ejecución pueda aparecer un adquirente de a lo mejor diez años antes y quede con ello limitada la garantía de interés en los términos del artículo 114. Si esto se admite, basta al deudor con otorgar, inmediatamente después de la constitución de la hipoteca, una transmisión que no se inscriba y hacer aparecer al nuevo adquirente justamente en el momento de la ejecución, para que la garantía de interés quede limitada a tres años. El acreedor, quizás de buena fe, ha dejado ir acumulando los intereses sin ir a la ejecución ni solicitar ampliación. Este acreedor no habrá sido todo lo diligente que el sistema legal le impone, pero la diligencia que exige la Ley es tan anormal que en la práctica no se observa nunca y bien se podría excusar. Además, si al tercero le basta con inscribir su derecho para dejar la responsabilidad por interés limitada a tres años, de tal modo que no le afecten ni siquiera las ampliaciones de hipoteca posteriores (art. 115), ¿no se denota también cierta negligencia por su parte si no inscribe? Si el tercero inscribe está a salvo de todo riesgo. Pero, en cambio, el acreedor, por mucha diligencia que ponga, siempre puede quedar defraudado en parte, como diremos. Entonces, ¿es justo proteger al tercero no inscrito frente al acreedor inscrito?

Parece mejor exigir al tercero la inscripción para que venga beneficiado por el límite legal. La S. de 12 de julio de 1941 recoge esta opinión, al decir «que el concepto de tercero del artículo 114 se refiere a quien, sin haber intervenido en la hipoteca, adquiere

e inscribe el dominio u otro derecho real sobre la finca», y que «quedan excluidos del concepto de terceros, a efectos de la extensión de la hipoteca a intereses y costas, los inscribientes posteriores a la anotación preventiva de embargo en el juicio ejecutivo o a la de la nota marginal en el especial sumario». Esta nos parece la solución más razonable.

Por nuestra parte, añadimos en pro de esta opinión el artículo 32 de la LH., pues el título del nuevo adquirente no inscrito no debe perjudicar al derecho del acreedor hipotecario inscrito. En la práctica, el título no inscrito no deberá admitirse en el procedimiento de ejecución, en virtud del artículo 313 de la LH. Una vez inscrito debe admitirse; pero si la inscripción se logró después de la anotación de embargo, o la aludida nota marginal, debe ser intrascendente para el derecho del acreedor (cfr. art. 134, apartado primero, de la LH., en relación con la regla quinta del 131 de la misma, con el apartado cuarto del artículo 38 del mismo texto legal, y con el artículo 1.490 de la LEC.). En cambio, si debe beneficiarle esta inscripción en las nuevas ejecuciones por intereses a los efectos del artículo 114.

¿Quid del adquirente de un derecho real anterior a la hipoteca y no inscrito? Por ejemplo: el propietario de una finca constituye un censo consignativo que no se inscribe y luego una hipoteca que se registra. La solución debe ser la misma que antes. El artículo 114 no distingue entre adquirente anterior o posterior. Si el titular del censo lo inscribe después de haberse inscrito la hipoteca tendrá la consideración de tercero del artículo 114.

En conclusión: el tercero a que se refiere este precepto es un titular de derecho real inscrito sobre la misma finca hipotecada y de rango inferior a la hipoteca.

B) *La limitación de interés.*

La Ley, si bien admite la indeterminación entre las partes, la excluye frente a terceros por razones de protección a ellos. Esta orientación presidió toda la Ley de 1861. El artículo 114 obedece a ella y no a un deseo de cumplir con la especialidad. Que esto es así lo demuestra la Exposición de Motivos de aquella Ley, al decir que la extensión de la hipoteca a la garantía de todos los

intereses «no debe servir... de motivo para que el tercer adquirente de la propiedad gravada, que no conoce el descubierto en que puede hallarse el deudor, y que naturalmente presume que está al corriente en el pago de intereses en el hecho de no haberse reclamado contra la hipoteca, quede perjudicado por omisión e incuria del acreedor, o tal vez por mala fe de éste combinada con la del deudor. De aquí proviene que, a imitación de muchos Códigos, se proponga la cuantía de intereses que deban considerarse asegurados con la hipoteca, introduciendo la presunción *iuris et de iure* de que el acreedor renuncia a ella en la parte relativa a los demás intereses en el hecho de no reclamarlos o de no haber exigido una ampliación de inscripción sobre los mismos bienes hipotecados, con objeto de asegurar lo devengado antes».

Para conseguir la protección del tercero, continúa diciendo la Exposición, «dos medios podían adoptarse al efecto: el más general que la limita (la responsabilidad por interés) a número determinado de anualidades, y la que fija un *máximo*, como el 10 o el 20 por 100 proporcional al capital garantido. A favor del primer medio está la mejor combinación del interés con el tiempo; a favor del segundo, en el sentir de los que lo prefieren, la mayor igualdad y la mayor fijeza de la regla. La Comisión ha creído preferible el primer medio, porque sobre ser igualmente fija la regla y no expuesta a alteraciones, a pesar de su aparente desigualdad, es en rigor más igual, porque la igualdad aquí no debe considerarse en abstracto, sino en relación al interés estipulado. Por estas consideraciones establece el Proyecto, siguiendo al de Código civil, que la hipoteca sólo asegurará con perjuicio de tercero los intereses de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente».

Es cierto que el sistema de las anualidades es más justo. Así, en el sistema de un tanto por ciento del capital (el 10 por ejemplo), en una hipoteca de 10.000 pesetas de capital que devenga el 4 por 100 de interés anual, la garantía de intereses sería la misma que si devengase el 8 por 100, es decir, 1.000 pesetas, que es el 10 por 100 de 10.000. En cambio, con el sistema de anualidades (tres anualidades, por ejemplo), en la hipoteca del 4 por 100 se garantizarían intereses hasta 1.200 pesetas y en la del 8 por 100 hasta 2.400.

Esta limitación de interés no debe fundamentarse, como lo hace la Exposición de Motivos, en una presunción *iuris et de iure*. Su fundamento se halla en la necesidad de cumplir, aunque sólo sea para los terceros, con la especialidad. La publicidad registral exige que los derechos inscritos estén determinados para los que deseen contratar sobre las fincas inscritas.

La circunstancia de que la determinación se haga a base de un máximo de responsabilidad no quiere decir que la hipoteca, en cuanto garantiza los intereses, sea o se convierta por ello en una hipoteca de seguridad o de máximo. La hipoteca, al garantizarlos, funciona, antes de que exista tercero, como hipoteca de tráfico, aunque el importe de la responsabilidad esté indeterminado. Esto es una deficiencia del sistema legal, pero no por eso la hipoteca cambia de naturaleza. Cuando surge el tercero la hipoteca queda determinada en forma de máximo, pero sigue siendo de tráfico, pues el crédito está determinado en su existencia (el Registro publica la garantía de interés) y cuantía (tanto por ciento anual de interés que consta en la inscripción, durante las anualidades que especifica el artículo 114). Si un tercero que reúna los cuatro requisitos del artículo 34 de la LH. adquiere el crédito hipotecario, tiene derecho al cobro de los intereses estipulados según la inscripción, aunque en la realidad no exista tal derecho.

El número de anualidades a que se reduce la garantía en este caso se suele cifrar en tres. Nuestra LH. no las fija taxativamente, sino que habla de dos años y la parte vencida de otro. Este sistema es harto más complicado. La expresión legal tiene por objeto que el acreedor pueda durante el tercer año ejecutar los intereses y tener asegurados los que se devenguen durante el curso del procedimiento. Pero esta razón no justifica la imprecisión de la fórmula. Si se estableciesen tres anualidades de garantía sin más, el acreedor tendría la misma libertad para demandar antes de que se consuma el tercer año, aunque razonablemente no lo debiera hacer hasta que estén para cumplirse los tres, que es el máximo valor que se puede extraer de la finca en garantía del interés cuando exista tercero. Pero tampoco esto último está muy claro.

La fórmula de la LH. exige una localización en el tiempo. Al hablar de parte vencida de una anualidad, ésta ha de ser necesariamente la que se esté devengando en un momento dado. Por eso

el artículo 114 habla de anualidad corriente. Y como lo normal es que si hay otras dos anualidades no pagadas sean las anteriores, por eso se emplea la expresión «dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente».

El cómputo de las anualidades se hace contando los años a partir de la fecha en que el crédito empezó a devengar interés. Por ejemplo, si los empezó a devengar en un 1 de agosto, cada anualidad es el periodo de tiempo comprendido entre dos días 1 de agosto consecutivos.

¿Con referencia a qué momento se utiliza la expresión «anualidad corriente»? Los comentaristas de la Ley de 1861 y de la de 1909 discutieron este extremo. Hoy parece haberse logrado unanimidad. Veamos las interpretaciones posibles.

a) Podría entenderse que la frase «anualidad corriente» alude a la que transcurre en el momento de aparecer el tercero. Es decir, que de los intereses devengados y no pagados con anterioridad a la fecha en que surge el tercero la finca no responde en perjuicio de él, sino de las dos últimas anualidades y la parte vencida de aquella en que inscribe. Esta interpretación podría tener bastante apoyo en la Exposición de Motivos de 1861. Según dice, la limitación del artículo 114 se funda en que «el tercer adquirente de la propiedad gravada..., no conoce el descubierto en que puede hallarse el deudor». Naturalmente, este desconocimiento tiene que ser relativo a intereses anteriores a su adquisición, porque los posteriores aún no se han devengado.

Pero esta solución no es aceptable, porque de un lado fuerza notablemente el sentido del artículo 114, y de otro, o bien impone que todos los intereses que se devenguen con posterioridad a la inscripción del tercero le afecten, lo que nos lleva a una indeterminación total que no debe ser aceptada, o bien a que tales intereses no le afecten en absoluto, lo cual debe rechazarse también, pues equivale a dejar la garantía de interés al arbitrio del deudor (le bastaría a éste con otorgar una enajenación o gravamen para hacerla desaparecer). Aun con todo, creemos que aquello es lo que se propusieron los legisladores de 1861.

b) Otra interpretación consiste en hacer el cómputo en relación a cada ejecución por intereses. Así, si el crédito comenzó a devengar intereses impagados en 1 de agosto de 1950 y se ejecuta

en 1 de septiembre de 1960, la hipoteca sólo garantizará en ese momento en perjuicio de tercero un mes de la anualidad corriente, o sea, el de agosto de 1960, y las dos últimas anualidades vencidas, que son las comprendidas entre 1 de agosto de 1958 y la misma fecha de 1960.

Entendido así el artículo 114, cualquier acreedor hipotecario, a poco diligente que sea, podrá conseguir que la finca en poder del tercero, o en su perjuicio, le responda de todos los intereses si el deudor no los paga. Esta conclusión fue ya vista por GALINDO y ESCOSURA (5), quienes, en 1884, escribían: «si el acreedor cuida de sus intereses y reclama cada dos años el pago de los réditos del préstamo, el tercero tendrá que satisfacerle todos los que se vayan devengando. Supongamos que la finca se haya hipotecado en 1 de enero de 1880 por diez años, mil duros y usuras del 10 por 100. Se enajena en 1 de enero de 1882. En ese año, la acción real hipotecaria pesa sobre la finca por el capital y por las dos anualidades vencidas. El acreedor reclama del tercer poseedor el pago, y éste satisface doscientos duros y tiene ya pagados los años 1881 y 1882, que son los últimos vencidos; pasan dos años, y la acción hipotecaria que existía latente vuelve a pesar sobre la finca, asegurando el interés de las dos anualidades últimas; el acreedor vuelve a reclamar en el año 1885 al poseedor, y éste ha de satisfacer otros doscientos duros, correspondientes a los años 1883 y 1884, y así sucesivamente, hasta que transcurran los diez; de manera que, en realidad, si el prestamista no es moroso en pedir, el tercer adquirente responde de todos los réditos no vencidos, y de los vencidos en los dos años anteriores a la adquisición de la finca».

En rigor, si la anualidad corriente se refiere al momento de la ejecución por intereses, no hay nada en la Ley que impida ir a la ejecución cada dos años, y que en cada una la finca responda por dos anualidades y la parte vencida de aquélla en que se ejecute.

En este sentido, lo que la Ley parece decir es que la hipoteca asegura frente al tercero todos los intereses, pero que sólo se puede ejecutar por las dos anualidades anteriores y la parte vencida de la que esté transcurriendo a la ejecución. Se establece indirec-

(5) *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Madrid, 1884; t. IV, páginas 145 y 146.

tamente un corto plazo de dos años para reclamar los intereses en perjuicio de terceros. Cada anualidad sólo se puede ejecutar en su perjuicio durante los dos años posteriores a su vencimiento y, si no se ejecuta la acción caduca frente a él, porque se presume *iuris et de iure* que al no ejercitarse en este plazo el acreedor renuncia a ella (ved Exposición de Motivos). La hipoteca no deja de garantizar los intereses, lo que caduca es la acción y sólo frente al tercero, pues si éste desaparece la acción renace y la hipoteca vuelve a actuar en garantía de todos los intereses frente al deudor.

Pero ¿cómo la ampliación no perjudica al tercero que inscribió antes su derecho (apartado segundo del artículo 115) y la acción si cuando se ejercita en el plazo de dos años? Esto es porque la fórmula de prelación del artículo 115, según demostraremos, también es defectuosa.

En esencia esta interpretación viene a coincidir con la primera. Pero hay una diferencia notable: con aquélla el acreedor no tenía que ejecutar cada dos años para que la finca le respondiese en perjuicio del tercero de todos los intereses posteriores a su inscripción.

Un examen detenido de los artículos 114 a 116 de la Ley de 1861 y de su Exposición, lleva a la conclusión de que sus redactores sólo se preocuparon de hacer cierta para el tercero la deuda del interés devengado antes de su aparición, pensando probablemente que para el que adquiere una finca o derecho real sobre ella es muy difícil conocer el número de anualidades que se adeudan hasta entonces. Por eso establecieron que únicamente le afectarían las aseguradas mediante ampliación, y las dos últimas y parte vencida de la corriente en el momento de su inscripción. Respecto a los intereses que se devengasen con posterioridad, la hipoteca debía asegurarlos todos en su perjuicio. Así se atendía en la medida posible a procurar siempre al acreedor una garantía de los intereses sin gran menoscabo para el tráfico. Luego, al redactarse el artículo 114, no se especificó el momento a que se refería la frase «anualidad corriente». Así surgieron las confusiones y se dio lugar a la segunda interpretación que hemos apuntado.

La prueba más señalada de estas dudas la encontramos en MORELL (6) que en todo su comentario a estos artículos vacila

(6) Ob. cit., págs. 721 a 723.

entre referir el cómputo de la anualidad corriente al momento de la aparición del tercero o al de la ejecución. E incluso apunta, aunque sin decidirse por ella, una solución intermedia, según la cual el tercero respondería siempre, en el momento de la ejecución, de las dos anualidades anteriores y de una parte de la corriente igual a la parte de anualidad transcurrida cuando inscribió. O sea, que si, por ejemplo, inscribió su derecho al finalizar el primer mes de una anualidad, la finca no aseguraría en su perjuicio en la ejecución, sino las dos anualidades anteriores transcurridas y un mes de la que esté transcurriendo al ejecutarse. La argumentación carece de base sólida, pero demuestra las grandes vacilaciones de la doctrina en la interpretación del artículo 114.

Sin embargo, estas dos posibles interpretaciones deben ser descartadas. La especialidad exige que, al menos, esté determinada para el tercero la máxima responsabilidad por intereses. Con ellas el tercero sólo tiene certidumbre de la responsabilidad por las anualidades devengadas al inscribir, pero no por las que están aún sin devengar.

c) Por eso la doctrina ha llegado a la convicción de que el sentido del apartado primero del artículo 114 no puede ser otro, sino que la finca sólo asegura en perjuicio de tercero tres anualidades como máximo. El cómputo debe hacerse en relación al momento de la ejecución. Pero, dada la fórmula legal «dos anualidades últimas y la parte vencida de la corriente; si el acreedor quiere extraer de la finca el valor correspondiente a las tres anualidades completas, deberá iniciar la ejecución cuando esté para vencer la tercera anualidad no pagada, pues si el procedimiento finalizase antes de que venciera, quedaría una parte de ella sin cobrar y habría que promover una nueva ejecución para hacerla efectiva. Además, el acreedor debe cuidar de no aceptar el pago de una anualidad sin que se haya realizado el de las anteriores, para evitar que cualquiera de éstas quede sin garantía. Cuánto más fácil y lógico sería establecer una garantía máxima de tres anualidades sin determinación de tiempo. Así siempre podría extraer el acreedor un valor equivalente a tres anualidades y sin discriminar si eran las primeras, las últimas o las de en medio: ¿No se pretende que la garantía de interés esté determinada fren-

te a terceros? Pues éste sería el mejor sistema. No es que creamos que sea el mejor en términos absolutos, sino que lo es dentro de la posición adoptada por nuestra legislación, que implica una determinación legal subsidiaria frente a los terceros.

CABELLO (7), al ocuparse de la remisión del artículo 157 de la LH. al 114 dice, con relación a la hipoteca de renta, que «cuando exista algún titular de derecho real inscrito que no sea titular del dominio de la finca, rige el artículo 114; las pensiones que excedan de los tres años pueden reclamarse también sobre la finca, pero sin perjudicar el derecho de estos titulares». Con ello suscita la siguiente cuestión.

¿Cuál es el sentido que ha de darse a la frase del artículo 114, «no asegurará con perjuicio de tercero»? Dos soluciones se ofrecen como posibles. Una, entender que la finca hipotecada no asegurará cuando haya tercero más que las anualidades que cita, y que para reclamar las demás el acreedor no tiene sino una acción personal contra el deudor. Otra, opinar que el significado de la frase legal es que la finca sigue asegurando los intereses, pero sin perjuicio del derecho de terceros. Entonces hay que hacer distinción entre tercer poseedor y otros terceros titulares de derechos reales. Si hay tercer poseedor, la hipoteca no puede actuar en garantía de otros intereses, pues al tratarse de un derecho pleno cualquier ejecución por anualidades que excedan de las señaladas en el artículo 114 le perjudicaría. En cambio, si se trata de otros terceros es perfectamente compatible una ejecución hipotecaria por intereses que excedan del límite del artículo 114, pues sus derechos quedarían subsistentes como derechos de rango superior. Sólo son de rango inferior a las anualidades que determina dicho artículo.

Esta, que, como hemos visto, es la solución que da CABELLO para las rentas en la hipoteca de este nombre, es la mejor interpretación del precepto y la que más se ajusta a su sentido literal. De este modo, aunque el artículo no hace distinción entre unos y otros terceros, se consigue una plena concordancia con el 115, que otorga al tercer titular de derechos reales que no sean el dominio, rango preferente sobre las ampliaciones posteriores (o por inte-

(7) «La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas: sus problemas, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. V, pág. 155.

reses posteriores), mientras que niega la posibilidad de ampliación sobre la finca hipotecada cuando se trate de tercer poseedor..

C) *Intereses posteriores al vencimiento del crédito.*

La opinión general es que la hipoteca garantiza del mismo modo los intereses que se devenguen antes que los que se devenguen después del vencimiento. Roca (8) defiende esta opinión argumentando que los intereses posteriores «se producen en un periodo de prórroga tácita del plazo contractual», «que cabe que un préstamo hipotecario esté concertado por tiempo indefinido» y que «si no fuese así la Ley más bien impulsaría a ejercitar la acción ejecutiva, dificultando el alivio que para el deudor significa la tolerancia del acreedor a no reclamar la devolución del préstamo, perturbando con ello el crédito territorial». Nada hay que oponer a estos razonamientos.

D) *Distribución.*

Cuando se hipotequen varias fincas en garantía de un mismo crédito, cada finca asegura los intereses en proporción a la parte de crédito de que responda conforme a la distribución hipotecaria del capital que se haya hecho. Así lo entiende Roca (9) para el caso en que haya terceros. La solución es lógica, pues dado que la Ley no exige la determinación de los intereses no parece procedente exigir su distribución entre las fincas, aunque sufra una vez más grave quebranto la especialidad. Pero quizás convenga precisar algo más. Si no hay terceros, según el sistema legal, cabe sostener que cada finca responde de la totalidad de los intereses con carácter solidario, al no haber perjuicio de tercero. Pero ¿y si hay tercero respecto a alguna finca y no respecto a otra? En este caso habrá que conjugar las dos soluciones. La finca del tercero asegurará como máximo la cantidad que resulte de aplicar el tanto por ciento de su responsabilidad por el capital a tres anualidades de intereses, y la otra finca seguirá todos los intereses. Estas soluciones parecen las más lógicas, aunque igualmente

(8) Ob. cit., t. IV, pág. 338.

(9) Ob. cit., t. IV, pág. 339.

podrían hacerse otras; el defecto se encuentra en la ausencia de especialidad, no en las soluciones. Si la responsabilidad estuviese determinada no habría ni que plantear estos problemas.

3. AMPLIACIÓN DE HIPOTECA.

Redactado el artículo 114 en la Ley de 1861 en la forma vista, hubieron de establecerse los artículos 115 y 116 para completarlo. Porque una vez transcurridos tres años de intereses devengados y no pagados, el acreedor, para evitar que el deudor enajenara la finca y le quedaran algunos intereses sin asegurar, no tendría más remedio que promover una ejecución cada dos o tres años. Como no es admisible colocar a un acreedor en situación semejante, lo cual iría, además, en perjuicio de todos, hubo que acudir al remedio de las ampliaciones de hipoteca.

Hoy día se ataca duramente la subsistencia en nuestra LH. de las ampliaciones, porque no han trascendido en la práctica. Así por ejemplo, SANZ (10). Se dice que carecen de justificación; que sólo han quedado después de la reforma de 1944 como una reminiscencia de las leyes anteriores y se propugna su supresión. Pero si no han trascendido es porque, ante la negativa del deudor a ampliar, hay que proceder a un juicio ordinario; y los acreedores prefieren el mal menor de ejecutar cada dos o tres años. No obstante, desde un punto de vista teórico, una vez establecido el límite del artículo 114 no hay más remedio que mantener el sistema de ampliaciones.

La LH. de 1861 estableció en su artículo 115 que una vez devengadas y no pagadas tres o más anualidades de intereses, el acreedor podía exigir ampliación por todas las que no fuesen las dos anteriores y la parte vencida de la anualidad en que se solicitara la misma. Con ello se evitaba que si luego surgía un tercero quedasen aquellas anualidades sin garantía. Se reguló la prelación de la ampliación frente a terceros y se exceptuó el caso del tercer poseedor, en cuyo supuesto la ampliación sólo podía exigirse sobre finca propia del deudor (art. 116).

(10) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. Madrid, 1945; pág. 348.

Estas reglas eran más completas que las de la Ley actual. También eran excesivamente detallistas. La vigente Ley refundió los artículos 115 y 116 en un texto que se presta a confusiones. Dice el artículo 115 en su inicio que «para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieran garantizados conforme al artículo anterior», puede el acreedor exigir la ampliación. O sea, que parece que sólo cabe la ampliación cuando se trate de intereses que no estén asegurados. Si aceptásemos esto llegaríamos a la conclusión de que mientras no hay terceros no se puede pedir ampliación por muchas anualidades que estén sin pagar, ya que, como concluimos antes, mientras no haya tercero la hipoteca garantiza todos los intereses. La Ley de 1861 admitía y regulaba expresamente la ampliación antes de que surgiera el tercero. ¿Se ha querido introducir una reforma con la nueva redacción? No lo creemos, pues si el acreedor no pudiera exigir la ampliación hasta que apareciese el tercero, las ampliaciones no servirían para nada (cfr. apartado segundo del art. 115); el acreedor quedaría totalmente inerme ante el deudor y para prevenir sus actividades no tendría más recurso que las ejecuciones cada dos o tres años, lo cual no puede entrar en los proyectos del legislador. Por consiguiente, hay que prescindir del sentido literal de la frase que comentamos e interpretarla conforme al texto primitivo, o entender que se refiere a los intereses que no estén comprendidos dentro de las dos anualidades anteriores y parte vencida de la corriente, con fundamento en que el artículo anterior, al menos en su apartado primero, se ocupa de esto. Piénsese, además, que la redacción actual del artículo 115 procede de la reforma de 1944 y que en aquella fecha no existía en el artículo 114 más que tal apartado.

Mientras no existan terceros, pues, el acreedor puede en cualquier momento obtener ampliación de hipoteca en garantía de los intereses vencidos y no pagados, siempre que no se trate de las dos anualidades anteriores y la parte vencida de la corriente en el momento de solicitarse la ampliación.

El problema surge cuando hay terceros. Lo primero, ante todo, es distinguir entre el tercer poseedor y los demás terceros, porque la Ley establece efectos diferentes según se trate de uno o de otro. Esta distinción no está tan clara como sería de desear. El

artículo 115 dice que «si la finca hipotecada no perteneciera al deudor» no se puede obtener la ampliación sobre la misma, sino sobre otra cualquiera del deudor. La frase entrecomillada, literalmente entendida, engloba tanto el caso del tercer poseedor como el del hipotecante por deuda ajena. Pero este último debe ser excluido porque al tener la consideración de un fiador debe tener a estos efectos idéntico tratamiento jurídico que el deudor, y, por consiguiente, siempre le afectará la ampliación. El precepto debería decir, en lugar de la frase citada: «si la finca pertenece a un tercer poseedor».

A) *Tercer poseedor.*

Recordemos que tienen esta consideración todo nuevo propietario (nudo o pleno), el usufructuario y el titular del dominio directo o útil (cfr. arts. 134, apartado segundo; y 127, apartados tercero y cuarto de la LH.).

En estos casos, dice el apartado tercero del artículo 115, «no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella (la finca hipotecada) la referida ampliación, pero podrá ejercitar igual derecho respecto a cualesquiera otros bienes inmuebles del deudor que puedan ser hipotecados». La solución es clara: al no pertenecer ya la finca al deudor o hipotecante por deuda ajena, éstos no pueden consentir la ampliación; pero como la garantía de interés ha quedado reducida a tres anualidades como máximo, viene el deudor obligado a hipotecar sus propios bienes. La única dificultad es que si el deudor no tiene otros bienes hipotecables el acreedor quedará con su garantía por interés limitada, y si el deudor no paga los intereses no habrá modo de asegurarlos. Pero este inconveniente es inevitable. Tiene su origen en el sistema adoptado por la Ley.

Cabe dudar si el hipotecante por deuda ajena está obligado, cuando aparezca un tercer poseedor, a consentir la ampliación sobre sus propios bienes. El artículo 115 sólo impone esta obligación al deudor, pero eso no es razón suficiente para negar tal posibilidad, dada la deficiente redacción del precepto; por lo que creemos que le es aplicable tal obligación, en atención a su consideración de fiador.

B) Otro tercero.

Si no se trata de un tercer poseedor la solución es distinta. El apartado segundo del artículo 115 dice que «la ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella». Aquí, como el hipotecante sigue siendo propietario, puede consentir la ampliación.

Con la reforma de 1944 se simplificó notablemente la regla del primitivo artículo 115. Este artículo de la Ley de 1861 disponía que la ampliación no debía perjudicar «al que anteriormente y después de dos años haya adquirido cualquier derecho sobre los bienes hipotecados». Las diferencias entre este precepto y el actual son: *a)* antes la Ley hablaba de tercero que haya adquirido anteriormente cualquier derecho real, y ahora de tercero titular de derecho que se inscriba con anterioridad, aunque creemos que este último era el sentido que había que dar a la disposición de 1861; y *b)* en la Ley primitiva se decía que no perjudicaría la ampliación al que hubiera adquirido el derecho anteriormente y después de dos años. Este es el punto clave.

El modo de expresarse del antiguo precepto es bastante confuso y de difícil interpretación. Había dos tendencias doctrinales: los que opinaban que el artículo 115 no concedía a la ampliación sino el rango que le correspondiese por su fecha, y los que aducían que otorgaba diferente prelación.

La defensa más calificada de la primera interpretación la encontramos en ROCA (11), que explicaba: «La palabra “anteriormente” significa que la ampliación no puede perjudicar al que antes de haberse inscrito la misma haya adquirido cualquier derecho sobre los bienes hipotecados; y las palabras “y después de dos años” quieren decir que no puede perjudicar dicha ampliación al que, mientras transcurra el mencionado tercer año o en los siguientes, hubiese adquirido cualquier derecho sobre los mismos bienes. El artículo 115 no dice *antes y después* de los dos años, sino que emplea la palabra *anteriormente*; y en seguida, y previa una coma y la particula *y*, dice *después* de los dos años. Es decir: que ambos conceptos se refieren a dos tiempos o situaciones cu-

(11) *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Barcelona, 1941; t. III, pág. 102.

litativamente distintos. Habla de los que “después de los dos años” hayan adquirido cualquier derecho sobre los bienes gravados, porque forzosamente sólo es posible que después de transcurridos dichos dos años, y no antes, pueda exigirse la ampliación de hipoteca.» «En síntesis—prosigue—, los artículos 115 y 116 de la Ley vienen a disponer lo siguiente: El acreedor puede pedir ampliación de hipoteca por el *primer año de intereses impagados*, mientras esté transcurriendo el *tercero* desde que comenzaron a devengarse intereses no satisfechos aún, consistiendo la ventaja que esta permisión legal proporciona en facultar al acreedor para obtener una *hipoteca especial* en garantía de una anualidad de intereses *ya asegurada entonces* contra ‘tercero’ en virtud del artículo 114, pero que dejará de estarlo una vez se entre en el cuarto año; una vez transcurrido el tercer año sólo puede pedirse por los intereses asegurados por el artículo 114.» Y concluye: «Inscrita la ampliación de hipoteca, ésta no tiene otro *rango* que el corriente que por el tiempo le corresponda, o sea el de la fecha de su inscripción especial, de manera *que no se antepone* a los que en cualquier tiempo anterior al momento de esta inscripción (momento que necesariamente ha de ser después de los referidos dos primeros años, o sea, dentro del tercero o siguientes) hubieren adquirido algún derecho real sobre la finca o derecho hipotecados.»

Esta interpretación triunfó y de acuerdo con ella se redactó de nuevo el artículo 115 en la reforma de 1944. SANZ elogia la modificación, diciendo que resuelve la confusión anterior (12). En el sentido de ROCA y SANZ parece que los ligeros retoques en el artículo 115 consistieron en decir de forma más clara lo que ya decía la Ley de 1861, y en establecer una modificación: impedir que la ampliación se pueda obtener durante el tercer año. Con el nuevo artículo 115 sólo se puede obtener después de transcurrido tal año.

Ahora bien: el artículo 115 actual y la interpretación transcrita del de la antigua Ley plantean un problema. Este artículo dice que la ampliación no perjudica en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a la ampliación, lo que lleva

(12) Ob. cit., pág. 350.

forzosamente a la conclusión de que puede no afectar al tercero la ampliación en garantía de ciertos intereses vencidos con anterioridad a su inscripción. Aclararemos esto con un ejemplo. En 1 de enero de 1955 se constituye hipoteca en garantía de un capital que devenga un interés anual del 4 por 100, que no es pagado por el deudor a sus respectivos vencimientos. En 1 de enero de 1958 se inscribe ampliación de hipoteca en garantía de los intereses de 1955 que ya están fuera de las tres anualidades. En 31 de diciembre de 1958 el deudor hipotecante constituye a favor de un tercero hipoteca sobre la misma finca, en garantía de otro crédito. En 1 de enero de 1959 se amplia la primera hipoteca en garantía de los intereses de 1956. En 1 de enero de 1960 se amplia a los de 1957. Y en 1 de enero de 1961, a los de 1958. Según el actual artículo 115, estas tres últimas ampliaciones tienen rango inferior a la segunda hipoteca que se constituyó. Supongamos que en este año de 1961 se ejecuta la primera hipoteca por el capital y todos los intereses devengados. Entonces resulta que la finca responderá en perjuicio del tercero (segundo acreedor hipotecario) de los intereses de 1955 (porque la inscripción de esta ampliación es anterior a la de la segunda hipoteca) y de los de 1959, 1960 y parte vencida de 1961 (por ser los últimos a que se refiere el artículo 114). Pero en perjuicio de ese tercero la hipoteca no garantiza los intereses de 1956, 1957 y 1958, intereses que vencieron antes de la constitución de la segunda hipoteca pero que, como la ampliación de los mismos no se puede pedir sino después, no le perjudican según el artículo 115. Y tampoco, porque no se trata de un tercer poseedor, se puede pedir ampliación sobre otros bienes. Así, al deudor le está permitido, simulando la constitución de una hipoteca u otro gravamen que absorba el restante valor de la finca, impedir que se extraiga de ella el valor correspondiente a las tres anualidades anteriores a la inscripción a favor del tercero.

Este es el resultado a que se llega con la armonización de las dos fórmulas imperfectas de los artículos 114 y 115. Pensando que en el momento de la adquisición del tercero las dos o tres anualidades últimas están garantizadas según el primero de los dos artículos, no se profundizó más y se llegó a este resultado defectuoso. Nos parecería bien que la ampliación por las dos anualidades anteriores a aquélla en que adquiere el tercero no le per-

judicasen si el acreedor hipotecario hubiese tenido la ocasión de inscribir antes su ampliación. Pero como no puede inscribirla hasta después, es injusto que resulte perjudicado.

Entendemos que con el artículo 115 anterior no ocurría esto. Precisamente se llegó a este resultado a base de una errónea interpretación del mismo. Si el artículo 115 es un complemento del 114, es evidente que la preferencia por intereses tiene que ser la misma en uno y otro precepto. Aquel artículo decía que la ampliación no podía perjudicar «al que anteriormente y después de dos años haya adquirido cualquier derecho sobre los bienes hipotecados». Interpretado *a sensu contrario* quiere decir que la ampliación afectará al tercero que haya adquirido un derecho anteriormente a la ampliación y antes de que transcurran dos años. La dificultad está en entender a partir de cuándo se cuentan los dos años. Creemos que se debe contar a partir del vencimiento de la anualidad por la que se solicita la ampliación. Y quiere decir el precepto que, solicitadas ampliaciones posteriormente a la inscripción de un tercero, pero por intereses anteriores a dicha ampliación, sólo tienen rango superior las relativas a anualidades que hayan vencido antes de transcurridos dos años. O sea, que desde el vencimiento de la anualidad a la inscripción del tercero no hayan transcurrido más de dos años. Si, en cambio, el tercero hubiese inscrito después de dos años de vencida la anualidad por la que se solicita la ampliación, su derecho es de superior rango. De este modo hay plena coincidencia entre los artículos 114 y 115. Si, según aquél, la responsabilidad de la finca frente al tercero abarca desde las dos anualidades anteriores a la inscripción, también debe afectarle la ampliación con el mismo alcance. Así, en el ejemplo anterior, cuando se solicita en 1 de enero de 1959 ampliación por los intereses de 1956, la misma afecta al tercero que adquirió en 31 de diciembre de 1958, ya que en este día aún no habían pasado dos años desde el vencimiento de la anualidad de 1956. Por lo mismo le afecta la ampliación por la anualidad de 1957. Y le afecta cualquiera que sea la fecha en que se solicite la ampliación, sin más término que el de prescripción ordinaria de los intereses o de la hipoteca. En cambio, si la ampliación por los intereses de 1955 se hubiese obtenido después de la inscripción del tercero, ésta sería de rango inferior a la segunda hipoteca, porque entre

el vencimiento de la anualidad de 1955 (31 de diciembre) y la fecha de la inscripción del tercero (31 de diciembre de 1958) median más de dos anualidades.

Este artículo, así entendido, debía estar pensado para un sistema en que afectaran al tercero todos los intereses posteriores a su inscripción, además de los correspondientes a los dos años anteriores y parte vencida de la anualidad corriente. Es decir, para un sistema en que rigiera la primera interpretación que dimos del artículo 114, y que debió ser el que pensaron los legisladores de 1861, a juzgar por la Exposición de Motivos. Pero triunfó la tercera interpretación, o sea, que al tercero le afectaban tres anualidades como máximo. De ahí el forzar la interpretación del artículo 115 para que dijese lo mismo: que las ampliaciones posteriores no perjudicaban al tercero. Y de ahí la consagración legal de este criterio en la reforma de 1944. Pero en realidad el artículo 115 resultaba estrecho para estos fines, e igual quedó con la reforma.

Evidentemente, lo que los reformadores de 1944 se propusieron decir es que al tercero no le afectan sino las ampliaciones por intereses vencidos o que venzan antes de su inscripción. Sin embargo, dijeron algo distinto. El actual artículo 115 debiera decir que el derecho inscrito del tercero es de rango preferente a las ampliaciones por intereses que venzan después de su inscripción, y a las ampliaciones por intereses que hayan vencido antes, y que pudiendo haberse inscrito la ampliación (o anotado la demanda) con anterioridad a la inscripción del tercero, no lo han sido hasta después.

De este modo el acreedor podría asegurar en perjuicio de tercero todas las anualidades anteriores a su aparición. Respecto a las dos últimas y parte vencida de la corriente en el momento de la inscripción, debía existir un plazo para que se inscribiese la ampliación. De los intereses vencidos con posterioridad a la inscripción del tercero, no le afecta la responsabilidad hipotecaria sino hasta el máximo de tres anualidades.

Para llegar a esta conclusión hay que forzar notablemente el texto del artículo 115, que es terminante. También es absurdo. Establecer la prioridad entre dos derechos a favor del que antes se inscriba está bien. Pero cuando para inscribir uno de los dere-

chos hay que esperar dos años desde el vencimiento del crédito que se va a garantizar (caso de la ampliación) y el otro se puede inscribir desde luego, no se puede establecer sin más que es preferente el primero que se inscriba. Habrá que dar una oportunidad al primer derecho para que pueda llegar al Registro y concederle, al menos, un plazo preclusivo para que lo haga. Cualquier otra solución es injusta.

C) *Procedimiento.*

Para obtener la ampliación es necesario acudir a un juicio ordinario si el deudor se niega a consentirla. Así lo declaraba el apartado tercero del artículo 115 de la LH. de 1861, que ha desaparecido en la Ley vigente. La omisión nos lleva, no obstante, a la misma solución: hay que demandar la ampliación en juicio ordinario. Este es otro inconveniente del sistema de ampliaciones. Lógicamente, los acreedores, ante la perspectiva de tal juicio o promover la ejecución por los intereses vencidos y no pagados, preferirán esto último.

Criticando esta regla, decían GALINDO y ESCOSURA (13): «La tramitación nos parece larga e inmotivada porque no hay cuestión de derecho a resolver; todo el proceso podría reducirse a una declaración del deudor en que manifestara si había pagado o no los intereses, y si no presentaba recibo acordarse la ampliación de hipoteca, salvándosele el derecho si pretendía justificar que aun cuando no tenía recibo realmente los había satisfecho para entablar el juicio correspondiente.»

La demanda por la que se solicita la ampliación es anotable. Esto es claro aunque la Ley nada diga expresamente, debido a haberse omitido el párrafo del antiguo artículo 115 en que así se establecía.

4. *Crítica.*

Comencemos por resumir todo lo expuesto, tomando como punto de partida la Ley de 1861.

Con ella, la hipoteca garantizaba en perjuicio del deudor todos

(13) Ob. cit., pág. 144

los intereses. Si surgia un tercero, en su perjuicio la responsabilidad por intereses quedaba limitada a las dos últimas anualidades y parte vencida de la corriente en el momento de su inscripción, y seguia respondiendo sin límite de las que se devengasen con posterioridad.

El acreedor, antes de que apareciesen terceros, debía solicitar ampliación de hipoteca por los intereses impagados, una vez transcurridos tres años, es decir, en el cuarto año por la primera anualidad, en el quinto por la segunda, y así sucesivamente todos los años (si es que no prefería ejecutar por los intereses cada dos o tres).

Una vez inscrito el derecho del tercero, éste venía afectado por todas las ampliaciones inscritas con anterioridad, y como todos los demás intereses le afectaban, según la interpretación que hemos dado aquí al artículo 114, no había problema: el acreedor seguía con sus intereses plenamente asegurados. Puede parecer que en tal momento ya no había necesidad de solicitar más ampliaciones. Pero no es así, sino que el acreedor debía seguir solicitándolas en prevención de la aparición de otro posible tercero. Si surgia un tercer poseedor, las ampliaciones ya no se podían obtener sobre la misma finca.

Con este sistema se pretendía garantizar al máximo el derecho del acreedor respecto a los intereses, conciliándolo, en lo posible, con la protección al tráfico al hacer cierta para el tercero la responsabilidad hipotecaria por los intereses anteriores a su inscripción.

Con la LH. de 1946 la responsabilidad hipotecaria por los intereses funciona del siguiente modo: mientras no haya terceros la finca responde ilimitadamente de ellos. Cuando aparece, responde como máximo de tres anualidades a través de la fórmula dos últimas y parte vencida de la corriente en el momento de la ejecución.

Antes de que surjan los terceros, el acreedor debe solicitar ampliaciones por los intereses impagados, todas las anualidades a partir de la cuarta.

Inscrito el derecho del tercero, la responsabilidad frente a él se concreta a las ampliaciones anteriores y a tres anualidades

como máximo en la forma dicha. Si el tercero es tercer poseedor, sólo caben ampliaciones sobre finca propia del deudor.

Con el sistema actual se ha logrado un avance frente al de 1861. Hoy está más determinada para el tercero la responsabilidad por interés. Pero también sucede que hoy depende del arbitrio del deudor limitar la garantía del acreedor. Le basta con otorgar un gravamen sobre la finca, para que la responsabilidad quede limitada. Y si luego no paga los intereses puede quedar el acreedor defraudado.

El defecto fundamental es de principio. No se debia permitir la inscripción de hipotecas sin una determinación expresa del importe máximo de responsabilidad por intereses. Tampoco se debería establecer una distinción entre partes y terceros. Al hacerse se crea una dualidad indeseable. La hipoteca debía siempre extenderse a un máximo de intereses que sería siempre fijo e igual para todos. Este máximo se podía, fijar bien por la Ley, o dejar que la voluntad particular lo determinase expresamente en cada caso. Esto último es lo más aconsejable. Cuando no hubiese determinación expresa de los intereses la hipoteca no debía asegurarlos. En cualquier caso, insistimos, lo importante es, primero, un cumplimiento normal de la especialidad, y, segundo, que no haya distingos entre partes y terceros. Si se parte de esta distinción todo sistema es malo. Si al legal se le pueden oponer todos los inconvenientes que hemos venido enumerando, a cualquier otro que se estableciese sobre la misma base se le podrían oponer otros tantos.

No se argumente que con la legislación actual las partes quedan en libertad para no someterse al sistema legal y pactar la responsabilidad, porque si bien esto es cierto también lo es que en defecto de pacto entra en funciones el sistema legal subsidiario; y nosotros proponemos que en defecto de pacto la garantía hipotecaria no se extienda a los intereses. Además, se ha establecido un límite a los pactos que restringe notablemente la libertad contractual.

5. ADAPTACIÓN DEL SISTEMA LEGAL DE INTERESES A LA HIPOTECA DE RENTA.

La LH. remite en la llamada hipoteca de renta a los artículos 114 y 115 en sus dos primeros apartados, para determinar los efectos que produce esta hipoteca en cuanto a tercero. No es éste el lugar de hacer un examen de esta materia, pero si conviene examinar las repercusiones que pueda tener cuanto llevamos dicho sobre tal clase de hipoteca.

En cuanto a la interpretación del artículo 157 en este punto; nos remitimos a la abundante bibliografía existente, y especialmente a la opinión de CABELLO (14), a quien sigue DEL MORAL (15), y a quien nosotros seguimos en todo lo que a continuación exponemos.

Creemos, con aquel autor, que en la remisión que hace el artículo 157 a los que regulan los intereses hay que distinguir entre tercer poseedor y otros terceros.

Si se trata de tercer poseedor, el régimen es distinto en la hipoteca de renta y en la hipoteca que se extiende a la garantía de los intereses del capital. En la hipoteca de renta el tercer poseedor no es tal, pues todo adquirente de la finca se subroga en la obligación de pagar la renta, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los intereses. Por tanto, al mismo no se le pueden aplicar los artículos 114 y 115. Dicho adquirente, al no ser tercero, responde de todas las rentas posteriores y también de las anteriores, sin más límite, como dice CABELLO, que el de «cinco años, tope de percepción por la prescripción del artículo 1.966 del Código civil» (16). Además, «es aplicable, por tanto, el artículo 116 de la Ley integralmente» (17).

«El tercero a quien no perjudican las pensiones vencidas sino en los términos del artículo 114 y párrafos primero y segundo del 115, es sólo el titular de derechos reales inscritos distintos del

(14) Ob. cit., págs. 153 y ss.

(15) «La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta», en *Revista de Derecho Privado*, 1952, págs. 809 y ss.

(16) Ob. cit., pág. 156.

(17) Ob. cit., pág. 155.

dominio de la finca» (18). Para este caso vale, pues, con las debidas adaptaciones, todo lo que dijimos para los intereses, con excepción de lo relativo al apartado tercero del artículo 115, que se refiere a terceros poseedores, y al cual nos remite el 157. O sea, que los derechos de estos terceros son de rango inferior a las rentas de los dos últimos años y parte vencida de la corriente al momento de proceder a la ejecución, así como a las ampliaciones por rentas vencidas con anterioridad a la inscripción de sus derechos; mientras que gozan de rango superior a las rentas que no estén comprendidas en los dos últimos años y parte vencida del corriente en el momento de la ejecución, y a las ampliaciones por rentas posteriores.

III. DETERMINACION VOLUNTARIA

La LH. de 1861 no preveía expresamente la posibilidad de fijación voluntaria de la extensión de la hipoteca a los intereses. Con el texto de 1946 se corrigió esta omisión, introduciéndose dos reformas en el artículo 114. Consisten en la colocación de la frase «salvo pacto en contrario» al comienzo del precepto y en la introducción de un apartado segundo, que dice: «En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años.»

Además, el artículo 220 del RH. actual establece: «Cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder del pago de intereses no podrá exceder del importe correspondiente a cinco anualidades.»

Estas disposiciones son excesivamente precarias. De un lado se admite pacto en contrario a la garantía legal subsidiaria del artículo 114. De otro, se impone un límite equivalente a cinco anualidades de interés. Y no hay más. Vamos a examinar sucesivamente ambas cuestiones.

(18) Ob. cit., pág. 155.

1. PACTOS.

Hay que tratar de investigar qué clase de pactos pueden presentarse hipotéticamente. Como se trata de una cuestión contractual, debe entrar en juego el principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 del C.c.), siempre que los pactos se mantengan dentro de los límites en él marcados y en el que señalan la Ley y el Reglamento hipotecarios.

A continuación insertamos una amplia enumeración de pactos posibles. No se nos oculta que de todos ellos apenas si se utilizarán un par. En su mayoría carecen de interés práctico para los interesados y también de interés teórico. Al enumerarlos no perseguimos otro fin que demostrar la poca precisión y deficiencia de nuestra Ley en tal materia.

Ya vimos anteriormente la distinción que hace la Ley entre partes y terceros. Al tratar de los pactos se prescinde, sin embargo, de ella; pero en principio ha de tenerse en cuenta. He aquí una clasificación:

- A) Pactos de eliminación de garantía.
 - a) En sentido objetivo.
 - b) Referente sólo a las partes.
 - c) Referente sólo a terceros.
 - d) Referente a partes y terceros.
- B) Pactos de fijación de garantía.
 - a) En sentido objetivo.
 - b) Referente sólo a las partes.
 - c) Referente sólo a terceros.
 - d) Referente a partes y terceros.
- C) Pactos de régimen legal.
 - a) En sentido objetivo.
 - b) Referente sólo a las partes.
 - c) Referente sólo a terceros.
 - d) Referente a partes y terceros.

- D) Combinaciones de pactos anteriores.
- a) De eliminación referente a las partes y de fijación en relación a terceros.
 - b) De fijación referente a las partes y de eliminación respecto de terceros.
 - c) Régimen legal relativo a las partes y eliminación o fijación respecto de terceros.
 - d) Régimen legal relativo a terceros y eliminación o fijación respecto de las partes.

A) *Pactos de eliminación.*

Se trata de todos aquellos casos en que se establezca que la hipoteca no se extiende a la garantía de los intereses.

Este pacto puede estar redactado, en primer lugar, en sentido objetivo. Por ejemplo: la hipoteca no se extiende a la seguridad de los intereses que devenga el crédito hipotecario. Tales acuerdos deben interpretarse en el sentido de que la hipoteca no asegura los intereses ni entre partes ni frente a terceros. Lo mismo ocurrirá cuando se pacte la eliminación expresamente respecto a ellos. Por ejemplo: la hipoteca no asegura los intereses del crédito en perjuicio del deudor, hipotecante o tercero. Estos pactos, aunque de contenido más amplio, pues limitan también la garantía entre las partes, integran el pacto en contrario a que se refiere el inciso primero del artículo 114.

¿Puede en estos casos el acreedor solicitar ampliación de hipoteca en los términos del artículo 115 por los intereses que vayan venciendo? La respuesta ha de ser negativa, porque, a pesar de la redacción del artículo 115, estos acuerdos implican un convenio bilateral de que la hipoteca no asegure los intereses, que es inalterable. Si hay acuerdo entre acreedor y deudor para extender la hipoteca a los intereses esto no constituiría la ampliación del artículo 115, sino una ampliación voluntaria que tendría el rango correspondiente a la fecha de su inscripción. Pero el acreedor no puede exigir al deudor la ampliación.

El pacto puede ser concebido en estos términos: la hipoteca no asegurará los intereses del crédito en perjuicio de tercero. En-

tonces estamos de lleno en el pacto contrario del articulo 114. Como no se hace referencia alguna a las partes, debe entenderse que entre ellas la garantia funciona con el carácter de ilimitada con que lo hace cuando no hay pacto. En este caso no hay inconveniente en admitir la ampliación de hipoteca a que se refiere el articulo 115, ya que al aparecer el tercero queda anulada la garantia. Las ampliaciones tendrán el rango que establece este articulo.

Si en el pacto se expresara que la hipoteca no garantiza los intereses en perjuicio del deudor o hipotecante, pero sin hacerse referencia alguna a los terceros, habrá que entender, no obstante, que el pacto de eliminación de garantía afecta también a éstos. O sea, que estamos en el mismo supuesto del primer caso. La ampliación de hipoteca tampoco cabe, según dijimos allí.

B) *Pactos de fijación.*

Estos son los pactos a que se refieren y ponen límite los artículos 114 y 220 de la Ley y Reglamento respectivamente. La fijación puede hacerse de dos modos: estableciendo un número de anualidades o una cantidad. La garantía puede ser superior o inferior a tres anualidades, pero no puede exceder de cinco.

El pacto puede estar redactado en sentido objetivo. Por ejemplo: la hipoteca garantiza tantas anualidades de intereses. Entonces la hipoteca las asegurará frente a cualquiera. Lo mismo en el supuesto de que se pacte una garantía de tantas anualidades en relación a partes y terceros. No hay posibilidad de ampliación.

Si el pacto fija la garantía sólo en relación a terceros, la responsabilidad entre las partes es ilimitada y cabe la ampliación del articulo 115 con el rango en él determinado

Si se fija la responsabilidad únicamente entre las partes, la misma alcanzará a los terceros siempre que en el momento de la ejecución frente a ellos la cuantía fijada como responsabilidad en relación a las partes sea inferior al importe de los intereses que hayan vencido y no estén pagados de las dos últimas anualidades, y la parte vencida de la corriente en el momento de la ejecución. En otro caso debe beneficiar a los terceros el límite

del apartado primero del artículo 114. Damos esta solución por considerar absurdo que al tercero le afecte mayor responsabilidad que al deudor. En el supuesto de que la garantía en relación a las partes se fijase en una cuantía mayor de tres anualidades, cabe ampliación hasta la responsabilidad fijada.

También se podría fijar diferente cuantía para las partes y para los terceros (siempre que la de éstos no sea superior a la de aquéllos). Entonces cabría también ampliación hasta el límite de la garantía fijada por las partes.

C) *Pactos de régimen legal.*

Aquí incluimos no sólo el pacto que remita expresamente a dicho régimen, sino el que sin hacer referencia al mismo establezca uno igual.

Tanto si está redactado en sentido objetivo como si en relación a partes y terceros, o sólo a unos u otros, actúa el régimen legal subsidiario tal como lo regula la Ley.

D) *Combinación de los pactos anteriores.*

El pacto de eliminación de garantía respecto al deudor no se puede combinar con el de fijación frente a terceros, por la razón, que ya dijimos, de que no debe afectar la hipoteca en mayor medida al tercero que al deudor.

En cambio, si es posible combinar el pacto de fijación respecto al deudor con el de eliminación frente a terceros. Caben aquí ampliaciones de hipoteca hasta el número de las anualidades fijadas.

Se puede establecer un pacto de régimen legal para las partes y eliminar o fijar la garantía de interés para los terceros. También en este supuesto es posible la ampliación.

Por último, es posible fijar la garantía entre las partes en cuantía no menor a tres anualidades, y establecer el régimen legal para los terceros. Hay posibilidad de ampliación en su caso.

2. LÍMITE DE LA FIJACIÓN DE GARANTÍA.

En las anteriores Leyes hipotecarias, al no hacerse referencia a los pactos, no se ponía límite alguno a ellos. En esta situación se entendía que podía pactarse voluntariamente la garantía de intereses. Así lo reconoció la R. de 14 de febrero de 1935, al decir que «es indiscutible el derecho de los interesados a pactar que la hipoteca responda de los intereses de todo el tiempo de duración del contrato».

Al redactarse el artículo 114 de la LH. de 1946 se introdujo su apartado segundo y el límite de los cinco años. En consonancia con ello se estableció el artículo 220 del RH.

Observa CABELLO (19) el paralelismo entre el tope de cinco del artículo 114 y el término de prescripción de los pagos que deban hacerse por dos años o en plazos menores de un año, que es también el de cinco anualidades, según el artículo 1.966 del C.c. Es, pues, evidente, que aun antes de introducir la LH. aquel límite los terceros venían protegidos por el término de prescripción del Código civil. Sin embargo, como advierte muy bien CABELLO (20) «en el caso de que el acreedor haya interrumpido esa prescripción quinquenal (dato desconocido por el Registro) ha desaparecido la seguridad del adquirente y en definitiva todo va en perjuicio del crédito territorial». Esta inseguridad, decimos ahora nosotros, quizás originó el deseo de hacerla desaparecer, y tal vez sea éste uno de los motivos de la introducción del apartado segundo del artículo 114. Pero tal como está redactado el precepto se refiere a otro supuesto que el artículo 1.966. El 114 dice que la hipoteca no puede asegurar mediante pacto más de cinco anualidades. El 1.966, que la acción prescribe a los cinco años, lo cual es independiente del número de anualidades que asegure la hipoteca.

LA RICA (21) apunta que el límite del artículo 114 obedece al propósito de favorecer el crédito territorial. Pero esta razón es

(19) Ob. cit., págs. 156 y 158.

(20) Ob. cit., pág. 158.

(21) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*. Madrid, 1949; t. II, página 221.

insuficiente. Si hay que limitar la garantía frente a terceros cuando no hay pacto, es porque al tercero no se le puede hacer adquirir con un gravamen indeterminado. Cuando lo hay y, por ejemplo, la hipoteca garantiza en total (capital e intereses) una cuantía de 10.000 pesetas, hay que preguntarse: ¿qué importa al posible tercero que, de estas 10.000, 1.000 sean capital de 9.000 de intereses o viceversa? Lo único que le interesa es que la finca responde de 10.000 pesetas y que esta responsabilidad está determinada. No le importa en absoluto la naturaleza de la obligación garantida.

Por otra parte, esta regla no armoniza del todo con el resto del sistema legal. ¿Qué quiere decir la frase «en ningún caso»? La interpretación no puede ser más que una: no se pueden asegurar más que cinco anualidades de intereses ni entre partes ni frente a terceros.

Fíjémonos en el pacto con relación a las partes. Supongamos que llega al Registro una escritura de hipoteca en garantía de un crédito de diez años de duración y con pacto de que la hipoteca asegure seis de intereses. El registrador debe denegar la inscripción de tal pacto. Si el interesado presta su conformidad para que se inscriba la hipoteca sin consignarlo (cfr. art. 434 del RH., apartados segundo y tercero), entonces se inscribirá sin referencia alguna a la garantía de interés, y sin embargo los garantizará todos entre las partes. ¿Por qué impedir, pues, la inscripción del pacto siempre que afecte sólo a las partes? Con el sistema actual, si no hay pacto se garantizan todos los intereses, pero el mismo no se puede extender a más de cinco anualidades. Sería más lógico que el apartado segundo del artículo 114 se refiriese únicamente a terceros.

3. DISTRIBUCIÓN.

Si se hipotecan varias fincas por un mismo crédito es necesario distribuir la responsabilidad de interés. No es preciso que la distribución sea proporcional a la que se haga del capital. Incluso puede afectarse a una sola finca al pago de los intereses todos. No obstante, es necesario tener en cuenta que la parte de interés

que garantice cada finca no debe exceder del importe de cinco anualidades en proporción de la parte de capital de que responda.

4. INTERESES Y COSTAS.

La determinación de los intereses ha de hacerse con independencia de la fijación de responsabilidad para gastos y costas. Así lo declararon las RR. de 14 de febrero de 1935 y 15 de marzo del mismo año, fundándose en razones de especialidad y en la distinta naturaleza de las obligaciones.

Hay que añadir ahora la dificultad de cumplir con la regla del apartado segundo del artículo 114 si la cantidad fijada globalmente excediese de cinco anualidades.

IV. CONCLUSION

Hemos intentado demostrar la inconsistencia del sistema legal de garantía de los intereses. Una buena regulación de esta materia debería basarse en los siguientes principios:

- a) La exigencia de pacto que determinase la máxima responsabilidad por intereses, como condición *sine qua non* para que la hipoteca se extendiese a su garantía.
- b) Sin tal pacto, la referencia al tanto por ciento de interés no tendría trascendencia alguna, pues la hipoteca no los aseguraría.
- c) El pacto determinaría en absoluto la extensión de la responsabilidad y ésta afectaría a todos sin distinción entre terceros o no.
- d) La supresión del límite a la fijación del interés garantido y la supresión de las ampliaciones de hipoteca.

JUAN IGNACIO MONTERO LEÓN.
Licenciado en Derecho.