

La ejecución de la hipoteca legal tácita del artículo 78 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

por

JUAN CALVO VÉRGEZ

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Extremadura*

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.
- II. ANÁLISIS DE LA EVENTUAL NECESIDAD DE DICTAR LA DILIGENCIA DE EMBARGO.
- III. ¿DEBE PROCEDERSE A LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO?
- IV. PRINCIPALES ASPECTOS DERIVADOS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.
- V. SUPUESTOS DE ADJUDICACIÓN DE BIENES POR LA HACIENDA PÚBLICA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Con carácter general, todo estudio que pretenda llevarse a cabo del embargo y de la ejecución de los bienes como actividad ejecutiva típica del procedimiento de apremio adquiere un carácter específico en aquellos supuestos en los que existe una garantía real sobre determinados bienes del deudor. Y ello debido a que la existencia de dicha garantía determina una afección de los bienes en aras precisamente de su ejecución, la cual deberá llevarse a cabo a través del procedimiento administrativo de apremio.

A lo largo de presente trabajo pretendemos analizar, desde la perspectiva que ofrecen los derechos reales de garantía de los que es titular la Administración, el proceso a través del cual han de desarrollarse los distintos trámites y actuaciones que configuran el procedimiento de apremio, objeto de regulación en los artículos 163 y siguientes de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), y 70 y siguientes del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (RGR). De cara al análisis de la referida cuestión centraremos nuestro estudio en la garantía real contenida en el artículo 78 de la LGT, de conformidad con el cual: *«En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque estos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior»*.

Ciertamente nos hallamos ante un precepto (el citado art. 78 de la Ley 58/2003) en el que se contiene una sola garantía (si bien, como tendremos ocasión de analizar, de fortaleza aún mayor que la de la hipoteca ordinaria) destinada a garantizar el cobro de la deuda tributaria correspondiente a un único tributo: el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) (1). Ahora bien, conviene tener presente que, al margen de esta regulación, el legislador tributario ha procedido al establecimiento de otras afecciones de bienes destinadas al pago de tributos concretos para otros supuestos de carácter diverso (2).

La razón de ser del establecimiento de esta hipoteca legal tácita parece clara. Como bien ha señalado LAGO MONTERO (3), cuando los bienes salen del patrimonio del deudor, lo primero que le interesa asegurar al legislador es el cobro del IBI, impuesto de naturaleza patrimonial que grava la titularidad del bien.

¿Nos hallamos ante una garantía aplicable únicamente al IBI o, por el contrario, cabría admitir su proyección sobre otros impuestos patrimoniales tales como el Impuesto sobre Bienes Inmuebles de las Entidades No Residentes, el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, etc.?

Ya en su día determinados pronunciamientos del Tribunal Supremo (entre otras, las sentencias de 26 de febrero de 1980, 31 de diciembre de 1982 y 24

(1) Véanse, a este respecto, FALCÓN Y TELLA, R., «Hipoteca legal tácita», en la obra colectiva *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1994, págs. 3317 y sigs., y MANTERO SÁENZ, A., «La hipoteca legal tácita», en *Crónica Tributaria*, núm. 35, 1981, págs. 187 y 188.

(2) Así sucede, por ejemplo, con las establecidas en las normas encargadas de regular el Impuesto sobre la Renta de No Residentes y el Impuesto sobre Bienes Inmuebles de Entidades No Residentes.

(3) LAGO MONTERO, J. M.^a, «La eficacia de las garantías reales tras la LGT 2003 y el RGR 2005. Coordinación en la ejecución (I)», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, 2008, pág. 65.

de marzo de 1983) circunscribían a las contribuciones territoriales las deudas tributarias garantizadas por el artículo 73 de la antigua LGT (4). Asimismo desde determinados sectores de la doctrina se ha apuntado la posibilidad de incluir, dentro del ámbito de aplicación de esta garantía, al Impuesto sobre los Bienes Inmuebles de las Entidades No Residentes y al Impuesto sobre Circulación de Vehículos argumentándose que, en ambos casos, se trata de bienes inscribibles en registros públicos (5). Cabe plantearse, sin embargo, hasta qué punto el primero de los citados impuestos presenta un carácter periódico y fiscal (más bien parece dar cumplimiento a una finalidad extrafiscal aislada). Por lo que respecta a la segunda figura impositiva anteriormente indicada, no creemos que el registro de vehículos sobre el que la misma opera constituya un verdadero registro de bienes inscribibles con publicidad registral.

Estimamos pues que, dada la actual redacción del artículo 78 de la LGT 2003 (prácticamente idéntica a la contenida en el art. 73 de la antigua Ley de 1963), y aun reconociendo la falta de claridad de la que adolece el referido precepto, la aplicación de esta garantía queda reducida única y exclusivamente al IBI. En otras palabras, no cabe adoptar una interpretación extensiva de lo dispuesto en dicho precepto.

Por otra parte se trata de una garantía que ha de ser puesta en conexión con otra de carácter similar, la afección de bienes al pago del IBI prevista al efecto en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (art. 64 del RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo) y susceptible de proyectarse sobre la totalidad de las deudas no prescritas (la del año en curso y cuatro más). Tal y como ha puesto de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo (TS), de 18 de diciembre de 1998, a través de esta segunda garantía (la afección al IBI) se ha pretendido ampliar el ámbito temporal de aplicación de la hipoteca legal tácita. Estamos de acuerdo con esta apreciación. Y es que, a pesar de que ambas garantías ofrecen una análoga naturaleza, la relativa a la afección de bienes al pago del IBI parece diseñada para superar y absorber a la hipoteca legal tácita.

¿Qué características presenta esta garantía real relativa a la afección de bienes al pago del IBI? Con carácter general constituye una garantía de naturaleza hipotecaria a la que el legislador tributario no le otorga la denominación de hipoteca legal, sino la de «afección». Así las cosas, ¿cabe estimar que dicha garantía cederá ante el tercero protegido por la fe pública registral? A nuestro juicio, nos hallamos ante una garantía real de eficacia similar a la hipoteca legal tácita, de alcance *erga omnes* y que no necesita de inscripción registral. A través

(4) Incluso con anterioridad, la sentencia del Alto Tribunal, de 15 de junio de 1974 optó, incomprensiblemente, por incluir, dentro de esta garantía, la antigua Licencia del Impuesto Industrial, así como el Impuesto sobre Sociedades y el de Transmisiones Patrimoniales.

(5) De esta opinión se muestra partidaria ARRANZ DE ANDRÉS, C., *La hipoteca legal privilegiada de la Ley General Tributaria: aproximación jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 46 y sigs.

de la misma se sujeta un bien al cumplimiento de una obligación, otorgándose además un derecho de preferencia absoluto para el cobro del crédito tributario en concepto de IBI (6).

En consecuencia, gozando esta afección de naturaleza hipotecaria, estimamos que su eficacia ha de ser universal. Y ello a pesar de la falta de previsión legal expresa existente al efecto. Así tuvo oportunidad de precisarlo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cantabria, de 25 de noviembre de 1997, en la que se afirma que: «*La afección legal al pago del IBI, aunque no conste en el Registro, no cede ante terceros. Se impone la publicidad legal*» (7).

Como es sabido, la hipoteca legal tácita del artículo 78 de la Ley 58/2003 presenta una limitación temporal en virtud de la cual su eficacia queda limitada al cobro de las deudas no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al año anterior. Dicha preferencia comprende así el cobro de la deuda tributaria correspondiente al año en curso y al inmediato anterior, lo cual se explica por el carácter periódico del IBI, cuyo devengo tiene lugar el 1 de enero de cada año (8). En cambio el artículo 64 del TRLRHL extiende la garantía para el cobro de cuatro años de deuda, comprendiendo la misma la cuota, los intereses y los recargos de toda clase y condición (9).

(6) Adicionalmente la referida garantía desplegará toda su eficacia, tanto en aquellos supuestos en los que no se haya declarado un concurso, como en aquellos otros en los que, habiéndose declarado el mismo, su desarrollo termine con la liquidación de la empresa. En todo caso debe precisarse que la Administración Tributaria local se halla plenamente facultada para intentar su ejecución por separado, al margen del convenio o, en caso de sumarse a este, exigiendo que se respete en su integridad. Téngase presente además que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), se trata de un crédito privilegiado especial por el 100 por ciento de su importe.

(7) En esta misma línea puede consultarse la sentencia del TSJ de Castilla y León (Valladolid), de 26 de mayo de 1999, en la que se declara lo siguiente: «*(...) El adquirente no es un tercero protegido por la fe pública registral, que se beneficiaría de la exclusión si estuviéramos en el ámbito del artículo 74 LGT de 1963. Pero en el ámbito del IBI, el adquirente responde con el bien sin exclusión alguna por las deudas no prescritas. Está en situación análoga a la del adquirente de la finca hipotecada*».

(8) Tal y como se encarga de precisar además el artículo 65 del RGR 2005, se exige el pago cuando se inicia el procedimiento de recaudación en periodo voluntario de los débitos correspondientes al ejercicio en que se haya inscrito en el registro el derecho o efectuado la transmisión de los bienes o derechos de que se trate. Añade asimismo el citado precepto reglamentario en su apartado segundo que: «*Tanto el acreedor hipotecario como el tercer adquirente, perjudicados ambos por esta garantía, tienen derecho a exigir la segregación de cuotas de los bienes que les interesen, cuando se hallen englobadas en un solo recibo con otras del mismo obligado al pago*».

(9) Ciertamente, tratándose de una garantía como la presente, de carácter real y legal, no existe razón alguna por la que deba limitarse su alcance a la cuota, quedando fuera intereses y recargos. A mayor abundamiento, la publicidad legal y la información notarial existente protegen suficientemente al adquirente, que tiene conocimiento de lo que adquiere. Ahora bien, a pesar de que el artículo 114 de la Ley Hipotecaria permite que la hipoteca alcance hasta dos años de intereses, el artículo 78 de la LGT 2003 nada señala a este respecto. Véase a este respecto la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de octubre de 2000

Esta última garantía real (la afección de bienes al pago del IBI del art. 64 del RDLeg. 2/2004) resulta exigible en régimen de responsabilidad subsidiaria. En consecuencia ha de agotarse previamente el procedimiento de apremio hasta la declaración de fallido del deudor principal y de los responsables solidarios. Ciertamente se trata de un criterio cuanto menos discutible. De hecho, el propio TS se encarga de precisar en su sentencia de 24 de enero de 2004 que: *«En el supuesto de cambio, por cualquier causa, en la titularidad de los derechos objeto del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, no es precisa la declaración de fallido del adquirente o los adquirentes intermedios para que, declarada la del deudor originario transmitente de los bienes afectos al pago de la deuda tributaria, pueda derivarse la acción contra dichos bienes tras la notificación reglamentaria al adquirente y titular actual de los mismos, del acto administrativo de derivación»*. A nuestro juicio, la ejecución de cualquier garantía real de naturaleza hipotecaria ha de efectuarse de manera idéntica a la ejecución de una hipoteca.

Téngase presente finalmente que, al amparo de lo establecido en el artículo 66 del RGR 2005, para disfrutar la Hacienda Pública de igual preferencia a la prevista en el artículo 78 de la Ley 58/2003 por débitos anteriores a los expresados en él o por mayor cantidad de la que del mismo resulta, cabe la posibilidad de constituirse voluntariamente por el deudor o, en su caso, de exigirse por aquella la constitución de hipoteca especial, la cual surtirá efecto desde la fecha en que quede inscrita, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley Hipotecaria.

Dada esta última situación estaríamos en presencia de una hipoteca *ex voluntate* de carácter amplio que, por ejemplo, podría constituirse como garantía en los casos de aplazamiento y fraccionamiento, rigiéndose en su constitución por las disposiciones hipotecarias civiles y ejecutándose por el procedimiento del artículo 74.4 del RGR, que es el correspondiente a las garantías reales de naturaleza hipotecaria. Todo ello sin necesidad de declaración de fallido del deudor principal.

II. ANÁLISIS DE LA EVENTUAL NECESIDAD DE DICTAR LA DILIGENCIA DE EMBARGO

Como seguramente se recordará, el artículo 110 del antiguo Reglamento General de Recaudación, aprobado mediante Real Decreto 1684/1990, de 20

en la que, refiriéndose al artículo 76 de la antigua Ley de Haciendas Locales, se declaraba que: *«(...) No estamos ante un supuesto de responsabilidad solidaria o subsidiaria, en el que podría acogerse a la dispensa del recargo de apremio no provocado por la actora. En el supuesto del artículo 76 LHL, la garantía es real y se constriñe a cuota y recargos, dándose por supuesto que el adquirente del bien sabe con qué deudas pendientes de pago, por todos los conceptos, realiza su adquisición»*.

de diciembre, exigía para la práctica del embargo la emisión por el Fisco de la llamada providencia de embargo, esto es, de un documento por el que se ordenaba el desarrollo de las actuaciones materiales de embargo. Dicha providencia resultaba dictada una vez transcurrido el plazo de pago de las deudas apremiadas, siendo su finalidad básica la determinación de la afección genérica de la totalidad del patrimonio del deudor en aras al desarrollo de las concretas actuaciones de embargo susceptibles de ser llevadas a cabo con posterioridad. De este modo tenía lugar una apertura del proceso de ejecución forzosa ya que la providencia, de acuerdo con su condición de acto interno o de trámite, facultaba la realización de un conjunto de actos de verdadera relevancia en dicho proceso, a saber, las diligencias de embargo.

Precisaba además el artículo 115 del antiguo RGR de 1990 que, mediante la diligencia de embargo, se produce la afección o traba de cada uno de los concretos bienes objeto de embargo, haciéndose constar dicha traba en el expediente y procediéndose a su notificación al interesado con la finalidad de favorecer el adecuado conocimiento por este de las actuaciones llevadas a cabo por la Administración. Surge así un requisito de carácter necesario en el proceso de ejecución del bien, ya que con anterioridad a la enajenación de los bienes embargados se requiere su previa sujeción.

Pues bien, tanto la Ley 58/2003 como el Real Decreto 939/2005 omiten toda referencia a la providencia de apremio con la finalidad, *a priori*, de simplificar los trámites del procedimiento ejecutivo. Y ello a pesar de que, dada la consideración de la providencia de embargo como primer acto ejecutivo dictado por los Jefes de Dependencia o Unidades de Recaudación sobre los bienes y derechos suficientes para la realización del crédito tributario (poniendo así fin a la fase de pago voluntario de la deuda), pudiera pensarse que resulta necesario dictar la oportuna providencia de embargo al objeto de proceder a la ejecución de la garantía constituida.

Tal y como ha señalado DAGO ELORZA (10): *«configurada la providencia de embargo como un trámite intermedio entre el despacho de ejecución dispuesto por la providencia de apremio y los mandamientos y diligencias de efectiva vinculación de sus bienes, su significado no ha sido plenamente entendido por las normas y la práctica administrativa, que parecían considerarla como un acto de trámite interno, habilitante de la acción de los órganos administrativos y notificación innecesaria»*.

Debe precisarse, no obstante, que sí que persiste en el actual marco normativo (arts. 170.1 de la LGT y 76 del RGR), conservando además su significado tradicional, la llamada diligencia de embargo, entendida como el reflejo

(10) DAGO ELORZA, I., «Artículo 169», en la cobra colectiva (Dir.: HUESCA BOADILLA, R.), *Comentarios a la nueva Ley General Tributaria*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 1132.

documental de cada actuación de embargo de obligada notificación al obligado al pago.

Pues bien teniendo presente, como punto de partida, que los bienes garantizados no precisan, dada su previa afección, de su embargo, ¿se requiere la emisión de la diligencia de embargo en aquellos casos en los que se procede a la ejecución de bienes sujetos a garantía? A nuestro juicio en la ejecución de garantías cabe prescindir del requerimiento efectuado al deudor, al estimarse que se ha producido el mismo mediante la providencia de apremio. Y, al amparo de la anterior consideración, cabría estimar igualmente que, dada la existencia de dicha providencia, en caso de impago se procedería a ejecutar la garantía, no siendo necesaria en consecuencia la diligencia al objeto de facilitar al interesado el conocimiento de dicha ejecución, tal y como precisan los artículos 170.1 de la LGT y 76.3 del RGR.

Téngase presente que, tal y como establece el artículo 167 de la LGT, a través de la providencia de apremio se inicia el despacho de ejecución contra el patrimonio del deudor, sin que ello implique la inmediata ejecución, ni tampoco la traba de ningún concreto bien (11). Ahora bien, no debe confundirse la anterior situación con aquellos otros supuestos en los que lo que se pretende es la ejecución de bien frente a un tercero no deudor, máxime si tenemos en cuenta que la diligencia ha de comunicarse, no ya solo al deudor, sino también a cualquier interesado en las actuaciones de embargo y ejecución, como puedan ser el garante o poseedor de un bien ofrecido en garantía [art. 81.b) del RGR] o el arrendador en el supuesto de que el inmueble estuviese arrendado (art. 90.4 del RGR).

En definitiva, la sujeción que sobre el inmueble supone la constitución de una hipoteca, ya sea esta legal o voluntaria, implica su afección al pago, resultando la misma suficiente para proceder a su ejecución. Así las cosas, podría afirmarse que en aquellos supuestos en los que la Hacienda persiga ejecutar su derecho de hipoteca legal tácita en garantía del crédito tributario no será necesaria la emisión de la diligencia de embargo, al no constituir tampoco este último un trámite indispensable.

De hecho, una de las principales ventajas que comporta la interposición de un derecho real de garantía entendida como medida de aseguramiento del crédito tributario se concreta en la posibilidad de acudir directamente contra el bien objeto de la garantía. Cuestión distinta será que se prevea la insuficiencia del bien para la íntegra satisfacción de la deuda pendiente ya que, en este último caso, la necesidad de proceder ejecutivamente contra otros bienes del deudor otorga a la emisión de la diligencia la consideración de trámite de inexcusable cumplimiento, tal y como establece el artículo 75.1 del RGR.

(11) Véase, a este respecto, PÉREZ DE VEGA, L. M.^a, *La iniciación del procedimiento de apremio de las deudas tributarias*, Lex Nova-Marcial Pons, Valladolid, 1998, págs. 223 y sigs.

III. ¿DEBE PROCEDERSE A LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO?

Dispone el artículo 170.2 de la Ley 58/2003, siguiendo la línea iniciada por el artículo 134.2 de la antigua Ley de 1963, que en aquellos supuestos en los que los bienes embargados resulten ser inscribibles en un Registro Público, la Administración tributaria tendrá derecho a que se practique anotación preventiva de embargo en el correspondiente Registro.

La práctica de dicha anotación preventiva no alterará, sin embargo, la prelación dispuesta en el artículo 77 de la Ley para el cobro de los créditos tributarios, siempre y cuando se ejercite la tercería de mejor derecho. Así las cosas, si bien la práctica de la referida anotación podrá llegar a determinar que la Hacienda Pública disfrute de un mejor derecho para el cobro, el disfrute de la citada prerrogativa quedará condicionado al ejercicio de la oportuna tercería de mejor derecho frente a aquel sujeto que, por aplicación de lo establecido en los artículos 1923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria, pudiera adquirir la consideración de acreedor preferente (12).

Ahora bien, tratándose de la ejecución de un bien afecto al pago de la deuda tributaria en virtud de la hipoteca legal tácita establecida en el artículo 78 de la LGT, ¿se hace necesaria la práctica de anotación preventiva de embargo? A nuestro juicio la respuesta a la citada cuestión ha de ser negativa.

De entrada, piénsese que nos hallamos ante una figura que, como su propio nombre indica, presenta un carácter tácito, pudiendo desplegarse sus efectos sin necesidad de constancia registral alguna. Pero es que, además, el desarrollo de la propia actividad del embargo resulta innecesaria tratándose de bienes ya afectos al pago de la deuda tributaria.

Lo cierto es, sin embargo que, al amparo de lo establecido en el artículo 35 del antiguo RGR de 1990, la hipoteca legal tácita podía hacerse constar en los Registros Públicos mediante anotación preventiva de embargo, sin que la eventual omisión de este trámite contribuyera a modificar la preferencia de la que goza dicha garantía. De este modo resultaba factible la oponibilidad de la referida garantía frente a terceros sin necesidad de constancia registral alguna, circunstancia ciertamente criticable que trató de paliarse mediante la posibilidad de conversión en anotación preventiva de embargo (13).

(12) Téngase presente, a este respecto, que cuando a la Administración tributaria se le ha anticipado otro acreedor en la ejecución procede el planteamiento de la tercería, entrando en juego el orden de prelación de créditos en ejecuciones singulares, regulado en preceptos tales como los citados artículos 1923 del Código Civil o 44 de la Ley Hipotecaria.

(13) Véase, a este respecto, ZABALA RODRÍGUEZ-FORNÓS, A., LLOPIS GINER, F., y DAGO ELORZA, I., *Recaudación, aspectos sustantivos y procedimentales*, 2.^a ed., CISS, Valencia, 1993, pág. 243, quienes comparaban esta regulación contenida en el antiguo RGR de 1990 con la recogida en la antigua Instrucción General de Recaudación y Contabilidad aprobada

¿Cuál es la regulación contenida en el vigente Reglamento General de Recaudación? Con carácter general, el artículo 65 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, omite la referencia contenida en el antiguo Reglamento, al estimarla superflua e innecesaria. Se estima así que, constituyendo el embargo la fase del procedimiento consistente en la retención, selección y traba de aquellos elementos patrimoniales que efectivamente pertenezcan al ejecutado en cantidad suficiente para, en su caso, satisfacer al acreedor, la anotación representa únicamente un mecanismo destinado a la consecución de dicha finalidad y a través del cual queda reforzada la garantía derivada del principio de responsabilidad patrimonial universal, objeto de regulación en el artículo 1911 del Código Civil (14).

En efecto, a través de la práctica de la anotación preventiva se persigue asegurar que, en el instante de la realización del bien embargado, este se halle en la misma situación en la que se encontraba al tiempo de producirse aquella, pudiendo, en consecuencia, el rematante adquirir el bien anotado sin más gravámenes que los existentes en ese preciso instante. Ello determina que los bienes hipotecados, ya sea legal o convencionalmente, no requieran de su embargo, al encontrarse ya sujetos al pago de la deuda. Y, por ende, carece igualmente de toda relevancia a estos efectos la práctica de la anotación de embargo sobre un bien ya hipotecado.

En esta línea, como seguramente se recordará, disponía el artículo 111.6 del antiguo RGR de 1990 que en la ejecución de las hipotecas y de otros derechos reales constituidos en garantía de los créditos de la Hacienda Pública no se plantea la necesidad de proceder a la práctica, con carácter previo, de la anotación preventiva de embargo. Lo cierto es, sin embargo, que dicha previsión no ha sido recogida por el artículo 74 del vigente RGR de 2005.

Así las cosas, podríamos afirmar que, en cierta medida, la función procesal desarrollada por el embargo y por la hipoteca ofrece un carácter coincidente. Y es que, si bien es cierto que la aplicación de los principios hipotecarios no resulta coincidente en ambas figuras, a través de la práctica de la anotación preventiva de embargo se logra la afección que atribuye al órgano ejecutor la potestad de realización del bien trabado. De este modo la hipoteca quedaría configurada como una especie de embargo anticipado.

mediante Decreto 2260/1969, de 24 de julio, constatando que en la Regla 19.^a de esta última norma se señalaba que en los procedimientos de apremio, de mediar hipoteca legal tácita, la constancia en el Registro de la Propiedad mediante anotación preventiva de embargo resultaba obligatoria.

(14) Refiriéndose a la inscripción de esta hipoteca, señaló la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 4 de julio de 1998, que: «(...) *Se trata de una obligación legal immune a las omisiones del Registro, con la publicidad que le otorga el artículo 9.3 de la Constitución (...)* En muchas ocasiones se la ha calificado de superprivilegio, de superhipoteca que desborda a las hipotecas pues va más allá en la protección del crédito que las hipotecas propiamente dichas».

Sin lugar a dudas, una de las principales características de la anotación preventiva de embargo es la relativa a su función de garantía de eficacia frente a terceros. A pesar de que en determinados supuestos el embargo pueda quedar sin anotar resultará perfectamente válido y eficaz, con independencia de que no pueda oponerse a los terceros adquirentes de buena fe posteriores a la traba (15).

Ahora bien, ¿significa lo anterior que el derecho de hipoteca legal tácita ha de ser objeto de anotación preventiva de embargo? Desde nuestro punto de vista la respuesta a la citada cuestión ha de ser negativa, máxime si tenemos en cuenta que el citado derecho resulta oponible a cualquier acreedor o adquirente sin necesidad de su constancia registral. En consecuencia, el tercero que adquiera un bien afecto por dicho concepto habrá de asumir la imposición del referido gravamen, a pesar de que su adquisición se hubiera producido de buena fe por concurrir los requisitos exigidos al efecto por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a saber, la adquisición por título oneroso de quien aparezca en el Registro con facultades para transmitir el bien, procediendo el adquirente a la inscripción de su derecho (16).

Así las cosas, ni es preceptiva la diligencia de embargo ni se ordena que se anote este en el Registro ni se prevé que antes de ejecutar la hipoteca se expurgue el patrimonio del deudor o, en su caso, del responsable solidario hasta la declaración de fallido. De hecho, para ejecutar hipotecas y afecciones no hace falta diligencia de embargo ni anotación de la misma en el Registro, dado que el bien se encuentra ya trabado *ex lege* o *ex contractu* por la acción de la garantía, que sujeta un bien al cumplimiento de una obligación. Ello no obsta, sin embargo, para que pueda anotarse el embargo en el Registro a través de nota marginal, al objeto de proceder a su publicación y a darle publicidad, evitándose así la aparición de terceros que aleguen hallarse protegidos por la fe pública registral, haciéndose además efectiva la preferencia contenida en el artículo 77 de la LGT 2003 ante un tercerista (17).

Como es sobradamente conocido, la inscripción constituye un asiento de duración indefinida cuya razón de ser reside en publicar derechos reales inmobiliarios. Por el contrario las anotaciones preventivas, dada su condición de asientos provisionales precursores de otro posterior, presentan una duración

(15) Téngase presente que dicho embargo únicamente producirá plenos efectos frente a los adquirentes posteriores de la finca o del derecho real embargado cuando tenga lugar la anotación de la traba en el Registro de la Propiedad.

(16) Véase, en este sentido, SIMÓN ACOSTA, E., «La hipoteca legal tácita en garantía de deudas tributarias», en la obra colectiva, *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a F. Sáinz de Bujanda*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, págs. 1088 y 1089.

(17) Debe precisarse no obstante que, para la ejecución de la garantía consistente en afección de bienes al pago de tributos la nota marginal resulta obligatoria *ex* artículo 67.1 del RGR, pudiendo practicarse antes o después.

limitada, con independencia de que, tal y como establece el artículo 86 de la Ley Hipotecaria en su redacción otorgada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, puedan ser prorrogadas. Y mientras la inscripción, una vez practicada, despliega su eficacia frente a cualquier situación que no hubiera tenido acceso al Registro, las anotaciones preventivas únicamente adquieren eficacia frente a aquellas situaciones que hubiesen surgido con posterioridad a la fecha de acceso registral, al margen de la fecha en la que las mismas hubiesen quedado investidas de eficacia registral (18).

Por otra parte, conviene tener presente que, una vez declarado el concurso, la ejecución de las garantías reales requiere únicamente, como regla general, esperar hasta el transcurso del plazo de un año para que se firme el convenio o, en su caso, se abra la oportuna fase de liquidación, de conformidad con lo establecido en los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal. De este modo, ya sea dentro o fuera del concurso, la ejecución de la hipoteca legal tácita no requeriría de la anotación de embargo. Y ello con independencia de que dicha anotación pueda llegar a ser conveniente por razones de publicidad y de seguridad jurídica (19).

(18) Téngase presente no obstante que, tratándose del orden de preferencias que establece el artículo 1927.2 del Código Civil, y por lo que respecta a los créditos anotados, ha de atenderse al orden de antigüedad de las distintas inscripciones efectuadas en el Registro de la Propiedad. Surge así la necesidad de diferenciar entre el contenido del citado precepto y el previsto en el artículo 1923.4 del citado Código. Y es que, como bien ha señalado ARRANZ DE ANDRÉS, C., «Sobre la naturaleza del derecho de prelación general de la Hacienda Pública y su anotación en el Registro. A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 21 de julio de 1997», en *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 15, 1998, pág. 28, mientras en el segundo de los preceptos citados se contienen un conjunto de normas sustantivas relativas a la prelación de créditos aplicables directamente por el juez, el artículo 1927.2 del Código Civil se encarga de regular el principio hipotecario de legitimación y prioridad procesal, que ha de ser aplicado por el Registrador.

(19) Véase, en este sentido, GÓMEZ CABRERA, C., *La concurrencia del crédito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 92, quien estima que «El bien está trabado ex lege y con eficacia erga omnes, luego no hace falta trabarlo de nuevo registralmente. Ello no obstante puede asegurarse el embargo anunciándolo mediante nota marginal, más acorde a la naturaleza de la situación que la llamada anotación preventiva de embargo». Ciertamente en la actualidad el artículo 67.1 del vigente RGR, a pesar de haber sido diseñado pensando en aquellos impuestos que gravan transmisiones, podría utilizarse para respaldar la constancia de la totalidad de las afecciones mediante nota marginal en el Registro. Y ello debido a que, tal y como precisa su párrafo segundo: «La nota marginal de afección será solicitada expresamente y de oficio por el órgano competente, a menos que la liquidación se consigne en el documento que haya de acceder al Registro; en tal caso la nota de afección se extenderá directamente por este último sin necesidad de solicitud al efecto». Dicho precepto reglamentario ordena, además, ejecutar la afección de bienes como una responsabilidad subsidiaria, señalando al efecto que: «Para el ejercicio del derecho de afección se requerirá la declaración de responsabilidad subsidiaria en los términos establecidos en los artículos 174 y 176 de la LGT».

De cualquier manera, una vez practicada la oportuna anotación preventiva, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 77 de la LGT, el crédito de la Hacienda gozará de preferencia frente a cualquier acreedor que no hubiera procedido a la práctica de la inscripción con anterioridad, con independencia de cual resulte ser la fecha de los créditos.

Nótese por tanto que, de una parte, las anotaciones preventivas de embargo no originarán preferencia alguna sobre aquellos derechos que recaigan sobre las cosas embargadas y que hubiesen nacido con anterioridad, a pesar de que los mismos no hubiesen tenido acceso al Registro. Sin embargo, de otra, aquellos créditos tributarios que resulten favorecidos por el derecho de hipoteca legal tácita adquieren preferencia frente a cualquier tercer acreedor o adquirente, incluso en el supuesto de que los mismos hubieran inscrito su derecho en el Registro, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 78 de la LGT.

La Hacienda Pública goza de preferencia sobre cualquier acreedor, aunque este haya inscrito sus derechos. Adquiere así aquella preferencia sobre el acreedor hipotecario e inscrito y sobre el tercero protegido por la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Téngase presente que, como ya hemos indicado, nos hallamos ante una hipoteca legal (constituida directamente por la ley) y tácita (no necesita de inscripción alguna). Y en el supuesto de que se hubiese querido dejar a salvo al tercero protegido por la fe pública registral se hubiera señalado expresamente, tal y como sucede en el artículo 79 de la LGT de 2003.

Así las cosas, habrá que tomar en consideración, de una parte, la preferencia registral; y, de otra, la preferencia sustantiva del crédito favorecido por el derecho de hipoteca legal tácita. Y, *a priori*, el modo de acceder al Registro no deberá afectar a la preferencia que el citado artículo 78 de la Ley 58/2003 otorga a dicha forma de garantía. Una vez practicada la anotación en estos casos, la misma habría de gozar de la preferencia registral prevista en relación con la anotación preventiva, lo que no significa que resulte despojada de la preferencia sustantiva derivada de su carácter de hipoteca legal tácita. Y es que la virtualidad de esta garantía no se halla subordinada a su constancia registral, al margen de que pueda ser anotada en el Registro a través de la correspondiente anotación preventiva de embargo, de distinta operatividad a las restantes (20).

(20) Así lo han considerado, entre otros autores, FALCÓN Y TELLA, R., «Las garantías del crédito tributario: perspectivas de reforma», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 215, 1991, pág. 632; RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pág. 196, y GÓMEZ CABRERA, C., *La concurrencia del crédito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales*, Aranzadi, Pamplona, pág. 92, y «Las garantías inmobiliarias del crédito tributario local», en la obra colectiva *Estudios sobre Fiscalidad Inmobiliaria y Doble Imposición Interna*, Dodeca-Comares, Granada, 2000, págs. 411 y sigs.

Con carácter general la omisión del trámite de anotación no ha de alterar la preferencia reconocida a este derecho. E igualmente dicha preferencia tampoco habría de verse alterada con motivo de la práctica de la anotación. Quiere decirse con ello que el mejor derecho que adquiere la Hacienda Pública en virtud de la hipoteca legal tácita no debe verse menoscabado por el hecho de haberse anotado. Y en el hipotético caso de que se pretendiera la práctica de la ejecución en virtud de un derecho no preferente al derecho anotado de la Hacienda, la Administración habría de hacer valer su preferencia instando la oportuna tercería de mejor derecho o, en su caso, oponiendo la subsistencia del crédito tributario como carga preferente si se procediese a la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad a la misma.

Ninguna duda plantea el hecho de que la inscripción propiamente dicha viene determinada por la práctica del asiento. Ahora bien, no parece que su práctica evite la consabida discordancia existente entre la preferencia sustantiva y la registral. De este modo, en el hipotético caso de que se procediera a la inscripción de dicha garantía, y al amparo de lo establecido en el artículo 78 de la LGT, la Hacienda Pública gozaría de preferencia, no ya solo sobre el derecho anterior de un tercero no inscrito, sino también sobre cualquier derecho perteneciente a un tercer acreedor o adquirente aun inscrito con anterioridad en el Registro, debiendo interponer al efecto, de cara a poder defender su mejor derecho, la correspondiente tercería, en el supuesto de que alguno de estos acreedores de peor derecho pretendieran la ejecución del bien.

En consecuencia, la constancia registral de la hipoteca legal tácita, ya sea a través de la práctica de la oportuna inscripción o, en su caso, de la correspondiente anotación, no alteraría en ningún caso la preferencia sustantiva de la que tal derecho goza por atribución legal, careciendo de toda relevancia la práctica de dichos asientos registrales. No quiere decirse con ello, sin embargo, que la constancia registral de la hipoteca legal tácita carezca de toda utilidad. Así, por ejemplo, dicha constancia podría llegar a favorecer a la Hacienda, dada su condición de titular de una carga posterior a aquella que resultase ser objeto de ejecución, en el supuesto de que fuese notificada, a efectos de poder interponer la correspondiente tercería. En efecto, partiendo de que también la Hacienda Pública, como titular que es de un derecho de hipoteca legal tácita, tiene derecho a ser notificada, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 131.5 de la Ley Hipotecaria, de la ejecución llevada a cabo por el acreedor titular de una hipoteca ordinaria, la constancia registral de dicha hipoteca legal tácita facilitaría el conocimiento de su existencia a estos efectos. Debido a ello podría resultar conveniente la práctica de la anotación de la garantía prevista en el artículo 78 de la LGT (21).

(21) Ahora bien, otra posibilidad, quizá más conveniente, podría ser la de la constancia de la hipoteca legal tácita a través, no de la práctica de la anotación preventiva de embargo,

De cualquier manera el privilegio recogido en el citado artículo 78 de la Ley 58/2003 constituye una ruptura con los tradicionales principios hipotecarios lo que, a nuestro juicio, exige su constancia registral en aras de garantizar los derechos de los terceros, que adquieren así un mejor conocimiento de la existencia de dicha garantía.

IV. PRINCIPALES ASPECTOS DERIVADOS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Sabemos ya que, al amparo de lo establecido en el artículo 78 de la LGT, cabe la posibilidad de acudir a la hipoteca legal tácita al objeto de asegurar aquellos créditos tributarios derivados de impuestos que sometan a gravamen cualquier bien o derecho susceptible de inscribirse en un determinado Registro Público.

Dada la consideración de la hipoteca como una figura estrechamente conectada con los bienes de naturaleza inmobiliaria y siendo, como ya hemos indicado, en el ámbito del Impuesto sobre Bienes Inmuebles donde suele producirse su aplicación, a lo largo de nuestra exposición de la ejecución de la garantía contenida en el citado precepto nos referiremos a dichos bienes, teniendo presente su relación con el Registro de la Propiedad.

Tradicionalmente ha sido el artículo 131 de la Ley Hipotecaria el precepto encargado de regular este procedimiento de ejecución hipotecaria (22). Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, su Disposición Final novena procedió a la derogación del citado precepto. A pesar de ello, los artículos 681 y siguientes de esta LEC contienen la regulación de un procedimiento específico destinado a la ejecución de hipotecas, el cual se configura sobre la base de que la carga que las mismas suponen respecto del bien sobre el que recaen determina la existencia de una especialidad que necesariamente ha de ser tomada en consideración de cara a poder hacer efectivo el crédito al que garantizan.

Con carácter general, la hipoteca legal tácita ha de ejecutarse a través del procedimiento específicamente previsto para esta clase de derechos. Ahora bien,

sino de la nota marginal a que se refiere el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), o incluso a través de la oportuna nota marginal de afección, no afectando ello a la preferencia sustantiva de esta garantía.

(22) Tal y como apunta CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 1628, inicialmente el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria fue objeto de regulación por la Ley de 16 de diciembre de 1909 ya que, si bien la Ley Hipotecaria de 1861 garantizaba la seguridad del acreedor hipotecario, no contemplaba la adopción de un procedimiento sencillo que permitiese la ejecución de la hipoteca diferenciado del juicio ejecutivo ordinario.

de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 74.6 del RGR la ejecución de hipotecas y de otros derechos reales constituidos en garantía de los créditos de la Hacienda Pública habrá de realizarse, en todo caso, por los órganos de recaudación que resulten competentes y por el procedimiento administrativo de apremio. Lo previsto en el citado precepto ha de aplicarse, no ya solo a aquellas garantías voluntariamente constituidas a favor de la Hacienda, sino también respecto de aquellas otras que deriven directamente de la ley.

Por otra parte, el artículo 65.3 del Real Decreto 939/2005 prevé la aplicación de lo dispuesto por el artículo 74.4 de dicha norma (relativo al ejercicio de la garantía constituida sobre bienes o derechos de persona o entidad distinta del obligado al pago) de cara a la ejecución de la hipoteca legal tácita. Todo ello con la finalidad de salvaguardar el poder de autotutela de que goza la Administración para el cumplimiento eficaz de sus fines.

Así las cosas, una vez producido el impago de la deuda por el poseedor del bien distinto del sujeto pasivo, habrán de darse a este último los plazos para efectuar el pago propios del procedimiento de apremio que establece el artículo 62.5 LGT transcurridos los cuales, si no paga ni pone el bien en cuestión a disposición de la Administración tributaria, se procederá a su enajenación de acuerdo con las disposiciones generales del procedimiento ejecutivo y sin necesidad de tener que acudir a la declaración de fallido (23).

En aras de salvaguardar la naturaleza real de la garantía y la protección del interés público debe evitarse acudir a procedimientos de persecución y ejecución de deudores anteriores al poseedor del bien afecto. Piénsese que el garante real no es en ningún caso deudor de la obligación tributaria principal en apremio. Únicamente es deudor de una obligación de garantía que se devenga *ex novo* para él de manera que, aunque pueda llegar a responder teóricamente del recargo de apremio, cabe también la posibilidad de eludir esta última situación llamándole al cumplimiento, en periodo voluntario, sin apremio alguno.

Ahora bien, ello no obsta para que deba concederse un periodo voluntario de pago al poseedor del bien, cualquiera que sea este, antes de proceder a notificarle la providencia de apremio. Y es que, a pesar del tenor literal que ofrece el artículo 74.4 del RGR de 2005 al garante real, poseedor de los bienes afectos hipotecados o pignoralos, es preciso requerirle el pago en periodo voluntario, concediéndole el plazo previsto al efecto en el artículo 62.2 de la LGT antes de darle traslado de la providencia de apremio. En otras palabras, no parece

(23) No parece por tanto que, para poder perseguir bienes afectos al pago de tributos, sea necesario agotar primero el procedimiento de apremio con el deudor principal llegando a la correspondiente declaración de fallido. Tal y como ha precisado LAGO MONTERO, J. M.^a, «La eficacia de las garantías reales tras la LGT 2003 y el RGR 2005. Coordinación en la ejecución (I)», *ob. cit.*, pág. 72, dicha declaración «*ni la exige la naturaleza real y no personal de las garantías reales como esta ni se justifica por razones de interés público que hayamos podido detectar*».

lógico que deba apremiarse a quien no se le ha ofrecido la posibilidad de pagar la deuda en periodo voluntario.

Piénsese además que, hallándose la deuda en apremio, ello no es debido a la conducta del garante real, al que no le ha sido requerido nunca el pago en periodo voluntario. En este sentido, quizá el RGR debería introducir una modificación destinada a evitar que se ejecute a quien no se le ha conferido plazo alguno para pagar en periodo voluntario, sin recargo alguno (24).

En todo caso, la Administración adquiere la facultad de ejecutar administrativamente las garantías hipotecarias establecidas a su favor, pudiendo llevar a cabo dicho procedimiento sin necesidad de tener que acudir al juez. Ciertamente tanto la legislación hipotecaria como la propia LEC contienen una normativa destinada a que el crédito hipotecario pueda realizarse a través de la vía judicial. Ahora bien no creemos que ello determine la imposibilidad de acudir a cualquier otro medio ejecutivo. En otras palabras, no será preciso interponer la oportuna demanda ante el juez con la finalidad de instar el inicio del proceso de ejecución de la hipoteca. Habrá de ser el mismo acreedor quien, una vez efectuado el oportuno requerimiento al deudor, proceda a la ejecución del bien garantizado de cara a lograr la satisfacción de su deuda.

Desde determinados sectores de la doctrina se ha venido afirmando que la ejecución de garantías reales únicamente exige el correspondiente requerimiento de pago en aquellos supuestos en los que los bienes se encuentran en poder de una persona distinta del deudor (25). No obstante ello será así tratándose de un requerimiento practicado en el marco del proceso mismo de ejecución y no en relación con la exigencia de pago que, como es lógico, debe haberse producido con anterioridad. Por otra parte, al objeto de poder iniciarse la ejecución propiamente dicha sobre el patrimonio y, más precisamente, sobre los bienes garantizados, la deuda de que se trate debe haber resultado insatisfecha tanto en periodo voluntario como en vía de apremio (26).

Dada esta situación, y dentro del ámbito civil, sería el juez competente el que, una vez examinada la demanda, habría de proceder a reclamar al Registrador de la Propiedad la expedición de una certificación comprensiva de la inserción de la última inscripción de dominio o de posesión practicada que estuviese vigente, así

(24) Recuérdese además que el garante real que adquiera esta condición no tiene la consideración de sujeto pasivo de la obligación tributaria material apremiada. Es sujeto pasivo de una relación jurídico-real de garantía, motivo por el cual ha de satisfacer una prestación de cuantía idéntica a la de la deuda garantizada o bien, en su caso, soportar la ejecución del bien.

(25) En este sentido se pronuncian, entre otros, ZABALA RODRÍGUEZ FORNÓS, A.; LLOPIS GINER, F. y DAGO ELORZA, I., *Recaudación, aspectos sustantivos y procedimentales*, 2.^a ed., CISS, Valencia, 1993, pág. 534.

(26) A este respecto exige el artículo 686 LEC que se acompañe a la demanda el acta notarial justificativa de haberse requerido el pago al deudor con, al menos, diez días de anticipación, debiendo proceder el juez a efectuar dicho requerimiento en el hipotético caso de que no existiese constancia del mismo.

como una relación de todos los censos, hipotecas, gravámenes, derechos reales y anotaciones a los que estuviesen afectos dichos bienes, haciéndose constar de manera expresa que se halla subsistente y pendiente de cancelación la hipoteca a favor del actor. Nos estamos refiriendo a la tradicionalmente denominada «certificación de cargas», cuya expedición ha de quedar reflejada mediante nota marginal en el Registro (27).

¿Cuál es la finalidad perseguida a través de este trámite? En nuestra opinión lo que se pretende es, en primer lugar, advertir a los participantes en la subasta del bien de la subsistencia de todas aquellas cargas anteriores a aquella que se ejecuta. Y, en segundo término, garantizar el conocimiento por parte de los terceros interesados en el bien hipotecado de la existencia del propio procedimiento, concediéndoles la posibilidad de intervenir en la subasta que se lleve a cabo o de satisfacer el crédito. Téngase presente que todos aquellos acreedores inscritos o anotados con posterioridad a la anotación de embargo a favor del ejecutante podrán intervenir en el avalúo así como en las restantes actuaciones del procedimiento que les afecten, hallándose asimismo facultados para presentar alegaciones a la tasación del perito, impugnar la diligencia de ordenación en virtud de la cual el secretario determina el valor para la subasta, etc.

De conformidad con lo establecido en los artículos 659 y 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el registrador asume la obligación de comunicar la existencia de la ejecución a aquellos titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que consten en asientos posteriores al que se ejecuta. En cambio, a aquellos titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la referida certificación no se les practicará notificación alguna, si bien al amparo de la constancia registral de dicha certificación podrán conocer de la existencia del proceso de ejecución iniciado, concediéndoseles la posibilidad de participar en el desarrollo de las actuaciones de avalúo y de subasta de los bienes, una vez resulte acreditada su condición.

Tratándose de una hipoteca ejecutada por vía de apremio administrativo, ¿resultaría igualmente necesaria la notificación del procedimiento a los acreedores posteriores? A nuestro juicio así es. De hecho el propio artículo 74.6 del RGR señala a este respecto que, una vez iniciada la ejecución administrativa de hipotecas u otros derechos reales, el órgano de recaudación habrá de comunicar mediante mandamiento por duplicado la orden de ejecución al Registrador de la Propiedad con la finalidad de que este libre y remita la oportuna certificación de dominio y cargas con el contenido y efectos que establece el artículo 688 de la LEC. De este modo dichos acreedores podrán conocer el procedimiento de ejecución y quedarán legitimados para actuar

(27) Este procedimiento ha de ser igualmente observado tratándose de la ejecución de un embargo que hubiese sido previamente anotado en el Registro.

en el mismo en defensa de su derecho (28). No se discrimina además entre hipotecas y otros derechos reales de garantía, comprendiendo afecciones expresas y tácitas, anotadas o pendientes de anotación.

La práctica de dicha notificación parece pues clara, tratándose de hipotecas ordinarias, cuya existencia se halla plenamente reflejada en el Registro. Ahora bien, ¿habría de efectuarse la misma tratándose de una hipoteca legal tácita? La respuesta a la citada cuestión ha de ser necesariamente afirmativa. Piénsese que, en caso contrario, se vería considerablemente dificultado el conocimiento por los terceros de la ejecución llevada a cabo por la Administración, impidiéndose así que aquellos puedan hacer valer, en su caso, su mejor derecho, pudiendo participar en la subasta o, en su caso, dejando de inscribir su derecho sobre un bien cuya ejecución ya ha sido iniciada.

Una vez expedida la certificación de cargas, el Registrador deberá dejar constancia de la misma al margen de la inscripción de la hipoteca que se ejecuta o bien de la anotación preventiva de embargo realizada. Así se encarga de precisarlo el artículo 143 del Reglamento Hipotecario. No obstante, tratándose de una hipoteca legal tácita, y dada su no inscripción en el Registro así como la innecesariedad de proceder a la práctica de la anotación preventiva de embargo (recuérdese que se trata de una figura que lleva implícita la afección del bien), ¿resultará posible la anotación de la expedición de la certificación de cargas? En nuestra opinión la referida situación no debe representar un obstáculo de cara a la práctica de dicha anotación. Porque si a través de la misma lo que se persigue no es sino evitar el perjuicio que para un tercero puede llegar a representar el desconocimiento (debido a la falta de publicidad) tanto de la garantía como de la ejecución derivada de la misma, carecería de razón de ser que, con motivo de dicha falta de publicidad, no se permitiera la práctica de su inscripción.

Parece lógico estimar, en consecuencia, la conveniencia de la constancia registral de la hipoteca legal tácita, entendida como forma de garantizar los derechos de los terceros que, de este modo, adquirirían un conocimiento más sencillo de la existencia de dicha afección.

El siguiente paso a tomar en consideración sería el relativo a la subasta del bien hipotecado con la consiguiente distribución del precio de su venta. A tal efecto ha de procederse a la determinación de las cargas que, dada su condición de preferentes, deban subsistir, debiéndose subrogar en ellas el adjudicatario del bien.

(28) Añade además el citado artículo 74.6 del RGR que: «El órgano de recaudación competente notificará el inicio del procedimiento de ejecución a la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio si no ha sido requerida para el pago y a los titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que aparezcan en la certificación. En su caso, el tipo para la subasta o concurso podrá fijarse de acuerdo con las reglas del artículo 97 y con independencia del valor en que se haya tasado el bien al tiempo de constituir la hipoteca».

¿Cuáles son estos derechos y cargas subsistentes a la ejecución? ¿Qué cargas o gravámenes, dada su condición de preferentes al crédito tributario objeto de ejecución, habrán de subsistir, atendiendo a su influencia de cara a la fijación del precio del avalúo y de la subasta? Con carácter general la ejecución de un determinado crédito ha de suponer la extinción del asiento registral practicado en garantía del mismo, debiendo procederse asimismo a la extinción de aquellos asientos que resulten representativos de otras cargas o gravámenes no preferentes existentes sobre el bien objeto de la ejecución.

En este sentido conviene diferenciar desde un primer momento entre lo que constituye la prioridad registral y la denominada prioridad sustantiva. Téngase presente que mientras la primera de ellas, esto es, la prioridad registral, habrá de ser decidida por el Registrador de la Propiedad, el establecimiento de la prioridad sustantiva corresponderá al juez a través del oportuno juicio declarativo.

Pues bien, a la hora de determinar las cargas y gravámenes que, al estimarse preferentes al crédito tributario objeto de ejecución, han de subsistir al desarrollo de esta última (cuestión, sin lugar a dudas, de gran trascendencia en aquellos supuestos en los que el valor del bien no resulte suficiente al objeto de cubrir el de la totalidad de las cargas o gravámenes existentes sobre el mismo), son varias las posibilidades que pueden llegar a plantearse, a saber: sistema de extinción y liquidación de las cargas, tanto anteriores como posteriores; sistema de subsistencia de las cargas anteriores y preferentes al asiento ejecutado; sistema de subsistencia de los gravámenes posteriores; y sistema de liquidación y extinción, con o sin garantía, de los asientos posteriores.

Como seguramente se recordará, inicialmente nuestro ordenamiento hipotecario adoptó el denominado «sistema de purga o liquidación» de la totalidad de las hipotecas o cargas, adquiriendo así el adjudicatario el inmueble libre de todo gravamen, a excepción de los considerados «perpetuos». Por su parte los denominados «temporales», es decir, las cargas anteriores a la práctica de la anotación de embargo del acreedor ejecutante, quedaban canceladas, debiendo procederse a la consignación de su importe en la Caja General de Depósitos. E igualmente las cargas posteriores resultaban canceladas, pudiendo sus titulares proceder a su cobro con el sobrante restante tras el pago realizado al acreedor ejecutante.

Este sistema de «purga o liquidación» estuvo vigente hasta la reforma de la Ley Hipotecaria acometida en 1909, a raíz de la cual se adoptó el llamado «sistema de subsistencia». Al amparo de este segundo sistema las cargas o gravámenes posteriores o no preferentes al crédito del ejecutante resultaban purgadas o liberadas, subsistiendo en cambio todas aquellas que no tuviesen tal carácter.

Con posterioridad, a partir de la reforma del artículo 133 de la Ley Hipotecaria llevada a cabo por la Ley de 30 de diciembre de 1944, se proyectó la extensión de este sistema de «subsistencia», no ya solo a los procesos de ejecución hipotecaria, sino también a cualquier otro en el que tuviera lugar la

venta ejecutiva de inmuebles. No fue sin embargo hasta la entrada en vigor de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes en Materia Procesal, cuando quedó fijada de manera definitiva en este ámbito la procedencia de la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores y preferentes al crédito del actor, subrogándose en las mismas el adjudicatario y no destinándose a su extinción el precio de remate.

¿Cómo hemos de interpretar esta subrogación del adjudicatario del bien en las cargas o gravámenes anteriores o preferentes subsistentes como consecuencia de la ejecución? ¿Nos hallamos ante una subrogación en la deuda garantizada por dichas anotaciones? En nuestra opinión la respuesta a la citada cuestión ha de ser negativa. Lo que se origina es una subrogación en la responsabilidad real que de ellas se desprende. En efecto, no cabe aludir en estos casos a la existencia de novación en el sujeto pasivo de la obligación, dado que el adjudicatario no queda subrogado en la totalidad de los derechos y obligaciones correspondientes al anterior dueño del inmueble. Por el contrario, dicha subrogación se produce únicamente en la responsabilidad real derivada de las cargas y gravámenes subsistentes a la ejecución de la que deriva su adquisición (29).

En definitiva, lo que se persigue no es sino la protección del crédito territorial y de los intereses concurrentes de los acreedores preferentes, acreedor ejecutante y rematante en la subasta. La situación de los titulares preferentes a la hipoteca continúa subsistente con idéntica eficacia en virtud de su propia preferencia, no pudiendo afectarles aquello que pueda realizarse a instancia de un acreedor de inferior rango. Por su parte este último, que ha de conocer la preferencia de los demás a través de la oportuna publicidad, no podrá cobrar más que con aquello que quede tras la ejecución del inmueble hipotecado, una vez descontado el importe de dichas cargas (30).

¿Qué regulación contiene, a este respecto, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil? Señala a este respecto su artículo 666.1 que los bienes inmuebles saldrán a subasta por el valor resultante de deducir de su avalúo el importe de la totalidad de las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado la ejecución, y cuya preferencia derivase de la oportuna certificación registral de dominio y cargas. Añade, asimismo, el artículo 691 de la citada Ley que:

(29) Véanse, a este respecto, SANMARTÍN FERRER, R., «La concurrencia de procedimientos y de embargos en el nuevo Reglamento y las tercerías de mejor derecho a favor del Estado», en *Tribuna Fiscal*, núm. 37, 1993, págs. 78 y sigs., y MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3, 1999, págs. 27 y sigs.

(30) Adicionalmente, con la finalidad de favorecer el desarrollo de la venta en pública subasta y el interés de los licitadores, el rematante adquirirá el inmueble de que se trate libre de cargas posteriores, arrastrando la realización de la hipoteca la extinción de las cargas no preferentes. Téngase presente además que los titulares de estas últimas conocen ya el riesgo de desaparición existente, derivado de su propia situación.

«La subasta de bienes hipotecados, sean muebles o inmuebles, se realizará con arreglo a lo dispuesto en esta Ley para la subasta de bienes inmuebles». Así las cosas habrá que estar a lo dispuesto en sus artículos 655 a 675.

Una vez satisfecho el acreedor ejecutante, el importe sobrante de lo obtenido por la subasta del bien habrá de consignarse a disposición de los acreedores posteriores o de quien, en su caso, corresponda, constituyéndose mientras tanto en depósito en el establecimiento público destinado al efecto. Y, tal y como tiene declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), entre otras, en su Resolución de 2 de marzo de 2000: «*Del precio de remate de la finca enajenada en caso de ejecución hipotecaria no podrán detraerse para el pago del actor cantidades superiores a las fijadas al definir la respectiva cobertura hipotecaria, incumbiendo al Registrador el deber de suspender la cancelación de los derechos y cargas posteriores que recaigan sobre el bien hipotecado en tanto no conste el depósito en el establecimiento previsto al efecto y a disposición de los respectivos titulares del exceso resultante del precio del remate*».

¿Qué hemos de entender por «créditos anteriores y preferentes»? ¿Se trata de dos términos de signo equivalente, de manera que la totalidad de los créditos anteriores, y solo estos, resultan preferentes o, por el contrario, nos hallamos ante dos conceptos diferentes, pudiendo existir créditos anteriores no preferentes que, aun siendo posteriormente inscritos en el Registro, adquieran un carácter preferente?

A priori el artículo 666 de la LEC establece en su apartado primero que: «*El importe de las cargas y derechos anteriores (...) cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas se deducirá del valor por el que salgan los bienes a subasta*». Por su parte el artículo 670.5 de la citada Ley se limita a aludir a *la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores*. En nuestra opinión, una vez que tenga lugar la ejecución de la hipoteca se cancelarán las inscripciones hipotecarias posteriores, así como las anotaciones de embargo anteriores relativas a créditos no preferentes y aquellas otras anotaciones de embargo posteriores aunque preferentes (31).

A este respecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 227 del Reglamento Hipotecario se considerarán preferentes las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor.

Ciertamente la cuestión relativa a la cancelación, como consecuencia de la ejecución de la hipoteca, de las anotaciones de embargo anteriores referidas a créditos no preferentes, no ha resultado del todo pacífica. Ya en su día la DGRN, a través de su Resolución de 28 de septiembre de 1968, consideró que,

(31) En este sentido se ha pronunciado MONSERRAT VALERO, A., *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH)*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 270 y sigs., y «La anotación de embargo y las cargas reales anteriores cuando el crédito anotado es preferente al garantizado por estas», en *La Ley*, tomo 7, 2000, pág. 1504.

con motivo del desarrollo de un proceso de ejecución hipotecaria, no procede la cancelación de los asientos anteriores relativos a créditos no preferentes. Nótese que, de aceptarse este criterio, y de cara a lograr la cancelación de dichas anotaciones, habría que iniciar al efecto un nuevo proceso declarativo (32). Debido a ello el TS, en su sentencia de 23 de marzo de 1998, se mostró partidario de traspasar la preferencia del crédito a la carga que le sirve de garantía, permitiéndose así que, con motivo de la ejecución del crédito preferente, este pueda satisfacerse en su totalidad.

Tratándose de cargas anteriores postpuestas a la hipoteca creemos que habrá de exigirse su cancelación expresa. Por lo que respecta a la cancelación de las cargas posteriores aunque preferentes, de acuerdo con lo declarado por la DGRN en sus Resoluciones de 8 y 14 de noviembre de 1990, la única excepción se produciría en relación con la anotación preventiva de quiebra con retroacción de efectos a la fecha de constitución de la hipoteca, respecto de los cuales se ha apuntado que habrían de subsistir sin purga (33).

Así las cosas quedarían exceptuados de dicha cancelación aquellas anotaciones que, aun siendo posteriores, hubieran sido antepuestas a la hipoteca, así como los asientos posteriores derivados de otros asientos anteriores a la hipoteca y los posteriores que pongan en entredicho esta última.

Señala además a este respecto el artículo 97.6 del RGR que, si sobre los bienes embargados existiesen cargas o gravámenes de carácter real anteriores y cuyo valor no excediera del valor del bien, serviría como tipo para la subasta la diferencia resultante entre el valor del bien y el de dichas cargas o gravámenes anteriores al derecho anotado del Estado. Y, produciéndose dicho exceso, el tipo quedaría concretado en el importe de los débitos y costas, siempre y cuando no superase el valor fijado al bien o, en su caso, la valoración de este último si lo superase, resultando en ambos casos las cargas y gravámenes anteriores subsistentes y no aplicándose a su extinción el precio del remate. Téngase pre-

(32) Hemos de precisar no obstante que desde determinados sectores de la doctrina trató de matizarse el alcance de la citada Resolución de la DGRN. En este sentido pueden consultarse los trabajos de AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario a la Resolución de la DGRN, de 28 de septiembre de 1968», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 1, 1969, págs. 165 y sigs.; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH (procedimiento judicial sumario)», en *Práctica Hipotecaria*, núm. 2, Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1994, págs. 108 y 109, y MONSERRAT VALERO, A., «La anotación de embargo y las cargas reales anteriores cuando el crédito anotado es preferente al garantizado por estas», *ob. cit.*, pág. 1504; en opinión de este último autor: «La DGRN, más que mostrarse contraria a la cancelación de cargas anteriores en el proceso de ejecución, exige que para su cancelación los titulares de esas cargas sean notificados para poder presentar las alegaciones pertinentes».

(33) Así lo estima, entre otros, VIDAL FRANCÉS, P., «Problemática registral de los procedimientos de ejecución hipotecaria», en la obra colectiva *Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, pág. 294.

sente asimismo que, de conformidad con lo establecido por el artículo 666 de la LEC en su apartado segundo, si el valor de las cargas o gravámenes fuese igual o superior al determinado para el bien de que se trate, el órgano judicial habría de proceder al alzamiento del embargo (34).

Nótese que el citado artículo 97.6 del Real Decreto 939/2005 se está refiriendo únicamente a «las cargas o gravámenes anteriores» (35). ¿Y qué hemos de entender por «cargas o gravámenes anteriores»? En nuestra opinión dicha referencia debe entenderse realizada a las cargas anteriores de las que se derive preferencia para el cobro. Téngase presente que carece de toda razón de ser el hecho de que, de cara a la fijación del tipo para la subasta, haya que deducir del valor del bien la cuantía correspondiente a aquellas cargas que hubiera que satisfacer con posterioridad al crédito tributario objeto de ejecución, disponiéndose además (siendo también de peor derecho) la subsistencia de las mismas.

Ciertamente ha de reconocerse que, tratándose de la hipoteca legal tácita, la determinación del concepto de «carga anterior» plantea el problema derivado de la falta de publicidad registral que caracteriza a dicha garantía. En este sentido desde determinados sectores de la doctrina se ha apuntado la posibilidad de adoptar como criterio de referencia el instante en el que la hipoteca legal tácita deba estimarse nacida, estimándose así que una determinada carga o gravamen será anterior a la hipoteca legal tácita cuando su acceso al Registro haya tenido lugar con anterioridad al nacimiento de esta última (36).

Otra posibilidad podría ser la de dejar constancia registral de la hipoteca legal tácita, atendiéndose entonces al instante en el que dicha garantía haya sido llevada al Registro, si bien ello no afectaría en ningún caso a la preferencia sustantiva del crédito de que se trate (37).

De cualquier manera quedarán excluidas dentro de las llamadas cargas anteriores, en primer lugar, las hipotecas y anotaciones posteriores, incluso en el supuesto de que las mismas estuviesen referidas a un crédito de carácter

(34) Ahora bien, en tanto en cuanto las cargas preferentes habrán sido valoradas por aquel importe que conste en la certificación registral de cargas, y pudiendo llegar a suceder que los datos registrales no coincidan con la realidad, lo más conveniente será no alzar el embargo mientras no exista certeza absoluta de que el importe de las cargas o gravámenes y derechos anteriores supere al valor del bien.

(35) Esta referencia contrasta con aquella que incluía el artículo 139.6.º y 7.º del antiguo RGR de 1990. En dicho precepto se disponía que, con motivo de la fijación del tipo para la subasta, debía deducirse del valor del bien el de las cargas o gravámenes anteriores o preferentes al derecho de la Hacienda Pública, debiendo quedar las mismas subsistentes en el supuesto de que su valor excediera del fijado para el bien.

(36) Véase, en este sentido, ARRANZ DE ANDRÉS, C., «Las garantías reales del crédito tributario. Aspectos sustantivos y procedimentales», *ob. cit.*, pág. 346.

(37) La adopción de esta alternativa no habría de verse, además, condicionada por el hecho de que pueda resultar innecesario proceder a la práctica de anotación preventiva de embargo en garantía de los créditos asistidos por el derecho de hipoteca legal tácita.

preferente a aquel que se ejecuta (38). Y, en segundo término, las anteriores anotaciones relativas a créditos no preferentes ya que, de otro modo, carecería de sentido la preferencia del crédito hipotecario, habiendo de procederse a su cancelación (39).

En consecuencia, únicamente cumplirían el requisito anteriormente indicado las anotaciones anteriores a la del crédito que se ejecuta en virtud de la hipoteca legal tácita, dada su condición de relativas a créditos preferentes al mismo (40). Y, no excediendo el valor de las cargas o gravámenes existentes del valor del bien, el tipo de la subasta resultaría de la diferencia existente entre dicha valoración y el de las cargas o gravámenes anteriores al derecho anotado, esto es, al derecho derivado de la hipoteca legal tácita. Por el contrario, si el valor de las cargas o gravámenes fuera superior al valor del bien, habría de tomarse a estos efectos el importe de los débitos y costas, siempre y cuando dicho importe no supere el valor fijado al bien, o bien el valor de este último si lo superase, quedando entonces dichas cargas y gravámenes subsistentes, y no aplicándose a su extinción el precio del remate.

Así habría de procederse, además, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 97 del RGR, cuyo apartado quinto precisa que habrá de investigarse si las cargas anteriores subsisten o si, por el contrario, han sido modificadas por pagos posteriores a su inscripción o por otras causas, pudiendo a este respecto el órgano de recaudación dirigirse a los titulares de los créditos inscritos con anterioridad.

¿Y qué sucede con aquellas hipotecas anteriores a la hipoteca legal tácita? *A priori*, en la medida en que esta última goza de preferencia frente a aquellas, una vez operada la satisfacción del crédito tributario ejecutado habría de consignarse el sobrante para el pago de dichas hipotecas. Y, en el hipotético caso de que el montante obtenido por la enajenación forzosa del bien no permitiera cubrir la totalidad de las cargas existentes, una vez satisfecho el crédito tributario con carácter preferente se procedería a aplicar el sobrante al pago de los créditos

(38) De hecho, únicamente los créditos salariales del artículo 32.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores adquieren un carácter preferente al crédito tributario protegido por la hipoteca legal tácita si bien sus titulares, de cara a gozar del referido privilegio, habrán de hacerlo valer mediante la interposición de la correspondiente tercería en el seno del proceso de ejecución en marcha por el crédito tributario. En otro caso, esto es, no habiéndose procedido de la manera indicada, la anotación representativa del mismo habría de cancelarse.

(39) En este sentido dispone el artículo 233 del Reglamento Hipotecario que en el auto de adjudicación de bienes se determinarán las inscripciones y anotaciones posteriores, así como las anteriores que hubiesen quedado pospuestas al crédito del actor que hayan de cancelarse.

(40) Dentro de esta referencia quedarían comprendidas, únicamente, las derivadas de los créditos salariales recogidos en los dos primeros párrafos del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores a los que anteriormente se ha hecho referencia los cuales, en la mayoría de los casos, habrán sido asegurados a través de la oportuna anotación preventiva de embargo.

garantizados por dichas hipotecas, siguiendo al efecto el orden que corresponda entre las mismas y cancelándose las inscripciones correspondientes dada su condición de cargas representativas de derechos no preferentes.

Lo cierto es que el artículo 218 de la Ley Hipotecaria se limita únicamente a consignar la preferencia que adquiere el Estado sobre cualquier otro acreedor para el cobro de la anualidad de los impuestos que someten a gravamen los inmuebles, no declarando extinguidas de derecho las hipotecas inscritas. A la luz de esta situación en ocasiones se ha llegado a señalar que dichas hipotecas subsisten, debiendo ser respetadas por los adquirentes del inmueble (41).

En este sentido podría estimarse que, si en virtud del derecho de hipoteca legal tácita la Administración adquiere preferencia frente a cualquier otro acreedor con independencia de que este hubiera inscrito su derecho, la hipoteca legal tácita del Estado detenta siempre el carácter de primera hipoteca, de manera que si la misma va a la ejecución la enajenación forzosa realizada en virtud de dicha ejecución originaría la purga de todas aquellas otras hipotecas que pesasen sobre la finca, cualquiera que resultase ser su fecha de inscripción. Y es que todas ellas pasarían a ser segundas o posteriores hipotecas frente a la preferente a favor del Estado.

Por otra parte, conviene tener presente que, de conformidad con lo establecido por el artículo 97.6 del RGR, cuando sobre el bien embargado existan cargas o gravámenes de carácter real anteriores, el tipo para la subasta habrá de fijarse por el importe de los débitos y de las costas, siempre y cuando no supere el valor fijado al bien, o por la valoración de este último si lo superase, quedando entonces dichas cargas subsistentes y no aplicándose a su extinción el precio del remate.

Nos hallamos, en este último caso, ante una previsión de alcance general diseñada para el mantenimiento de aquellas cargas que deban considerarse preferentes a la que sea objeto de ejecución en los términos anteriormente indicados. Y, a este respecto, conviene tener presente que, por aplicación del privilegio contenido en el artículo 78 de la LGT las hipotecas, aun cuando se hallen inscritas con anterioridad en el Registro, no gozan de preferencia frente a la establecida en dicho precepto.

Tratándose del privilegio contenido en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, al que ya hemos tenido oportunidad de referirnos, la DGRN se mostró, en su Resolución de 3 de abril de 1998, contraria a la cancelación de cargas hipotecarias anteriores a la anotación de embargo por crédito salarial, señalando a este respecto que: «(...) *La eventual preferencia de este último crédito sobre cualquier otra deuda del ejecutado no puede llevar —ni aun*

(41) Lógicamente de cara a ello habría que precisar el procedimiento que deba seguirse para cancelar esas hipotecas en caso de venderse la finca por débitos del Estado y no alcanzar su precio para el pago de la totalidad de los créditos.

cuando fuera tan absoluta como la del art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores— a la extinción de esa garantía real, porque el crédito del actor está haciendo valer exclusivamente la responsabilidad patrimonial universal del deudor (...) y, en consecuencia, solo puede ejecutar el derecho embargado con la extensión y contenido con que se integraba en el patrimonio del deudor (...) Ha de reconocerse la improcedencia de la cancelación pretendida al amparo del mandamiento dictado en una ejecución singular, aunque lo fuere por créditos salariales del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, pues estableciendo este artículo una mera preferencia creditual en caso de concurrencia con cualquier otro crédito del ejecutado, en ningún caso puede verse en el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores una hipoteca legal tácita, general y absolutamente prioritaria» (42).

Más recientemente este mismo criterio ha sido mantenido por la DGRN en su Resolución de 2 de diciembre de 2004, al afirmar que: «(...) *No puede verse el supuesto previsto en el artículo 32 ET como un supuesto de hipoteca legal tácita, figura que, por contradecir los principios básicos del sistema de especialidad y publicidad, requiere de un establecimiento legal indubitado*».

A la luz de estas reflexiones cabe plantearse si, tratándose de una hipoteca legal tácita, podría procederse, en todo caso, a la cancelación de las hipotecas anteriores a aquella que estuviesen inscritas, una vez hubiese tenido lugar su satisfacción con el sobrante resultante de la enajenación del bien, habiéndose producido además el pago al acreedor tributario. En nuestra opinión así es, dado el superprivilegio con el que el legislador ha querido dotar a esta garantía contenida en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, si bien debe reconocerse que dichos acreedores quedarían considerablemente perjudicados (43).

¿Y en qué condiciones tendrá lugar la cancelación de los asientos de mejor rango registral? Sin lugar a dudas, dicha cancelación no se producirá de manera automática. Será necesaria la adopción de un mandamiento cancelatorio que traiga su causa de la resolución jurídica con la que finalice el procedimiento en virtud del cual el titular del asiento susceptible de ser cancelado hubiese sido vencido o, cuanto menos, citado y notificado en forma. Por otra parte en estos supuestos los titulares de dichas cargas habrán de ser notificados dentro del oportuno procedimiento de apremio administrativo, otorgándoseles un plazo con la finalidad de que puedan intervenir de la manera que tengan por

(42) Acerca del alcance de esta Resolución de la DGRN pueden consultarse, entre otros, los trabajos de CARRAMOLINO, C., «Hipoteca legal tácita y crédito singularmente privilegiado (Una breve reflexión a propósito de la Resolución de 3 de abril de 1998)», en *Revista General de Derecho*, núm. 649-650, 1998, págs. 12.729 y sigs., y DESDENTADO DAROCA, E., «El conflicto entre el crédito salarial superprivilegiado y los créditos hipotecarios: doctrina registral frente a jurisprudencia», en *Relaciones Laborales*, tomo I, 1999, págs. 347 y sigs.

(43) De cualquier manera ha de reconocerse que se trata de una situación que difícilmente podrá llegar a plantearse en la práctica.

conveniente (44), y no pudiendo operar el citado privilegio sin la existencia de un previo reconocimiento judicial a través del correspondiente proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria y con intervención del acreedor hipotecario (45).

V. SUPUESTOS DE ADJUDICACIÓN DE BIENES POR LA HACIENDA PÚBLICA

Como es sabido, el procedimiento de apremio puede finalizar, entre otros supuestos, mediante la adjudicación de bienes a la Hacienda Pública, siempre y cuando se trate de bienes inmuebles o de bienes muebles cuya adjudicación pueda interesar a aquella y los mismos no hubiesen sido adjudicados durante el procedimiento de enajenación, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 172.2 de la LGT y 109 del RGR (46).

Con carácter general dicha adjudicación se realizará por un valor igual al importe del débito perseguido, sin que pueda exceder del 75 por 100 del valor que hubiese servido de tipo inicial durante el proceso de enajenación. De este modo se producirá la transmisión del dominio de los bienes en favor del adjudicatario (la Hacienda Pública).

Ciertamente la previsión de que el valor por el que se realice la adjudicación no pueda exceder del 75 por 100 de aquel otro que hubiese servido de tipo inicial en el proceso de enajenación resulta criticable, ya que el valor del bien en cuestión podría ser superior al importe del débito tributario cuya efectividad se persigue. La aplicación del referido criterio supone, además, atribuir una innegable posición de supremacía a la Administración en detrimento, no ya solo de los intereses del deudor, sino incluso de los de posibles terceros acreedores del mismo. En este sentido, quizás sería más conveniente fijar un importe mínimo por el que pudiera llevarse a cabo la adjudicación, en aras de garantizar el respeto a los principios de adecuación y de proporcionalidad (47).

(44) Así lo declaró la DGRN, entre otras, en su Resolución de 27 de julio de 1988.

(45) Incluso de cara a la cancelación de las cargas posteriores, se exigirá a los titulares de dichas cargas la previa constancia del efectivo depósito del sobrante de la ejecución que corresponda, tal y como tuvo oportunidad de precisar la DGRN en su Resolución de 8 de febrero de 1999.

(46) Véanse, a este respecto, entre otros, MAZORRA MANRIQUE DE LARA, S., «La adjudicación de bienes inmuebles a la Hacienda Pública», en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*, tomo II, Edersa, Madrid, 1983, págs. 318 y sigs., CAAMAÑO ANIDO, M. A., «La adjudicación al Estado de bienes embargados y los derechos de terceros», en *Impuestos*, núm. 14, 1994, págs. 16 y sigs., y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, C., «Adjudicación de bienes», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley General Tributaria y Líneas para su Reforma. Homenaje a F. Sáinz de Bufanda*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, págs. 1647 y sigs.

(47) De esta opinión se ha mostrado partidario LÓPEZ DÍAZ, A., *La recaudación de deudas tributarias en vía de apremio*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 357.

¿Qué naturaleza jurídica adquiere esta operación, dada su condición de forma de terminación del procedimiento de apremio? Tradicionalmente, y al amparo de aquello que establecía el artículo 137.2 de la antigua LGT de 1963, se ha venido defendiendo que nos hallamos ante un claro supuesto de adjudicación en pago de deudas. Y ello debido a que, a pesar de que nada señalaba a este respecto la Ley de 1963, el artículo 158.1 del antiguo RGR de 1990 hablaba de la existencia de una «adjudicación para el pago de las deudas no cubiertas». Lo cierto es, sin embargo, que el artículo 172.2 de la Ley 58/2003 nada declara en relación con esta cuestión, a diferencia de lo que sucede con el artículo 109.1 del vigente Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, que vuelve a referirse a la «adjudicación en pago de las deudas no cubiertas».

Por nuestra parte consideramos que habría que diferenciar a este respecto entre lo que constituye la llamada «dación en pago» y el denominado «pago por cesión de bienes» (dación para pago). Mientras la primera (la «dación en pago») representa aquel acto de cumplimiento de una obligación llevado a cabo, con el consentimiento del acreedor, mediante la realización de una prestación distinta de la que inicialmente se hubiera establecido, consistente en la cesión de un bien (48), el pago por cesión de bienes (es decir, la «dación para pago») determina la simple entrega de bienes a los acreedores y la atribución a los mismos de la facultad de someter los bienes cedidos a una liquidación, al objeto de realizar el pago con su importe.

Y, dada la anterior diferenciación, carecería de razón de ser que, procediendo como procede la adjudicación de bienes por la Hacienda Pública ante el fracaso de la subasta, se entreguen a la Administración dichos bienes con la finalidad de que esta proceda nuevamente a su enajenación. Piénsese, por otra parte, que la adjudicación solo se acordará en el supuesto de que los bienes de que se trate resulten de utilidad para la Administración.

En consecuencia, estimamos que lo que se produce es, sencillamente, la transmisión del bien a la Administración adjudicataria y, más precisamente, una adjudicación forzosa de bienes a la misma. Dicho de otro modo, no creemos que quepa identificar la referida adjudicación con el supuesto de dación en pago de bienes, máxime teniendo en cuenta que no existe en el presente caso manifestación alguna de la voluntad contractual de las partes de cara a proceder en este sentido (49).

Por otra parte, y de conformidad con lo establecido en el artículo 109.2 del vigente RGR, en el supuesto de que la adjudicación tuviese por objeto

(48) Así las cosas se originaría una transmisión de bienes con efecto solutorio de una deuda anterior.

(49) En este sentido, como bien puso de manifiesto DAGO ELORZA, I., «La adjudicación de bienes al Estado», en *Tribuna Fiscal*, núm. 18, pág. 42, no se trataría propiamente de un supuesto de dación sino de adjudicación en pago.

bienes inmuebles que no presentasen cargas o gravámenes o que, aún teniéndolos, fuesen de importe inferior al valor por el que aquellos hubieran de ser adjudicados, se acordará la adjudicación por el órgano competente. Y si dichas cargas o gravámenes fuesen superiores, el órgano competente de que se trate habrá de consultar a la Dirección General del Patrimonio del Estado acerca de la conveniencia de dicha adjudicación.

En aquellas resoluciones en las que se acuerde la adjudicación de los bienes al Estado habrá de hacerse constar que los titulares de cargas reales van a ver disminuido el importe de sus créditos con los débitos, en el hipotético caso en que, de cara a la efectividad de los mismos, el Estado tuviera un derecho de hipoteca legal tácita. Esta disminución a la que nos referimos se articularía comenzando por el último de ellos que figurase en la certificación del Registro, respetándose las preferencias legalmente establecidas y debiendo procederse a su inscripción en el mismo y a su notificación a los interesados.

Ahora bien, ha de quedar claro que únicamente resultará posible esta disminución a la que alude el artículo 109.2 del RGR cuando el valor del bien en cuestión, una vez deducidas las cargas anteriores, no alcance para cubrir el crédito a la Hacienda. En caso contrario terminaría produciéndose un supuesto de enriquecimiento injusto. Por tanto, solo procederá la práctica de la referida operación en el supuesto de que las cargas existentes hubiesen agotado el valor total del bien, habiéndose fijado para la subasta el importe de la deuda tributaria (50).

De cualquier manera, una vez practicada la adjudicación la disminución de la cuantía de las cargas que sobre el mismo existan adquirirá carta de naturaleza con motivo de la futura enajenación del bien. Significa ello que cualquier titular de cualquiera de las cargas subsistentes podrá instar la ejecución del bien en el ejercicio de su derecho.

Así las cosas, cualquier titular de cualquiera de las cargas subsistentes podrá instar la ejecución del bien en ejercicio de su derecho. Y, si bien su crédito seguirá siendo el mismo, la ejecución de la garantía solo podrá hacerse valer por el importe restante, una vez practicada la reducción correspondiente, poniéndose entonces de manifiesto el mejor derecho de la Hacienda en virtud de la hipoteca legal tácita. En cierta medida podría estimarse que la rebaja del valor de dichas cargas habrá servido, no ya solo para propiciar el cobro del crédito tributario frente a los demás sujetos, sino también para incrementar el valor del mismo de cara a su futura enajenación. Dicha rebaja representaría, en definitiva, una forma de extinción parcial de las hipotecas sobre las que se aplica.

(50) Véase, a este respecto, FALCÓN Y TELLÁ, R., «Adjudicación de bienes a la Hacienda Pública», en la obra colectiva *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pág. 247.

En este sentido, admitiendo la subsistencia de las hipotecas anteriores a la hipoteca legal tácita cabría estimar que sería precisamente del montante de estas últimas del que se deduciría el importe representado por el crédito garantizado por dicha hipoteca legal, ya que aquellas cargas que hubieran podido constituirse con posterioridad a la expedición de la certificación de cargas quedarían extinguidas íntegramente. Y cabe precisar a este respecto que si la ejecución de un determinado bien destinada a la satisfacción de un crédito determina la extinción de las cargas o gravámenes que, existiendo sobre dicho bien, reflejen derechos carentes de preferencia frente al crédito objeto de ejecución, parece lógico pensar que, tratándose de un crédito protegido por hipoteca legal tácita, debería haberse procedido a la cancelación de todas las cargas existentes a excepción, únicamente, de aquellas anotaciones anteriores que pudieran ostentar prioridad para el cobro frente al crédito tributario protegido por la garantía a que nos estamos refiriendo (51).

Por otra parte cabe plantearse la posibilidad de proceder a la aplicación de este mismo régimen (que constituye, como ya sabemos, la regla general) en los supuestos de adjudicación del bien por parte de la Hacienda Pública. De hecho así parece desprenderse de lo dispuesto en el artículo 110.2 del RGR, en virtud del cual se dispone la cancelación de las cargas posteriores en relación a los créditos ejecutados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 175.2 del Reglamento Hipotecario.

A este respecto, es decir, tratándose de una hipoteca legal tácita, por «cargas posteriores» habría que entender aquellas cargas representativas de derechos frente a las que primase la hipoteca legal tácita (hipoteca y anotaciones posteriores al crédito que se ejecuta, así como anotaciones anteriores por créditos no preferentes e hipotecas anteriores. Piénsese además que como consecuencia de la adjudicación no se obtiene, a diferencia de lo que sucede en los casos de ejecución propiamente dicha, un líquido que permita satisfacer otras cargas de peor derecho y con cuyo remanente pueda darse cumplimiento, además, a otras cargas de peor derecho, en los términos anteriormente señalados, al objeto de su posterior cancelación, procediendo de este modo su cancelación total sin más. Hemos de reconocer, sin embargo, que las consecuencias derivadas de lo anterior podrían resultar especialmente perjudiciales para el resto de los acreedores, si bien las mismas podrían evitarse reconduciendo la hipoteca legal tácita al ámbito de aplicación de los principios y reglas hipotecarios.

En nuestra opinión si estimamos que deben cancelarse las cargas posteriores o de carácter no preferente, habría que proceder a hacer efectiva la reducción sobre las cargas preferentes. En otras palabras, a la hora de aplicar lo dispuesto en el artículo 109.2 del RGR, se estaría concediendo a la Hacienda Pública prioridad

(51) Así sucedería, por ejemplo, tratándose de los créditos protegidos por el superprivilegio salarial de los artículos 32.1 y 32.2 del Estatuto de los Trabajadores.

frente a quien, en realidad, resulta preferente a ella. En todo caso conviene tener presente que, tal y como establece el citado precepto reglamentario, la reducción habría de practicarse respecto de las preferencias legalmente establecidas, lo cual resulta ciertamente significativo de que los créditos preferentes al garantizado por hipoteca legal tácita no deberían verse reducidos en virtud de dicha previsión ya que, en otro caso, las consecuencias que se derivarían no resultarían conformes con el orden de prelación de los créditos establecido por la Ley.

Y dado que, como consecuencia de lo anterior, no podría practicarse la reducción sobre las cargas no preferentes, las cuales deben entenderse canceladas (ni tampoco sobre las representativas de derechos preferentes al derivado de la hipoteca legal tácita, cuya subsistencia derivaría de su propia preferencia), cabría preguntarse cuál es el verdadero sentido o la auténtica razón de ser de esta previsión. Piénsese que la preferencia que a la Administración le concede la hipoteca legal tácita es precisamente la que le permite llegar a la ejecución y, en su caso, a la adjudicación del bien, con la consiguiente cancelación de las cargas representativas de derechos de carácter no preferentes al suyo propio. En este sentido, la reducción prevista en el artículo 109 del RGR resultaría innecesaria respecto de las cargas posteriores o no preferentes, e improcedente por lo que respecta a aquellas otras cargas y derechos preferentes al derivado del artículo 78 de la LGT.

RESUMEN

CRÉDITO TRIBUTARIO. EJECUCIÓN ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

El presente artículo tiene por objeto analizar las principales cuestiones que suscita el desarrollo del procedimiento de ejecución de la llamada hipoteca legal tácita, objeto de regulación en el artículo 78 de la LGT, de conformidad con el cual en relación con aquellos tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales adquieren preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque estos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspon-

ABSTRACT

TAX CREDIT. FORECLOSURE CAVEAT OF ATTACHMENT

This article looks at the main questions raised by the implementation of the foreclosure procedure for what is called a tacit statutory mortgage, which is regulated in article 78 of the National Tax Act. Article 78 concerns taxes levied periodically on property or rights eligible for registration or the direct, whole or alleged products thereof, and it declares that the state, autonomous communities and local government corporations take precedence over any other lender or purchaser (even those whose rights have been registered) in the collection of mature outstanding debts for the calendar year in which payment is demanded and the immediately preced-

dientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior. Se trata, con carácter general, de una preferencia que tiene su origen en la ley y que no necesita de su inscripción en el Registro público correspondiente, al margen de que pueda hacerse constar mediante anotación preventiva de embargo, prevaleciendo frente a cualquier otro acreedor o adquirente, a pesar de que tuviera inscrito anteriormente su derecho. En definitiva, constituye una excepción al principio de fe pública registral.

ing calendar year. Generally, this taking of precedence is something whose origin lies in the law, and it does not need to be registered. Even so, some warning of it may be put in the registry records, in the form of a caveat of attachment. The holder of the tacit statutory mortgage would prevail over any other lender or purchaser, even those whose rights were registered first. In short, this is an exception to the rule of conclusive title.

*(Trabajo recibido el 27-9-2010 y aceptado
para su publicación el 29-11-2011)*