

# La ejecución de la hipoteca constituida *a non domino*. La tercería de dominio y el procedimiento declarativo\*

## *The foreclosure of a mortgage constituted by a non owner. So-called «tercería de dominio» and declarative procedure*

por

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA  
*Catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla*

**RESUMEN:** Se analizan en el presente trabajo los medios procesales de defensa que puede utilizar en Derecho español el verdadero titular de un bien que considere que la hipoteca constituida sobre el mismo no reúne el requisito del artículo 1857.2 del Código Civil, por haberla pactado un no titular. En

---

\* El presente estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Sujetos e instrumentos del tráfico privado (VII): Mercado inmobiliario y crisis económica* (DER 2015-66043-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. Una versión reducida del mismo fue objeto de una ponencia presentada en un Congreso internacional celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia los días 16 y 17 de junio de 2016, y ha sido publicada bajo el título «Consideraciones acerca de la tercería de dominio y el procedimiento declarativo en el supuesto de la hipoteca constituida *a non domino*», en *El proceso civil ante el nuevo reto de un nuevo panorama socioeconómico* [G. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN y J. SIGÜENZA LÓPEZ (dirs.)], Cizur Menor (Navarra), 2017 (en prensa).

definitiva, se examinan tanto la tercería de dominio como el procedimiento declarativo a los que se refieren los artículos 696 y 698 LEC en sus requisitos, objeto y efectos; todo ello a la luz de los principios constitucionales. Se plantean finalmente unas conclusiones *de lege ferenda* encaminadas a la mejora del sistema.

*ABSTRACT: This paper analyses the procedural means of defence that Spanish law provides to the true holder of real property, in those cases in which he considers that the mortgage constituted on the latter belongs to a third party, breaching therefore the requirement of article 1857.2 of the Spanish Civil Code. In short, the so-called «tercería de dominio» (remedy provided to the holder of property rights that are subject to an enforcement proceeding for debts of a third party) and the declaratory procedure referred to in articles 696 and 698 of the Spanish Civil Procedure Act are analysed, particularly regarding its requirements, object and effects; all in the light of the Spanish constitutional principles. Finally, some lege ferenda conclusions are presented, aimed at improving the system*

**PALABRAS CLAVE:** Tercería de dominio en la ejecución hipotecaria. Acción de nulidad de la hipoteca y su anotación preventiva.

**KEY WORDS:** *The so-called «tercería de dominio» in foreclosure proceedings. Invalidity action of the mortgage and its preventive annotation in the Land Registry.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA FALTA DE TITULARIDAD DEL HIPOTECANTE Y SU INFLUENCIA EN LA HIPOTECA Y EN SU EJECUCIÓN: 1. ACERCAMIENTO AL TEMA. 2. LOS PRINCIPIOS NORMATIVOS ACERCA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA. 3. PROCESO DE EJECUCIÓN Y DEFENSA DEL PROPIETARIO DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.—II. LA RESPUESTA DEL SISTEMA PROCESAL A LA FALTA DE TITULARIDAD DEL HIPOTECANTE: 1. LA REGULACIÓN DE LA TERCERÍA DE DOMINIO Y DE LAS ACCIONES DE NULIDAD DE LA HIPOTECA. 2. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE NULIDAD DE LA HIPOTECA Y EL PROBLEMA ESPECÍFICO DE SU CANCELACIÓN.—III. CONCLUSIONES DE *LEGE FERENDA*.—JURISPRUDENCIA CITADA.—BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA FALTA DE TITULARIDAD DEL HIPOTECANTE Y SU INFLUENCIA EN LA HIPOTECA Y EN SU EJECUCIÓN

### 1. ACERCAMIENTO AL TEMA

La crisis económica padecida en estos años ha revelado que los principios reguladores de la hipoteca que se habían plasmado en el ordenamiento civil y procesal de España pusieron en exceso el acento en la protección de una de las partes, lo que se ha manifestado perjudicial sobre todo en las relaciones jurídicas entre los sectores más vulnerables y las grandes entidades financieras. Esta realidad convoca, a los juristas, a repensar una nueva forma de plantear estas relaciones, en particular en su dimensión jurisdiccional, que logre restablecer el equilibrio perdido. Sería esta una forma de compensar las omisiones en las que en el pasado haya podido incurrir la doctrina, al no denunciar, o no hacerlo con la suficiente energía, los posibles inconvenientes del sistema, tal como se había concretado en el ordenamiento jurídico.

La ejecución hipotecaria reuniría a nuestro juicio las características necesarias para ser objeto de profundización. En efecto, la utilización de la hipoteca en los últimos decenios ha experimentado un crecimiento enorme, que no ha ido acompañada, más que en tiempos muy recientes, de la efectiva preocupación del legislador por proteger al consumidor, o más en general, a la parte débil de dicho contrato que es el deudor, frente al acreedor profesional. Ciertamente una relación jurídica de garantía necesariamente está construida para favorecer al acreedor, y así debe ser, pero la cuestión sobre la que hay que reflexionar es si esa defensa se ha intensificando en exceso, tanto en la práctica como en la legislación<sup>1</sup>.

El proceso de ejecución hipotecaria debe disponer de mecanismos efectivos de defensa a disposición de quienes puedan suscitar algún conflicto relativo a la garantía o al crédito<sup>2</sup>. La temática más estudiada en los últimos tiempos ha sido siempre la protección del consumidor dentro de la hipoteca y en el momento de su ejecución; hemos elegido, en cambio, como objeto de la atención de estas páginas a un sujeto completamente diverso: el propietario del bien hipotecado que debiera defender su derecho frente a una hipoteca mal constituida por serlo *a non domino*. La razón de esta elección es que, a nuestro juicio, además de no haber merecido mucha atención reciente, la normativa que se aplica a este problema también necesitaría ser revisada en algunos aspectos que desarrollaremos porque se encuentra igualmente inclinada hacia una protección excesivamente intensa del acreedor hipotecario. La protección de este último frente a dichos terceros en cierta medida es lógica, por contar el acreedor hipotecario con la específica protección que le brinda el Registro de la Propiedad, pero quizá debe ser reequilibrada para otorgar a los terceros alguna oportunidad real de defensa.

Ya hemos utilizado la perspectiva subjetiva acabada de indicar (relaciones ejecutante/titulares) en una obra anterior, en la que reflexionamos sobre las necesidades de ajuste que la práctica revela como necesarias, tanto en la legislación como en su aplicación, en relación con la defensa de los derechos reales en la ejecución singular<sup>3</sup>. Se trata aquí de estudiar de un modo más breve esta misma problemática de la tercería de dominio pero en relación con la ejecución hipotecaria. Es verdad que nos vamos a encontrar con un campo de estudio aparentemente mucho menos fecundo en la ejecución hipotecaria que en la ordinaria, si evaluáramos las cosas solamente a la luz del número de resoluciones jurisdiccionales que recaen sobre la tercería de dominio tanto en una como en otra. La razón para esta numéricamente divergente litigiosidad nos parece clara: en la ejecución singular la pertenencia del bien al ejecutado se puede fundamentar en variados indicios y signos externos de los que razonablemente se deduzca aquella (cfr. art. 593.1 LEC); mientras que en la garantía hipotecaria dicha pertenencia se ha de basar necesariamente en un título inscrito en el Registro de la Propiedad a favor del hipotecante. Además, este último ha constituido expresamente la hipoteca mediante su consentimiento contractual. Teniendo en cuenta todo esto es obvio que fundamentar una ejecución sobre una titularidad equivocada va a ser mucho más habitual en la ejecución ordinaria, en la que los indicios de la misma pueden ser más débiles y ni siquiera habrá sido necesario que el ejecutado señale el bien como de su pertenencia, que en la ejecución hipotecaria. En efecto, no resultaría frecuente en esta última, aunque sí posible, que el hipotecante no sea el titular del inmueble, pero que haya contado con la inscripción registral a su favor de la que además se ha aprovechado para constituir la garantía. No obstante, la posibilidad de que la hipoteca no se constituya correctamente, por poco frecuente que sea en la práctica, no por ello va a ser un problema menos trascendente ni sugestivo, ni menos necesitado de revisión bajo la perspectiva general arriba indicada (el equilibrio de armas entre los diversos sujetos implicados). Apoya la importancia de la materia, su inserción dentro de las causas de oposición y suspensión de la ejecución hipotecaria, estas sí de rabiosa actualidad, por las razones de todos conocidas, que han llevado al replanteamiento de muchos de los criterios tradicionales sobre las mismas.

Al hilo de esta última consideración, debemos observar que no nos parece buen enfoque el que está utilizando en estos años nuestro legislador; en efecto, las reformas más recientes en esta materia se han impulsado por la necesidad de dar respuesta a unas u otras decisiones de la jurisprudencia (sea europea o sea española); lo que ha venido a suponer que en nuestro ámbito se introduzcan o revisen solamente algunas de las causas de oposición a la ejecución, precisamente las afectadas directamente por esas resoluciones, sin reflexionar sobre el conjunto normativo representado por la figura de la suspensión del procedimiento de ejecución; ello ha terminado conduciendo a un tratamiento

fragmentario de los problemas, y ha producido desequilibrios en el sistema, que no resultan justificables, al menos en nuestra opinión<sup>4</sup>. Pondremos aquí de manifiesto cómo ello ha conducido a seguir manteniendo en un cierto olvido la situación del *verus dominus* que ha visto constituida una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad, por parte de quien ha podido contar para ello con un asiento registral que resulta inexacto.

En estas páginas, por tanto, analizaremos la eventualidad de que el constituyente de la hipoteca no fuera propietario de la cosa, como exige el artículo 1857.2 del Código Civil; una situación que, cuando se presenta, por lo general va a impedir que el derecho real de hipoteca haya nacido y, por consiguiente, debiera también impedir su ejecución (como consecuencia necesariamente ligada a la existencia del derecho real de hipoteca). Pero, pese a ello, como existe una apariencia de hipoteca válidamente constituida, se haría necesario, para que ello fuera así en la práctica, que el verdadero titular tomara la iniciativa ejercitando alguna acción judicial que desvirtúe dicha apariencia e impida efectivamente la ejecución, si es que llegara a tiempo para ello.

¿Cuáles son estas posibles acciones que debe o puede emplear el titular de la cosa hipotecada? Hay que distinguir en función de si la ejecución de la hipoteca se ha iniciado o no. Si esta última no ha comenzado, será preciso accionar mediante una acción declarativa, no hay otra alternativa porque se trata de declarar la inexistencia del derecho real de hipoteca; en cambio, si la ejecución hipotecaria se hubiera puesto en marcha, y si atendemos a la configuración legal de la tercería de dominio que realiza el artículo 595 LEC, debiera ser precisamente esta la acción elegida, por ser la más adecuada a quien demuestra ser titular previo a la constitución de la hipoteca. No obstante, como es sabido, una norma especial (en concreto el art. 696 LEC) va a impedir su ejercicio en la mayoría de los casos, pues este mecanismo de la tercería de dominio está muy restrictivamente regulado para el caso de su ejercicio en la ejecución hipotecaria, con lo que necesitaríamos utilizar, también en este caso, un procedimiento declarativo ordinario. Salvo el supuesto de la tercería de dominio, que produce de suyo la suspensión de la ejecución, pero que es un remedio prácticamente excepcional en la ejecución hipotecaria (por expresa decisión legal, como hemos dicho), habrá que examinar qué efecto produce, o debiera producir, sobre la hipoteca y su ejecución la pendencia de un procedimiento declarativo que versara precisamente sobre la existencia o no de la hipoteca, que resulta ser un presupuesto necesario para dicha ejecución. De entrada, ya sabemos que este efecto no será la suspensión de la ejecución, por expresa decisión legal; pero alguna eficacia habrá de tener este procedimiento ante la importancia del debate que pende en el mismo; que, de suyo, tiene una virtualidad anulatoria de la hipoteca y, por tanto, de todo lo que esta puede llevar consigo, como su ejecución.

Como se puede advertir, los mecanismos de protección del propietario de la cosa hipotecada necesariamente se amplían, y no se reducen a la tercería de

dominio, como efecto de dos realidades ya mencionadas: primera, la existencia de la fase de seguridad de la hipoteca, en la que la tercería de dominio es, lógicamente, de imposible planteamiento; segunda, la restricción legal del ámbito de la tercería de dominio dentro de la ejecución hipotecaria, que hace que la misma resulte casi imposible de plantear. Ambas realidades conducen a que la vía procesal pertinente para la defensa del propietario en la mayoría de los casos no sea otra que un procedimiento declarativo, que no suspende la ejecución; este último criterio normativo, a su vez, nos lleva a reflexionar sobre cuáles serían los efectos de dicho procedimiento declarativo sobre el de ejecución. En principio esta eficacia no se produce en la esfera jurídica procesal, pues no hay suspensión de la ejecución; pero tampoco existe desde el punto de vista sustantivo una defensa legal a ultranza de la adquisición lograda en la subasta por el adjudicatario, aunque perjudicara al verdadero titular que no intervino en la constitución de la garantía. Juega en la hipoteca, a este respecto y a falta de una norma específica, simplemente el mismo criterio imperante en la ejecución ordinaria, que está recogido en el artículo 594 LEC, a tenor del cual, «*si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio [o en el caso de la ejecución hipotecaria, el procedimiento declarativo ordinario], no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva*». Lo que supone, en cuanto a este último efecto (adquisición irrevindicable del rematante o adjudicatario), obvio es decirlo, remitirse a las normas generales de la legislación civil, pues no existe un tratamiento diferenciado de las adquisiciones en la subasta, por lo que también en estas peculiares adquisiciones, la válida transmisión requiere que el transmitente sea titular (regla general), o que el adquirente quede amparado por alguna norma de protección de la apariencia (registral necesariamente, en el caso de los inmuebles).

Siendo así las cosas, si por expresa decisión legal no hay suspensión de la ejecución, los efectos sobre la misma de la interposición de un procedimiento declarativo que verse sobre la titularidad del bien hipotecado se moverán necesariamente en el ámbito fáctico, pese a la trascendencia jurídica del debate. ¿Cuáles podrán ser esos efectos y qué trascendencia tendrán? A nuestro juicio, desde luego serán efectos muy importantes e intensos, aunque sean diferentes en función de si los hipotéticos postores en la subasta conocen la existencia del litigio o no. En el primer supuesto pensamos que será prácticamente imposible que participen postores en la subasta, o en todo caso, se producirá una disminución del importe de las posturas (a causa de la incertidumbre sobre la adquisición del bien que el procedimiento declarativo manifiesta) y, por consiguiente, la adjudicación del bien al acreedor ejecutante será lo normal, con los problemas que comporta la valoración del inmueble a estos efectos por parte de la normativa<sup>5</sup>. En el segundo caso, es evidente que nada de esto sucederá

necesariamente, pues el litigio queda oculto para los posibles postores, pero se propiciaría legalmente un resultado poco deseable desde el punto de vista de la protección del *versus dominus*, pues en esas condiciones sería posible que se produjera una adquisición *a non domino* en la subasta. El problema, entonces, es determinar cuáles son las razones que han impedido el conocimiento de la existencia del procedimiento declarativo por parte de los postores; si esas razones son imputables al *versus dominus* (que, por ejemplo, no ha solicitado la anotación preventiva de su demanda); o lo son, por el contrario, al adjudicatario en la subasta, no sucederá nada diferente a lo que resulta del funcionamiento ordinario del Registro: la negligencia se imputará a su autor, que sufrirá las consecuencias. Ahora bien, si la falta de conocimiento obedeciera a la existencia de trabas normativas para dar viabilidad o publicidad al litigio, habría que justificar que estas restricciones son razonables, para mantenerlas, o no lo son, para eliminarlas del sistema. Habremos de tratar, por tanto, acerca de la publicidad del litigio.

No se debe olvidar, nos parece, a dónde puede terminar llevando finalmente la restricción legal que se impone a la tercería de dominio en la ejecución hipotecaria, combinada con los efectos en la misma de un procedimiento declarativo acerca de la invalidez de la hipoteca: o a la reseñada adquisición por el tercero de modo irreivindicable (tal como la denomina la LEC; en realidad una auténtica y definitiva adquisición *a non domino*), o a una adjudicación por el acreedor del bien hipotecado a un precio que será muy inferior al valor de mercado y que puede dejar subsistente buena parte de la deuda garantizada. Claro que, si bien la adquisición por el tercero sí será definitiva, la adjudicación por el acreedor nunca constituirá la última palabra, que dependerá de la resolución del litigio acerca de la propiedad del bien, pues obviamente esta declaración tendrá efectos sobre la adjudicación. En efecto, si el procedimiento declarativo trabado concluye afirmando que la hipoteca estuvo mal constituida, en principio habría que decir que no podrá tener eficacia la adquisición obtenida por el acreedor en la ejecución. Todo esto resulta bastante desconcertante, por no producir más que dilaciones y gastos inútiles, y lleva a preguntarse por las razones que explican esta particularidad del procedimiento de ejecución.

En nuestra opinión, si el sistema puede funcionar sin demasiadas fricciones prácticas es por la siguiente razón: como la hipoteca supone la constitución voluntaria de un derecho real, a diferencia de lo que sucede en el embargo derivado de la ejecución dineraria, habrá que tomar en consideración la posibilidad, frecuente incluso, de que el artículo 34 LH haya permitido superar el obstáculo de la falta de titularidad del hipotecante, y se haya producido una válida constitución de la hipoteca *a non domino*<sup>6</sup>. A partir de ahí se entiende que las trabas normativas existentes para que el tercero se defienda en los Tribunales no le privarán, en la mayoría de los casos, de ningún derecho subjetivo que subsista verdaderamente; pero esto no debe hacernos olvidar que

también puede suceder que no haya una hipoteca válida porque no concurren en el acreedor hipotecario los requisitos del artículo 34 LH y, en este caso, el tercero sí puede resultar gravemente perjudicado por la solución legal, que aquí mostraría todas sus carencias, ya que impide al *verus dominus* el acceso a la vía más rápida y directa para la defensa de su derecho (la tercería); y tampoco le garantiza siempre que un procedimiento declarativo le vaya a conducir al éxito. Naturalmente también puede ser que, sin válida constitución de la hipoteca (por carecer el acreedor de alguno de los requisitos del artículo 34 LH), sí se haya producido una adquisición en la subasta que sea inatacable. Aun en este supuesto, se debería analizar si no ha sido la legislación la que ha propiciado este último efecto, dificultando al verdadero propietario la defensa de su derecho.

Cualquiera aprecia que la importancia teórica y práctica del conflicto objeto de estas páginas es altísima: se dan cita en él unos aspectos meramente civiles, otros relativos a la publicidad registral, y, finalmente, otros puramente procesales; todos los cuales presentan una dificultad dogmática indudables<sup>7</sup>, que se acrecientan exponencialmente cuando se combinan entre sí. Chocan en concreto, en este punto, la protección del crédito garantizado con hipoteca, con la defensa de los derechos reales objeto de la garantía; y se deben coordinar para solucionar el presente conflicto principios tan centrales como el mecanismo de transmisión y constitución de los derechos reales, el papel en dicho mecanismo de la publicidad registral (meramente publicadora y no constitutiva), la protección registral de los adquirentes (art. 34 LH), así como las características propias de la ejecución hipotecaria, que es un procedimiento con limitadas posibilidades de suspensión, lo que se manifiesta, precisamente, en el tratamiento legal de la tercería de dominio que atiende a muy pocos supuestos en que existe una titularidad que haya impedido la válida constitución de la hipoteca, pero no a todos ellos<sup>8</sup>. Finalmente, será preciso tener presente, asimismo, el régimen de la anotación preventiva de la demanda acerca de un procedimiento declarativo en el que se discute sobre la válida constitución de la hipoteca. En concreto: el significado de la misma anotación para el procedimiento de ejecución, así como su posible cancelación como efecto de la adjudicación. Sobre toda la materia, sobrevuela además, la necesidad de respetar la doctrina constitucional acerca de la congruencia constitucional del proceso de ejecución hipotecario. A tenor de dicha doctrina se debería garantizar, dentro de la misma ejecución, o a través de un procedimiento declarativo diferente, la efectiva defensa judicial de los derechos subjetivos de todos los interesados, entre los que se debe contar, señaladamente, el derecho de propiedad del *verus dominus*, del que estamos tratando aquí.

Y frente a la importancia del problema, destacan las discrepancias entre las diferentes concepciones y explicaciones doctrinales, que son enormes, por partir de visiones de las instituciones que están en juego que resultan contradictorias y, a veces, parecen poco ponderadas y escasamente sensibles tanto a



las necesidades de la práctica como al valor de los principios implicados. Bajo ese mismo punto de vista principal, habrá que examinar la práctica manifestada tanto en la jurisprudencia como en la doctrina oficial de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Es verdad, que en descargo de la doctrina y de la jurisprudencia, debería tenerse en cuenta la dificultad interpretativa de algunas de las normas objeto de estudio, así como la inercia en la aceptación de una inteligencia de las mismas que ha sido recibida de la tradición doctrinal y jurisprudencial. Pero la necesidad de clarificar y dar razones coherentes son cometidos propios de la tarea académica de los que no se puede abdicar; en este tema se impone como una tarea difícil, por las razones que acabamos de apuntar, pero que resulta imprescindible para lograr una armónica, justa y previsible aplicación de la ley, sin imponer a ningún sujeto más que aquellos sacrificios que se encuentren sólidamente fundamentados en el sistema. Naturalmente, también se precisa que la ciencia jurídica dote al legislador de elementos que puedan servir de inspiración para la mejora de los criterios legales, cuando estos se hayan mostrado inadecuados.

## 2. LOS PRINCIPIOS NORMATIVOS ACERCA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA

En primer lugar procede aclarar el sentido del artículo 1857.2 del Código Civil que establece, como requisito esencial del contrato de hipoteca, que la cosa objeto de la misma debe pertenecer en propiedad a quien la da en garantía; requisito que resulta curioso a algún autor, pues en su opinión estaríamos ante una exigencia que no existe ni siquiera en el contrato de compraventa<sup>9</sup>. Para salir de la perplejidad sería necesario, con la mejor doctrina, o bien corregir la literalidad de la norma y decir que la falta de titularidad no afecta a la validez del contrato, sino a la constitución del derecho real de garantía (y entonces ya no existe la incoherencia reseñada); o, bien, según otra opinión, entender que el precepto indicado obedecería a que en la sistemática legal el contrato de hipoteca es un negocio directamente dispositivo, o real *quoad effectum*, que por tanto no requiere «modo» alguno para transmitir o constituir el derecho real, a diferencia de lo que sucede en la compraventa, con lo que la lógica del requisito legal se basaría más bien en el principio *nemo dat quod non habet*<sup>10</sup>.

Esto conecta, en segundo lugar, con el importante significado que el artículo 34 LH puede alcanzar en una hipótesis en la que falte la requerida titularidad en el hipotecante. Al respecto nos parece que habrá que decir que el tercero protegido al que la norma se refiere naturalmente puede ser el acreedor hipotecario, que efectivamente es adquirente de un derecho real, de garantía en este caso<sup>11</sup>. Lo que vale en nuestro sistema para la transmisión de la propiedad, vale también para la adquisición de las garantías reales<sup>12</sup>. Pero es necesario recordar que la protección efectiva que pueda alcanzar un concreto acreedor hipotecario

se encuentra asimismo sometida a la concurrencia en el supuesto de varios elementos que no siempre se darán en el caso de que se trate<sup>13</sup>. Naturalmente el mecanismo de formalización de la hipoteca en escritura pública y su posterior inscripción supone que «casi siempre» se cumplirán dos importantes requisitos necesarios para merecer la protección registral: adquirir el derecho de una persona que en el Registro aparezca con facultades para constituirlo<sup>14</sup>, y contar con la propia inscripción. Ahora bien, puede que no se reúnan alguno o varios de los siguientes: que el acreedor hipotecario sea de buena fe; que la garantía tenga causa onerosa; y que en el Registro no consten las posibles razones de la ineficacia o inestabilidad del derecho del hipotecante.

Todos estos elementos, necesarios para la protección, merecen un breve comentario, y debemos comenzar por el tercero, único sobre el que podemos encontrar cierta referencia normativa en nuestro ordenamiento. En concreto el artículo 107.9 LH establece que pueden hipotecarse los «*bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito*». Como se puede advertir, la hipoteca, en su efectividad o, por el contrario, en su extinción por la falta de titularidad del hipotecante, depende de la resolución del litigio existente sobre este trascendental dato; pendencia de la hipoteca que, por supuesto, acontecerá siempre que el acreedor sepa, o pueda saber, el carácter discutido de la titularidad del garante<sup>15</sup>. Al hilo del tratamiento doctrinal de este tipo de hipoteca se han hecho algunas interesantes afirmaciones, que explican la extensión y significado de la norma, tales como estas: que si no concurren los requisitos contemplados expresamente por el artículo 107.9 LH (anotación preventiva de demanda o declaración registrada de conocimiento del litigio), puede actuar a favor del acreedor de buena fe la protección del artículo 34 LH, subsistiendo entonces la hipoteca aunque el constituyente pierda el dominio en virtud del litigio que resulta desconocido para el acreedor<sup>16</sup>; o que sucede lo mismo, es decir la protección del acreedor prevista por este último precepto, si el pleito es posterior a la inscripción de la hipoteca y el acreedor ignoraba excusablemente el defecto en la titularidad del constituyente<sup>17</sup>. Pero de estas opiniones se deduce también, en sentido contrario, que no procederá la protección del acreedor, si conocía las dudas acerca de la titularidad, o si no se había producido una constitución de la hipoteca a título oneroso<sup>18</sup>, casos estos últimos en los que, coherentemente, pensamos que la hipoteca también debería asumir el carácter condicional o expectante (a las resultas de lo que se decida en el pleito declarativo acerca de la titularidad del bien) del que habla el artículo 107.9 LH.

Es llamativo, por cierto, que ni esta última norma ni su desarrollo procesal aclaren una cuestión trascendental a nuestros efectos: si en la situación de pendencia, es decir, en caso de duda acerca de si existe o no la hipoteca, es factible

o no la ejecución de la misma. La letra del precepto abogarí por excluirla, y a favor de esta solución se han aportado argumentos de peso, si bien no resultan por completo concluyentes. Se ha dicho, en primer lugar, que no parece que el régimen legal esté pensando en la necesidad de tasar el bien para la subasta teniendo en cuenta para su valoración el alea que el litigio sobre la propiedad supone, lo que llevaría a una valoración muy baja, y sobre todo no prevista en el sistema; en definitiva en esta solución el adjudicatario asumiría el riesgo de la adquisición; en segundo lugar, se ha añadido que exigir que el mejor postor abone desde luego el precio en el que la adjudicación se haya producido, contradice el régimen normal de la compraventa en aquellos supuestos en que se plantea inseguridad sobre la adquisición (cfr. art. 1502 del Código Civil); casos estos últimos en los que es legítima la suspensión del pago del precio, lo cual sería razonable aplicar al adjudicatario, quien desea recibir el bien a cambio del dinero, no el eventual derecho de crédito derivado de la evicción; en tercer lugar, se ha dicho finalmente que la solución de paralizar la ejecución ordinaria es la que procede cuando se plantea una tercería de dominio en la ejecución ordinaria (art. 595 LEC), lo cual vendría a ser un criterio general, aplicable por tanto a la ejecución hipotecaria<sup>19</sup>.

Las dos primeras razones resultan, a nuestro juicio, más sólidas y convincentes que la tercera, contra la que arguye el régimen especial de la ejecución hipotecaria (art. 696 LEC), en el cual las causas de suspensión de la ejecución son las tasadas expresamente por la ley. Incluso esas dos primeras razones, en realidad, a lo que conducen es a poner en cuestión que esta última solución vigente para la ejecución hipotecaria sea completamente coherente dentro del sistema, pues habría que tener previsto un mecanismo que la hiciera operativa y funcional, y ese mecanismo no existe. Es decir, el régimen legal habría de ocuparse de una serie de cuestiones para dar sentido a ese criterio; así, atribuir expresamente el riesgo que el litigio supone al adquirente en la subasta, introduciendo mecanismos adecuados de tasación de la cosa (lo que no se hace, y, por otra parte, consideramos indeseable que se hiciera), o bien asumir que la puja se hará a precios muy bajos o que no se producirá (tampoco nos parece una solución adecuada); o finalmente, habría de regular la materia de modo que, sin paralizar la subasta, se permitiera garantizar suficientemente el derecho de quienes participan en la misma sin contar con seguridad en cuanto a la adquisición, que pretenden, del bien ejecutado. Esto es, no sería conveniente, a nuestro parecer, dejar en la incertidumbre si la solución para el adjudicatario que perdiera la cosa subastada consiste en que reclame de un particular la devolución del precio que pagó al órgano encargado de la ejecución, o es otra cualquiera.

Si las cosas no se regulan ni bien ni mal, sino que simplemente se dejan en la oscuridad las reglas aplicables, como es el caso, llegamos a un resultado indeseable para la práctica de la subasta: es presumible que no vayan a existir postores, o que si existen lo sean a precios irrisorios, y, por tanto, lo habitual

será que el bien se vaya a adjudicar al acreedor por un valor muy alejado del real. ¿Es esto último lo que pretende el legislador? No lo podemos saber, pero en cambio sí podemos decir que el que se pueda esperar que haya quien participe en una subasta judicial cuando existe un litigio sobre la propia existencia de la hipoteca es una hipótesis puramente fantasiosa, a tenor de la indefinición del sistema legal acerca de las consecuencias que ello pueda tener. Obviamente el mecanismo para promover la participación de postores sería sencillo en los términos explicados antes: bastaría dar seguridad al régimen jurídico de una subasta en estas condiciones. Por una parte, aclarar si el rematante debe soportar el riesgo de su adquisición, o no es así; por otra, regular expresamente la posibilidad de que suspenda el pago del precio del remate; o que se prevea la retención por el órgano encargado de la ejecución de dicho precio, a disposición del adjudicatario hasta que se resuelva sobre el fondo; o, en otro caso, que se prevea que se pueda pedir al ejecutante una garantía suficiente de la eventual restitución del precio del remate que se le haya entregado, hasta que se dilucide el litigio, haciendo viable, de alguno de estos modos, deshacer las consecuencias de la subasta sin perjuicio para el adjudicatario del bien y sin descrédito de la institución misma de la subasta y de los órganos jurisdiccionales<sup>20</sup>.

Quizá estas reflexiones, que hemos realizado principalmente pensando en la hipoteca de bienes litigiosos, serían también extensibles al caso del que hablamos en estas páginas, y adecuadas para afrontar nuestro específico problema. En él no se ha producido una constitución de la hipoteca como litigiosa, sino que el litigio sobre la propiedad del bien hipotecado se plantea después de concertada la garantía. Pero la solución debería ser similar, por una sencilla razón: en este nuestro caso la situación del acreedor hipotecario que se demuestre en sede judicial que no resulta protegido por el artículo 34 LH resulta exactamente equiparable al acreedor hipotecario contemplado por el artículo 107.9 LH: será un acreedor al que la realidad extrarregistral le será oponible en cuanto conocida, en cuanto no cuente con un título oneroso que le proteja o, en fin, en la medida en que no merezca la específica protección registral. Naturalmente no podemos esperar que el legislador, que no se ha ocupado siquiera de definir el régimen de la hipoteca de un bien litigioso, pese a contemplarla expresamente, vaya a atender a nuestro problema, siendo así que a este no le presta una atención directa, sino a lo sumo, indirecta, como una posible incidencia de la ejecución o de sus consecuencias, que el mismo legislador quiere descartar a toda costa que la obstaculice.

Pero tenemos también la siguiente realidad, que es tozuda frente al voluntarismo legal: que el *verus dominus* puede haber intentado la tercería de dominio, y que entonces se habrá acordado la inadmisión de la misma por no contar el título de tercerista con los requisitos previstos en el artículo 696 LEC, pese a alegar un título de dominio previo a la constitución de la hipoteca<sup>21</sup>, o que quizá, frente a la letra de la norma, se haya admitido la demanda como sucede

en realidad no pocas veces, pero luego se hubiera desestimado por la falta de los referidos requisitos. Lo que resulta evidente en ambas situaciones, tanto al acreedor ejecutante como al órgano encargado de la ejecución, es la existencia de un tercero que pone en duda la válida constitución de la hipoteca, y que alega la existencia de un título de dominio (e incluso aporta la prueba del mismo), pese a que su pretensión se desestime a causa de que el cauce procedimental que ha utilizado no es el adecuado para vencer. Pero ello manifiesta ya, en cuanto a la hipoteca, el conocimiento de su situación de condicionalidad, que debería merecer una similar solución que la procedente en el caso del artículo 107.9 LH. Se podrá discutir si lo mejor es la suspensión de la subasta en tanto se clarifique la titularidad del bien, o, en su caso, la regulación precisa de las consecuencias que una subasta en estas condiciones deba producir.

Es obvio también que si, a partir de la inadmisión o desestimación de la tercería, se dedujera una demanda declarativa, y la misma constara en el Registro mediante una anotación preventiva, de nuevo estaríamos ante un dato que no se podrá ignorar tampoco por los posibles postores. Ciertamente, se podrá alegar a favor de no suspender la subasta que el sistema quiere dar al acreedor hipotecario el beneficio de la duda que el sistema registral le confiere, esto es, considerarlo protegido por el artículo 34 LH en tanto no se demuestre lo contrario. Pero, aun aceptando esta idea, nos encontraríamos en la necesidad de regular los aspectos de la subasta que anteriormente hemos mencionado, y, en cualquier caso, aun sin demanda ni anotación preventiva, la constancia del problema de titularidad que alcanza al órgano encargado de la ejecución al que se le ha alegado y aportado un título en la tercería (inadmitida o desestimada), le obligaría a publicar la existencia del mismo en el anuncio de la subasta, con lo que la exitosa prosecución de la misma queda de hecho comprometida.

En definitiva, en nuestra opinión si en lo sucesivo, de cara a una posible reforma del procedimiento de ejecución se quisiera conservar el criterio de la no suspensión establecido por el artículo 696 LEC, sería necesario aclarar legalmente qué supone proseguir la ejecución en una situación de incertidumbre sobre la validez de la hipoteca. Se podría distinguir en esa futura regulación entre la actual tercería de dominio suspensiva de la ejecución, y otras tercerías de dominio que solamente suspenderían en la ejecución el trámite final de pago por el rematante o de abono al ejecutante por parte del órgano encargado de la ejecución, o que exigirían al ejecutante prestar una garantía de su eventual restitución. Se aclararía así de un modo suficiente qué significa para la ley proseguir la ejecución, sin cargar las consecuencias de la incertidumbre jurídica al adjudicatario, y permitiendo, una vez se resuelva el litigio sobre la hipoteca, dar a lo obtenido en la subasta el destino adecuado en cada caso: o bien la devolución al adjudicatario, si la hipoteca fuera inválida; o bien, el pago al ejecutante, en otro caso<sup>22</sup>.

En segundo lugar, mencionábamos antes que el acreedor hipotecario podía considerarse tercero protegido por el artículo 34 LH; si dejamos de lado el caso de la doble inmatriculación, al que ya nos hemos referido, hay que analizar someramente algunos de los otros requisitos necesarios para esa protección. No es necesario explicar ahora en qué consiste la buena fe, pero sí recordar que dicha buena fe del adquirente se presume legalmente, pero que es posible la demostración de la mala fe, es decir, la prueba de que el acreedor hipotecario conocía la inexactitud del Registro<sup>23</sup>; lo que sucederá, por ejemplo, si se acreditara una clara y manifiesta situación posesoria a título de dueño contraria a la publicidad brindada por el mismo, o si el acreedor hipotecario conociera o pudiera haber conocido la existencia de la enajenación del bien objeto de hipoteca que sea anterior a la misma<sup>24</sup>.

También explicamos antes que para la protección del acreedor se requiere el carácter oneroso de la garantía, condición que habrá de estimarse existente por lo general<sup>25</sup>, pero hay que advertir que no concurrirá si el nacimiento del crédito no está ligado a la constitución de la hipoteca<sup>26</sup>.

La recta aplicación de los principios sustantivos de nuestro ordenamiento lleva a decir que la existencia de una hipoteca inscrita, pactada en escritura pública por el titular registral *non dominus*, no permite asegurar que siempre se haya producido su válida constitución; esta última dependerá de si el acreedor hipotecario reúne los requisitos del artículo 34 LH<sup>27</sup>; en esta situación no se podrá asegurar siempre la válida transmisión en la subasta del derecho real hipotecado. En cuanto a este último punto, naturalmente que se producirá una válida adquisición en la subasta en dos casos alternativos: o bien, si el rematante o el adjudicatario se puede apoyar en la protección del artículo 34 LH que mereciera el acreedor hipotecario, sin necesidad entonces de que el rematante también reúna las condiciones de este precepto; o bien, incluso aunque faltara esa condición de tercero protegido en el acreedor hipotecario, pero existiera en el rematante<sup>28</sup>. Ahora bien, no nos parece adecuado que sea precisamente el ordenamiento quien dificulte al propietario la defensa de su derecho y termine propiciando una adquisición por el rematante que resulte protegida y que hubiera podido evitarse.

Para ejemplificar esta última posibilidad de adquisición en la subasta que resultaría inatacable sin necesidad de alegar la protección que pudiera merecer el acreedor hipotecario, podemos considerar un supuesto resuelto recientemente por el Tribunal Supremo: una entidad pública había ejercido la acción declarativa del dominio respecto de una finca expropiada años antes para su adscripción al servicio ferroviario, uso que ya había desaparecido si bien permanecían físicamente las vías férreas. La acción se ejerció contra la cesionaria de remate en el marco de una subasta hipotecaria. En su día, pues, la expropiación de la finca implicó que pasara a formar parte del dominio público, si bien a pesar de ello permaneció inscrita a nombre del titular expropiado, lo que le hizo

posible a este último constituir una hipoteca sobre la misma, que derivó en su posterior subasta y adjudicación. No había necesidad de discutir sobre la hipoteca, el debate jurídico estaba centrado en dos cuestiones. En primer lugar, si en el momento de la adquisición mediante la cesión de remate los terrenos expropiados conservaban o no su naturaleza de dominio público; es decir si se había producido su desafectación tácita y dejado, por tanto, de ser bienes de naturaleza demanial para pasar a ser bienes de naturaleza patrimonial susceptibles entonces de ser adquiridos *a non domino* con apoyo en la mecánica registral. En segundo lugar, a partir de la respuesta positiva de este primer problema, si debe entenderse que el cesionario queda protegido en su adquisición como tercero hipotecario de buena fe.

Centrándonos en este último tema, que es el que aquí y ahora nos interesa, para la STS de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 185): *«dada la presunción de buena fe que declara el artículo 34 LH en su desarrollo normativo, la cuestión de la carga ética de diligencia que debe emplear el tercero adquirente se centra, primordialmente, en el sentido negativo que presenta la extensión conceptual de la buena fe, es decir, en la medida o grado de diligencia exigible que hubiera permitido salir del error o desconocimiento de la situación y conocer la discordancia existente entre la información registral y la realidad dominical de que se trate.*

*Centrada la cuestión debe puntualizarse que, con base a la protección y presunción que establece el citado artículo 34 LH, la gradación de la diligencia exigible, en el sentido o aspecto negativo que presenta el concepto de buena fe, no puede plantearse en abstracto respecto del examen de cualquier defecto, vicio o indicio que pudiera afectar a la validez y eficacia del negocio dispositivo realizado, sino que debe proyectarse y modularse, necesariamente, en el marco concreto y circunstancial que presente la impugnación efectuada por el titular extraregistral a tales efectos. En el supuesto del presente caso, con referencia circunstancial a la situación posesoria de la finca objeto de la litis, la carga básica de la diligencia exigible al adquirente no puede medirse o extenderse con relación a cualquier posesión o indicio de la misma que se hubiera debido o podido conocer, sino solo a una situación posesoria clara y manifiesta que se ejercite en concepto de dueño y que, por tanto, contradiga o ponga en seria duda la exactitud de la información registral, con relación al derecho inscrito (...) En el presente caso, debe tenerse en cuenta que la relevancia de la situación posesoria alegada por la parte recurrida no solo resulta incompatible con la calificación alcanzada acerca de la desafectación tácita anteriormente examinada, extremo que ha permitido la validez y eficaz inscripción registral del derecho dominical de la parte recurrente, sino que también resulta injustificada respecto de los hechos o indicios que se alegan en su favor. En efecto, en este sentido debe señalarse, en primer lugar, que el hecho de que la antigua vía del tren estuviera aun en la finca objeto de la*

*litis, obviamente, sin funcionamiento o explotación alguna, no exterioriza una posesión clara, manifiesta o inequívoca que revele la posesión en concepto de dueño que ejercía la Administración en el momento de la perfección del negocio transmisivo. En segundo lugar, en el aspecto o sentido positivo de la buena fe, también hay que señalar que ni la solicitud de reversión, ni la acción de modificación o deslinde efectuadas por la parte recurrente constituyen hechos que determinen, como se ha señalado, un conocimiento directo de la causa obstativa o, en su caso, de una carga básica de diligencia de deberla conocer, dado que el desarrollo de estos procedimientos no condujeron a una confrontación de títulos o de situaciones posesorias al respecto. Por último, y en tercer lugar, debe destacarse que es el Juzgado de Primera Instancia quien entra a valorar la posible mala fe del adquirente, conforme a la inferencia establecida a partir de las circunstancias de hecho que concurren en el presente caso, llegando a la conclusión de que no resulta probada; conclusión que no ha sido desvirtuada por la Audiencia, que no entró en la valoración de la misma».*

Las críticas que podría merecer la solución de esta STS de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 185)<sup>29</sup> se refieren más que a la argumentación, que es impecable, a la valoración de los hechos y al resultado final del litigio: si proclama, de modo enteramente correcto, que una posesión en concepto de dueño contraria a lo publicado por el Registro de la Propiedad podría desvirtuar la buena fe del adquirente, y si sobre el terreno controvertido existían unas vías ferroviarias en desuso, cabe pensar (o al menos la duda sobre lo resuelto por la STS) que este hecho revela una situación posesoria suficientemente indiciaria de la titularidad pública, que se alzaría contra la titularidad privada publicada por el Registro, y ante la que el tercero rematante no puede alegar desconocimiento. Que el Registro resultaba inexacto es difícil no conocerlo a la vista de la existencia real de vías de ferrocarril sobre el inmueble objeto de ejecución hipotecaria; dichas vías manifiestan un tipo de posesión que difícilmente puede considerarse a título diferente al de dueño. Pero, con independencia de que este aspecto de su solución resultaría discutible, hay que concordar con la STS en lo que ahora queríamos destacar: que el sujeto protegido por el artículo 34 LH debe desplegar una conducta diligente, y en que la *posesión clara, manifiesta o inequívoca en concepto de dueño* puede desvirtuar la buena fe del adquirente, aunque la adquisición pretendida se realice en una subasta judicial.

### 3. PROCESO DE EJECUCIÓN Y DEFENSA DEL PROPIETARIO DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Las situaciones sustantivas acabadas de describir, que resultan tan complejas, requieren del sistema procesal la regulación de unos mecanismos eficaces de defensa que estén a disposición del *verus dominus*, para que este pueda des-



virtuar la apariencia de hipoteca válida. Para el Tribunal Constitucional esos mecanismos pueden existir tanto dentro del propio proceso de ejecución como fuera de él<sup>30</sup>. En efecto, como es perfectamente conocido, desde la STC de 18 de diciembre de 1981 (RTC 1981, 41) se viene repitiendo que: *«El hecho de que el procedimiento de ejecución sumario se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte anticonstitucional por ser contrario al artículo 24 de la Constitución. Existen poderosos argumentos que apoyan la conclusión opuesta. El primero es de índole sistemática. La situación del deudor o del titular del dominio de la finca hipotecada no se puede enjuiciar solo a partir de la regulación de la ejecución, sino que viene decidida por el conjunto de las relaciones procesales posibles. Lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor; hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más. La Ley Hipotecaria (...) deja abiertas todas las posibilidades de contradicción y se limita a establecer que solo unas limitadas excepciones puedan producir suspensión. No se limitan, pues, las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones. Desde esta perspectiva, es claro que no puede haber violación del artículo 24 de la Constitución, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos, ni privados de tutela»*<sup>31</sup>.

Ya sabemos que el legislador español, en esta línea, consideró conveniente sacar la defensa del propietario del procedimiento de ejecución hipotecario, lo cual no debería considerarse ilegítimo a la luz de esta doctrina constitucional; aunque hayamos criticado que el mismo legislador no haya desarrollado el régimen jurídico preciso acerca de la influencia que el litigio sobre la hipoteca debe tener sobre la ejecución, lo que a nuestro juicio sería necesario tanto para garantizar el buen funcionamiento de la misma como en realidad para el propio éxito del criterio legal.

Naturalmente el anterior argumento constitucional, en lo que concierne específicamente a nuestro problema, que se refiere al efecto suspensivo del planteamiento de un litigio relativo a la titularidad del bien hipotecado, puede quedar perfectamente en pie tras la STJUE (Sala Primera) 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89), que procedió a *«declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos»*. Y también se puede seguir manteniendo tras la STJUE (Sala Primera) de 17 de julio de 2014 (TJCE 2014, 106) a tenor de

la cual «*el consumidor no obtendrá una reparación in natura de su perjuicio, que le reintegre a la situación anterior al despacho de la ejecución del bien inmueble hipotecado, sino que obtendría únicamente, en el mejor de los casos, una indemnización que compensara tal perjuicio. Ahora bien, este carácter meramente indemnizatorio de la reparación que eventualmente se conceda al consumidor le proporcionará tan solo una protección incompleta e insuficiente*».

Pero que podamos decir que estas últimas STJUE, por su específico objeto, que atañe a la protección de los consumidores, no afectan directamente al problema que nos planteamos aquí, no las hace por completo irrelevantes. En efecto, debemos partir de que nuestro tema es diferente al resuelto por esas Sentencias, por cuanto el problema del *verus dominus* no se podría tratar en ningún caso con las normas relativas a los consumidores, ya que por definición el titular ni siquiera ha contratado con el prestamista, por ser un tercero ajeno al contrato de garantía; pero nos parece que esto no impide que quizá sí sea aconsejable, tras las citadas SSTJUE, repensar si el conjunto de mecanismos de suspensión y oposición de la ejecución hipotecaria resultan adecuados o no para lo que llaman estas sentencias la defensa *in natura* de los derechos subjetivos que están en juego (en nuestro caso la propiedad)<sup>32</sup>; y si la aplicación práctica de esos mecanismos e incluso su entendimiento y valoración por la doctrina son adecuados para lograrlo; en definitiva, esta reflexión es conveniente porque se trata, tanto en nuestro caso como en el de las referidas SSTJUE, de la defensa con la que cuentan los posibles perjudicados por el procedimiento de ejecución hipotecaria (en nuestro caso el *verus dominus*), por lo que el paralelismo entre ambas cuestiones sí que resulta claro. Y, a estos efectos, debemos tener en cuenta la relevancia constitucional de las normas implicadas en esta materia porque se trata de determinar si el propietario tiene reconocido un mecanismo defensivo que resulte efectivo. Esta revisión crítica que proponemos no resulta una auténtica novedad entre nosotros. Ya hace tiempo, alguna resolución judicial del TS calificaba la exigencia legal de que el título del tercerista de dominio en la ejecución hipotecaria hubiera de estar inscrito con anterioridad a la hipoteca como «absurda», y la opinión de algunos autores también abunda en la necesidad de un replanteamiento profundo de la materia<sup>33</sup>. De la reflexión que hacemos en este estudio, deriva la conveniencia de replantearse algunas concretas cuestiones normativas e interpretativas que ya hemos resaltado a lo largo de la exposición y otras que seguirán más adelante.

Una última advertencia cabe hacer aquí en relación con lo que desarrollamos a continuación. Se puede aceptar, como punto de partida, que las normas sobre la ejecución hipotecaria que afectan a nuestro tema, presentan desde su origen histórico hasta hoy una substancial continuidad<sup>34</sup>, de modo que será lícito utilizar, indistintamente aunque con las debidas precauciones, la doctrina científica actual o la doctrina que se pronunció sobre la regulación precedente a la vigente LEC.

## II. LA RESPUESTA DEL SISTEMA PROCESAL A LA FALTA DE TITULARIDAD DEL HIPOTECANTE

### 1. LA REGULACIÓN DE LA TERCERÍA DE DOMINIO Y DE LAS ACCIONES DE NULIDAD DE LA HIPOTECA

Pretendemos describir y analizar el sistema procesal español en lo que concierne fundamentalmente al posible papel del propietario de un bien que ha sido hipotecado sin su consentimiento, por haberlo sido por quien es titular registral, pero no es titular real. También la situación de una hipoteca en su fase de seguridad que resulta impugnada por dicho *versus dominus* nos interesa bajo esta misma perspectiva de la ejecución: ¿puede iniciarse o proseguirse la ejecución hipotecaria en esas circunstancias? Si la respuesta fuera positiva, ¿en qué condiciones se realiza dicha ejecución, por ejemplo, a efectos de la tasación del bien? ¿Qué efectos puede tener la adjudicación del bien hipotecado sobre todo si posteriormente se produjera una resolución judicial que declare mal constituida la hipoteca?

A la vista de la carencia de datos normativos, las respuestas doctrinales a todos estos problemas no son todo lo precisas que sería de desear; a veces, son abiertamente contradictorias entre sí y algunas de ellas también se oponen, a nuestro juicio, a sólidos y asentados principios de nuestro sistema jurídico, lo cual veremos que puede encontrar justificación en una deficiente o inexistente regulación legal de la materia. Ya es significativo, por ejemplo, que nadie haya explicado cómo se realiza la tasación de un bien litigioso que se quiere sacar a subasta: ¿puede aceptarse la tasación hecha por las partes del contrato de hipoteca, *ex* artículo 682.2.1.º LEC? ¿Sería esta una tasación hecha por los interesados como requiere esa norma? ¿No faltaría la intervención de quien sobrevenidamente aparece como tal interesado por alegar judicialmente ser propietario del bien?

La terapia que requiere esta confusa situación, a nuestro juicio, pasará muchas veces por remontarse a los principios inspiradores de las normas, más que atender a sus detalles, si se quiere salir con éxito del empeño de ofrecer una solución justa y que, además, sea coherente con el conjunto del ordenamiento.

Ciertamente debemos partir del hecho normativo de que en los procedimientos de ejecución hipotecaria la posible contradicción de los interesados es muy limitada, ya que se trata legalmente de poner todos los medios para que cuanto antes se celebre la subasta de los bienes, evitando las maniobras dilatorias del deudor o de terceros instigados por él<sup>35</sup>; todo lo cual, pese a todo, no debe impedir al titular del dominio de la finca defenderse en el juicio declarativo ordinario, que sería su adecuado mecanismo de tutela, aunque, en la concepción legal, su uso no entorpece la ejecución<sup>36</sup>. De modo que, aunque se admita legalmente la suspensión de la ejecución mediante la tercería de dominio, ello

se hace para muy limitados casos, con lo que quedan fuera de ese mecanismo los supuestos más numerosos.

Esta idea restrictiva, todavía vigente en nuestro ordenamiento, es incluso previa a la existencia de un procedimiento específico de ejecución para la hipoteca: en efecto, procede en su origen de un criterio introducido por la Ley Hipotecaria de 1869, en la que todavía no existía un procedimiento especial de ejecución, pero sí una restricción específica para la interposición de la tercería de dominio cuando lo que se ejecutaba era una hipoteca. En general, se trataba de explicar esa medida en el siguiente marco: *«En la ley cuyo proyecto se presenta, no solo se hace posible que los prestamistas sobre hipoteca, como todos los que adquieran derechos reales, lo verifiquen sin peligro alguno de que su derecho sea perjudicado, sino que también se procura que aquellos consigan con facilidad la realización de sus créditos, si para ello tienen precisión de dirigirse contra los bienes que los garantizan»*<sup>37</sup>. El desarrollo de este último propósito con la introducción de un procedimiento específico de ejecución arrancarí­a más tarde, en concreto de la Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de julio de 1893 cuya Exposición de Motivos decía: *«donde la voz de la experiencia se ha dejado oír con mayor fuerza contra la ley, demandando remedio pronto, es en lo referente al procedimiento para hacer efectivos los créditos hipotecarios»*, para referirse a su complicación abrumadora, y a la inseguridad del éxito: se trataba, entonces en definitiva de cortar de raíz esos males simplificando los trámites para dar al prestamista seguridad de pronto y fácil cobro mediante la ejecución del bien sujeto a la garantía<sup>38</sup>.

En lo que ahora a nosotros nos interesa, prescindiendo del procedimiento especial de ejecución, los propósitos de facilitar la ejecución hipotecaria se concretaban en el artículo 133 de ambas leyes hipotecarias, que expresaron por primera vez en nuestro sistema una específica restricción de la tercería en la ejecución hipotecaria, que todavía se encuentra vigente (en el artículo 696 LEC). Así decía: *«No se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito...»*<sup>39</sup>.

El reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria de Ultramar, desarrolló este criterio restrictivo en cuanto a la suspensión, exponiendo además unas disposiciones más detalladas sobre las alternativas que tendría el *verus dominus*, que también se adoptaron más tarde por el derecho español general de 1909, en una regulación que, sustancialmente, todavía sigue vigente entre nosotros<sup>40</sup>.

Ante la aceptación legal de este principio del procedimiento de ejecución, que lo hace especialmente resistente contra las maniobras que lo intenten obstaculizar, sería necesario articular alternativas en el resto del sistema para que la defensa del verdadero titular sea real y eficazmente posible, es decir, no lo sea tan solo de un modo meramente nominal; y, además adecuar el procedimiento

de ejecución a la aparición de esta importante circunstancia. La gran ventaja de la interposición de la tercería de dominio, es la claridad de los efectos que conlleva: la simple admisión de su demanda paraliza el procedimiento de ejecución (art. 696.2 LEC), y solo permite que prosiga una vez resueltas las dudas; frente a este efecto, remitir al verdadero dueño a un procedimiento declarativo, presenta el inconveniente no solamente de no paralizar la ejecución, sino también de hacer insegura su prosecución para todas las partes implicadas por cuanto el régimen de la ejecución en esas condiciones resulta completamente oscuro. Los problemas del sistema legal son innumerables. Desde el punto de vista del que sostiene ser verdadero dueño de entrada se le retrasa la posibilidad de obtener la constancia oficial en el procedimiento de ejecución de la pendencia del procedimiento declarativo, pues ello depende de la adopción como medida cautelar de la anotación preventiva de su demanda (y hasta que esto se logre puede haber transcurrido cierto tiempo). Y este es un nuevo inconveniente práctico que presenta el intento de coordinar dos ideas: la de proteger al titular real del bien, sin menoscabar la posición del titular de la hipoteca, y permitir a este último la prosecución de la ejecución.

A nuestro juicio, la dificultad de resolver este nudo se arrastra hasta hoy desde los comienzos del establecimiento del procedimiento especial de ejecución hipotecaria. En realidad, de suyo, la consecución del objetivo perseguido por las normas (evitar dilaciones indebidas) no es fácilmente alcanzable sin detrimento del derecho de defensa del eventual verdadero propietario. Porque naturalmente resulta necesario prever rigurosamente la adecuada publicidad de la pendencia de un procedimiento declarativo de la manera más sencilla y rápida posible, pues también va en contra del derecho de defensa dificultar de tal modo la publicidad de esta cuestión, que se fuera a propiciar la aparición de un adjudicatario al que no se le ha dado adecuada información de la existencia de un litigio, y que, por ello, tuviera la condición de sujeto protegido por el artículo 34 LH. Nos parece que si tras la desestimación de la tercería de dominio, remitimos al interesado al declarativo, le obligamos a pedir la anotación preventiva de demanda, y a esperar que efectivamente se acuerde su práctica y de hecho se practique, estamos propiciando un retraso en su protección que puede resultar determinante para que se produzca la definitiva pérdida de su derecho. Y esto, no obstante, pese a que inadmitida la tercería o desestimada, consta al acreedor ejecutante y al órgano encargado de la ejecución la existencia de un título que eventualmente pone en cuestión la validez de la hipoteca, aunque la literalidad de la norma procesal no le permita tomarlo en consideración a los efectos de paralizar la ejecución. Ante esta situación, ¿cómo no va a influir este conocimiento alcanzado por el órgano encargado de la ejecución en el contenido de la publicidad que se debe dar a la subasta en el anuncio de la misma? Naturalmente, en nuestra opinión, debe afirmarse la necesidad de dar publicidad a esa cuestión en los anuncios de la subasta.

Por otra parte, en la vigente LEC subsiste el esquema normativo, que procede del antiguo Reglamento Hipotecario de ultramar, acerca de la defensa de los derechos del *verus dominus*, que es tercero frente a la ejecución, que puede inducir, y de hecho induce a muchos, a confusión; así parecería desde una consideración superficial de esa normativa que la alternativa de defensa para ese verdadero titular del bien es, únicamente, la representada, por una parte, por los remedios de la tercería de dominio del artículo 696 LEC; o, por otra parte, por una acción de resarcimiento que tendría su base en el artículo 698 LEC.

Así, en un gran sector de la doctrina se considera que, salvo en las circunstancias especiales delimitadas por el artículo 696 LEC, es imposible la defensa del verdadero dueño, o se deriva dicha protección a mecanismos que no permiten la recuperación del bien, pues el significado del artículo 698 LEC sería un simple remedio indemnizatorio<sup>41</sup>. Otros afirman que es perfectamente lógica la solución de la primera de las normas, ya que la hipoteca constituye un derecho real que ha sido adquirido por un tercero, fiado de quien el Registro consideraba como titular, y de buena fe, «por lo que prima en todo caso la protección del titular de la hipoteca (art. 34 LH) salvo, excepcionalmente, frente a quienes también tuvieran su derecho de dominio anterior también inscrito»<sup>42</sup>. Hay, también, quienes consideran que fuera del margen diseñado por el artículo 696 LEC lo que le cabe al verdadero dueño es únicamente la acción penal por el delito de estafa o el procedimiento civil de reclamación de daños y perjuicios<sup>43</sup>. O, también quienes piensan incluso que la utilización de la vía del juicio ordinario con anterioridad al inicio de la ejecución hipotecaria para entorpecer dicha ejecución habría de reputarse fraudulenta<sup>44</sup>. Otros entienden que la frontera que separa la posibilidad de lograr los efectos recuperatorios, o tener que conformarse con la retención de las sumas obtenidas en la ejecución, la marca la existencia o no de la nota marginal de expedición del certificado de cargas, a partir de la cual ya no es posible la primera posibilidad<sup>45</sup>. Finalmente, a veces la doctrina simplemente nada advierte sobre las posibilidades que pueda tener el verdadero propietario del bien, pese a que se ponen de manifiesto las especialísimas restricciones que adornan la tercería de dominio dentro de la ejecución hipotecaria<sup>46</sup>.

Las soluciones ofrecidas por la doctrina y explicadas en el párrafo anterior no nos parecen coherentes con nuestro sistema sustantivo, y revelarían un importante defecto del sistema procesal si se admitieran. No se olvide que se requiere garantizar la defensa efectiva de los derechos subjetivos; en nuestra opinión, el verdadero dueño solamente tiene abierta la interposición de la tercería de dominio en los limitados casos en que ello fuera procedente; pero, para el caso en que ello resultara imposible, debe tener a su disposición el procedimiento declarativo ordinario<sup>47</sup>, que habría de garantizarle la restitución de la cosa; así como la práctica de la anotación preventiva de demanda<sup>48</sup>, y la subsistencia de la misma hasta la resolución de la controversia. No vemos cómo otra solución

pueda permitir la defensa de los derechos afectados por la ejecución. Es más, quizá la solución más adecuada fuera prever una regulación especial de ese litigio acerca de la titularidad que, sin producir efectos suspensivos de la ejecución, garantizara obviar el retraso que conlleva lograr la publicidad registral del litigio derivado de la presentación de una demanda en un procedimiento ordinario (anotación preventiva).

Si aceptáramos estas opiniones doctrinales a las que nos hemos referido más arriba llegaríamos a un efecto indeseable: que el limitado acceso a la tercera de dominio comportaría que, en la mayoría de los casos, el *verus dominus* se habría de conformar con el mero resarcimiento, y con la pérdida de su derecho sobre la cosa. Literalmente eso pudiera entenderse si el artículo 698 LEC se interpretara, como algunos hacen, como una norma que reduce las medidas cautelares que se puedan adoptar en un procedimiento sobre la nulidad de la hipoteca a la retención de la suma que se haya obtenido en la ejecución de la hipoteca. Incurriríamos, pues, en un resultado que impediría lo que el TJUE denomina tutela *in natura* del derecho del interesado.

Ahora bien, pretender que la regulación de esa específica medida cautelar en el artículo 698 LEC significa que la única pretensión ejercitable sea jurídico personal es una conclusión que resulta absurda, porque si la norma trata (entre otros supuestos) de una acción de nulidad de la hipoteca, que pretende la recuperación de la cosa, dicha medida cautelar tiene poca justificación, ya que al *verus dominus* simplemente le garantizaría la posibilidad de obtener la suma recabada en la ejecución, como compensación por haber perdido el bien, y ello ni le supone satisfacción suficiente ni es congruente con su propia pretensión. Y no solamente porque recibir una suma de dinero no es el objeto de su pretensión, sino también por causa de la habitual devaluación que sufre la cosa en la subasta. De esta manera, si entendiéramos así las normas, sin beneficio alguno para el acreedor ejecutante, que no podrá cobrar, el propietario perdería la propiedad del bien y tampoco lograría resarcirse de su valor real.

En realidad, nada obliga a construir la interpretación del precepto desde la medida cautelar que contempla, como si la regulación de esta medida condicionara el tipo de acciones que se pueden ejercitar en el procedimiento declarativo. No es ese el entendimiento correcto de una norma que se caracteriza precisamente por la variedad de posibles pretensiones susceptibles de sustanciación en el procedimiento declarativo. A nuestro parecer la referencia a esta medida cautelar se hace indispensable por una razón de coherencia: después de proclamar la norma que ninguna acción suspende o paraliza el procedimiento de ejecución es necesario mencionar la excepción a ese principio; si la suma que está destinada al acreedor se reserva a garantizar las resultas del procedimiento declarativo, ¿se quiere más suspensión que esta! Lo cual no puede significar, sin embargo, que esta sea la única medida procedente en todos los variados casos que pueden presentarse. Es más, resultará una medi-

da mucho más razonable cuando la discrepancia que se pretenda resolver en el procedimiento declarativo tenga un resultado pecuniario; por tanto, en el supuesto del ejercicio de la acción de la que estamos tratando, no parece que tenga sentido usar esta medida cautelar que no beneficia al demandante, sino al adjudicatario del bien en la subasta.

En efecto, el ejercicio de la acción por el demandante puede llevar consigo que, si se estima la demanda, el adjudicatario se haya quedado sin la cosa; si, correlativamente, el dinero que pagó se ha entregado al acreedor, pudiera verse también sin él. De modo que sería lógico usar esta medida para garantizar la devolución de esa cantidad en el supuesto de que se estime la acción del demandante; así se evita el peligro de que al abonar al ejecutante la suma obtenida, sea luego difícil recuperarla para el adjudicatario. Ahora bien, si el sentido de la retención fuera este, probablemente haya que concluir que lo razonable sería que no estuviera contemplada como una simple medida cautelar que puede pedir un demandante a quien nada aporta, sino como efecto legal que derivara de cualquier litigio que cuestionara la validez de la hipoteca. Es el mejor modo de asegurar que, en caso de que la hipoteca recaiga sobre finca litigiosa, se mantenga como principio que la hipoteca está condicionada hasta la resolución del litigio (cfr. art. 107.9 LH).

Ciertamente, en un determinado momento de la elaboración de la actual LEC, la norma a la que nos estamos refiriendo, en conexión con la reforma que se hacía en la LH, no se pretendía impulsar en el sentido que acabamos de explicar, sino, más bien, en el que hemos criticado; en concreto el proyecto presentado por el Gobierno tuvo el designio de despojar al *verus dominus* de toda posibilidad de intentar la recuperación de la cosa, y de dejarlo reducido efectivamente a un mero acreedor. Es curioso constatar cómo esa pretensión ha tenido más éxito en la doctrina posterior que en el propio proceso de elaboración de la norma, en el curso del cual fue desestimada.

En efecto, el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>49</sup>, preveía en su DF Décima 3 la siguiente redacción para el artículo 131 LH:

*«Una vez que se ha hecho constar en el Registro la iniciación del procedimiento a través de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, no se podrá tomar anotación de demanda de nulidad de la propia hipoteca, salvo que se base en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución. Tampoco se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto»<sup>50</sup>.*

La proyectada previsión, inspirada en que «muerto el perro (la anotación preventiva) se acabó la rabia (la debilidad de la subasta frente a quien alega un título de dominio)», fue objeto de justificadas y sólidas críticas doctrinales<sup>51</sup>, que terminaron concretándose en el Senado en un par de enmiendas que suprimían el texto acabado de citar. Curiosamente la enmienda más acertada, desde el



punto de vista de su justificación, no prosperó. Simplemente proponía eliminar la primera frase del precepto, hasta el punto y seguido, con la justificación de que:

*«Con la propuesta contenida en esta enmienda se elimina del proyecto la insólita prohibición de anotar la demanda de nulidad de hipoteca.*

*La anotación preventiva de demanda implica una medida cautelar de carácter general y sin excepciones en nuestro sistema jurídico inmobiliario. Si prohibimos la anotación de esta demanda, la sentencia que diera lugar a la misma sería estéril, pues cuando recayera, la finca ya estaría subastada y en manos de un tercero, sin que le sirva de consuelo al propietario inicualemente ejecutado la débil medida prevista en el artículo 698, apartado 2 del Proyecto consistente en la retención de la cantidad que se obtenga en la ejecución, pues no es lo mismo la medida cautelar que le puede salvar la finca (anotación preventiva de demanda) que la tendente a guardar su importe dinerario»<sup>52</sup>.*

En cambio sí prosperó la enmienda que introdujo la actual redacción, con la que se pretendía, según su justificación:

*«Aclarar que la anotación preventiva de demanda por razones distintas de las causas de oposición legalmente admisibles, aunque puedan anotarse (para ganar prioridad si la ejecución se paraliza por pago) se tendrán que cancelar una vez ejecutada la hipoteca y aprobado el remate, pues de lo contrario el que ha acudido a la subasta confiando en el estado de cargas del Registro, vería burlados sus derechos en contra del principio constitucional de seguridad jurídica»<sup>53</sup>.*

Según ha explicado algún autor, la materia objeto de estas reflexiones sería especialmente compleja porque en su ámbito entran en conflicto la seguridad del tráfico y la seguridad de los derechos; y que este choque venía a ser resuelto por el proyectado artículo 131 LH a favor de la seguridad del tráfico, es decir del rematante<sup>54</sup>. Con todos los matices que se quieran realizar a estas afirmaciones, que serían muchos<sup>55</sup>, estamos de acuerdo con que la finalidad de estos intentos de reforma era la protección del rematante, y, en general, de los procedimientos de ejecución. Pero debe tenerse en cuenta que, como este mismo autor expone, la pretendida solución, y afortunadamente eliminada, de impedir la anotación preventiva, hace que se resienta la conformidad con la Constitución de la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria<sup>56</sup>. Y, desde luego, tampoco parece sensato que la protección del rematante se puede llevar más lejos de lo que el conjunto del sistema sustantivo permite.

Por ello, nos parece que la buena doctrina está representada por quienes afirman, sobre el artículo 698 LEC que «la finalidad puramente resarcitoria de la medida cautelar puede resultar insuficiente para satisfacer el interés del (...) interesado de que se trate»<sup>57</sup>. Para que no quepa duda, en qué tipos de supuestos se piensa, se añade «los casos en que la reclamación versa sobre la nulidad del título por el que se despacha ejecución»<sup>58</sup>; para concluir que «el (...) interesado de que se trate podrá solicitar la anotación preventiva de la demanda, con el

fin de advertir al posible adquirente del bien en la ejecución de la ilicitud de esta»<sup>59</sup>. Efectivamente, esto nos resulta lo coherente con la defensa del verdadero propietario mediante una acción que verse sobre la válida constitución de la hipoteca, aparte de que es el mecanismo que permite una solución funcional y razonable del litigio. Nótese lo extraño que sería que el verdadero dueño de la cosa objeto de indebida ejecución deba conformarse con percibir una suma que, en la totalidad de los supuestos, no agota el valor real del bien. Y ello, ¿para qué?, ¿a quién beneficiaría una solución como esta? ¿Acaso al ejecutante, que no va a percibir nada? Por otro lado, ¿a cargo de quién quedaría el resarcimiento completo del verdadero dueño?

Estamos asimismo de acuerdo con lo que se afirma, en relación con el artículo 696 LEC, y la extraordinaria restricción del ámbito de aplicación de la tercería de dominio: «el amparo del acreedor hipotecario frente al tercero con título anterior a la inscripción de la hipoteca, pero inscrito después, tiene su fundamento en el artículo 34 LH. El tercero propietario del bien deberá acudir para la defensa de sus derechos al juicio que corresponda (art. 698)»<sup>60</sup>. Todo lo cual es correcto, aunque quizá debamos completarlo, recordando que el juicio que corresponda puede versar incluso sobre la nulidad de la hipoteca que se pretenda ejecutar: lo cual, en realidad, supondrá litigar sobre la aplicación o no al acreedor hipotecario de todos los requisitos exigidos por el artículo 34 LH<sup>61</sup>, y nos reconduce a la posibilidad de empleo de la anotación preventiva de la demanda como medida cautelar; y a la necesidad de analizar el régimen que deba tener la cancelación de esta última.

Las restricciones para el ejercicio de la tercería de dominio, a través de la existencia de un elevado número de requisitos<sup>62</sup>, conllevan que difícilmente se pueda iniciar siquiera este remedio procesal<sup>63</sup>; pues en realidad, es prácticamente imposible que se plantee. Esta idea fue mencionada por la STC de 18 de diciembre de 1981 (RTC 1981, 41) al afirmar que la tercería de dominio tal como estaba regulada en el artículo 132 LH entonces vigente, que no difiere sustancialmente de la regulación actual, vendría a responder «a un improbable error del Registrador, ya que ha de tratarse de inscripción anterior a la del crédito», y se encuentra comúnmente repetida por la doctrina, que indica que solamente procederá el ejercicio de la tercería de dominio en los casos de doble inmatriculación o del grave error registral de inscribir la hipoteca pese a que la finca esté inscrita a favor de persona distinta del hipotecante<sup>64</sup>.

La solución interpretativa que acabamos de exponer probablemente es la única coherente con la literalidad de la norma, aunque llegue a un resultado muy poco convincente desde el punto de vista sistemático, por más que parezca incluso admisible a nuestro Tribunal Constitucional. Prescindamos de los errores del Registrador, desconocidos en la realidad en este ámbito, y valga para demostrar nuestra afirmación el supuesto más frecuente de tercería de dominio que se podría presentar y de hecho se presenta en la práctica, que es la doble

inmatriculación. Pues bien, a tenor del precepto, solamente podría interponer la tercería de dominio el titular registral que alegara que su propia inscripción o la de su causante es anterior a la de la garantía; tenemos así que, en una situación de doble inmatriculación, estaría legitimado para interponer la tercería solamente ese titular; en cambio, si el tercero tuviera su título o el de su causante inscrito con posterioridad a la hipoteca, no estaría legitimado<sup>65</sup>. Pero sabemos que la solución que procede dar al debate sobre la titularidad de la cosa hipotecada no se debería guiar simplemente por la prioridad en la inscripción, sino por una confrontación entre los respectivos títulos de dominio en conflicto<sup>66</sup>. En suma, el problema de la doble inmatriculación se debiera resolver o siempre en un procedimiento declarativo ordinario, cuya anotación preventiva de demanda fuera posible<sup>67</sup>; o siempre, en cuanto a los limitados efectos que le serían propios, en la tercería de dominio. Ahora bien, reservar esta última para el caso en que concurra una circunstancia que no es determinante de la solución de fondo estimamos que carece por completo de justificación.

Como se ha destacado, el requisito normativo requerido al título del tercerista se refiere no a la estimación de la demanda, sino a la propia admisibilidad de la misma<sup>68</sup>. ¿Cuál es la justificación de esta restricción? hemos aludido repetidamente a ella, y nos parece que no cabe duda que el designio del legislador se encuentra en el propósito de reforzar la protección de la hipoteca, e impedir los mecanismos que vayan contra su efectividad, y ello con el fin de favorecer el crédito territorial; pero estamos ante una protección reforzada de la hipoteca que puede resultar discutible, o serlo al menos algunos de los medios empleados para desarrollarla<sup>69</sup>. Para nosotros las inconsecuencias del régimen de la tercería de dominio son tan grandes que demostrarían que el legislador no ha sabido implantar una regulación coherente ni útil para nadie. Se ha dicho que el procedimiento de ejecución hipotecaria se sigue tras obtenerse una certificación del Registro relativa, entre otras cosas, a la inscripción del dominio, que ha de considerarse presuntivamente exacta, y que se ha debatido doctrinalmente sobre si en la ejecución hipotecaria tendría que admitirse o no el planteamiento de la tercería de dominio<sup>70</sup>. Pero, para responder a esta idea, nos parece que bastaría con tener en cuenta que la presunción de exactitud registral admite prueba en contrario, y que es esta prueba la que se debería dilucidar en un procedimiento contradictorio, se le regule o no como tercería.

Algunos autorizados autores dicen que el artículo 696 LEC admite la tercería siempre que exista «un título de propiedad fehaciente anterior a la constitución de la garantía y ello vaya acompañado de una certificación registral expresiva de la inscripción»<sup>71</sup>; sin aclarar suficientemente el curso temporal en que las respectivas inscripciones de la hipoteca y la titularidad se deben haber producido<sup>72</sup>. La interpretación más general entiende, de acuerdo con la literalidad de la norma, que la tercería no puede prosperar aunque exista un título fehaciente previo a la garantía si no resultara inscrito antes que esta<sup>73</sup>. No obstante, se ha

defendido también otra postura que otorga mayor margen de operatividad a la tercería de dominio: el título deberá ser de fecha fehaciente anterior a la hipoteca, y estar inscrito, pero esto último no necesariamente antes que la hipoteca, pues esa exigencia llevaría al absurdo, ya que es una hipótesis casi imposible<sup>74</sup>. La solución ha sido adoptada y argumentada por alguna STS aislada<sup>75</sup>; pero, pese a que esta alternativa sea una efectiva solución a un problema real, y que cuente con cierto fundamento normativo en el propio artículo 696 LEC, no es una técnica perfecta porque no permite atender la totalidad de los casos en los que la cosa sea ajena al hipotecante; en razón de que, para el ejercicio de la tercería, sí se requeriría indudablemente la inscripción registral del propio título del tercerista, que será imposible haber conseguido a tiempo en algunas ocasiones<sup>76</sup>. Lo cual nos parece que aboga por buscar la solución de este problema por otras vías más generales. Pese a lo que se dice, no obstante, la solución no está en contra de la literalidad de la norma<sup>77</sup>, porque literalmente según el artículo 696 LEC cabe interponer la tercería en dos casos alternativos: cuando la inscripción del tercerista sea anterior a la de la hipoteca, o cuando lo que sea anterior a esta sea la inscripción del causante del tercerista. Esto último, literalmente entendido, permitiría examinar, en el procedimiento de tercería y no en el declarativo, si la constitución de la hipoteca se ha realizado *a non domino*, supuesto que el titular registral ya no era titular real en el momento en que se hipoteca la finca, por lo que en la práctica bien cabe intentar la tercería. Pero, indudablemente, pese a que esta doctrina sea preferible a la mayoritaria, en la jurisprudencia esta interpretación alternativa parece no haber calado<sup>78</sup>.

Existen también dudas acerca del momento final en que es factible la interposición de la tercería. Se ha sostenido como más razonable la fecha de la aprobación del remate, aunque también se dice que la referencia del artículo 596 LEC al momento de la transmisión del derecho real hace dudar de si habrá que ampliar ese plazo hasta el momento en que exista testimonio del auto de adjudicación<sup>79</sup>. En realidad, moviéndonos en una figura tan escasamente relevante en la práctica, como sería la tercería de dominio, opinamos que apenas tiene trascendencia abordar y resolver esta difícil cuestión en la ejecución hipotecaria, a diferencia de la importancia que puede tener en la ejecución ordinaria<sup>80</sup>.

## 2. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE NULIDAD DE LA HIPOTECA Y EL PROBLEMA ESPECÍFICO DE SU CANCELACIÓN

Frente a la posibilidad reconocida por la ley de practicar la anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca, algunos autores han alegado que la misma resultaría muy perturbadora en la ejecución hipotecaria (y tienen razón, en nuestra opinión, pero está perfectamente justificado perturbar la ejecución por una razón de peso como es la que aquí estamos contemplando, faltaría más), y

que se basaría en una comprensión equivocada de los mecanismos procesales<sup>81</sup>; juicio en el que ya no podemos concordar. En definitiva, esta tesis propugna que, o que no se practicasen dichas anotaciones preventivas, o que todas ellas sean canceladas sin excepción, a despecho de la letra del artículo 131 LH, que no tendría sentido y debiera no ser aplicada<sup>82</sup>.

Para esta explicación, se deben limitar todos los mecanismos que «eternicen» el procedimiento de ejecución, ya que la adquisición del adjudicatario no puede quedar pendiente del procedimiento declarativo que tarde en resolverse varios años, y las ventas judiciales no pueden ser revocables, ya que eso rebajaría las posturas y desvirtuaría la subasta<sup>83</sup>. En suma, se sigue diciendo, no sería procedente la anotación de la demanda en la que se postule la declaración de que no ha sido constituida regularmente, ya que la Sentencia declarativa no puede afectar a la enajenación judicial realizada<sup>84</sup>.

A nuestro juicio es verdad que la celebración de una subasta amenazada en sus resultados transmisivos, para los que participen en ella, tiene poco sentido, como también lo es que el hecho de que la adquisición que se pretende lograr en la subasta quede condicionada a las resultas de la discusión sobre la titularidad rebaja la cuantía de las eventuales posturas. Pero la opción de que se celebre la subasta en esas condiciones es la pretendida por el legislador (aunque no nos parece claro que sea la mejor), que ordena la prosecución de la ejecución, aunque simultáneamente también dispone que la hipoteca sobre un bien litigioso está condicionada al resultado del pleito. La constatación de que en este punto la realidad de nuestro ordenamiento sea contradictoria, nos puede llevar a dos conclusiones contrapuestas: o bien a impedir la eficacia real del litigio sobre la válida constitución de la hipoteca, que es lo que se propugna en esta opinión que criticamos, o bien a permitir la anotación preventiva de la demanda que inicia el procedimiento declarativo, y entonces admitir sus efectos propios. Para lo primero opinamos que no hay razones en el sistema; pues las que se alegan no nos parecen fundamentadas suficientemente. Sintéticamente expuestas nos parece que las explicaciones que pretenden apoyar esa solución son dos: primera, que las adquisiciones en las subastas deben ser inatacables, al menos en aquellos aspectos que deriven de la certificación de dominio y cargas. Pero esta idea no corresponde con la realidad de ningún principio o norma de nuestro ordenamiento jurídico<sup>85</sup>. Más bien sucede lo contrario: la adquisición en la subasta es tan segura o insegura como pueda serlo cualquier otra adquisición onerosa, ni más ni menos, pues dependerá de que el adquirente reúna los requisitos de protección establecidos por el artículo 34 LH<sup>86</sup>. Y la segunda razón que se emplea es que el ordenamiento solamente concedería al dueño una única medida cautelar, que sería la retención de la que habla el artículo 698.2 LEC<sup>87</sup>; también esta razón cae por su propio peso, a partir de nuestro sistema normativo, lo que demuestra el hecho de que para poder ser sostenida necesita a continuación decir que la anotación preventiva de la demanda a la que se refiere

el artículo 131 LH es una figura inaplicable. Es falso que el ordenamiento no reconozca otra medida cautelar (lo es la anotación preventiva), lo que sucede es que se la sacrifica en aras de la defensa de la propia idea; por todo ello debiera considerarse equivocada la opinión que se sostiene, en vez de querer corregir la clara decisión legal en base a una mera opinión privada.

De todos modos, el ataque a la anotación preventiva se ha producido desde otro flanco, abierto por la literalidad de la nueva LEC, y las reformas que introdujo en la LH. Nos referimos a su aparentemente necesaria cancelación, al menos si su práctica es posterior a la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas, como fruto de la adjudicación que se produce al final del procedimiento de ejecución. Es esta una tesis que cuenta con valedores desde el punto de vista teórico, además de ser la práctica habitual avalada por algunas RRDGRN, pues puede apoyarse en algunos argumentos literales que ofrece la legislación vigente. No obstante, a favor del mantenimiento y no cancelación de la anotación preventiva, jugarían principios sistemáticos importantes que están bien explicados, claro está que con anterioridad a la reforma procesal del año 2000, en la STS 18 noviembre 1993 (RJ 1993, 9149). Es conveniente dedicarle atención, aunque el litigio que resolvió se refería no exactamente a nuestro problema sino al de una anotación preventiva de demanda adoptada en un procedimiento en que se impugnaba el préstamo hipotecario por usura<sup>88</sup>. Pero los argumentos que se pueden extraer de la misma, pensamos que son perfectamente aplicables a nuestro caso y válidos todavía en la actualidad:

primero, *«la demanda de nulidad del préstamo hipotecario... permite asegurar las results del juicio mediante su anotación preventiva al amparo del artículo 42, núm. 1, de la Ley Hipotecaria»;*

segundo, *«la anotación de demanda tiene un doble contenido, el procesal conforme al cual se asegura que la sentencia que en su día recaiga tendrá la misma eficacia que si se hubiere dictado ya el día de la presentación de la demanda, mereciendo por esto la calificación de medida cautelar, y el contenido substantivo a través del cual se consigue la ventaja que proporciona el principio de prioridad registral para el caso también de obtener resolución favorable a la modificación tabular»;*

tercero, *«la anotación de demanda no produce cierre registral (...) puesto que los derechos a que se refiere pueden ser objeto de transmisiones aunque, como se ha dicho, subordinadas al resultado del proceso y efectos de la anotación pendiente»;*

cuarto, la nota marginal de expedición del certificado de dominio y cargas *«tampoco produce cierre registral, puesto que su alcance es solo informar a posteriores adquirentes acerca de la existencia del proceso de ejecución y hacer las veces de notificación. Da a conocer (...) que el proceso judicial sumario ha comenzado para que los terceros posteriores adquirentes usen de su derecho en la forma que les convenga. En modo alguno produce cierre registral ni*

*paraliza las facultades dispositivas del deudor, pero impide a los adquirentes invocar de buena fe el principio de publicidad hipotecaria»;*

*quinto, «cuando, como en este caso, tras la expedición de la certificación y la extensión de la nota marginal se anota preventivamente la demanda de nulidad (...) cuyo vigoroso contenido permite la declaración de nulidad de la hipoteca, para que sea cierta tal declaración se ha de extender naturalmente a todo el proceso de ejecución que culmina en la subasta. Y quienes acuden a la subasta pueden hasta ese mismo día tratar de conocer cuanto el Registro recoja, posible por no producirse el cierre, y no pueden alegar la fe pública registral en apoyo de su pretensión contraria a la anotación de demanda»;*

*y finalmente, sexto, «el Juzgado que ejecutó la hipoteca pudo ordenar sin identificarlas (art. 233 del Reglamento Hipotecario) que se cancelen todas las anotaciones e inscripciones posteriores a la fecha de la certificación, pero eso siempre que estas no deban subsistir por alguna causa, ( ) que esta excepción debe reconocerse al caso planteado en autos se apoya en que el Juez del procedimiento sumario conoció en los propios autos la existencia de la demanda de nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, y que los rematantes no adquirieron el derecho de propiedad hasta después de practicada la anotación preventiva, por lo que su derecho estaba subordinado al resultado de la demanda»<sup>89</sup>.*

Ciertamente tanto en la legislación procesal como en la hipotecaria la necesidad de la cancelación parece afirmarse claramente en ciertas situaciones, pero quizá no haya que aquietarse fácilmente a esa solución, porque los preceptos deben ser racionalmente entendidos y eso nos parece que obliga a una interpretación restrictiva acerca de los asientos cuya cancelación proceda en virtud de la ley<sup>90</sup>. Para el artículo 674.2 LEC «el Secretario judicial mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656»; mientras que para el artículo 134 LH «El testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento»; y, específicamente, el artículo 131 LH dice: «Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas». Entendemos que este tipo de previsiones normativas solamente se pueden referir a las cargas posteriores a la hipoteca, lo que estaría de acuerdo con la propia rúbrica del artículo 674 LEC, y corrobora también el nombre que legalmente se otorga al mandamiento de

cancelación, que lo es «de cargas»; de modo que, admitido eso, lo procedente sería entender estas normas, como dirigidas a hacer efectivo el principio de que la ejecución de la hipoteca comporta la purga de las hipotecas y derechos que sean posteriores a ella<sup>91</sup>. En cambio, la anotación preventiva de demanda es una realidad diferente, que carece de sentido tratar del mismo modo; en suma, dicha anotación no debiera ser cancelada, porque más que una carga posterior lo que supone es un interrogante sobre la validez del derecho de hipoteca que se ejecuta, y, por consiguiente, sobre la legitimidad del ejercicio de la facultad de realización del valor que se hace efectivo a través de la ejecución<sup>92</sup>.

Por lo tanto, claramente hay que optar por la siguiente opinión: al permitirse legalmente la anotación preventiva de una demanda relativa a la validez de la hipoteca<sup>93</sup> hay que pensar que se hace con todas las consecuencias propias que derivan de este asiento registral, ya que si se está discutiendo judicialmente sobre la validez de la hipoteca, ni tiene sentido seguir adelante (al menos incondicionalmente) con un procedimiento de ejecución que se debe basar precisamente en su validez, ni tampoco resulta sensato impedir la eficacia de los mecanismos cautelares que puedan garantizar que la resolución sobre la acción declarativa ejercitada surta los efectos jurídico-reales que le son propios<sup>94</sup>. Es verdad que esta interpretación pone en cuestión que sea la solución más razonable que la subasta se celebre en estas circunstancias, pero la previsión de la Ley es evitar todo lo que entorpezca la ejecución. En definitiva, en este sistema la anotación preventiva asume el papel de garante de la condicionalidad de todos los efectos de la subasta; no hay otra salida si se quiere ser coherente con el sistema de constitución de los derechos reales (que no requieren su publicidad registral para su válida existencia), el requisito normativamente impuesto a la hipoteca (la titularidad del hipotecante), así como la configuración legal de la protección de los terceros que confían en el Registro de la Propiedad, incluido, en este último caso el acreedor hipotecario (que depende de la concurrencia de unos requisitos que, lógicamente, deben poder ser debatidos judicialmente antes de que el desenvolvimiento de la ejecución haga inoponible a ciertos terceros el resultado del pleito).

A la vista de lo que dispone literalmente el artículo 131 LH, la mayoría de la doctrina admite que no se cancele la anotación preventiva de demanda practicada previamente a la nota marginal de inicio del procedimiento de ejecución<sup>95</sup>, sea cual fuere el objeto de la demanda, es decir, se trate o no de supuestos que comporten suspensión de la ejecución<sup>96</sup>. En cambio, pese a los argumentos que hemos alegado en los párrafos anteriores, se suele mantener otra opinión acerca de la cancelación de las anotaciones preventivas de las demandas en las que se cuestione la validez de la hipoteca, cuando dichas anotaciones preventivas se hayan practicado en una fecha posterior a la nota marginal: muchos aceptan que esa —la cancelación— sea la solución legal<sup>97</sup>, aunque ello comportaría que la sentencia estimatoria de la nulidad solamente



afectará a algunos de los implicados. Sí al rematante o adjudicatario en cuanto que ellos han podido conocer la existencia de la demanda, pero no, en cambio, a los subadquirentes que resultaran protegidos por el Registro de la Propiedad<sup>98</sup>. Desde luego la solución a la que se llega con esta cancelación de la anotación preventiva parece sin más criticable, por dificultar la ejecución de la Sentencia obtenida en el procedimiento declarativo, al menos en algunos casos, y, en definitiva por suponer que el proclamado fundamento de la constitucionalidad del procedimiento de ejecución, que para el Tribunal Constitucional consiste en que los interesados gocen al menos de defensa mediante el procedimiento declarativo ordinario, no existiría, ya que el sistema no estaría en condiciones de prestar a los terceros una efectiva protección<sup>99</sup>.

La RDGRN de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4791) consideró correcto no cancelar la anotación preventiva en un supuesto regido por el anterior sistema procesal, pero afirmó por primera vez, que: *«no debe aquí silenciarse el hecho de que, respecto de los procedimientos ejecutivos hipotecarios nacidos bajo el imperio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, será de aplicación su artículo 669 y que, conforme a él, la solución solo podrá seguir siendo esta cuando la anotación sea anterior a la nota de expedición de certificación de cargas»*<sup>100</sup>. Esta dirección interpretativa del régimen de la vigente LEC se termina imponiendo en las RRDGRN de 20 de julio de 2005 (RJ 2005, 9776) y 18 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7617); si bien esta última justifica que en la venta extrajudicial la solución es la contraria por subsistir en el Reglamento Hipotecario alguna norma que le brinda apoyo. Pero con independencia de este último punto, que ahora no nos interesa, llama la atención que, frente a la abundancia de argumentos que hemos visto que apoyaban la solución contraria, esta dirección interpretativa se aquiete dócilmente a una interpretación literal de la ley, que entendemos muy inconveniente, y que, además, no es la única posible. Es explicable que ello ocurriera en aquellas RRDGRN que contemplaban el problema de modo teórico por resolver supuestos anteriores a la vigente LEC, pero cuando tras su entrada en vigor se ha de resolver derechamente sobre una cancelación, nos parece que los argumentos debieran ser más sólidos. En cambio, aparte de la literalidad de las normas, para defender la cancelación, solamente se nos dice que la misma se justifica por estar ordenada en una ejecución hipotecaria, que *«es un proceso bajo la decisión de la autoridad judicial, conforme al principio constitucional de tutela judicial efectiva»* [así RDGRN de 18 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7617)]. Explicación que nos resulta por completo incomprensible, ya que en el procedimiento de ejecución la autoridad judicial no puede intervenir tomando decisiones sobre los derechos de los terceros (salvo en el caso del art. 696 LEC); por tanto no debiera tampoco decidir sobre la cancelación de una anotación preventiva que publica la existencia de un procedimiento, diferente al de ejecución, al que la normativa (y el propio Tribunal Constitucional) expresamente remite para la defensa de

los derechos de dichos terceros. Es tanto como decir que los interesados, que no pueden defenderse en la ejecución, en realidad tampoco lo pueden hacer fuera de ella; o, por el contrario, que esos terceros sí se están defendiendo en la ejecución, o que la cancelación no les afecta; nada de lo cual puede ser cierto. Por lo demás, teniendo en cuenta que el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas son expedidos por el Secretario judicial (cfr. art. 674 LEC), tampoco se puede compartir que se diga que con ellos esté garantizada la tutela judicial de los derechos.

Ahora bien, ¿es realmente necesario pensar que las normas vigentes imponen la cancelación de las anotaciones preventivas posteriores a la nota marginal? Nos parece que ante la abundancia de argumentos sistemáticos que apoyan la no cancelación es necesario repensar los resultados de la interpretación literal. Al fin la solución dependerá de cómo debe entenderse la expresión del artículo 131 LH acerca de las anotaciones preventivas que se practiquen en algunos de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución. Es cierto que la norma es confusa, pues si existe un supuesto en que es posible la suspensión de la ejecución, en principio sería necesario utilizar ese remedio y no el procedimiento declarativo<sup>101</sup>, por lo que se ha llegado a decir que la referencia a estas anotaciones preventivas que subsisten, aunque se practiquen después de la nota marginal, es más teórica que otra cosa, ya que todas las anotaciones preventivas se cancelarán, puesto que el legislador quiere dar la mayor eficacia posible al proceso de ejecución, de modo que los actos ejecutivos no puedan quedar desconocidos ni siquiera en un procedimiento declarativo<sup>102</sup>. Opinión esta que nos parece inadmisibles por hacer supuesto de la cuestión. Para algunos autores la norma tendría explicación en los casos en que no se haya adoptado judicialmente la suspensión, lo que solamente puede producirse en la causa criminal, pues en el caso de ejercitarse una tercería de dominio, la denegación de suspensión comporta la desestimación de la tercería<sup>103</sup>, mientras que si se ha admitido la demanda, la suspensión se ha producido, y no es necesario el proceso declarativo<sup>104</sup>.

A nuestro juicio, por más que se pueda admitir la adecuación a la literalidad de la norma de algunas de estas explicaciones parciales, el texto de la misma es tan imperfecto que pretender sacar su sustancia reguladora de la mera letra resulta un empeño imposible; por lo que se impone realizar una interpretación sistemática. Bajo esa perspectiva, resulta necesario mantener en el Registro la anotación preventiva de demanda de nulidad de la hipoteca por las razones que hemos explicado en las páginas anteriores<sup>105</sup>. Desde luego, cabe aceptar que se haya ordenado una anotación preventiva de demanda aunque se haya iniciado la ejecución hipotecaria, e incluso figure en el Registro la nota marginal de inicio del procedimiento: es perfectamente posible que el demandante en la acción declarativa desconozca el inicio de la ejecución y, sin agotar las averiguaciones acerca de ese extremo, se decida a interponer la acción declarativa. Y, natural-

mente es posible que el demandante haya iniciado la acción declarativa porque sea consciente de que tiene cerrada la vía de la tercería de dominio: por ejemplo, porque su adquisición no hubiera accedido al Registro o lo hubiera hecho después que la hipoteca, pese a ser anterior. Ahora bien, si ha demandado a los titulares registrales de derechos reales contradictorios con el suyo, y entre ellos al titular de la hipoteca no constituida por el mismo demandante, lógicamente la anotación preventiva de la demanda se debe practicar y mantener hasta que resulte necesaria, pues lo que se decida en ese procedimiento tiene fuerza bastante no solamente para suspender la ejecución, sino para excluir su misma procedencia ya que la hipoteca constituida por un *non dominus* no es válida, fuera de los casos del artículo 34 LH, por lo que tampoco puede generar una válida adquisición en la subasta<sup>106</sup>. Nótese que pretender cancelar la anotación supone una burla a la tutela judicial efectiva, que en este caso recae sobre una materia tan importante como es la relativa a los resultados de la aplicación de este precepto; esta burla pensamos que no se debería tolerar<sup>107</sup>.

En cualquier caso, además, el artículo 135 LH obliga al Registrador a comunicar al órgano encargado de la ejecución la práctica de asientos que puedan afectar a la ejecución, para evitar que se prosiga dicho procedimiento cuando se advierta que el título de la adjudicación que eventualmente se produzca no va a poder inscribirse o condicionen la posible eficacia del mismo<sup>108</sup>. En esa situación nos parece que estarán los litigios que cuestionen la validez de la hipoteca: por tanto el precepto está partiendo de un criterio similar al que aquí sostenemos.

A la vista de lo cual procede de nuevo preguntarse la razón de que el órgano encargado de la ejecución vaya a poder permitir que el acreedor hipotecario continúe con el engaño<sup>109</sup> a que puede conducir la prosecución de la ejecución hasta la subasta. O incluso que admita el despojo del verdadero dueño si estuviera preceptuada la cancelación de esas anotaciones preventivas. Habría sido mejor que el legislador entendiera que esta medida cautelar implica la suspensión de la ejecución<sup>110</sup>. En realidad, teniendo en cuenta el estado de la regulación, pocas personas participarían en una subasta tan incierta en sus resultados, ya que no puede conducir a una adquisición definitiva (tampoco por parte del ejecutante, pero él, al menos nada pierde pues no ha de pagar precio alguno). Por lo cual es muy probable que el empeño legal en proseguir con la ejecución o bien obedece a razones poco confesables, como la de intentar consumir un despojo, o bien resulta inútil, dilatorio y perjudicial.

### III. CONCLUSIONES DE *LEGE FERENDA*

Prescindiremos aquí de enumerar las abundantes conclusiones acerca de la interpretación del régimen vigente. Habida cuenta de la perspectiva de estas páginas, esas conclusiones sin dejar de ser importantes y probablemente incluso

más operativas en la práctica diaria, palidecen junto a la finalidad principal del trabajo que es señalar posibles caminos para una reforma normativa. Partimos de que, en la legislación actualmente vigente, la tercería de dominio no puede resolver si el actor es o no dueño al tiempo de constituirse la hipoteca, es decir si esta es nula por haber sido constituida por quien carecía ya del poder de disposición sobre la cosa. Debe limitarse el Juez de la tercería, por imperativo legal, a constatar si los terceristas están protegidos por una inscripción de dominio previa en fecha a la hipoteca. Ahora bien, consideramos que, fuera de la ejecución, la discusión sobre esos extremos debe ser siempre posible en un procedimiento declarativo ordinario y que, además, cuente con la adecuada publicidad registral. Y, asimismo, que ningún título de dominio conocido por el órgano encargado de la ejecución puede ser ignorado en la publicidad de la subasta.

En esas posibles reformas normativas, se deberían destacar las siguientes sugerencias:

I. Partimos de un hecho: la ventaja de la interposición de la tercería de dominio por quien alega ser *verus dominus*, es que la simple admisión de la demanda paraliza el procedimiento de ejecución (art. 696.2 LEC); frente a este efecto, el procedimiento declarativo sobre el mismo objeto, presenta el inconveniente no solamente de no paralizar la ejecución, sino de dificultar la constancia en la misma de la pendencia del procedimiento declarativo, pues ello depende de la adopción como medida cautelar de la anotación preventiva de la demanda. Sería oportuno plantear una solución legal que permitiera obviar estos inconvenientes: o bien arbitrando un mecanismo cautelar de publicidad registral para informar del previsible litigio acerca de la titularidad que se avecina cuando se inadmite la demanda de tercería o se desestima; este mecanismo debiera tener un carácter provisional (en tanto que se confirma esta medida en el procedimiento declarativo que se inicie en cierto plazo); o bien otorgar la competencia para el conocimiento de este litigio declarativo al propio órgano judicial en que se siga la ejecución, con lo que se eliminarían los desfases temporales entre la inadmisión de la demanda de tercería o la desestimación de esta, y la adopción de medidas cautelares de publicidad dentro del procedimiento declarativo, y que pueden hacer ilusoria de ejecución de la Sentencia que se obtenga en este último. Y es que un dato tan importante para la ejecución debe ser adecuadamente publicado. Con independencia de ello: en el régimen vigente ya hemos dicho que en los anuncios de la subasta no se puede omitir la existencia de cualquier título que cuestione la válida constitución de la hipoteca.

II. Sería conveniente prever una reforma de la tercería de dominio y de los procedimientos declarativos acerca de la titularidad del bien. Aun admitiendo que en una eventual reforma se pueda seguir manteniendo que el litigio acerca de la titularidad del bien hipotecado no produzca la paralización de la ejecución; al menos se debiera garantizar suficientemente el derecho de quien participa

en una subasta realizada en estas circunstancias, pues en la actualidad quien lo hace no cuenta con seguridad ni en cuanto a la adquisición que pretende, ni con relación a la recuperación del precio que satisfaga. En este sentido, sería preciso aclarar que el rematante no debe soportar el riesgo jurídico de su adquisición; por otra parte, también sería adecuado regular expresamente la posibilidad de que el rematante suspenda el pago del precio del remate; que, pese a que lo abone, se retenga a su disposición, o, al menos, que pueda pedir al ejecutante garantía suficiente de su eventual restitución, todo ello hasta que se dilucide el litigio declarativo sobre la titularidad, haciendo así posible deshacer las consecuencias de la subasta sin perjuicio para el adjudicatario del bien.

III. Es muy probable que sea necesario clarificar el tratamiento normativo de la cancelación de la anotación preventiva de la demanda en la que se discuta sobre la validez de la hipoteca, para evitar que se siga extendiendo la práctica propiciada por la interpretación de las normas vigentes realizada por la Dirección General de los Registros y del Notariado de permitir su cancelación tras la adjudicación cuando se haya practicado con posterioridad a la nota marginal de expedición del certificado de dominio y cargas. De admitirse esta cancelación, se pierde el sentido propio de esta anotación preventiva, lo cual influye en la propia consistencia del sistema de protección de los derechos subjetivos en el caso de la ejecución hipotecaria, y a nuestro juicio cuestiona abiertamente su constitucionalidad.

## JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA OFICIAL CITADA

### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE (Sala Primera) 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89)
- STJUE (Sala Primera) 17 de julio de 2014 (TJCE 2014, 106)
- STJUE de 29 de octubre de 2015 (*JUR* 2015, 248737)

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 18 de diciembre de 1981 (*RTC* 1981, 41)
- STC de 9 de mayo de 1995 (*RTC* 1995, 69)

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 15 de marzo de 1958 (Roj: STS 189/1958 - ECLI:ES:TS:1958:189)
- STS de 14 de junio de 1984 (*RJ* 1984/3239)

- STS de 17 de octubre de 1989 (*RJ* 1989, 6928)
- STS de 26 de marzo de 1991 (*RJ* 1991, 2446)
- STS de 26 de septiembre de 1991 (*RJ* 1991, 6069)
- STS de 8 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 8148)
- STS de 18 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993, 9149)
- STS de 10 de octubre de 1996 (*RJ* 1996, 7552)
- STS de 29 de enero de 1997 (*RJ* 1997, 145)
- STS de 26 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3862)
- STS de 28 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 8430)
- STS de 14 de junio de 2000 (*RJ* 2000, 4413)
- STS de 20 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 4346)
- STS de 25 de octubre de 2004 (*RJ* 2004, 7033)
- STS de 28 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 696)
- STS de 4 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 2209)
- STS de 9 de junio de 2006 (*RJ* 2006, 2381)
- STS de 28 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006, 8717)
- STS de 16 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 1856)
- STS de 20 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 1849)
- STS de 10 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 6812)
- STS de 15 de julio de 2008 (*RJ* 2008, 3365)
- STS de 31 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 4252)
- STS de 21 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 4985)
- STS de 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1609)
- STS de 10 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2595)
- STS de 19 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 2612)
- STS de 1 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 927)
- STS de 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2320)
- STS de 21 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3444)

#### AUDIENCIAS PROVINCIALES

- AAP Zamora, 22 de junio de 1995 (*AC* 1995, 1178)
- SAP Málaga, 5 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004, 66971)
- AAP Cantabria, 8 de mayo de 2012 (*AC* 2013, 267)
- SAP Toledo, 17 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 25018)
- AAP Madrid, 7 de mayo de 2013 (*AC* 2014, 2178)
- AAP Valencia, 27 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 131182)
- AAP Madrid, 22 de junio de 2015 (*AC* 2015, 958)
- SAP Asturias, 22 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 249606)
- AAP Granada, 14 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 114673)
- SAP Pontevedra, 21 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 120265)

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 11 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 4791)
- RDGRN de 18 de marzo de 2002 (*RJ* 2002, 6186)
- RDGRN de 27 de marzo de 2002 (*RJ* 2002, 6161)
- RDGRN de 19 de junio de 2002 (*RJ* 2002, 8912)
- RDGRN de 13 de enero de 2005 (*RJ* 2005, 1106)
- RDGRN de 20 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 9776)
- RDGRN de 4 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 4886)
- RDGRN de 18 de septiembre de 2013 (*RJ* 2013, 7617)
- RDGRN de 23 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 6104)

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ADÀN DOMÉNECH, F., *La ejecución hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 2009.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., La nulidad de los préstamos usurarios, *ADC*, 1995, 33-49.
- ARIAS LOZANO, D., Algunas consideraciones sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en *Estudios sobre derecho procesal*, vol. 3 (dirigido por Ignacio Díez-Picazo Giménez y Julián Martínez-Simancas y Sánchez), Madrid, 1996, 2751-2773.
- ARRIETA SEVILLA, L. J., *La doble inmatriculación registral*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009.
- ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- BANACLOCHE PALAO, J., Contradicción y oposición en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, *Tribunales de Justicia*, 8-9/1997, 835-847.
- CASERO LINARES, L., *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Bosch, 2014.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Pamplona, Aranzadi, 2010.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, I, 3.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- CEDEÑO HERNÁN, M., Las especialidades de la ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados, en *El proceso de ejecución forzosa. Problemas actuales y soluciones jurisprudenciales* (coordinador Álvaro Gutiérrez Berrinches), Madrid, La Ley, 2015, 825-917.
- CLEMENTE MEORO, M. E., *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- CORDERO LOBATO, E., Comentario al artículo 1857, en Bercovitz (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Valencia, 2013.
- CORDÓN MORENO, F., en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, 2.ª edición, Pamplona, 2011.
- CRESPO ALLUÉ, F., en LORCA NAVARRETE, A. M., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Valladolid, 2000.

- CRUZ GALLARDO, B., *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores. Práctica registral y procesal*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2014.
- DE LA OLIVA, A., y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001.
- DE LA PUENTE ALFARO, F., La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones, *RCDI*, 1997, núm. 643, 2139-2196.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díez Alabart), Tomo XVII, vol. 2.º, artículos 1281 a 1314, 1995, Madrid, Edersa.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M. A., *Las nulidades de los contratos*. Madrid, Dykinson, 2005.
- DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales*, Madrid, 2014.
- *Hipoteca, su ejecución y dación en pago*, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- DÍAZ FRAILE, J. M., La deuda hipotecaria ante su ejecución: la tasación del bien hipotecado, en M. Espejo Lerdo de Tejada, y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Pamplona, Aranzadi, 2016, 345 y sigs.
- *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Madrid, 2000.
- Nota sobre los posibles inconvenientes de cerrar el Registro de la Propiedad a las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de las hipotecas en caso de que se soliciten una vez iniciado el procedimiento judicial sumario, *Boletín Colegio de Registradores*, núm. 48, mayo de 1999, 1189-1192.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, VI, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, 2010.
- *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Cizur Menor (Navarra), 2.ª edición, 2016.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La tercería de dominio y la transmisión de inmuebles. La defensa de los derechos reales en la ejecución singular*, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario: algunas cuestiones actuales, *RCDI*, Año núm. 91, núm. 748, 2015, 605-644.
- Prioridad registral y buena fe. Valor jurídico de la inscripción de la hipoteca. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2000, en CLEMENTE MEORO, M. E., *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Valencia, 2002, Editorial Tirant lo Blanch, 187-198.
- La hipoteca no inscrita y su valor jurídico. Comentario a la Sentencia núm. 368/2016 de 3 de junio (*RJ* 2016, 2320), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2017, núm. 42, en prensa.
- Consideraciones acerca de la tercería de dominio y el procedimiento declarativo en el supuesto de la hipoteca constituida *a non domino*, en *El proceso civil ante el nuevo reto de un nuevo panorama socioeconómico* (dirs. G. García-Rostán Calvín/J. Sigüenza López), Cizur Menor (Navarra), 2017 (en prensa).
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A. y otros, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Barcelona, 2000.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentarios, jurisprudencia y formularios generales al libro III (De*



- la ejecución forzosa) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, 6.<sup>a</sup> edición, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid Civitas, 1994.
- El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización del valor. Dos enmiendas imprescindibles al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, *Lunes* 4.30, núm. 257, 1999, 11-21.
  - *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, I, 8.<sup>a</sup> edición, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- GARCÍA RUBIO, B., El procedimiento ejecutivo en reclamación de un crédito hipotecario, en *Estudios sobre derecho procesal*, vol. 3 (dirigido por Ignacio Díez-Picazo Giménez y Julián Martínez-Simancas y Sánchez), Madrid, 1996, 2775- 2795.
- GIMÉNEZ GÓMIZ, G., El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Especial referencia a las causas de suspensión 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> recogidas en el artículo 132 de la mencionada Ley, en *Estudios sobre derecho procesal*, vol. 3 (dirigido por Ignacio Díez-Picazo Giménez y Julián Martínez-Simancas y Sánchez), Madrid, 1996, 2937-2975.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., La ejecución hipotecaria en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en VVAA, *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria*, Estudios de Derecho judicial, 23, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, 215-272.
- La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento, *RCDI*, núm. 659, 2000, 1857-1926.
- GORDILLO CAÑAS, A., El principio de fe pública registral (II), *ADC*, 2008-III, 1057 y sigs.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, 2006.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor, en M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Pamplona, Aranzadi, 2016, 303 y sigs.
- JURADO JURADO, J. J., *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados*, Barcelona, Bosch, 2001.
- LARRONDO LIZARRAGA, J. M., Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Exposición sistemática, en VVAA, *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria*, Estudios de Derecho judicial, 23, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, 273-310.
- Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, Madrid, 1989 a 1991.
- MANZANO SOLANO, A., Cancelación de asientos como consecuencia de la ejecución hipotecaria, en VVAA, *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria*, Estudios de Derecho judicial, 23, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, 311-430.
- MARÍN CASTÁN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- MARTÍN DIZ, F., *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada, Comares, 2000.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción, en Espejo Lerdo de Tejada, M. y Murga Fernández, J. P. (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Pamplona, Aranzadi, 2016, 259 y sigs.
- MONSERRAT VALERO, A., *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH)*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Civitas, Madrid, 2002.
- MONTERO AROCA, J., *Tratado de ejecuciones hipotecarias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- MORELL Y TERRY, J., *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, 2.<sup>a</sup> edición, tomo 4, Madrid, Reus, 1930.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Profili civilistici della vendita giudiziale di beni immobili in Italia e in Spagna*, Bolonia (tesis doctoral), 2014. Disponible en: [http://amsdottorato.unibo.it/6272/1/TESI\\_PROFILI\\_CIVILISTICI DELLA VENDITA GIUDIZIALE\\_Marzo\\_2014.\\_Juan\\_Pablo\\_Murga\\_Fern%C3%A1ndez.pdf](http://amsdottorato.unibo.it/6272/1/TESI_PROFILI_CIVILISTICI DELLA VENDITA GIUDIZIALE_Marzo_2014._Juan_Pablo_Murga_Fern%C3%A1ndez.pdf)
- *Subasta judicial y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015.
- Desafectación tácita de bienes de dominio público y la configuración del presupuesto de la buena fe de principio de fe pública registral: a propósito de la STS de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 185), *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 15, marzo de 2015, 175-179.
- La configuración de la buena fe del tercero hipotecario: breves notas en defensa de su concepción ética, en *Cuestiones actuales de Derecho Patrimonial desde una perspectiva italo-española* (coord. J. P. Murga Fernández y S. Tomás Tomás), Valencia, 2013, 103-120.
- Operatividad del principio de fe pública registral en el ámbito de la venta judicial de cosa ajena: acogimiento jurisprudencial de la doctrina uniforme sentada sobre la materia de 2007, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2012, núm. 28, 365-385.
- PANISELLO MARTÍNEZ, J., El procedimiento para la ejecución de los bienes hipotecados y pignoralos, en *La ejecución hipotecaria. Análisis, procedimiento, ejecución y formularios* (director, Francisco José Sospedra Navas), Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2.<sup>a</sup> ed., 2012, 375-626.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, Madrid, 2001.
- RAMÓN CHORNET, J. C., La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000, *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Estudios de Derecho judicial, 31, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, 397-505.
- RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- RIVAS TORRALBA, R. A., *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Barcelona, 2012.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Madrid, Dilex, 2004.

- ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., y BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, Tomos VII y X, 9.<sup>a</sup> edición, Barcelona, 2009.
- SIGÜENZA LÓPEZ, J., La necesidad de repensar el actual sistema de ejecución hipotecaria, en M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Pamplona, Aranzadi, 2016, 497 y sigs.
- TORIBIOS FUENTES, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2014, 2.<sup>a</sup> edición.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, Barcelona, EUB, 2002.

## NOTAS

<sup>1</sup> Sobre esta cuestión pueden verse las contribuciones de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción, en M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 259 y sigs., y HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor», en M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, cit., pp. 303 y sigs.

<sup>2</sup> En la doctrina se ha hablado muy oportunamente de la necesidad de reflexionar sobre el sistema vigente de ejecución hipotecaria: así, recientemente, SIGÜENZA LÓPEZ, J., La necesidad de repensar el actual sistema de ejecución hipotecaria, en *Vivienda, préstamo y ejecución*, cit., pp. 497 y sigs., lo que ha llevado incluso a cuestionarse si es preciso realmente un proceso especial de ejecución hipotecaria (cfr. pp. 511 y sigs.).

<sup>3</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La tercería de dominio y la transmisión de inmuebles. La defensa de los derechos reales en la ejecución singular*, Cizur Menor (Navarra), 2015.

<sup>4</sup> A veces estas reformas no han logrado siquiera que los mecanismos arbitrados resulten suficientes en su propio ámbito de atención: cfr. STJUE de 29 de octubre de 2015 (*JUR* 2015, 248737).

<sup>5</sup> Sobre los referidos problemas: MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción*, cit., pp. 292 y sigs.; DÍAZ FRAILE, J. M., *La deuda hipotecaria ante su ejecución: la tasación del bien hipotecado*, en M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, cit., pp. 345 y sigs.

<sup>6</sup> Recientemente se muestra en contra de esta posibilidad de aplicación de la protección del artículo 34 LH al acreedor hipotecario: DE PABLO CONTRERAS, P., *Hipoteca, su ejecución y dación en pago*, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 15-16. Pero la solución del texto, contraria a la opinión de este autor, es pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia, ya que el propósito de dar seguridad a quien contrata o da dinero a préstamo confiando en la publicidad del Registro constituye una de las finalidades de nuestra legislación hipotecaria. Baste para demostrarlo el siguiente pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861: «debe decir la comisión cómo entiende la publicidad. Consiste esta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que gravite sobre la propiedad si no se halla escrita en el registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él solo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe». En la doctrina puede verse en esta misma dirección, por todos, GORDILLO CAÑAS, A., El principio de fe pública registral (II), *ADC*, 2008-III, pp. 1090 y sigs. Sobre esta cuestión y en el plano jurisprudencial, *vid.*, también MURGA FERNÁNDEZ, J. P., Operatividad del principio de fe pública registral en el ámbito de la venta judicial de cosa ajena: acogimiento jurisprudencial de la doctrina uniforme sentada sobre la materia de 2007, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2012, núm. 28, pp. 382 y 383. La opinión del profesor DE PABLO probablemente está motivada por la real necesidad

de abrir en la ejecución un cauce de defensa al propietario, que las normas vigentes se han empeñado en dificultar (con toda probabilidad de un modo innecesario y poco justificado como argumentamos en este trabajo); pero a nuestro juicio buscar la defensa del propietario de este modo supone llegar demasiado lejos, pues se desactivaría la función propia del Registro de la Propiedad.

<sup>7</sup> Es cierto que se puede decir que los supuestos de constitución de hipoteca *a non domino* son poco frecuentes. Naturalmente también es difícil que «se produzca algún error en la determinación de cuál ha de ser el bien o bienes» afectados a la ejecución; desde este punto de vista la situación es muy diferente a la de la ejecución general, en la que para embargar basta la existencia de signos externos de titularidad de los mismos con lo «que las posibilidades de embargar bienes que no pertenezcan a la esfera patrimonial del ejecutado se multiplican»: así GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentarios, jurisprudencia y formularios generales al libro III («De la ejecución forzosa») de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, 6.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1297. Y asimismo es verdad que la parte acreedora se asegura de que el bien hipotecado pertenece al deudor (*loc. ult. cit.*). Pero es que el problema, aunque no se plantea en la hipoteca exactamente en los mismos términos ni con la misma dimensión con que lo hace en la ejecución ordinaria, también se puede suscitar y de hecho se suscita; basta para ello que exista una titularidad extrarregistral que se opone a la registral. La hipótesis no es tan rara: lo demuestra el hecho de que la solución de este tipo de supuestos, el choque del Registro con la realidad jurídica extrarregistral, constituya una parte importante del Derecho registral. En cualquier caso, si traemos aquí la consideración de esta materia, no es en razón de su mayor o menor frecuencia práctica, sino para examinar si el sistema normativo da respuesta suficiente al caso, improbable si se quiere pero posible, de que la hipoteca esté mal constituida por serlo *a non domino*.

<sup>8</sup> *Vid.*, BANACLOCHE PALAO, J., Contradicción y oposición en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, *Tribunales de Justicia*, 8-9/1997, pp. 835-847.

<sup>9</sup> BLASCO GASCÓ, F. P., Comentario al artículo 1857 del Código Civil, en Domínguez Luelmo, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, 2010, p. 1991.

<sup>10</sup> Para la primera opinión, CORDERO LOBATO, E., en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, I, 3.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 676-677. Y, para la segunda, RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 170-173 y 215, que en este punto sigue a GORDILLO. Finalmente, habría que tener en cuenta que el referido requisito vendría referido a la adquisición normal de la hipoteca, y no a su constitución *a non domino*, que se regiría no por la regla del Código, sino por el sistema del artículo 34 LH: así GORDILLO CAÑAS, A., *El principio de fe pública registral (II)*, cit., pp. 1090-1091. Ya hemos dicho que en contra de esta última interpretación se muestra DE PABLO CONTRERAS, P., *Hipoteca, su ejecución y dación en pago*, cit., pp. 13 y 16 y sigs., quien considera que la falta de titularidad del constituyente es una causa de nulidad del contrato de hipoteca; y que, por tanto, este defecto no queda convalidado por la inscripción (art. 33 LH), si bien en su opinión estaríamos ante una nulidad que solamente afecta a las partes del contrato, y no a los terceros que traigan causa del acreedor hipotecario y que adquieren el dominio, salvo que se hubiera anotado preventivamente la demanda de nulidad del contrato de hipoteca antes que realizaran su adquisición.

<sup>11</sup> Así lo ha admitido la RDGRN de 4 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 4886), que se planteaba si podía cancelarse la hipoteca en virtud de una transacción judicial acerca de la titularidad del constituyente de la hipoteca, que no había consentido el acreedor hipotecario, y que resolvió el caso diciendo que «tal cancelación no puede afectar al derecho del acreedor hipotecario, pues se trata de un tercero protegido por el artículo 34, que, de conformidad con lo que establece dicho artículo, no puede ser afectado por la nulidad del título de su otorgante cuando la causa de tal nulidad no resulta del propio Registro». Así, también lo ha entendido la STC de 9 de mayo de 1995 (*RTC* 1995, 69), en un supuesto en el que sobre la cosa se había constituido

un derecho de usufructo, en escritura pública, y posteriormente una hipoteca que se adelantó en su inscripción al usufructo: «la interpretación efectuada por el juzgador de instancia parece razonable, ya que el principio de purga o extinción de los derechos posteriores a la constitución de la hipoteca que deriva de la ejecución hipotecaria, puesto en relación con los principios hipotecarios de inoponibilidad de los títulos no inscritos (art. 606 del Código Civil y art. 32 LH), de fe pública registral (art. 34 LH), y de legitimación o exactitud registral (art. 38 LH), permiten sostener *prima facie* que el derecho de usufructo, cualquiera que sea la fecha de su constitución, inscrito con posterioridad al derecho de hipoteca, no puede perjudicar ni ser oponible al adjudicatario de la finca hipotecada en el procedimiento de ejecución hipotecaria (art. 131.8.<sup>a</sup>, LH)». *Vid.*, asimismo en idéntico sentido, la jurisprudencia civil citada en la nota 13 siguiente, y, en general, en todo este apartado y sus correspondientes notas.

<sup>12</sup> Así GORDILLO CAÑAS, A., *El principio de fe pública registral (II)*, cit., pp. 1090-1091.

<sup>13</sup> Así la STS de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6812): «la persona que constituye la hipoteca debe ser propietaria del inmueble que se hipoteca y si no lo es, falta un presupuesto de eficacia que puede determinar la ineficacia del gravamen (del mismo modo que no puede venderse la cosa de otro) por falta del poder disposición; pero ello se entiende sin perjuicio del efecto convalidante de la protección registral o de la adquisición *a non domino* (como también ocurre en la venta de cosa ajena)». Por su parte, la STS de 29 de enero de 1997 (RJ 1997, 145), en una acción declarativa contra la validez de la hipoteca, dijo: «Si después de la enajenación, cuya validez no se discute, la vendedora hipotecó como si fuera verdadera propietaria civil siendo así que solo lo era para el Registro de la Propiedad porque todavía figuraba inscrita a su favor esa propiedad, el tercero goza de la protección registral (...) Otra cosa es que el tercero no reúna los requisitos que exige el artículo 34 LH». *Vid.*, también, en el mismo sentido de ser posible la hipoteca constituida *a non domino*, las SSTs de 21 de julio de 2016 (RJ 2016, 3444), 10 de abril de 2015 (RJ 2015, 2595), 31 de marzo de 2011 (RJ 2011, 4252), 16 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1856), 17 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6928) y 15 de marzo de 1958 (Roj:STS 1958, 189 - ECLI:ES:TS:1958:189). En este último caso sería posible dudar, frente a lo afirmado por la STS, que debiera jugar a favor del acreedor hipotecario el artículo 34 LH pues el inmueble se encontraba doblemente inmatriculado; ARRIETA SEVILLA, L. J., *La doble inmatriculación registral*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, p. 274, reconoce que el hipotecante no tenía mejor derecho sobre la finca, pero entiende procedente aplicar al acreedor hipotecario la protección del artículo 34 LH; pero no nos convence su explicación: que la protección del acreedor hipotecario en los casos de doble inmatriculación deba ser especial y más intensa, y que ello obedece a la naturaleza registral de la hipoteca. De nuevo se plantea un caso de doble inmatriculación en las SSTs de 26 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2446) y 20 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1849). En la jurisprudencia menor también reconoce la posible constitución *a non domino* de una hipoteca la reciente SAP Pontevedra de 21 de abril de 2016 (JUR 2016, 120265), si bien en el caso no procedía aplicar esa doctrina ya que, aunque existía una compraventa del bien hipotecado anterior a la garantía, parece que no hubo entrega ni, por tanto transmisión de la propiedad previa a la constitución de la hipoteca.

<sup>14</sup> Sobre el momento en que el hipotecante debe tener inscrito su derecho para que juegue el artículo 34 LH, la STS de 10 de abril de 2015 (RJ 2015, 2595) es clara: se exige que al tiempo de concertar la hipoteca figure ya como titular registral el deudor. Decimos por tanto que «casi siempre» se cumplirá el requisito de que la hipoteca la constituye el titular que según el Registro está facultado para ello porque, junto con el caso anterior, no debemos olvidar tampoco el supuesto de la doble inmatriculación, que, a nuestro juicio, debería entenderse como una excepción a la aplicación del principio de fe pública registral. Sobre el tratamiento de la doble inmatriculación, tan controvertido, no podemos entrar en todos los detalles. Valga la remisión, al estado de la cuestión sobre este punto, a GORDILLO CAÑAS, A., *El principio de fe pública registral (II)*, cit., pp. 1206 y sigs.; ARRIETA SEVILLA, L. J., *La doble inmatriculación registral*, cit. En un sentido parcialmente discrepante, se

ha mostrado, siguiendo una línea jurisprudencial antigua sobre este particular que parece consolidada tras la STS de 19 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2612), CLEMENTE MEORO, M. E., *Doble inmatriculación de fincas en el registro de la propiedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, *passim*. Y, *vid.*, además la nota 13 anterior, en cuanto a la jurisprudencia específica en materia de hipoteca sobre este problema de la doble inmatriculación. En cualquier caso, sin entrar en el detalle de este debate, a nuestros efectos basta dejar sentado que sigue vigente en nuestra jurisprudencia la idea de «la neutralización recíproca de los principios registrales en los supuestos de doble inmatriculación de la finca» [en palabras de la STS de 19 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2612)]; de modo que la fe pública registral no puede proteger al adquirente, al menos no lo hace siempre, cuando existe una previa doble o múltiple inmatriculación.

<sup>15</sup> Así CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., Comentario al artículo 107 LH, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Cizur Menor (Navarra), 2.<sup>a</sup> edición, 2016, pp. 1046-1047 (quien alude específicamente a la falta de efectividad ejecutiva de la hipoteca). Hay, pues, una hipoteca condicional: RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., p. 512.

<sup>16</sup> RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., p. 511.

<sup>17</sup> RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., p. 511.

<sup>18</sup> CORDERO LOBATO, E., *Tratado de los derechos de garantía*, I, cit., pp. 693 y 747.

<sup>19</sup> Se refiere a las dos posibilidades interpretativas, y se inclina por la segunda, por los argumentos que desarrollamos en el texto PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, Madrid, 2001, pp. 289-290. Esta misma tesis se deduce de las palabras de CERDEIRA, *loc. ult. cit.*, a tenor de las cuales lo que resulta condicionado es la virtualidad ejecutiva de la hipoteca.

<sup>20</sup> Si no se atiende a nada de esto nos encontramos con la extraña situación de que el rematante deba reclamar el precio abonado, lo que nos llevaría a tener que decidir quién estaría obligado a restituirlo. Para PEÑA, como acabamos de ver, la persona obligada sería el hipotecante, lo que parece lo natural al hilo de las normas propias de la evicción, pero choca con un dato especial que se da en nuestro caso: el conocimiento efectivo del debate o litigio acerca de la titularidad que necesariamente tiene el adjudicatario (por hipótesis, ya que ello figura en el asiento de la hipoteca); mientras que para DE PABLO CONTRERAS, *Hipoteca, su ejecución y dación en pago*, cit., p. 87 la persona obligada sería el acreedor hipotecario. Bajo esta diferencia de criterio late la discusión doctrinal acerca de la aplicación del artículo 1489 del Código Civil a las ventas judiciales, sobre lo cual no nos podemos detener, sobre ello es inexcusable ver el tratamiento de MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Profili civilistici della vendita giudiziale di beni immobili in Italia e in Spagna*, Bolonia (tesis doctoral), 2014, pp. 537 y sigs. disponible en: [http://amsdottorato.unibo.it/6272/1/TESI\\_PROFILI\\_CIVILISTICI\\_DELLA\\_VENDITA\\_GIUDIZIALE\\_Marzo\\_2014\\_Juan\\_Pablo\\_Murga\\_Fern%C3%A1ndez.pdf](http://amsdottorato.unibo.it/6272/1/TESI_PROFILI_CIVILISTICI_DELLA_VENDITA_GIUDIZIALE_Marzo_2014_Juan_Pablo_Murga_Fern%C3%A1ndez.pdf). Del mismo autor: *Subasta judicial y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 418 y sigs. Sea lo que sea más oportuno entender sobre esta problemática general, parece claro que el legislador no contó con que una hipoteca en estas condiciones pudiera ser objeto de ejecución: esa es la razón de no haber resuelto la ley a cargo de quien queda la obligación de restitución.

<sup>21</sup> No si es posterior, porque entonces la condición de ese adquirente es la de tercer poseedor.

<sup>22</sup> Naturalmente, cabría pensar también en que quien sostiene judicialmente su dominio, y combate la procedencia de la ejecución, debe responder de los perjuicios que su proceder pueda irrogar al ejecutante.

<sup>23</sup> Así, también lo resulta para GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento*, RCDI, núm. 659, 2000, pp. 1869-1870.

<sup>24</sup> Incluso se ha admitido recientemente que la previa hipoteca no inscrita sea oponible al segundo acreedor hipotecario que la conocía: STS de 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 2320). La hemos comentado en La hipoteca no inscrita y su valor jurídico. Comentario a la Sentencia núm. 368/2016 de 3 de junio (RJ 2016, 2320), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2017, núm. 42, en prensa. Sobre el tema: *vid.* también ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., Prioridad registral y buena fe. Valor jurídico de la inscripción de la hipoteca. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero del 2000, en CLEMENTE MEORO, M. E., *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Valencia, 2002, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 187-198. Sobre esta materia deben tenerse en cuenta las interesantes consideraciones de RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., pp. 157-168 y 223-23.

<sup>25</sup> *Vid.* STS de 28 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8430), y allí referencias.

<sup>26</sup> GORDILLO CAÑAS, A., *El principio de fe pública registral (II)*, cit., pp. 1091 y sigs. En este sentido, nos parece errónea la protección mediante el artículo 34 LH de una hipoteca que se constituye en garantía de una deuda que se reconoce en la misma escritura de constitución de la hipoteca, pese a que así lo apreciara la STS de 25 de octubre 2004 (RJ 2004, 7033). Probablemente esta STS pudo llegar a esta solución porque los recurrentes no alegaron que la constitución de la hipoteca en estas circunstancias tiene título gratuito, aunque no hubiera estado de más que hubiera indicado que faltaba título oneroso.

<sup>27</sup> Por esta razón no se debiera admitir que la solución del artículo 696 LEC viene impuesta por la naturaleza de la garantía, ni que la calificación de la escritura de hipoteca por el Registrador y su inscripción revelan una regular constitución, ni que se trata de hacer prevalecer siempre a la hipoteca, salvo frente a títulos inscritos antes. En cambio, sostiene estas opiniones CARRASCO GARCÍA, F. A., en Marín Castán, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 3074. También hace estas afirmaciones el AAP Valencia 27 de enero de 2015 (JUR 2015, 131182).

<sup>28</sup> A nuestro juicio la STS de 14 de junio de 2000 (RJ 2000, 4413) resulta algo confusa si se entendiera que exige cumulativamente la condición de tercero protegible tanto del acreedor hipotecario como del adquirente en remate. Enteramente correcta, en cambio, sería la solución de la STS de 4 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2209), «en el caso presente no existía anotación alguna que afectara a los inmuebles en el momento de ser otorgado el préstamo con garantía hipotecaria y de inscribirse la hipoteca, momento en el que ha de establecerse el requisito de la buena fe del acreedor hipotecario que concede el préstamo en atención a la garantía que para su devolución supone la constitución de la hipoteca»; y ello pese a que posteriormente se anotara una demanda de nulidad de la hipoteca que sí es anterior a la adjudicación al acreedor en el procedimiento de ejecución hipotecario. Pero, a nuestro juicio, esta anotación preventiva no puede impedir que el adjudicatario adquiera el dominio, pues su derecho deriva de la existencia de una válida hipoteca (aunque la validez de esta última solamente cuente con el manto protector del art. 34 LH, y no, en cambio, con el requisito del art. 1857.2 del Código Civil).

<sup>29</sup> Sobre ella, *vid.*, el comentario MURGA FERNÁNDEZ, J. P., Desafectación tácita de bienes de dominio público y la configuración del presupuesto de la buena fe de principio de fe pública registral: a propósito de la STS de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 185), *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 15, marzo de 2015, pp. 175-179. De este mismo autor, sobre la configuración ética de la buena fe del tercero: La configuración de la buena fe del tercero hipotecario: breves notas en defensa de su concepción ética, en *Cuestiones actuales de Derecho Patrimonial desde una perspectiva italo-española* (coord. J. P. Murga Fernández, y S. Tomás Tomás), Valencia, 2013, pp. 103-120.

<sup>30</sup> Prescindiremos en la argumentación de la crítica que ha merecido esta Sentencia para cierta doctrina que se cuestiona que la existencia o no de indefensión en un procedimiento sea valorada por el TC en relación no con el procedimiento en concreto del que se habla, sino en referencia con el conjunto de procedimientos que el interesado tenga a su disposición: *cfr.*, en este sentido, BANACLOCHE PALAO, J., *Contradicción y oposición en el procedimiento*

del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cit., p. 837; MONTERO AROCA, J., *Tratado de ejecuciones hipotecarias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 229. Sea de ello lo que fuere, nos interesará averiguar cuál es la posibilidad de defensa del concreto interesado del que nos ocupamos en estas páginas, y si esa defensa es o no adecuada.

<sup>31</sup> De este modo la STC viene a asumir el planteamiento y la argumentación oficial acerca de la justificación del procedimiento especial de ejecución: la Exposición de Motivos de la Ley de 27 de abril de 1944 insistía en las ideas originarias acerca del mismo: «Una de las mayores preocupaciones de nuestros legisladores fue buscar una fórmula especial ejecutivo-hipotecaria, de resultados rápidos y de gastos limitados, que permitiese al acreedor la fácil efectividad de sus créditos (...) A simplificarlo, sin menoscabo alguno para la garantía del deudor, se encaminan las modificaciones que se introducen»: *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, III, Madrid, 1990, p. 36.

<sup>32</sup> De hecho para CARRASCO GARCÍA, F. A., en F. Marín Castán (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 3082 estaría claro que el legislador va a tener que reformar el procedimiento de ejecución como consecuencia de este último pronunciamiento, aunque no hace alusión a nuestro concreto problema. Nosotros, desde luego, entendemos que el tratamiento legal y la práctica de la materia que estamos estudiando no terminan de ser plenamente coherentes con los principios constitucionales.

<sup>33</sup> Así la STS de 9 de junio de 2006 (RJ 2006, 2381). Para RIVAS TORRALBA, R. A., *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Barcelona, 2012, p. 568 esta STS «ha abierto paso a una nueva interpretación, que puede tener importantes repercusiones prácticas». En cuanto a la doctrina crítica con el sistema cabe destacar, según veremos en estas páginas, a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, cit., y a DE PABLO CONTRERAS, P., *Hipoteca, su ejecución y dación en pago*, cit., pp. 15 y sigs.

<sup>34</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., en DE LA OLIVA, A., y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 1176; CASERO LINARES, L., *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Bosch, 2014, p. 37. Así, también la propia *Exposición de Motivos* de la LEC, XVII: «La Ley dedica un capítulo especial a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. En este punto, se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de esta. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable».

<sup>35</sup> CASERO LINARES, L., *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 118-119.

<sup>36</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, VI, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 479; ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, Tomo X, 9.<sup>a</sup> edición, Barcelona, 2009, p. 416.

<sup>37</sup> Exposición de Motivos, en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, I-I, Madrid, 1989, p. 483.

<sup>38</sup> *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, VI-I, Madrid, 1991, pp. 507-508. En el dictamen de la comisión del Senado, relativo al Proyecto de Ley Hipotecaria de Ultramar, se afirmó que la Ley «introduce una modificación sustancial en cuanto al procedimiento para hacer efectivo el derecho asegurado con hipoteca, que facilitará poderosamente la prestación de capitales a la propiedad inmueble, suprimiendo todas las trabas, dificultades y considerables gastos que hasta ahora venían oponiéndose a su desarrollo. Puede decirse que esta reforma, juntamente con las que ya aprobó el Senado, son las de mayor trascendencia contenidas en el proyecto»: *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, VI-I, cit., pp. 590-591.

<sup>39</sup> *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, I-I, cit., p. 533, para la Ley de 1869; *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, VI-I, p. 535, para la casi idéntica redacción de la Ley Hipotecaria de Ultramar.



<sup>40</sup> El Reglamento general para la ejecución de la Ley Hipotecaria de las provincias de Ultramar (18.VII.1893), en su artículo 175 disponía que «Los procedimientos sumarios a que se refiere esta Sección, no podrán suspenderse por medio de incidentes ni por otro alguno, a instancia del deudor, del tercer poseedor, ni de ningún otro que se presente como interesado, salvo en los siguientes casos: (...) 2.º Si se interpusiere una tercería de dominio, acompañando inexcusablemente con ella título de propiedad de la finca de que se trate, inscrito a favor del tercerista con fecha anterior a la inscripción del crédito del ejecutante y no cancelado en el Registro. (...) Todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versaren sobre nulidad del título o de las actuaciones, o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio plenario que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento ejecutivo (...) Al tiempo de interponer la demanda, según el párrafo precedente, o durante el curso del pleito, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia, con retención del todo o una parte de la cantidad que por el procedimiento ejecutivo deba entregarse al ejecutante...». Acerca de los intentos, de importar estas disposiciones desde Ultramar al sistema general vigente en el resto de España, finalmente logrado por la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909: vid. MONTERO AROCA, J., *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 124 y sigs., así como otras referencias. En concreto, si se examinan el texto del artículo 4.ª de la Ley de reforma de 21 de abril de 1909, y del artículo 132 de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, se advierte perfectamente cómo se encuentran en ellos todos los criterios acabados de reproducir y que sustancialmente siguen vigentes hoy: *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, II-I, pp. 687 y 736.

<sup>41</sup> GÓMEZ GALLIGO, F. J., La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. *La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento*, cit., p. 1911; RAMÓN CHORNET, J. C., La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000, *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Estudios de Derecho judicial, 31, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 481 y sigs.

<sup>42</sup> Cfr. PANISELLO MARTÍNEZ, J., El procedimiento para la ejecución de los bienes hipotecados y pignorados, en *La ejecución hipotecaria. Análisis, procedimiento, ejecución y formularios* (director, Francisco José Sospedra Navas), Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2.ª ed., 2012, p. 584. Ya hemos explicado las razones por las que esta tesis no es correcta: la inaplicación de la protección del artículo 34 LH a un adquirente no exige que exista un derecho contradictorio inscrito, basta que no concorra alguno de los requisitos que la norma considera imprescindibles.

<sup>43</sup> Así ADÀN DOMÉNECH F., *La ejecución hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 428; CRUZ GALLARDO, B., *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores. Práctica registral y procesal*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2014, pp. 807 y 809; aunque en p. 805 afirma, en contradicción con ello, y aceptando el criterio de la STS de 9 de junio de 2006, que es erróneo pensar que el título que sirva de base a la tercería deba estar inscrito en el Registro antes de la constitución de la garantía pues bastaría simplemente que fuera un título anterior.

<sup>44</sup> Así MARTÍN DÍZ, F., *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada, Comares, 2000, p. 600.

<sup>45</sup> Así, RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Madrid, Dilex, 2004, pp. 560 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, I, 8.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 410, nota 313: «para que tales reclamaciones sean eficaces han de poderse reflejar en el Registro a través de anotación preventiva de demanda. Y por ello, de modo similar al supuesto de tercerías de dominio, en que la interposición de estas tiene un límite temporal dentro del procedimiento, también en este caso se ha señalado un límite, que es el de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, para evitar que se suspendiese o limitasen los efec-

tos del procedimiento de ejecución por causas no previstas en los artículos 695 a 697 LEC, máxime teniendo los demandantes, en todo caso, la garantía de retención a que se refiere el artículo 698.2 de la propia LEC». *Id.*, también, p. 1550, nota 523.

<sup>46</sup> CEDEÑO HERNÁN, M., Las especialidades de la ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados, en *El proceso de ejecución forzosa. Problemas actuales y soluciones jurisprudenciales* (coordinador Álvaro Gutiérrez Berrinches), Madrid, La Ley, 2015, pp. 913-914

<sup>47</sup> GIMÉNEZ GÓMIZ, G., El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Especial referencia a las causas de suspensión 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> recogidas en el artículo 132 de la mencionada Ley, en *Estudios sobre derecho procesal*, vol. 3 (dirigido por Ignacio Díez-Picazo Giménez y Julián Martínez-Simancas y Sánchez), Madrid, 1996, p. 2964.

<sup>48</sup> También MORELL Y TERRY, J., *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, 4, cit., p. 147; GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid, 1994, pese a que en la p. 343 aluda solamente a la retención, en p. 282 admite asimismo la anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca. En este último lugar indica que cabrían tres posibilidades sobre estas anotaciones preventivas: solicitar al Juez de la ejecución que no ordene cancelarla como consecuencia de la adjudicación; otra que el Registrador no la cancele; y, finalmente, pedir en el procedimiento declarativo que se amplíe la demanda al adjudicatario, y que se anote la demanda contra él, para prevenir la posible cancelación de la primera anotación.

<sup>49</sup> BOCG, (Congreso 13 de noviembre de 1998), núm. 147-1, p. 163. Así fue aprobado el Proyecto por el Congreso de los Diputados el 5 de octubre de 1999.

<sup>50</sup> El resultado a que conducía la norma, una vez iniciada la ejecución, se formulaba así por una autorizada opinión, a la que, por otra parte, este pretendido efecto merecía juicio favorable: «las causas que pudiera alegar el deudor o un tercero, al margen de las que pueda (sic) paralizar la ejecución, deberán sustanciarse en juicio ordinario, si bien recayendo las consecuencias en el valor obtenido en la realización del bien (subrogación real), no sobre el propio bien»: GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., La ejecución hipotecaria en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en *VVAA, Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria*, Estudios de Derecho judicial, 23, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 263; también compartía este significado del Proyecto, pero en sentido crítico, DÍAZ FRAILE, J. M., Nota sobre los posibles inconvenientes de cerrar el Registro de la Propiedad a las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de las hipotecas en caso de que se soliciten una vez iniciado el procedimiento judicial sumario, *Boletín Colegio de Registradores*, núm. 48, mayo de 1999, p. 1191.

<sup>51</sup> MANZANO SOLANO, A., Cancelación de asientos como consecuencia de la ejecución hipotecaria, en *VVAA, Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria*, Estudios de Derecho judicial, 23, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 416 y sigs., siguiendo a DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Madrid, 2000, pp. 718 y sigs., y en *op. ult. cit.*, para quien esta redacción incurría en riesgo de inconstitucionalidad por dejar al interesado en situación de indefensión; también se mostró de esta última opinión GARCÍA GARCÍA, J. M., El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización del valor. Dos enmiendas imprescindibles al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, *Lunes 4.30*, núm. 257, 1999, pp. 19-21.

<sup>52</sup> Enmienda NÚM. 211 del Grupo Parlamentario Socialista BOCG, Senado, Serie II 27 de octubre de 1999 núm. 154. Hemos corregido en el texto algunas erratas.

<sup>53</sup> Enmienda núm. 304 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP) BOCG, Senado, Serie II 27 de octubre de 1999 núm. 154. Es difícil conseguir decir, en un texto tan breve, como sin embargo se hace, tantas inexactitudes sobre nuestro sistema.

<sup>54</sup> DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, cit., pp. 722-723.

<sup>55</sup> Por ejemplo: la subasta no es un acto del tráfico; ni en realidad, aunque admitiéramos eso, el impedir al *verus dominus* defenderse constituye una exigencia de la protección del tráfico, ya que, por definición, cuando se entabla el procedimiento declarativo todavía no existe acto alguno de tráfico, ni de adquisición.

<sup>56</sup> DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, cit., pp. 723 y sigs. (la cita corresponde a la p. 723). Ello se produciría, en la opinión de este autor, si aparece un tercer adquirente de buena fe a título oneroso que inscriba su derecho, que podría ser o un subadquirente del rematante o adjudicatario, o el propio rematante que no sea el acreedor hipotecario. Ahora bien, en nuestra opinión, quien adquiere constando en el Registro la anotación preventiva no puede llamarse ni ser un adquirente de buena fe.

<sup>57</sup> CORDÓN MORENO, F., en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, 2.<sup>a</sup> edición, Pamplona, 2011, p. 635. Parecidamente, DE LA PUENTE ALFARO, F., La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones, *RCDI*, 1997, núm. 643, p. 2141: «decir que el principio de legitimación que protege la hipoteca inscrita es suficiente para justificar que, en caso de litigio sobre su validez, el actor no podrá obtener satisfacción más que por una vía indemnizatoria es desconocer que la legitimación solo protege *iuris tantum* y que el Registro de la Propiedad aspira a reflejar fielmente la realidad extratabular».

<sup>58</sup> CORDÓN MORENO, *loc. cit.*; DE LA PUENTE ALFARO, F., *La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones*, cit., p. 2153: «decir al actor que solo podrá resarcirse de su interés con el resultado de la subasta es concederle exactamente lo contrario a lo que pretende».

<sup>59</sup> CORDÓN MORENO, *loc. cit.*; HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, 2006, pp. 538-539.

<sup>60</sup> CORDÓN MORENO, *op. cit.*, p. 632; parecidamente CRESPO ALLUÉ, F., en LORCA NAVARRETE, A. M., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Valladolid, 2000, pp. 3569-3570.

<sup>61</sup> Porque, naturalmente, es posible la protección del acreedor hipotecario sobre la base del artículo 34 LH pero ello solamente si se dan los requisitos de este último, como afirma, con referencia a la STS de 25 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 7239), BLASCO GASCÓ, F. P., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 61; CORDERO LOBATO, E., *Comentario al artículo 1857*, en Bercovitz (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Valencia, 2013; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, cit., p. 126. Solamente se refiere a que habrá que apreciar si existe o no la buena fe CRESPO ALLUÉ, F., en LORCA NAVARRETE, A. M., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, cit., pp. 3569-3560; pero, a nuestro juicio también habrá que apreciar la onerosidad, o que se constituya la hipoteca de quien en el Registro resulta legitimado para ello (lo que excluye, al menos en general, los casos de doble inmatriculación).

<sup>62</sup> ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., y BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 415-416; MARTÍN DIZ, F., *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, cit., pp. 606-607: doble inmatriculación o inscripción de la hipoteca pese a la previa inscripción de la transmisión del dominio.

<sup>63</sup> Ya en los debates de un Proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria, inspirado en la Ley Hipotecaria de Ultramar, que se produjo en la Legislatura 1904-1905 afirmó RODRÍGUEZ MUÑOZ: «¿Cómo ha podido inscribirse el crédito hipotecario cuando el tercerista tiene su dominio inscrito con anterioridad? Este caso es absolutamente imposible»: *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, II-I, Madrid, 1989, p. 176. GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, cit., p. 343, quien llega a afirmar que es una causa de suspensión a la que no se refiere ninguna sentencia; también MONTERO AROCA, J., *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, cit., p. 1087 afirma que en la jurisprudencia que ha examinado no se acordó la suspensión ni una sola vez, o muy rara vez; MONTERO AROCA, J., *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 1056. Afirman, asimismo, la irrelevancia práctica de la tercería:

ADÀN DOMÉNECH, F., *La ejecución hipotecaria*, cit., p. 429; BANACLOCHE PALAO, J., *Contradicción y oposición en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, cit., pp. 842-843; CRESPO ALLUÉ, F., en LORCA NAVARRETE, A. M., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, cit., p. 3569; GIMÉNEZ GÓMIZ, G., *El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Especial referencia a las causas de suspensión 1.ª y 2.ª recogidas en el artículo 132 de la mencionada Ley*, cit., pp. 2963; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento*, cit., pp. 1889-1890 y 1897; HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El despacho de la ejecución hipotecaria*, cit., p. 462; JURADO JURADO, J. J., *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 411; MONSERRAT VALERO, A., *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH)*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 296; MONSERRAT VALERO, A., *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Civitas, Madrid, 2002, p. 163; RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., p. 663; RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000*, cit., p. 442; RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, cit., pp. 534-535. Hay quien afirma, sin ambages, que el régimen viene a significar que «no caben tercerías de ningún tipo»: GARCÍA RUBIO, B., *El procedimiento ejecutivo en reclamación de un crédito hipotecario*, en *Estudios sobre derecho procesal*, vol. 3, cit., p. 2792.

<sup>64</sup> La idea procede de MORELL Y TERRY, J., *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, 2.ª edición, tomo 4, Madrid, Reus, 1930, p. 147; para una enumeración de los supuestos que pudieran literalmente incluirse en el derogado artículo 132.2 LH: *vid.*, GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, cit., pp. 340 y sigs.: doble inmatriculación, inscripción de un título sin el requisito de la previa inscripción del artículo 20 LH, despacho de los títulos invirtiendo el orden resultante de los asientos de presentación, titular inscrito en el historial de la finca que alegase su propiedad frente al adquirente ulterior y el acreedor hipotecario por existir causas determinantes de la nulidad o resolución de esas adquisiciones y no reunir los requisitos del artículo 34 LH, etc.  *Vid.*, también, DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, cit., pp. 760-762; RICHARD GONZÁLEZ, M., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A. y otros, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Barcelona, 2000, p. 3141.

<sup>65</sup> Para ARRIETA SEVILLA, L. J., *La doble inmatriculación registral*, cit., p. 75: «si el título presentado por el tercerista, esto es, si la doble inmatriculación fuera posterior a la inscripción de la hipoteca no se admitirá la tercería de dominio porque puede haber un tercero hipotecario que debe gozar de un trato preferencial. No obstante, esta posición privilegiada del acreedor hipotecario puede verse trastocada en un proceso declarativo en el que el tercerista justifique que el presunto tercero hipotecario no es tal porque, por ejemplo, no ha tenido buena fe». De acuerdo con que este es el designio legal, pero a esta opinión pudiera hacerse una precisión: la doble inmatriculación puede darse tanto si esta es previa como si se produce tras la inscripción de la hipoteca. Es decir, la norma no permite ser interpretada como si solamente se refiriera a este segundo caso, como literalmente pudiera deducirse de las anteriores palabras que hemos citado.

<sup>66</sup> En ese sentido, RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000*, cit., p. 442, nota 36. Y, también, GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, cit., p. 341; así como ARRIETA SEVILLA, L. J., *La doble inmatriculación registral*, cit., p. 74: «será necesario examinar los títulos civiles sobre los que se fundan los derechos del tercerista y el ejecutado». En la jurisprudencia se puede ver la reciente STS de 1 de marzo de 2016 (RJ 2016, 927).

<sup>67</sup> Así lo sostiene DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales*, Madrid, 2014, p. 378.

<sup>68</sup> MONTERO AROCA, J., *Tratado de ejecuciones hipotecarias*, cit., p. 1084; MONTERO AROCA, J., *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 1056.

<sup>69</sup> Cfr. para todo ello, CORDÓN MORENO, *op. cit.*, p. 626. Sin acentos críticos: MARTÍN DIZ, F., *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, cit., p. 597. Para MONSERRAT VALERO, A., *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH)*, cit., p. 293: «El legislador se ha decidido por un procedimiento rápido con ausencia de una fase de oposición pensando en que, de todas formas, hay suficientes garantías de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito». Preguntaríamos: ¿es cierto que son suficientes las garantías existentes en el ordenamiento para evitar la ejecución de una hipoteca mal constituida por falta de titularidad del hipotecante sea cual sea la interpretación que hagamos del mismo?

<sup>70</sup> En este sentido, Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 486.

<sup>71</sup> Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 486.

<sup>72</sup> Tampoco aclaran este extremo las siguientes palabras: «Dado el carácter fraudulento con el que en la práctica suelen interponerse estas tercerías, exige la Ley que el tercerista acompañe junto con la demanda, título de propiedad anterior a la fecha de constitución de la hipoteca»: ASENSIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 396.

<sup>73</sup> JURADO JURADO, J. J., *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados*, cit., p. 412; RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., p. 663. Es lo que la jurisprudencia suele decir aunque no se detenga en aclarar si hay o no una inscripción del derecho del tercerista que sea posterior a la hipoteca: STS de 26 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3862). En la jurisprudencia menor, impera la interpretación literal; entre otras muchas: AAP Cantabria de 8 de mayo de 2012 (*AC* 2013, 267), SAP Toledo de 17 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 25018), AAP Madrid de 7 de mayo de 2013 (*AC* 2014, 2178) y 22 de junio de 2015 (*AC* 2015, 958) y SAP Asturias de 22 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 249606). No en todos los casos era clara la fecha del título del tercerista, ni en todos había inscripción registral del mismo. En cualquier caso, la idea más difundida sobre la tercería es esta: «no se puede entrar a resolver sobre si los actores eran o no dueños conforme a la normativa civil y sustantiva al tiempo de constituirse la hipoteca, o si esta era nula por haber sido constituida por quien carecía ya de poder de disposición sobre la cosa, sino que debe limitarse, por imperativo legal, a constatar si los terceristas están protegidos por una inscripción de dominio»: literalmente es lo que dijo la SAP Málaga de 5 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004, 66971).

<sup>74</sup> Así, DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales*, cit., p. 379: «la tercería de dominio atiende al problema que plantea la inexactitud de la inscripción de la hipoteca atendiendo a su fecha y a la del título de propiedad del tercerista»; DE PABLO CONTRERAS, *Hipoteca, su ejecución y dación en pago*, cit., pp. 79 y sigs.; CORDERO LOBATO, E., en *Tratado de los derechos de garantía*, I, cit., p. 1140, haciéndose eco de la doctrina de la STS de 9 de junio de 2006. Critica esta solución GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, I, cit., p. 1548, nota 520: quien alega dos argumentos contra la solución de esta STS: que la redacción del actual artículo 696 LEC es más clara que la de su precedente artículo 132 LH, e impone que el título del tercerista esté inscrito antes que la hipoteca, y que no sería un criterio absurdo «porque a la hipoteca, a diferencia del embargo, no le pueden afectar títulos anteriores, sino solo los inscritos con anterioridad». Afirmación, esta última, que nos parece del todo gratuita e infundada legalmente: ¿dónde quedarían, para ella, el artículo 1857.2 del Código Civil que establece que el hipotecante ha de ser dueño y el artículo 34 LH, que establece una serie de requisitos para que, efectivamente, los títulos (en sentido material) anteriores no afecten al adquirente? Pero es que tampoco la primera objeción es concluyente ni concuerda con la letra de la norma, puesto que a tenor de la misma cabe que lo inscrito antes que la hipoteca sea la titularidad del causante del tercerista.

<sup>75</sup> STS de 9 de junio de 2006 (*RJ* 2006, 2381): sería una interpretación absurda entender «que el título debe estar inscrito antes de la constitución (por la inscripción) de la hipoteca; si lo estuviere, no sería posible inscribir tal hipoteca. Los autores que han estudiado el tema han advertido la dificultad de aplicar tal norma; no es dificultad, es absurda si se interpreta

como si exigiera que el título de propiedad del tercerista inscrito con fecha anterior a la inscripción del crédito hipotecario; el título debe ser de fecha anterior, sin duda y debe estar inscrito, para obtener protección registral, pero no inscrito antes de la hipoteca». En la STS de 28 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 696), en un caso que añade al problema la complejidad propia de los casos de la permuta de suelo por edificación futura, se aceptó discutir en el marco de una tercería un caso en el que «los hoy recurrentes no instaron en su momento inscripción alguna de su derecho resultante de la escritura de permuta»; aunque la prueba «permite cuando menos cuestionar que en el caso examinado el otorgamiento de dicha escritura equivaliera a la entrega del local, pues de la propia escritura resultaba otra cosa (...), o que los hoy recurrentes adquirieran la propiedad del local en cuestión por su posesión material, como se aduce en el motivo segundo, pues tal circunstancia no se declara probada por la sentencia recurrida».

<sup>76</sup> Por ejemplo, cuando se cuente solamente con titulación privada, que no puede hacerse valer en la tercería: DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, cit., p. 762. *Vid.*, sobre este supuesto de un título privado, STS de 10 de octubre de 1996 (*RJ* 1996, 7552): «no es posible, en línea de principio, ejercitar, como ocurre en autos, una tercería de dominio para impugnar la existencia registral de una hipoteca sobre el inmueble cuyo dominio se postula —en todo caso, sería factible, según [el] repetido artículo 132.2 [LH], con base a un título inscrito». También STS de 26 de septiembre de 1991 (*RJ* 1991, 6069) y AAAP Valencia de 27 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 131182) y Granada de 14 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 114673). En estos casos, tener que esperar a contar con el título público arruinará en la mayoría de los casos las posibilidades de defensa del tercerista.

<sup>77</sup> Se pudiera alegar que los requisitos de la norma no permiten una interpretación flexible como en general, no en referencia a la concreta doctrina de esta Sentencia, lo entienden ADÁN DOMÉNECH F., *La ejecución hipotecaria*, cit., p. 427; CARRASCO GARCÍA, F. A., en F. Marín Castán (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 3080, que se basa para ello en el criterio del artículo 698 LEC que remite las reclamaciones diferentes a las contempladas en el artículo 696 LEC al declarativo ordinario.

<sup>78</sup> STS de 28 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006, 8717), en un caso en que la cesión de la finca a un Ayuntamiento en escritura pública fue anterior a la hipoteca, pero fue inscrita después de esta, se advirtió «la inidoneidad de la vía de la tercería de dominio para impugnar la constitución de hipoteca sobre la finca del pleito». Nos quedamos en la duda de qué pudiera haber sucedido en el caso al que se refiere la STC de 9 de mayo de 1995 (*RTC* 1995, 69) si el usufructuario hubiera ejercitado la tercería de dominio.

<sup>79</sup> MONSERRAT VALERO, A., *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, cit., pp. 162-163.

<sup>80</sup> Valga la remisión sobre este problema a MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Subasta judicial y transmisión de la propiedad*, cit., *passim*. También nos hemos referido a esta cuestión en *La tercería de dominio y la transmisión de inmuebles. La defensa de los derechos reales en la ejecución singular*, cit., pp. 209 y sigs.

<sup>81</sup> RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000*, cit., pp. 483 y sigs.

<sup>82</sup> RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000*, cit., pp. 488 y 497; parecidamente GÓMEZ GÁLIGO, F. J., *La ejecución hipotecaria en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 263: «la anotación de demanda, en el curso de la ejecución, solo se puede tomar si se basa en una de las excepcionales causas que paralizan la ejecución o si —una vez expedida certificación de cargas— se dirige la demanda contra el propio rematante o adjudicatario» Y se añade en nota 19: «Otra solución sería admitir la anotación de demanda pero proceder a su cancelación en caso de ejecución»; es decir, la solución que literalmente se adoptó por el artículo 131 LH, tras la tentativa del proyecto de LEC de impedir la práctica de la anotación preventiva.

<sup>83</sup> RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000*, cit., p. 483-484.

<sup>84</sup> RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000*, cit., p. 485.

<sup>85</sup> Algo de equívoco nos parece apreciar en la noción de tercero utilizada por GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *La ejecución hipotecaria en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 263 que se refiere al «tercero que ha confiado en el Registro y que va a participar en la subasta, con los datos que le ofrece aquel. Sería contrario a la eficacia de la publicidad registral y a la seguridad jurídica (art. 9 Constitución) que una vez expedida certificación de cargas en el proceso de ejecución hipotecaria, pudiera anotarse preventivamente una demanda de la que no ha tenido conocimiento»; en el mismo sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento*, cit., p. 1911. Similar desenfoque apreciamos en las palabras de RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000*, cit., pp. 488-489: «los adjudicatarios no tienen porqué conocer lo que se presenta en el Registro después de expedida la certificación de cargas: el rematante solo debe contar con las cargas que constan en la certificación registral». Debe quedar claro que quien va a participar en una subasta no es un tercero a los efectos registrales, simplemente porque no ha adquirido, todavía, nada; por tanto no procedería pensar que ese sujeto merece la específica protección registral. Estaríamos ante el mismo caso de un futuro adquirente por contrato que contempla una certificación registral del bien y, entre la fecha de esta y la de la inscripción de su adquisición, accede al Registro un asiento que la contradice: podrá este tercero defender su posición de diversos modos, pero no podrá pretender hacerlo con base en el Registro. Y, por otra parte, la existencia de anotación preventiva no puede olvidarse, puesto que impide la aparición de terceros. Puede advertirse que esta tesis doctrinal sigue la línea (equivocada a nuestro juicio) de la Enmienda núm. 304 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP) BOCG, Senado, serie II 27 de octubre de 1999 núm. 154, a la que antes nos referíamos.

<sup>86</sup> O, más bien, habría que decir que cierta ventaja sí tiene el adjudicatario, pues también puede adquirir válidamente apoyándose en el hecho de que el acreedor hipotecario mereciera la protección del artículo 34 LH., aunque a él mismo le faltara, por ejemplo, la buena fe o la propia inscripción.

<sup>87</sup> Es mucho más razonable decir que «Nada obsta, sin embargo, a que el actor utilice otras posibilidades para la defensa de sus intereses no contempladas en dicho precepto, cual es la anotación preventiva de demanda que, ciertamente, no interrumpe el curso del procedimiento en marcha»: así DE LA PUENTE ALFARO, F., *La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones*, cit., p. 2159.

<sup>88</sup> Existe un debate acerca de la subsistencia o no de la garantía del préstamo, hipotecaria o personal, una vez que ha sido declarado usurario, puesto que la restitución del principal sigue siendo necesaria; al problema nos hemos referido en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario: algunas cuestiones actuales*, *RCDI*, Año núm. 91, núm. 748, 2015, pp. 631-632. A este respecto, las SSTs de 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1609), 18 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993, 9149), 20 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 4346) y 15 de julio de 2008 (*RJ* 2008, 3365) han considerado que el carácter accesorio de todos los derechos de garantía sería determinante de la nulidad de la hipoteca o de la fianza. Pero existe jurisprudencia en contra: STS de 14 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3239), que mantuvo la validez de la hipoteca, y la STS de 8 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 8148), que sostuvo la validez de la fianza. En la doctrina apoyan esta última tesis no pocos autores, todos ellos muy autorizados y con buenos argumentos: ALBALADEJO GARCÍA, M., *La nulidad de los préstamos usurarios*, *ADC*, 1995, p. 44; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Pamplona, Aranzadi, 2010, p. 701; DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díez Alabart), Tomo XVII, vol. 2.º, arts. 1281 a 1314, 1995, Madrid, Edersa, p. 403, nota 7 (con dudas); DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M. A., *Las nulidades de los contratos*. Madrid, Dykinson, 2005, pp. 312 y sigs.; VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La*

*deuda de intereses*, Barcelona, EUB, 2002, p. 138, nota 397. A favor de la doctrina jurisprudencial mayoritaria CORDERO LOBATO, E., *Comentario al artículo 1857, cit.*, p. 12747. La tesis de la decadencia de las garantías tiene algo de artificiosa, puesto que se basa en una sutilísima distinción sobre el origen, contractual o legal, de la obligación de restituir el capital entregado, según el préstamo que ha casualizado esa entrega sea válido o nulo. Esta solución, por otro lado, parece estar muy alejada de la voluntad de las partes, de los resultados a que conduciría la integración del contrato y de la realidad de las cosas, porque el concreto objeto de la garantía es la restitución de una misma suma de dinero (en cuanto al principal), sea o no eficaz el contrato que motivó su entrega. Por otra parte, esta doctrina viene a imponer como resultado de la declaración de nulidad una consecuencia que no está ni mucho menos claro que el legislador pretenda al hablar de accesoriedad, pues no cabe duda de que tras la declaración de nulidad sigue existiendo una obligación de restituir exactamente coincidente (en cuanto al principal) a la derivada del contrato. En cualquier caso, si no se discute (como creemos que nadie hace) que sea posible el pacto de extensión de la garantía a la obligación de restitución de las prestaciones fruto de un contrato nulo, esta nueva y asentada doctrina jurisprudencial estará simplemente propiciando la aparición de una cláusula de estilo en la constitución de la garantía, hipotecaria o de otra clase. Viene a reconocer, quizá involuntariamente, este exceso de conceptualismo la propia STS de 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1609) «la aplicación de la nulidad de la misma [hipoteca] no la contempla ni la niega norma alguna, sino que se deduce del propio concepto de hipoteca, uno de sus caracteres es el de accesoriedad». Si esta ausencia de condicionante legal fuera cierto, más valdría detenerse en la voluntad de las partes: desde este punto de vista, resulta poco comprensible que quien se desprende de una suma bajo una fuerte garantía de restitución, como es la hipoteca, pueda quedar despojado de la garantía por un presunto problema conceptual.

<sup>89</sup> En el mismo sentido, AAP Zamora 22 de junio de 1995 (*AC* 1995, 1178). *Vid.*, también STS de 21 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 4985), sobre el significado de dicha anotación en cuanto a la información que presta a los terceros. Y también, en el mismo sentido, y relación con la anotación preventiva de una querella en que se discutía sobre la validez de la hipoteca, la RDGRN de 11 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 4791). Pero, en ocasiones bajo la regulación procesal anterior sí se cancelaban esas anotaciones, dando lugar al problema de que no podía lograrse una nueva anotación preventiva ya que el adjudicatario no había sido demandado en el procedimiento de nulidad: RDGRN de 19 de junio de 2002 (*RJ* 2002, 8912).

<sup>90</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, cit., pp. 179-180.

<sup>91</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, cit., p. 180.

<sup>92</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, cit., p. 181.

<sup>93</sup> Y antes del vigente artículo 131 LH, ello derivaba de la interpretación unánime: *vid.* RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, cit., p. 560, o de la práctica procedimental: MONTERO AROCA, J., *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, cit., pp. 1176 y sigs. Este último autor la considera una práctica «perfectamente admisible», ya que favorece «la efectividad de la sentencia que se dicte en el proceso declarativo» (así en p. 1182); aunque antes había afirmado que quizá está forma de actuar sea contraria «a lo dispuesto por el legislador», que dispondría «que la finca subastada y adjudicada habría salido de modo irreversible de la propiedad del ejecutado»; de modo que la única consecuencia del proceso declarativo sería que «el dinero obtenido en la subasta se entregaría, no al ejecutante, sino al ejecutado» (pp. 1176-1177). ¿Y en el caso de que el declarativo esté instado por el tercero al que en estas páginas nos estamos refiriendo?

<sup>94</sup> El tema entendemos que no puede zanjarse diciendo «que puede discutirse si los procedimientos hipotecarios cumplen o no las exigencias constitucionales que proscriben la indefensión, pero lo que no puede pretenderse es que, si el legislador ha fijado las causas taxativas



que pueden provocar la suspensión o el entorpecimiento de la ejecución, *esta pueda ser, aunque no paralizada, gravemente afectada por causas distintas*»: así RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000*, cit., p. 483 (cursivas del autor). Claro está que este autor opta por la coherencia del sistema legal, a costa de no entrar a discutir si ello conlleva la indefensión del verdadero dueño, lo cual no nos parece admisible: si la configuración legal del procedimiento de ejecución no es coherente habrá que denunciarlo, pero no intentar camuflar ese problema a costa de impedir la defensa de los titulares de derechos subjetivos reconocidos en el ordenamiento, lo que termina por introducir una incoherencia todavía mayor, que tiene alcance constitucional y que altera el sistema transmissivo de los derechos reales, y el propio papel en el mismo del Registro de la Propiedad. Para nosotros, la solución no puede ser otra que la defendida por DE LA PUENTE ALFARO, F., *La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones*, cit., pp. 2157-2158: «Si seguimos la práctica habitual en virtud de la cual se ordena y se practica la cancelación de todo asiento posterior a la hipoteca, habremos frustrado la pretensión del actor de la demanda y le obligaremos a ampliarla en la persona del adjudicatario y a volver a anotarla. Equivale a decir que la eficacia de la anotación preventiva de asegurar las results del procedimiento no puede llevarse a cabo, que no tendrá eficacia en cuanto a la vinculación de terceros al resultado del proceso. La anotación preventiva de nulidad solo desplegaría sus efectos para el supuesto de que la hipoteca no se lleve a ejecución, único supuesto en que el actor tendría una protección plena del Registro de la Propiedad. Puesta en ejecución la hipoteca el actor solo tendrá el remedio previsto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria de solicitar la retención del precio de remate. Hemos, por tanto, de buscar una solución que respete la legítima pretensión del actor de nulidad y que al mismo tiempo no violente la regulación especialísima del procedimiento sumario de ejecución de hipoteca. La solución no puede ser otra que la subsistencia de la anotación preventiva de demanda de nulidad que, a salvo de la purga, desplegará todos sus efectos en perjuicio del acreedor hipotecario y de quienes traigan causa de él». También PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, cit., p. 182 y sigs.

<sup>95</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, cit., p. 182; RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., p. 667; TORIBIO FUENTES, F., Comentario al artículo 131 LH, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, cit., p. 1211.

<sup>96</sup> MONTERO AROCA, J., *Tratado de ejecuciones hipotecarias*, cit., pp. 1196-1197.

<sup>97</sup> MONSERRAT VALERO, A., *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, cit., p. 143; MONTERO AROCA, J., *Tratado de ejecuciones hipotecarias*, cit., p. 1197; TORIBIO FUENTES, F., Comentario al artículo 131 LH, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, cit., p. 1211; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, I, cit., p. 410, nota 313: «si se practica con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, no pueda subsistir después de la ejecución»; GÓMEZ GALLIGO, F. J., *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento*, cit., pp. 1909-1911; RIVAS TORRALBA, R. A., *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, cit., p. 596.

<sup>98</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El despacho de la ejecución hipotecaria*, cit., pp. 541 a 543; JURADO JURADO, J.J., *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados*, cit., p. 425; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., en Toribio Fuentes, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2014, 2.<sup>a</sup> edición, p. 1374; RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., pp. 666-667, quien afirma que el adjudicatario no es tercero del artículo 34 LH sino parte del acto adquisitivo viciado. Quizá se pudiera matizar esta última opinión en el siguiente sentido, que no varía su resultado final: efectivamente el adjudicatario no es tercero protegido; que si bien el acreedor hipotecario sí es parte del acto impugnado (la hipoteca), el adjudicatario extraño a esta última no es que sea parte del mismo, sino que carece de buena

fe en su adquisición (adquirió constándole un litigio sobre la validez de la hipoteca), y es por eso por lo que no se le protege, más que por ser parte. Vid. RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, cit., p. 562.

<sup>99</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, cit., pp. 182-183; RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., p. 666. Sobre la referida doctrina constitucional, vid. LARRONDO LIZARRAGA, J. M., Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Exposición sistemática, en VV.AA., *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria*, Estudios de Derecho judicial, 23, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 279 y 303-304; RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, cit., p. 563: «¿qué sentido tiene permitir la posibilidad de que se acuerde una anotación preventiva de demanda si a continuación se anula su eficacia disponiéndose su cancelación?».

<sup>100</sup> Aplicó el mismo criterio, y emitió un parecido juicio sobre la nueva LEC, la RDGRN de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002, 6186). En la RDGRN de 27 de marzo de 2002 (RJ 2002, 6161), se sostuvo la no cancelación bajo el sistema anterior a la actual LEC «sin que se prejuzgue la solución que habrá de darse cuando resulte aplicable la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». Todavía en el caso de la RDGRN de 13 de enero de 2005 (RJ 2005, 1106) la anotación preventiva de demanda no se canceló, si bien la Sentencia no pudo oponerse al cesionario del remate por no haber sido demandado y por haber caducado entre tanto la anotación preventiva de la demanda.

<sup>101</sup> Así RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000*, cit., p. 486.

<sup>102</sup> MONTERO AROCA, J., *Tratado de ejecuciones hipotecarias*, cit., p. 1199.

<sup>103</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El despacho de la ejecución hipotecaria*, cit., pp. 545-546.

<sup>104</sup> MONTERO AROCA, J., *Tratado de ejecuciones hipotecarias*, cit., p. 1198.

<sup>105</sup> Así también, DE PABLO CONTRERAS, *Hipoteca, su ejecución y dación en pago*, cit., pp. 84 y sigs.

<sup>106</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, cit., pp. 182 y sigs.; DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales*, cit., p. 377; JURADO JURADO, J. J., *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados*, cit., p. 421; ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., y BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, Tomo VII, 9.ª edición, Barcelona, 2009, p. 382: *sensu contrario* parece que claramente se deduce su opinión de que una acción de nulidad de la hipoteca, objeto de anotación preventiva conlleva su eficacia frente al adjudicatario. Era esta también la solución propugnada antes de la LEC: MONSERRAT VALERO, A., *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH)*, cit., p. 271. Estamos en desacuerdo, en cambio, con que el artículo 131 LH que subordina el proceso de ejecución y la adquisición en el mismo al resultado del proceso declarativo suponga introducir ese criterio «de forma indirecta y solapada, con nocturnidad, en un artículo aparentemente inocuo destinado a regular algo tan alejado como es una actuación registral, hasta el punto de que cabe dudar de que el legislador haya sido consciente de lo que, furtivamente, estaba estableciendo y haya tenido voluntad de hacerlo»: RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000*, cit., p. 494. Pensamos que el criterio de que un defecto de titularidad del transmitente no produce la transmisión del derecho real no depende exactamente de esta norma, aunque en ella se da por existente este criterio, y eso es lo que justifica que en ella se permita reflejar registralmente la pendencia de un proceso sobre esa cuestión, para evitar la aparición de terceros protegidos. En ese sentido la norma es irreproachable, aunque es posible que tenga este autor razón en cuanto a la escasa conciencia del legislador acerca de lo que estaba haciendo cuando lo redactó. Pero esto nos parece irrelevante a efectos interpretativos cuando el resultado final de la norma encaja bien dentro del sistema, aunque fuera por equivocación del legislador.

<sup>107</sup> Nos parece una contradicción afirmar simultáneamente que hay que admitir la anotación preventiva de la demanda para garantizar la tutela judicial efectiva pero que la misma se cancela si la ejecución llega a término, como hace GÓMEZ GALLIGO, F. J., *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento*, cit., p. 1911. Frente a ello, pensamos que se puede perfectamente «sostener que si la base sobre la que se asienta la fuerza ofensiva de la hipoteca es objeto de impugnación no cabe que el efecto cancelatorio se haga valer en tanto se conozca si efectivamente la hipoteca es válida o no», ya que, contra lo que parece a su autor el argumento no es endeble, sino el único adecuado para defender simultáneamente la prosecución de la ejecución y la posibilidad de ejecutar la Sentencia declarativa. Para esta cita, y el consiguiente juicio del autor: DE LA PUENTE ALFARO, F., *La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones*, cit., p. 2158.

<sup>108</sup> TORIBIO FUENTES, F., Comentario al artículo 135 LH, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, cit., p. 1247.

<sup>109</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, cit., p. 183. Habla el autor también de «eventual expolio» para referirse a los efectos de esta subasta.

<sup>110</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, cit., p. 184.

*(Trabajo recibido el 21-9-2016 y aceptado  
para su publicación el 14-11-2016)*