



Roj: **STS 1606/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1606**

Id Cendoj: **28079110012020100260**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2020**

Nº de Recurso: **3751/2017**

Nº de Resolución: **259/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 1698/2017,**  
**STS 1606/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 259/2020**

Fecha de sentencia: 05/06/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3751/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/04/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROV. SECCION N.8 (MERCANTIL)

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3751/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 259/2020**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres



D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 5 de junio de 2020.

Esta sala ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y los recursos de casación respecto de la sentencia 292/2017, de 16 de junio, dictada en grado de apelación por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia del procedimiento de incidente concursal núm. 665/2016 del Juzgado de lo mercantil n.º 1 de Alicante, sobre calificación de crédito.

Es parte recurrente Mare Nostrum Open Group, S.L., representado por el procurador D. José María Majón Sánchez y bajo la dirección letrada de D. Pascual Ibáñez Cano y Munuera Riveiro Consultores, S.L.P. representada por D. José Carlos Riveiro Murcia, en calidad de administrador concursal de Mare Nostrum Open Group, S.L. y con la asistencia letrada de D. Pedro José Munuera Suances

Es parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representada por el procurador D. Esteban Jabardo Margareto y bajo la dirección letrada de D.ª Ana María Navarro Ros.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Carmen Vidal Maestre, en nombre y representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Mare Nostrum Open Group, S.L. y la Administración concursal de Mare Nostrum Open Group, S.L. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se reconociese el siguiente crédito derivado de un "Préstamo formalizado el día 29 de febrero de 2008 ante el Notario de Inca Don Juan Antonio Martín Carvajal con el número protocolo por límite de 600.000,00 euros con la garantía de Íñigo, Tarsila y Justino con la calificación de privilegio especial por importe de 510.666,94 euros".

2.- La demanda fue presentada el 13 de octubre de 2016 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, fue registrada con el núm. 665/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La representación procesal de Marenostrum Open Group, S.L. y la Administración concursal de la misma presentaron sendos escritos de contestación a la demanda incidental, solicitando su desestimación.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante dictó sentencia 285/2016, de 20 de diciembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que con desestimación integra de la demanda incidental presentada por Procuradora de los Tribunales doña Carmen Vidal Maestre, actuando en nombre y representación de la entidad mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contra la Administración Concursal de la entidad mercantil Marenostrum Open Group, S.L. y la entidad mercantil Marenostrum Open Group, S.L., debo absolver y absuelvo a la Administración Concursal de la entidad mercantil Marenostrum Open Group, S.L. y a la entidad mercantil Marenostrum Open Group, S.L. de los pedimentos contenidos en la demanda incidental.

" Todo esto sin expresa condena en costas procesales, debiendo cada parte sufragar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.. La representación de Mare Nostrum Open Group, S.L. y la Administración concursal de Mare Nostrum Open Group, S.L. se opusieron al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, que lo tramitó con el número de rollo 86/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 292/2017, de 16 de junio, cuyo fallo dispone:

"Que estimando el recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número uno de los de Alicante en fecha 20 de diciembre de 2016, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud, estimando parcialmente la demanda debemos reconocer y reconocemos un crédito con privilegio especial al BBVA por importe de 310.910,74 euros, confirmándose el pronunciamiento en materia de costas procesales; y sin expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante."

**TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación**

1.- El procurador D. José María Manjón Sánchez, en representación de Mare Nostrum Open Group, S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

" Motivo primero de infracción procesal - Al amparo del artículo 469.1.2 LEC en relación con el artículo 207.3 LEC, por cuanto la autoridad de cosa juzgada del Decreto dictado en el Juzgado de Primera Instancia -que indicaba cuales eran los acreedores posteriores a efectos de distribución del sobrante veda la posibilidad de incluir otro u otros acreedores distintos, en los ulteriores trámites que quedan por practicar ante el Juzgado de lo Mercantil.

" Motivo segundo de infracción procesal- Al amparo del artículo 469.1.3 LEC y se basa en que la sentencia recurrida infringe los arts. 271, 217.2 y 135.4.2 LEC produciendo indefensión, porque la Sentencia de apelación declara que BBVA cumplió con el requerimiento de acreditación de subsistencia de cargas en base a unos documentos que fueron expresamente inadmitidos por Auto de la Sala de 17/03/2017, fundada tal conclusión fáctica, por tanto, en afirmaciones de la apelante huérfanas de prueba."

El motivo del recurso de casación fue:

"Al amparo del artículo 477.2.3º LEC, por infracción de lo dispuesto en el artículo 89.2 de la Ley Concursal. Existencia de interés casacional por cuanto el reconocimiento de un privilegio especial en el seno del concurso de acreedores sobre el importe sobrante de una ejecución hipotecaria extraconcursal infringe el *par conditio creditorum* y conculca el artículo 89.2 inciso segundo de la Ley Concursal, que expresa que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley; así como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que es contraria a la interpretación extensiva de la norma: STS 756/2013 de 11/12/2013 (ROJ:STS5826/2013) acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra; STS n º491/2009 de 29/06/2009 (ROJ: STS 4147/2009) sobre créditos tributarios".

D. José Carlos Ribeiro Murcia, en representación de Munuera Ribeiro Consultores, S.L.P, en calidad de Administrador concursal de "Mare Nostrum Open Group, S.L. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación fundado en los mismos motivos que han sido expuestos anteriormente.

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 9 de octubre de 2019, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Bilbao Vizcaya se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de abril de 2020, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia. La firma de la sentencia se ha demorado debido a los efectos del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

1.- Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados, tal y como han sido fijados por la Audiencia:

1.1. El 29 de febrero de 2008, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (en adelante BBVA) suscribió con la mercantil Marenostrom Open Group S.L. (en adelante, Marenostrom) un contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, con límite de 600.000 euros y con los pactos de disponibilidad y devolución que contractualmente se establecían.

1.2. El 28 de junio de 2011, la entidad crediticia acordó el cierre de la cuenta asociada al citado instrumento crediticio, certificando una deuda por importe de 510.666,94 euros.

1.3. En julio de 2011, se inició a instancias del BBVA, ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Inca, el procedimiento de ejecución hipotecaria (con el número 960/11) frente a Marenostrom como prestataria por razón de un crédito distinto al derivado de la cuenta de crédito, reclamándose la cantidad de 883.845,06 por principal y 265.154 euros por intereses. El valor fijado para la subasta de la finca ascendía a 2.376.422 euros.



1.4. Sobre la finca que garantizaba el préstamo cuya ejecución se había iniciado (finca nº NUM000) constaban inscritas tres hipotecas a favor de BBVA. En concreto, la hipoteca cuya ejecución se instaba (constituida en garantía de 1.200.000 euros de capital) y otras dos, de rango posterior, incluida la constituida en garantía del contrato de apertura de crédito suscrito el 29 de febrero de 2008, y otra formalizada el 9 de diciembre de 2009 (correspondiente a un préstamo de 100.000 euros).

1.5. En el procedimiento de ejecución hipotecaria, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Inca, tras quedar desierta la subasta, mediante decreto de 11 de junio de 2014, BBVA se adjudicó la citada finca registral por importe de 1.569.538,56 euros. Con ello quedó satisfecha la deuda ejecutada y un remanente de 310.918,74 euros, una vez liquidados los intereses y cuantificadas las costas.

BBVA cedió el remate a la entidad Anida Operaciones Singulares, S.A., constando en el acta de cesión un certificado de cobro del precio de la cesión y otro certificado acreditativo del importe de las hipotecas que ostentaba BBVA con rango posterior.

1.6. En el citado decreto de adjudicación de la finca se hizo constar la existencia del sobrante indicado, así como que, de conformidad con el art. 672 LEC, éste habría de ser entregado a los titulares de derechos posteriores, acordando requerir a los acreedores posteriores referenciados en esa resolución a fin de acreditar la subsistencia y exigibilidad de sus créditos, relación de acreedores donde no constaba el BBVA.

1.7. El 5 de mayo de 2015 se dictó decreto de distribución del sobrante a favor de los acreedores requeridos (TGSS, Juzgado de lo Social nº 1 de Málaga y Agencia Tributaria). Entre estos acreedores posteriores no figuraba BBVA por razón de las dos hipotecas posteriores a la ejecutada.

1.8. Como consecuencia del recurso formulado por el BBVA frente al citado decreto y su estimación, el 15 de julio de 2015 se dictó nuevo decreto en el que se acordó dejar sin efecto el anterior de 5 de mayo y, a la vista de la certificación de cargas obrante en autos, mandó requerir a la ejecutante para que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 672 y 692 LEC, acreditara la existencia y subsistencia de las citadas hipotecas posteriores (objeto de las inscripciones 6ª y 7ª sobre la finca subastada).

Igualmente se requirió a los acreedores AEAT y SS para que comunicasen el importe de sus créditos.

1.9. BBVA cumplimentó tal requerimiento el día 29 de septiembre de 2015.

1.10. El 27 de noviembre de 2015, se declaró el concurso de Marenostrom. El 23 de diciembre de 2015 la administración concursal se personó en el proceso hipotecario y solicitó la retención del eventual sobrante.

1.11. A la vista de la declaración de concurso, por auto de 1 de febrero de 2016 el Juzgado Primera Instancia núm. 4 de Inca acordó dejar sin efecto lo resuelto por el decreto de 15 de julio de 2015, disponiendo que correspondería al órgano judicial mercantil resolver sobre el destino del sobrante resultante de la adjudicación de la finca objeto de la ejecución hipotecaria, a cuyo efecto ordenó que por el letrado de la Administración de Justicia se dispusiera la remisión de los autos al Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, conforme a los arts. 8, 56 y 57 de la Ley Concursal.

1.12. Como consecuencia de lo anterior, el 1 de febrero de 2016 se dictó decreto en el procedimiento de ejecución hipotecaria acordando hacer efectiva la remisión de las actuaciones al juzgado de lo mercantil del concurso de Marenostrom.

1.13. Después de aprobados los textos definitivos, por auto de 9 de junio de 2016, a instancias de la concursada, se ordenó la remisión por BBVA del sobrante de la ejecución hipotecaria a la cuenta de consignaciones del juzgado concursal.

1.14. El 16 de junio de 2016, hecha la transferencia del sobrante a la cuenta del juzgado de lo mercantil y entregada la posesión de la vivienda ejecutada, se acordó el archivo del procedimiento de ejecución.

1.15. Tras la consignación del sobrante, BBVA comunica la ampliación de su crédito (en el importe de 310.968,18 correspondiente al remanente consignado) por razón de la cuenta de crédito garantizado por hipoteca posterior a la ejecutada, solicitando el reconocimiento de su crédito con privilegio especial sobre el dinero consignado, por subrogación real, al tratarse de un acreedor posterior a la hipoteca ejecutada.

1.16. El juzgado de lo mercantil, por providencia de 19 de julio, entrega el dinero a la masa del concurso para pago de los acreedores, con mención expresa a la observancia de las normas del art. 155.3 LC.

La administración concursal inició el trámite del art. 97 LC para incluir el dinero consignado y el crédito en la masa del concurso.

**2.-** BBVA presentó demanda incidental destinada a obtener el reconocimiento como crédito con privilegio especial por el importe adeudado en virtud de la cuenta de crédito suscrita con la concursada el 29 de febrero



de 2008, por estar garantizado mediante hipoteca inscrita como carga posterior a la que dio lugar a la ejecución referida.

**3.-** La sentencia del juzgado de lo mercantil desestimó la demanda con base, en síntesis, en las siguientes razones: (i) la realización del bien hipotecado con anterioridad a la declaración concursal impide aplicar el art. 155.3 LC, porque la clasificación crediticia solo cabe formularla con ocasión de la declaración del concurso de acreedores conforme al art. 49.1 LC; (ii) dado que a esa fecha el crédito del BBVA carecía de garantía hipotecaria, no es posible clasificarlo como crédito con privilegio especial; (iii) el art. 155.3 LC es una norma de pago de créditos con privilegio especial en el proceso concursal que tiene como antecedente necesario la realización del bien en el seno del mismo proceso concursal; (iv) no es posible acudir al art. 692 LEC, ya que ha quedado como declaración firme en derecho, en el proceso de ejecución hipotecaria, que BBVA no es acreedor posterior y que el remanente debía ser puesto a disposición del concurso.

**4.-** Recurrida la citada sentencia del Juzgado de lo Mercantil por BBVA, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, resumidamente, por los siguientes argumentos: (i) no cabe apreciar la cosa juzgada material derivada de resoluciones del órgano judicial de ejecución sobre el destino del remanente, pues ninguna resolución del juzgado civil afirma que BBVA no sea acreedor posterior, desprendiéndose únicamente del auto de 1 de febrero de 2016 que el destino del sobrante debía ser fijado en el proceso concursal, no excluyendo el derecho del BBVA ni condicionando de ninguna otra forma la calificación del remanente en sede concursal; (ii) centrada la cuestión controvertida en si los créditos garantizados por la segunda y tercera hipoteca en favor de la entidad actora le confieren el carácter de acreedor hipotecario, con la preferencia singular fijada en el art. 90-1- 1º de la Ley Concursal (en adelante, LC), o si por el contrario, cancelada su inscripción merced a la ejecución a que dio lugar la primera hipoteca, pasa a ser un mero acreedor ordinario y, por ende, debe ceder ante los acreedores privilegiados, entiende que la tesis correcta es la primera, por aplicación de criterios análogos a los fijados por la jurisprudencia sobre preferencia crediticia en el seno de las acciones individuales de ejecución; (iii) de las SSTs 854/2006, de 22 de septiembre, 1 de junio de 1992, 15 de octubre de 2003 y de 23 de julio de 2004 resulta una doctrina consolidada favorable a la subsistencia de la preferencia como créditos con garantía real al amparo del art. 1923.3º CC en los casos en que ha tenido lugar la pérdida de la afección real por previa ejecución; (iv) respecto del acreedor que ha procurado una más efectiva garantía de su derecho mediante la constitución de hipoteca sobre un determinado bien del deudor, y la consiguiente inscripción registral del gravamen, no existe razón para que la purga derivada de la ejecución de una carga anterior le prive de la preferencia nacida de la garantía constituida, si bien, en virtud de un principio de subrogación real, aquella preferencia debe entenderse referida al sobrante de la suma obtenida en la subasta; (v) la LEC 2000 sienta una pauta hermenéutica al ordenar (art. 672) que el remanente del precio de remate se retenga "para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante"; (vi) esta doctrina es trasladable al ámbito concursal, pues el privilegio concursal de los arts. 90 y 91 LC es equivalente a la preferencia de los arts. 1923 y concordantes CC; (vii) lo que se extingue con la cancelación hipotecaria es el derecho real que sujeta el bien pero no la preferencia, es decir, el efecto obligacional de la relación que estaba garantizada con un derecho real; (viii) el efecto de las garantías en su momento constituidas resisten respecto del crédito garantizado más allá de su formal extinción registral en lo que hace a los créditos pendientes de liquidar respecto del sobrante de la ejecución del bien que era garantía de todos ellos; (ix) si esas garantías estaban vigentes antes de la declaración concursal y por razón de su ejecución se extinguen las cargas pero no la preferencia - arts 692 y 672 LEC -, la preferencia se materializa a través del instrumento que la situación concursal sobrevinida contempla para lograr ese mismo efecto, que es la calificación de ese crédito con privilegio especial; (x) con ello se cumple el fin de la garantía real respecto de un crédito, que es esencialmente la misma tanto en el ámbito extra concursal como en el concursal; (xi) aplicado este criterio al caso, se estima parcialmente la demanda en el sentido de reconocer un crédito con privilegio especial al BBVA por importe de 310.918,74 euros, es decir, por la suma del sobrante de la ejecución de la primera hipoteca sobre la finca, también garantía del contrato de apertura de crédito cuya deuda está reconocida en el proceso concursal a la entidad demandante.

**5.-** Tanto la concursada Marenostum como la administración concursal han interpuesto, en términos sustancialmente idénticos, recurso extraordinario por infracción procesal, fundado en dos motivos, y recurso de casación, también articulado en dos motivos, que han sido admitidos. Dada la identidad de motivos y de argumentación jurídica en que se apoyan ambos recursos los trataremos conjuntamente.

**SEGUNDO.-** *Recursos extraordinarios por infracción procesal. Formulación del primer motivo.*

**1.-** El primer motivo se formula al amparo del art. 469.1.2 LEC, y denuncia la infracción del art. 207.3 LEC.

**2.-** En el desarrollo del motivo argumenta que la autoridad de cosa juzgada formal del decreto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Inca que indicaba cuales eran los acreedores posteriores a efectos





de la distribución del sobrante, veda la posibilidad de incluir otro u otros acreedores distintos en los ulteriores trámites que quedan por practicar ante el Juzgado de lo Mercantil.

El recurrente predica el citado efecto de cosa juzgada formal del decreto de 1 de febrero de 2016 que, en su parte dispositiva, acordaba lo siguiente:

" 1.º Remitir las presentes actuaciones al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante para su tramitación en sede de Concurso Voluntario.

" 2.º Comunicar la remisión de las actuaciones con testimonio del presente decreto a la firmeza del mismo a los acreedores posteriores Agencia Tributaria Estatal, Tesorería General de la Seguridad Social, Juzgado de lo Social nº1 de Málaga y Juzgado de lo Social nº 12 de Málaga"

En la fundamentación de dicha resolución se hacía alusión al hecho de que dichas actuaciones (procedimiento de ejecución hipotecaria) se encontraban pendientes de distribución del sobrante de 310.918,74 euros resultante de la adjudicación del bien hipotecado a la ejecutante.

Dicha resolución devino firme al no ser recurrida. Entienden los recurrentes que en el presente caso no entra en juego el efecto de la cosa juzgada material, al que se refiere la sentencia recurrida, sino el efecto propio de la cosa juzgada formal al haber devenido firme el citado decreto de 1 de febrero de 2016, el cual, en cuanto determina la exclusión de BBVA de la consideración de acreedor posterior, debe extender sus efectos al procedimiento concursal en el que se tiene que sustanciar la distribución del sobrante procedente de la ejecución hipotecaria.

Este motivo, en ambos recursos, ha de ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

**TERCERO.-** *Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.*

1.- El hecho de admitir que el decreto de 1 de febrero de 2016 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Inca haya devenido firme, y en tal sentido goce de la eficacia de cosa juzgada formal conforme al art. 207.3 LEC, no permite extraer las consecuencias que los recurrentes pretenden, pues la pretensión de interpretar dicho decreto como una resolución decisoria sobre la ausencia de la condición de BBVA de acreedor con derecho inscrito posterior a la hipoteca ejecutada y, en consecuencia, la negación de su derecho sobre el sobrante del precio de adjudicación del bien hipotecado, desborda claramente el ámbito material de lo decidido en tal resolución.

2.- Ni el decreto de 1 de febrero de 2016 decía tal cosa, ni su objeto era resolver sobre tal extremo. Recordemos que el mismo Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Inca reconoció a BBVA como acreedor posterior en el decreto de 15 de julio de 2015. Como hemos señalado en los antecedentes de hecho, este último decreto revocó el previo de 5 de mayo de 2015, que había negado a BBVA tal cualidad de acreedor posterior, y acordó requerirle, conforme a los arts. 672 y 692 LEC, para acreditar la subsistencia de las hipotecas posteriores de que era titular, requerimiento que BBVA cumplimentó el 29 de septiembre de 2015.

3.- El objeto del decreto de 1 de febrero de 2016 era distinto. Recordemos que: (i) el 27 de noviembre de 2015 se declaró el concurso de Marenstrum; (ii) el 23 de diciembre de 2015 la administración concursal se personó en el proceso hipotecario, solicitando la retención del eventual sobrante; (iii) a consecuencia de la declaración del concurso, el auto de 1 de febrero de 2016 del Juzgado Primera Instancia número 4 de Inca acordó dejar sin efecto lo resuelto por decreto de 15 de julio de 2015, disponiendo que correspondería al órgano judicial mercantil conocer en relación al sobrante resultante de la adjudicación de la finca objeto de la ejecución hipotecaria, a cuyo efecto ordenó que por el letrado de la Administración de Justicia se dispusiera la remisión de los autos al Juzgado de lo Mercantil 1 de Alicante, conforme a los arts. 8, 56 y 57 de la Ley Concursal; y (iv) como consecuencia de lo anterior, el 1 de febrero de 2016 se dictó decreto en el procedimiento de ejecución hipotecaria acordando hacer efectiva la remisión de las actuaciones al juzgado de lo mercantil del concurso de Marenstrum, en los términos transcritos, incluyendo la referencia a los acreedores posteriores a los que se debía comunicar tal remisión, relación de acreedores entre los que no figura BBVA, que tenía conocimiento de tales resoluciones por ser parte, como ejecutante, en el procedimiento de ejecución del que dimanaban.

4.- Por tanto, el decreto de 1 de febrero de 2016 y el auto de la misma fecha lo que establecen es que deben remitirse las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil en base a los artículos 8, 56 y 57 de la Ley concursal, y comunicarse a los acreedores de derechos inscritos distintos del ejecutante que el reparto del sobrante se realizaría en el procedimiento concursal, sin hacer pronunciamiento alguno de exclusión o negación del derecho de BBVA a dicho sobrante y a su calificación dentro del concurso. Por consiguiente, lo decidido en tales resoluciones es que el destino del reiterado sobrante y la calificación del crédito correspondiente habrían de ser dilucidados por el juzgado de lo mercantil como resultado de la declaración de concurso de la ejecutada.

5.- En consecuencia el motivo decae y ha de ser desestimado.

**CUARTO.-** *Formulación del segundo motivo.*

1.- El segundo motivo, en ambos recursos extraordinarios por infracción procesal, se formula al amparo del art. 469.1.3 LEC y denuncia la infracción de los arts. 271 y 217.2 LEC.

2.- En el desarrollo del motivo alegan los recurrentes que la sentencia de la Audiencia les ha producido indefensión porque declara que BBVA cumplió con el requerimiento de acreditación de la subsistencia de cargas en base a unos documentos que fueron expresamente inadmitidos por auto de la sala de 17 de marzo de 2017, de forma que la Audiencia alcanza tal conclusión fáctica fundada en meras afirmaciones de la apelante, ahora recurrida, huérfanas de prueba. Entiende que con ello se infringe el artículo 217.2 LEC y el principio de la carga de la prueba en él contenido, y le genera indefensión al introducir un hecho nuevo en la apelación basado en documentos no admitidos y dándolo por probado, con las consecuencias señaladas.

**QUINTO.-** *Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.*

1.- Los recurrentes acumulan en un mismo motivo la denuncia de dos preceptos heterogéneos de la LEC como son el art. 271 (preclusión definitiva de la presentación) y el art. 217.2 (carga de la prueba). Pero, al margen del defecto de técnica procesal que ello supone en la elaboración de un recurso extraordinario de infracción procesal, al que se suma la inadecuación del cauce utilizado del ordinal 3.º del art. 469.1 LEC para denunciar la infracción de una norma reguladora de las sentencias, como es el art. 217.2 LEC, lo cierto es que el desarrollo de la fundamentación se concentra en la denuncia de la indefensión causada por la aplicación, a su juicio, indebida del régimen propio de la carga de la prueba.

2.- Como hemos dicho en nuestra sentencia 484/2018, de 11 de septiembre, la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de *non liquet* (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3º LOPJ y 1.7º CC, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

Esa es la razón por la que el precepto que la regula, el art. 217 LEC, no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso.

Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (por todas, sentencia 244/2013, de 18 de abril).

3.- No ocurre tal cosa en el presente caso en el que la Audiencia incluye entre los antecedentes fácticos acreditados para delimitar el objeto de la controversia tanto el hecho de que mediante decreto de 15 de julio de 2015 se requirió a BBVA para acreditar la subsistencia de las dos hipotecas de que era titular posteriores a la que fue objeto de ejecución (objeto de las inscripciones 6ª y 7ª) - hecho que los recurrentes también parecen cuestionar -, como que la citada entidad financiera cumplimentó tal requerimiento el día 29 de septiembre de 2015.

El motivo no combate la valoración probatoria de la Audiencia, sino que, partiendo de la ausencia de prueba de tal extremo, presupone la aplicación torcida por la resolución impugnada del régimen de carga de la prueba del art. 217.2 LEC, alegación que no puede acogerse favorablemente por ser premisa de la aplicación de este precepto precisamente la ausencia o insuficiencia, constatada por el órgano de enjuiciamiento, de la prueba de determinados extremos relevantes en el proceso, premisa ausente en este caso en que precisamente lo afirmado por la Audiencia es la existencia del referido hecho (cumplimiento del requerimiento de acreditación de la subsistencia de las reiteradas cargas hipotecarias) como elemento fáctico acreditado en el proceso. Conclusión valorativa que no ha sido impugnada como tal.

4.- En todo caso, para agotar la contestación al recurso, hemos de recordar que, como declaramos, entre otras muchas, en la sentencia 229/2019, de 11 de abril, el recurso por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia.

Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de



abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, y 411/2016, de 17 de junio (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

Sin necesidad de hacer un examen exhaustivo sobre el soporte fáctico y sobre la valoración de la prueba hecha por la Audiencia en relación con el extremo controvertido (en particular sobre la existencia y subsistencia del crédito hipotecario suscrito el 28 de febrero de 2008), baste recordar que consta en los autos del procedimiento de ejecución hipotecaria la certificación registral de dominio y cargas del art. 688 LEC, y que consta igualmente en los autos del procedimiento de ejecución hipotecaria, en que estaba personada también la Administración concursal desde el 23 de diciembre de 2015, el certificado aportado con la cesión de remate de BBVA a favor de Anida, en el que constaba el importe adeudado por aquel concepto.

5.- Todo ello conduce al perecimiento del motivo que, en consecuencia, desestimamos.

**SEXTO.-** *Recursos de casación. Formulación del único motivo.*

1.- También en este caso los recursos de Marenstrum y de la administración concursal, se formulan en términos coincidentes tanto en el precepto cuya infracción se denuncia, como en la jurisprudencia que se invoca y los argumentos de desarrollo del único motivo en que se articulan, por lo que, como se anticipó, los resolveremos conjuntamente.

2.- El único motivo de los recursos se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC, y se funda en la infracción del art. 89.2 de la Ley Concursal y de la jurisprudencia fijada en las sentencias de esta sala núm. 756/2013, de 11 de diciembre y 491/2009, de 29 de junio.

3.- En el desarrollo del motivo se argumenta, en síntesis, que el reconocimiento de un privilegio especial en el seno del concurso de acreedores sobre el importe sobrante de una ejecución hipotecaria extraconcursal infringe (i) el principio de la *par conditio creditorum* y conculca el art. 89.2., inciso segundo, LC, conforme al cual no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en dicha Ley; y (ii) vulnera también la doctrina jurisprudencial de las sentencias citadas que aplican el criterio del carácter excepcional y restrictivo de los privilegios concursales.

Procede desestimar el motivo por las razones que se exponen a continuación.

**SÉPTIMO.-** *El carácter preferente del crédito de los acreedores hipotecarios posteriores sobre el remanente resultante de la ejecución de una hipoteca anterior constituida sobre la misma finca. Doctrina jurisprudencial.*

1.- Los créditos incluidos en la lista de acreedores, a los efectos del concurso, se clasifican en privilegiados, ordinarios y subordinados, conforme al art. 89.1 LC. En su apartado 2 este mismo precepto, tras señalar que "los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor", añade un inciso final, que es la norma que los recurrentes consideran vulnerada, ordenando que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley".

Centrada la controversia en casación en determinar si el crédito preferente que se reconoce al acreedor hipotecario posterior sobre el eventual remanente resultante de la ejecución de una carga hipotecaria anterior, conforme a los arts. 672 y 692 LEC, puede ser calificado en el proceso concursal del deudor ejecutado como crédito con privilegio especial, conforme al art. 90.1 LC, sin vulnerar por ello el citado inciso final del art. 89.2 LC, la respuesta ha de ser positiva, según resulta de la fundamentación que sigue.

2.- Comenzaremos recordando que en el momento en que se declaró el concurso de Marenstrum (27 de noviembre de 2015) el procedimiento de ejecución hipotecaria instando por BBVA sobre la finca registral núm. NUM000, propiedad de aquella, por incumplimiento del préstamo hipotecario suscrito el 29 de febrero de 2008, había culminado ya el trámite de la celebración de la subasta. La subasta quedó desierta, por lo que BBVA, ejercitando la facultad concedida por el art. 671 LEC, solicitó la adjudicación a su favor de la finca por un importe superior al 50% del valor de tasación.

Tras dicha adjudicación, el remate fue cedido a favor de Anida, por el mismo precio de su adjudicación. Dicho precio fue de 1.569.538,56 euros, y se destinó al íntegro pago del crédito perseguido en dicha ejecución, que ascendía a un total de 883.845,06 euros de capital y 265.154 de intereses (en total, 1.151.999,06 euros). Siendo,





en consecuencia, superior el precio de adjudicación al total de lo adeudado resultó un remanente que, tras la liquidación de intereses y costas, quedó fijado en 310.918,74 euros.

**3.-** Una de las hipotecas posteriores a la ejecutada fue la constituida en garantía de la cuenta de crédito formalizada entre BBVA y Marenostum en fecha 29 de febrero de 2008. Dicha cuenta fue cerrada y liquidada en fecha 28 de junio de 2011, arrojando un saldo total adeudado de 510.666,94 euros. Deuda que desde tal fecha era una obligación líquida, vencida y exigible.

**4.-** En el momento en que se declaró el concurso de Marenostum el procedimiento de ejecución hipotecaria estaba pendiente del trámite de determinación del destino del sobrante del precio de adjudicación. BBVA reclama el reconocimiento de su derecho preferente, como crédito con privilegio especial ( art. 90.1.1º LC), a cobrar la deuda derivada de la citada cuenta de crédito garantizada con una hipoteca inscrita, de rango registral posterior al de la hipoteca ejecutada pero anterior y preferente a los derechos inscritos o anotados de los otros acreedores posteriores concurrentes. Esa preferencia, fuera del concurso, se rige por los arts. 672 y 692 LEC.

**5.-** Dispone el art. 692.1, de forma concordante con el art. 672 LEC:

"1. El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado.

De esta regulación resulta que el remanente, si lo hubiere, del precio del remate del bien ejecutado, después de pagado el ejecutante hasta el límite de la respectiva cobertura hipotecaria ( art. 132.3 LH), ha de ser objeto de depósito a disposición, en la medida en que quede remanente suficiente (remanente del remanente), en primer lugar, de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el mismo bien hipotecado, por su orden.

**6.-** Ahora se trata de determinar si esa misma preferencia de los acreedores hipotecarios posteriores a la hipoteca ejecutada (en este caso BBVA titular de la hipoteca ejecutada y de otras dos de rango registral preferente al de los otros acreedores concurrentes con derechos inscritos o anotados sobre la misma finca) puede mantenerse en sede concursal, por la vía de su calificación como crédito singularmente privilegiado, en aplicación del art. 90.1.1º LC, conforme al cual "1. Son créditos con privilegio especial: 1.º Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados".

Lo niegan los recurrentes con el argumento central de que una vez procede la cancelación de la hipoteca posterior por ejecución de la anterior, en virtud del principio de purga de las cargas posteriores, y la transmisión de la finca ejecutada a un tercero distinto del deudor concursado, el eventual crédito de los acreedores hipotecarios sobre el sobrante del precio del remate no puede ser calificado como crédito con privilegio especial al faltarle la garantía real, que se ha extinguido.

**7.-** La cuestión planteada encuentra respuesta, tras alguna vacilación, en una doctrina jurisprudencial ya consolidada y cuyos criterios, fijados durante la vigencia de la LEC de 1888, han venido a ser confirmados por los preceptos de la LEC de 2000 antes reseñados.

Son relevantes en tal sentido las sentencias de esta Sala 521/1992, de 1 de junio, 939/2003, de 15 de octubre, 23 de julio de 2004 y 854/2006, de 22 de septiembre, en las que se concluye que la ejecución hipotecaria comporta que, si bien las cargas y gravámenes posteriores a la que da lugar a la ejecución dejan de afectar al bien realizado, pasan a recaer directamente sobre el sobrante del precio de remate manteniendo su respectiva preferencia como créditos con garantía real al amparo del art. 1923.3 CC.

En definitiva, la existencia de inscripciones de hipoteca posteriores a la ejecutada determina que el sobrante deba quedar depositado precisamente a disposición de los titulares de esos asientos posteriores, preferencia que vendrá dada, según la regla general, por el orden de acceso de las mismas al Registro ( sentencia 880/2004, de 23 de julio).

Desaparecida la finca como objeto de garantía, ésta se proyecta sobre el resto de su valor, es decir, sobre el sobrante, de tal modo que las normas referentes a la preferencia sobre el valor de la finca, pasan a regir la distribución del sobrante como resto y parte de aquel valor. Las medidas de aseguramiento de esa preferencia, garantizando la efectividad de la vinculación del remanente mediante su depósito o consignación judicial, es una expresión más de la "sujeción" que sobre su objeto genera la hipoteca ex art. 1.876 CC. A tal garantía quedará subordinada la cancelación registral de la hipoteca ( art. 132.4 LH).



**OCTAVO.-** Decisión de la sala. El carácter privilegiado del crédito del acreedor hipotecario posterior sobre el remanente resultante de la ejecución de una hipoteca anterior constituida sobre la misma finca en el concurso del deudor ejecutado.

1.- La doctrina jurisprudencial que acabamos de exponer determina la respuesta desestimatoria del recurso. No se trata tanto de afirmar una extrapolación de la misma a un supuesto diferente (calificación de créditos concursales *versus* determinación de preferencias credituales en tercerías de mejor derecho), como de advertir que el fundamento que condiciona aquella calificación o esta preferencia es el mismo: el carácter de acreedor con garantía real del acreedor hipotecario posterior sobre el sobrante que deja la ejecución de la hipoteca preferente. Resuelta esta cuestión en sentido positivo, la subsunción del crédito controvertido en el ámbito del art. 90.1.1º LC es innegable.

2.- Ciertamente la hipoteca no se limita a la mera atribución de preferencia al crédito garantizado, pues aparece configurada legalmente como un derecho real en cuya virtud se sujeta *erga omnes* y de forma directa e inmediata un determinado bien, del propio deudor o de un tercero, a la garantía del pago de una deuda ( arts. 1.863 y ss CC y 104 LH). La constitución de tales garantías implica un acto de disposición ( art. 1.857.3 CC) por el que se transmite al acreedor garantizado un derecho de realización separada del bien afecto, así como un derecho al cobro de su crédito - hasta el límite garantizado - con cargo al precio obtenido en esa realización, siendo la primera de tales facultades (*ius vendendi*) esencial pero funcionalmente instrumental de la segunda (cobro del crédito), dado que se trata de un derecho esencialmente de garantía de la obligación asegurada ( art. 1.858 CC). Como declaramos en la sentencia 606/1997, de 3 de julio: "en el negocio jurídico de constitución de hipoteca, la causa es la creación de un derecho real con la función de garantía de una obligación [...]". La causa típica del contrato de hipoteca consiste esencialmente en el aseguramiento de una obligación ( sentencia 463/2019, de 11 de septiembre).

Se trata de derecho de naturaleza real que pasa a integrar el patrimonio del acreedor garantizado y que, en consecuencia, no podrá ser ya menoscabado por la actuación posterior del constituyente, sea esta dispositiva o de endeudamiento. El dominio del bien hipotecado permanece en el patrimonio del constituyente, pero - como señaló la resolución DGRN de 28 de junio de 2005 - con la restricción en su contenido jurídico que implica el derecho real constituido, en cuya virtud la afección genérica de ese bien al pago de las deudas de su titular - inherente al principio de responsabilidad patrimonial universal - se operará sin perjuicio de su específica vinculación a favor del crédito garantizado hipotecariamente.

3.- Lo que sí afectan al acreedor hipotecario son los actos dispositivos que en forma de gravámenes hipotecarios anteriores haya constituido previamente el dueño del bien hipotecado. El art. 107.3 LH establece que también pueden hipotecarse "los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar".

En la redacción originaria del precepto aparecía un inciso final conforme al cual tal posibilidad se condicionaba a que "quede a salvo la prelación que tuviere para cobrar su crédito aquel a cuyo favor esté constituida la primera hipoteca". En la evolución legislativa del precepto desapareció tal inciso acogiendo el criterio doctrinal mayoritario que lo había considerado innecesario, pues tal prelación resulta de la propia publicidad del sistema registral, como ya explicara la exposición de motivos de la LH de 1861: la preferencia del acreedor hipotecario más antiguo sobre el más moderno se justifica como una consecuencia lógica del sistema de publicidad; en él, el segundo acreedor conoce el derecho adquirido antes por otro; sabe que este ha de serle antepuesto; contrata con pleno conocimiento de la extensión de sus derechos y de los demás que puedan concurrir a participar en su día del valor de la finca hipotecada.

Esta última idea condensa la esencia de la cuestión: la concurrencia de varios derechos de hipoteca sobre la finca transmuta, llegado el caso de la ejecución de una hipoteca preferente, en una concurrencia en la participación en el valor líquido de la finca hipotecada obtenido en la subasta.

Por ello la realización del valor del bien gravado instada por el titular de una hipoteca anterior, impide el ejercicio de una nueva ejecución por parte del acreedor hipotecario posterior (desaparece su *ius vendendi*), pero no el derecho de cobro de su crédito, en la medida a que alcance su garantía, esto es, sobre el valor remanente que le corresponda en función de su cuantía y rango registral, siendo tal derecho de cobro el que está directamente vinculado con la causa de la hipoteca. Por tanto, desde un punto de vista económico la eficacia de las hipotecas posteriores estará determinada por la medida en que los gravámenes precedentes consuman el valor del bien hipotecado.

4.- En realidad, al titular de una hipoteca posterior le corresponden los mismos derechos que al titular de la hipoteca preferente, en cuanto a extensión objetiva del gravamen, posibilidad de ejercitar, en su caso, la acción de devastación, facultades derivadas del sistema de prioridad (como hipoteca preferente frente a otras posteriores), adquirir el rango de las hipotecas preferentes cuando estás desaparezcan por causa distinta de



su ejecución, realización de valor del bien hipotecado en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, etc.

Ahora bien, la efectividad de su garantía está condicionada por su rango registral, de forma que llegado el caso de su ejecución, el rango determina un doble efecto: (i) subsistencia de las hipotecas y cargas previas ( arts. 657, 668.2 y 670.5 LEC) y (ii) purga o cancelación de las posteriores ( art. 674 LEC).

A estos efectos, conviene distinguir básicamente dos situaciones, según que sea el acreedor hipotecario posterior o el preferente el que inste la ejecución hipotecaria. En el supuesto de ejecutarse la hipoteca preferente (como ha sucedido en el caso de la litis), además de los derechos que le correspondan al posterior en cuanto a ser notificado de la existencia de aquella ejecución, intervenir, en su caso, en el avalúo de los bienes y en la subasta o la facultad subrogarse por pago en el derecho de aquél ( arts. 689 y 659.3 LEC), la consecuencia esencial para el acreedor hipotecario posterior es la mutación objetiva de su garantía como consecuencia de un doble efecto paralelo: (i) la transmisión al adjudicatario de la finca libre de cargas posteriores ( art. 674 LEC y 175.2 RH), y (ii) la consignación de la cantidad que, después de satisfecho el crédito del acreedor preferente, haya sobrado del precio obtenido en el remate (remanente) y que servirá para pagar el crédito del acreedor posterior, en los términos antes analizados ( arts. 672 y 692 LEC).

**5.-** Esa mutación objetiva se produce mediante un mecanismo de subrogación real, de forma que el objeto de la garantía se desplaza de la finca hipotecada al sobrante del precio del remate. En este sentido la purga derivada de la ejecución de la hipoteca precedente no destruye todos los efectos de la hipoteca, ni altera la preferencia de cobro que ésta atribuye. Ya nos hemos referido a este último extremo. Interesa ahora destacar el hecho de que aun desaparecida la finca como objeto de la garantía, ésta sigue siendo identificable o reconocible institucionalmente como una garantía hipotecaria, pues no se desvirtúa su naturaleza ya que, conforme a la causa de la hipoteca (garantía de la obligación), su eficacia se consuma mediante el cobro del crédito, hasta el límite al que alcanza la misma garantía (reducida al sobrante).

La hipoteca atribuye a su titular la facultad de realización de valor, acción de monetización o conversión en dinero la finca gravada, y la de preferencia que le permite cobrar con cargo al precio obtenido, subordinada únicamente a la prioridad de las cargas preferentes. Si la monetización ya ha tenido lugar en otra ejecución preferente, ello excluye, por su propia naturaleza y por innecesaria, la facultad del *ius vendendi*, pero no elimina la preferencia de cobro del acreedor hipotecario posterior. Privarle de ello abrogaría la esencia de su derecho de garantía.

Como ha destacado la doctrina, la adjudicación de la finca mediante la ejecución hipotecaria la libra respecto del rematante no sólo de la hipoteca del ejecutante, sino también de las posteriores, como consecuencia de la naturaleza institucional de la hipoteca porque siendo ésta un derecho de realización de valor, cuando en la fase ejecutiva se procede a extraer el valor en cambio de la cosa hipotecada, ésta queda representada por el precio obtenido en la subasta, el cual es destinado al pago ordenado no sólo de la hipoteca ejecutada, sino también de todas las posteriores, hasta donde alcance. El sobrante, después de pagado el ejecutante, se mantiene afecto al pago de los créditos garantizados con las hipotecas posteriores y sustraído a la acción de los titulares de crédito sin preferencia alguna, en los mismos términos en que lo estaba la finca.

**6.-** Ese mecanismo de subrogación real, lejos de desvirtuar o ser incompatible con la verdadera naturaleza de la hipoteca, está presente en distintos preceptos y situaciones hipotecarias, determinando el valor líquido del bien hipotecado como parte de su ámbito o extensión objetiva. Un ejemplo notorio de ello es el art. 1877 CC conforme al cual "la hipoteca se extiende [...] al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, o en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, con las declaraciones [...]". Expropiación que también provoca la cancelación de las cargas existentes sobre la finca, incluida las hipotecarias ( arts. 8 de la Ley de Expropiación Forzosa y 32.5 RH).

En el mismo sentido se pronuncia el art. 109 LH. El art. 110.2 LH precisa que "si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil". Se trata de indemnizaciones (compensación económica) a las que "se extiende" la hipoteca, sin necesidad de pacto, extensión que se produce en virtud del referido mecanismo de la subrogación real.

**7.-** Como se ha señalado en la doctrina, los supuestos de subrogación real en la hipoteca se pueden clasificar en dos grandes grupos: (i) aquellos en que la hipoteca pasa a recaer sobre otra finca nueva o de reemplazo, que sustituye al inmueble anteriormente hipotecado en virtud del correspondiente expediente administrativo (concentración parcelaria, reparcelación o compensación urbanística), o por materialización de un derecho de aprovechamiento urbanístico; en estos casos la aplicación de la figura de la subrogación real es plena; y (ii)



aquellos otros casos en que el bien hipotecado no es sustituido por otro inmueble, sino por una cantidad en metálico que cumple la misma función de garantía del pago de la obligación principal. Es también un supuesto de subrogación real, en el que la garantía inmobiliaria se ve sustituida no por otro inmueble, sino por un depósito o consignación de la cantidad.

A este segundo grupo, al que pertenecen las indemnizaciones de los arts. 1877 CC y 109 y 110 LH, se adscriben también los casos de las reglas tercera y cuarta del art. 175 RH, relativas a: (i) hipotecas sobre concesiones administrativas de obras públicas: se cancelan en caso de resolución del derecho del concesionario, pero previa consignación del importe de las indemnizaciones que haya de percibir el concesionario "para atender al pago de los créditos hipotecarios inscritos"; y (ii) las hipotecas sobre hipotecas (subhipoteca): se cancelan en caso de resolución del derecho del subhipotecante, pero también previa "consignación de la cantidad asegurada por la subhipoteca".

Y a este mismo grupo pertenece la subrogación real que se desprende de la regulación de los arts. 672 y 692 LEC, en los términos ya analizados. En definitiva, como declaró la sentencia de esta sala de 854/2006, de 22 de septiembre, la culminación de la ejecución hipotecaria no implica necesariamente la extinción de las cargas y gravámenes posteriores y no preferentes a la de actor, pues, si bien estos dejan de afectar al bien realizado, pasan a recaer directamente sobre el exceso del precio de remate respecto al crédito hipotecario.

La transformación objetiva de estas cargas justifica la cancelación de sus respectivos asientos registrales, pero la debida protección a los derechos inscritos impone que no sean cancelados en tanto no se hayan adoptado en el proceso correspondiente, las precauciones convenientes a fin de asegurar la efectividad de la vinculación del remanente, mediante su consignación a disposición de los titulares de las cargas y gravámenes posteriores y no preferentes. Como señaló la misma sentencia, las dudas que generó sobre este extremo la redacción imprecisa en algún punto de la regla 16ª del antiguo art. 131 LH, quedaron despejadas con la nueva regulación de la materia en los arts. 672 y 692 LEC, en los términos analizados "supra".

**8.-** La Ley Concursal es plenamente armónica con la regulación y doctrina expuestas. No sólo porque no se aparta del concepto de "crédito garantizado con hipoteca" procedente del propio derecho civil e hipotecario, y reconoce la especial vinculación o afección de determinados bienes que genera ( art. 89.1 y 90.1.1º LC), sino también porque: a) se respeta la preferencia de cobro de los créditos hipotecarios como créditos con privilegio especial ( art. 155.1 LC); b) restringe el privilegio del crédito a la parte que queda cubierta por la garantía ( art. 90.3 LC); c) el resto "será calificado según su naturaleza"; d) respeta el orden de preferencia de las distintas garantías que recaigan sobre un mismo bien a efectos de determinar el "valor de la garantía" ( art. 94.5 LC); y e) en caso de concurrencia de varias hipotecas, y para el supuesto de enajenación dentro del concurso de bienes hipotecados, sin subsistencia del gravamen, al fijar el destino del precio obtenido en la enajenación respeta también el orden de preferencia entre los distintos gravámenes conforme al principio de prioridad registral que determina su rango: "si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros" ( art. 155.3 LC).

En consecuencia, no se vulnera la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta sala núm. 756/2013, de 11 de diciembre y 491/2009, de 29 de junio, que se refieren a materias ajenas a la que son objeto de la presente litis. La primera versaba sobre la calificación de créditos tributarios y, en particular, sobre la forma de realizar el cómputo de los créditos a la hacienda pública a que se refiere el art. 91.4 LC, y la segunda sobre la acción del subcontratista contra el dueño de la obra con base en el art. 1597 CC, que no se haya hecho efectiva antes del concurso del contratista. En todo caso las menciones que hacen tales sentencias al principio de universalidad de las masas activa y pasiva, se hacen sin perjuicio del reconocimiento de las excepciones expresamente contempladas en la propia LC, como sucede en el caso de los créditos dotados de privilegio especial conforme al art. 90.1.1º de la misma Ley.

**9.-** Así lo ha entendido la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, que es plenamente conforme con la doctrina jurisprudencial expuesta, y que acierta también cuando restringe el privilegio que reconoce (sin extenderlo a la totalidad de la deuda) exclusivamente a la cantidad remanente de la ejecución de la hipoteca preferente, esto es, 310.918,74 euros, pues hasta esa cifra, y solo hasta ella, alcanza el valor de la garantía una vez realizado el valor del inmueble y absorbido el resto de dicho valor con el pago del crédito de la hipoteca preferente. El resto del crédito garantizado por esa segunda hipoteca carecerá, por tanto, de privilegio especial en su calificación concursal. Sentencia que, en consecuencia, confirmamos al desestimar los recursos.

**NOVENO.** *Costas y depósitos.*

**1.** Desestimados los recursos extraordinarios por infracción procesal y los recursos de casación, imponemos a los recurrentes las costas generadas con sus recursos ( art. 398.1 LEC).



2. Se acuerda la pérdida de los depósitos constituidos para interponer los recursos extraordinarios de infracción procesal y casación, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y los recursos de casación interpuestos por Marenostrom Open Group S.L. y por su Administración concursal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) de 16 de junio de 2017 (rollo 86 -M-32/17) que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 20 de diciembre de 2016.

2.º Imponer a los recurrentes las costas generadas con sus recursos, con pérdida de los depósitos constituidos para interponer tales recursos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS