

Crítica a la tesis procesalista de la adquisición derivada de la ejecución de un embargo, doctrina obsoleta y superada (en defensa de la doctrina jurisprudencial consagrada en la STS de 5 de marzo de 2007)

por

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
*Registrador de la Propiedad adscrito a la DGRN.
Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.
Consejero secretario de la RCDI*

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.
2. LA EJECUCIÓN DIRECTA DERIVA DE LA HIPOTECA QUE ES UN DERECHO REAL.
3. CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA HIPOTECA: LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SE BASA EN LOS ASIENTOS DEL REGISTRO.
4. INOPONIBILIDAD DE LOS TÍTULOS NO INSCRITOS FRENTE AL REMATANTE DE BIENES NO PERTENECIENTES AL EJECUTADO QUE INSCRIBE SU TÍTULO DE ADJUDICACIÓN.
5. LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA ADJUDICACIÓN EN FAVOR DEL REMATANTE QUE REÚNE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 34 LH.
6. LA PROTECCIÓN DEL MERCADO SECUNDARIO HIPOTECARIO.
7. CONCLUSIONES.

1. PLANTEAMIENTO

En el número 721 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, se ha publicado un trabajo sobre *Los límites a la eficacia de la inscripción del remate (crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007)*, de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. La tesis de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI niega la aplicación del principio de fe pública registral en las adjudicaciones derivadas de la ejecución de un embargo. El rematante —a juicio de este autor— no tendría otra protección que la que tuviera ya el propietario.

Es cierto que la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* no se identifica necesariamente con las opiniones sostenidas por sus colaboradores, y así se afirma en la primera página de la revista. Pero ello no empee la posibilidad de manifestar expresamente la discrepancia cuando las opiniones vertidas son claramente desajustadas al ordenamiento jurídico y obsoletas al estar superadas por la evolución normativa y jurisprudencial.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI hace afirmaciones tan atrevidas como la siguiente: «*el juzgado que ejecuta puede no controlar la realidad física o entidad superficial de los bienes subastados y en ciertos casos aún se desconoce la realidad física o entidad superficial de los bienes subastados (...); la finca embargada puede no existir o puede ser difícil de identificar (...) puede existir una doble inmatriculación y el juez tiene que seguir la ejecución (...), el Registro no garantiza la propiedad a non dominio sino que el rematante es el que tiene que averiguar primero y defender después la realidad y exactitud de la titularidad inscrita y rematada (...) el rematante debe respetar las relaciones posesorias constituidas sobre el bien embargado antes de la anotación del embargo (...) el remate no puede asimilarse a una compraventa onerosa, pues es un acto de naturaleza aleatoria que no se funda en el precio justo, ni proviene de titular registral (...)*» (1), etc. Como consecuencia de ello, considera ÁLVAREZ CAPEROCHIPI que el juicio ejecutivo no declara derechos, sólo realiza bienes; el rematante no adquiere la propiedad que le transmite el titular registral, sino que se subroga en la posición de éste por orden del juez, de manera que «*la eficacia del remate queda traicionada por la dependencia del proceso ejecutivo, que se hace efectiva por la anotación preventiva; y por mucha buena fe que tenga el rematante o por muy inscrita que esté la propiedad a favor del titular registral, el remate no es inscribible si a lo largo del proceso ejecutivo caduca la anotación preventiva*» (sic) (2). Concluye que «*la publicidad registral no debe extenderse al remate*» (3).

(1) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A., «Los límites a la eficacia de la inscripción del remate (crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007)», en *RCDI*, septiembre-octubre de 2010, núm. 721, págs. 2045 y sigs.

(2) *Op. cit.*, pág. 2056.

(3) *Op. cit.*, pág. 2075.

Estas afirmaciones son claramente inexactas. Es llamativo —por poner un ejemplo— que considere que el remate no es inscribible si ha caducado la anotación preventiva, cuando eso en absoluto es así, pues la no anotación del embargo no impide su ejecución; lo que ocurre —y es una cosa totalmente distinta— es que si existen derechos anotados con posterioridad, la cancelación de la anotación de embargo determinará su avance en rango y si existen terceros titulares de derechos inscritos con posterioridad, no podrá inscribirse la adjudicación por impedirlo el principio de prioridad registral (*ex art. 17 LH*) (4).

Además de inexactas estas afirmaciones, son injustas respecto de la actuación judicial, pues si bien es verdad que los mandamientos de embargo que se presentan en los Registros pueden adolecer de defectos en la designación de los inmuebles objeto de ejecución, no son mayores que los que se producen en otros ámbitos de titulación inscribible y además no son atribuibles al órgano judicial sino a la descripción de los mismos en el título de propiedad o en el título constitutivo de la hipoteca —si se trata de ejecución directa sobre bienes hipotecados—, pues la ejecución se basará en la descripción contenida en los mismos.

(4) Así lo establece claramente la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (véase, por todas, la Resolución de 30 de junio de 2007). En nuestro Derecho registral se sigue un sistema de avance de puestos y no de reserva de rango, por virtud del cual, cancelado el asiento correspondiente a un gravámen, los posteriores avanzan en posición pasando a ser registralmente cargas anteriores o preferentes. Por el contrario, si se ha inscrito la enajenación judicial durante la vigencia de la anotación preventiva del embargo trabado en garantía de su efectividad, se consuma la virtualidad de la anotación y de ahí que el artículo 206 del Reglamento Hipotecario disponga su cancelación; la prioridad ganada por la anotación se traslada a la enajenación y, por eso, las cargas y gravámenes posteriores que habían sido registrados sin perjuicio de los derechos del anotante (art. 71 de la Ley Hipotecaria) no sólo no se liberan de aquella restricción, sino que sufren el pleno desenvolvimiento de la misma, esto es, la subordinación respecto de la enajenación judicial alcanzada, lo que determina la extinción de tales cargas y la consiguiente cancelabilidad de los asientos respectivos, si se observaron en el proceso de ejecución todos los trámites legalmente previstos en garantía de las mismas. Así pues, con la inscripción de la enajenación judicial subsiste registralmente la preferencia del proceso de ejecución entablado y sus consecuencias últimas sobre esas cargas posteriores, y por ello es indudable la eficacia cancelatoria del mandato dictado por el juez que conoció de aquél, conforme a los artículos 1518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 17, 40, 79, 83, 84, 131-7.^a y 133 de la Ley Hipotecaria, y 175-2.^a y 233 del Reglamento Hipotecario, si en él consta el cumplimiento de los trámites aludidos (Resolución de 28 de julio de 1989). En cuanto a la posibilidad de inscribir el testimonio de auto de adjudicación de una finca cuando en el momento en que aquél se presenta en el Registro ha caducado la anotación preventiva de embargo correspondiente y dicha finca está ya inscrita a favor de persona distinta de aquella en cuyo nombre el Juez otorga la transmisión, los principios de tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria) y legitimación (art. 38 de la misma Ley), incluso el de prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria) obligan a denegar la inscripción de dicha adjudicación, ya que no es posible practicar asiento alguno que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los asientos vigentes, si no es con el consentimiento del respectivo titular registral o por resolución judicial dictada en procedimiento entablado directamente contra él (arts. 1, 20, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Por otra parte se desenfoca la cuestión. Los problemas derivados de la falta de adecuación de la descripción literaria de las fincas a la realidad física, en absoluto pueden servir de argumento para negar la aplicación de la fe pública registral a las adjudicaciones derivadas de procesos ejecutivos, aunque sea el ordinario —más aún si se trata de una ejecución directa sobre bienes hipotecados—. La existencia de problemas en la identificación de los inmuebles, posibles dobles inmatriculaciones, dificultades de identificación en su descripción, etc., no son problemas distintos de los que se producen en el ámbito de las escrituras públicas, y nada tienen que ver con la naturaleza de la inscripción derivada de una ejecución. Estos problemas se dan también en las transmisiones voluntarias onerosas *inter vivos* y no se discute la aplicación del principio de fe pública en ese ámbito con carácter general. Dicho de otra forma, en caso de dobles inmatriculaciones en las transmisiones onerosas voluntarias, podrá en un caso concreto producirse la neutralización de los efectos de la fe pública y acudir a soluciones puramente civiles, pero eso no lleva a la negación con carácter general del principio.

Finalmente son afirmaciones desconocedoras de la situación actual de la publicidad registral en relación con la base física que le sirve de respaldo. El esfuerzo inmenso realizado —normativo y material— en orden a la coordinación de la descripción literaria de las fincas con la realidad física, es ostensiblemente ignorada en esta concepción doctrinal, que se olvida del entramado de disposiciones normativas tendentes a asegurar la coordinación del Registro con la realidad física (5). Esto llevará a la superación de la jurisprudencia, según la cual la fe pública registral no se extiende a datos de hecho, porque una vez efectuada por el registrador la validación de la coordinación entre la descripción registral de la finca y las bases gráficas, la cuestión ya no será de mero hecho, sino una verdadera situación jurídica protegida por el principio de legitimación del artículo 38 LH (6).

(5) Artículo 53 de la Ley 13/1996, que reguló la necesaria constatación registral de la referencia catastral de la finca; artículo 26 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, sobre obligaciones de información de notarios y registradores con el Catastro; reforma del artículo 9 de la Ley Hipotecaria por Ley 24/2001, sobre incorporación al Registro de bases gráficas catastrales; reforma del artículo 298 del Reglamento Hipotecario por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, para impedir inmatriculaciones sin certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con el título inscribible; Real Decreto 1093/1997, sobre normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística; Instrucciones de la DGRN, de 26 de marzo de 1999 y 2 de marzo de 2000, sobre implantación de bases cartográficas en los Registros de la Propiedad, etc.

(6) El TS tiene declarado en efecto que con independencia de que pueda atribuirse o no a dicha parte la condición de «tercero hipotecario» protegido por el Registro de la Propiedad, tal protección no abarca la existencia real de la finca y mucho menos su extensión superficial, cuyo dato, pese a poder figurar en la inscripción, ninguna garantía supone para los adquirentes en cuanto a su realidad; lo que igualmente conlleva la desestimación del motivo cuarto en tanto que el resultado del expediente sobre mayor cabida de la finca no puede hacerse valer por la entidad ahora recurrente alegando su pretendida condición

Más grave es el hecho de que ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ se refiera a todo tipo de ejecuciones, aunque sean como consecuencia del ejercicio de una acción hipotecaria (ejecución directa sobre bienes hipotecados). Al menos no lo excluye claramente.

Esta posición puramente procesalista de la adjudicación derivada del embargo, incluida la ejecución hipotecaria, ni siquiera es original. La tesis nace de una concepción puramente procesalista de la hipoteca, fundamentalmente debida a los trabajos de CARNELUTTI (7), seguidos en España por FENECH (8). Fue abiertamente combatida por ROCA SASTRE por considerar la hipoteca exclusivamente en los dominios del Derecho procesal y negar su consideración de derecho real.

En efecto, consideró ya ROCA SASTRE que la teoría procesalista estaba ya entonces a la baja, pues la hipoteca es ante todo una institución de carácter civil, donde el aspecto material o de derecho real nunca falta, a diferencia del elemento procesal que puede no producirse nunca. ROCA SASTRE niega que el acto de constitución de la hipoteca sea de naturaleza procesal ni equiparable al embargo, y demuestra la inconsistencia de esa tesis al demostrar que durante la fase de seguridad de la hipoteca (antes de la ejecución), desenvuelve plenamente sus efectos ya como derecho real: afección de los bienes al pago de la obligación cualquiera que sea el titular del bien; acción de devastación para el caso de que se reduzca el valor de la garantía reconocida en el artículo 117 LH; o la subrogación en las cantidades abonadas en caso de expropiación *ex* artículo 110 LH (9).

2. LA EJECUCIÓN DIRECTA DERIVA DE LA HIPOTECA QUE ES UN DERECHO REAL

La tesis procesalista de la ejecución tiene el grave peligro de contaminar la ejecución directa sobre bienes hipotecados, que aunque tiene especialidades, participa hoy en día del carácter general de la ejecución regulada en la LEC. Y aunque luego veremos que también la inscripción de la ejecución derivada

de «tercero hipotecario». Esta Sala ha declarado con reiteración que la fe pública del Registro asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca, quedando ello sometido al resultado de las pruebas practicadas (sentencias de 30 de octubre de 1961, 16 de abril de 1968, 3 de junio de 1989; y, como más recientes, las de 5 de junio de 2000, 6 de julio de 2002, 15 de abril de 2003, 30 de junio de 2010).

(7) CARNELUTTI, Francesco, *Processo di esecuzione*, Pavoda, 1929-1931.

(8) FENECH NAVARRO, Miguel, *Recepción de la hipoteca en el Derecho Procesal*, Madrid, 1952.

(9) ROCA SASTRE, Ramón María, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, Bosch, 2.ª ed., 1979, pág. 214.

de un embargo determina la protección del adquirente o rematante, esto ocurre así con mucha más razón en la ejecución directa sobre bienes hipotecados, que derivan de un derecho real de inscripción constitutiva como es la hipoteca.

El carácter de derecho real de la hipoteca en nuestro Derecho no puede ser discutido, ya que atribuye ésta a su titular una inmediata potestad sobre una cosa determinada, ejercitable *erga omnes*, originando una acción que puede ser hecha efectiva contra cualquier tercer adquirente de los bienes hipotecados. Así lo entendió la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria —parece mentira que haya que recordar esto a estas alturas—, diciendo que «*la hipoteca es un verdadero derecho real adherido al cumplimiento de las obligaciones a que sirve de garantía, y que sigue siempre a la cosa hipotecada, cualesquiera que sean las manos a que pase y a pesar de los cambios que ocurran en la propiedad que grave*». Y así también lo proclaman los artículos 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, al decir que la hipoteca «*sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida*». Y el artículo 1858 del propio Código, al conceder al acreedor el derecho de realización del valor de la cosa. Igualmente el carácter de derecho real de la hipoteca se deriva del artículo 405 del Código Civil que al regular los derechos de terceros ante la división de una copropiedad establece que: «*La división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición*»; por su parte, el artículo 2 de la LH en su número 2.º señala que se inscribirán «*los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera derechos reales*».

Como todo derecho real, y conforme a la doctrina del título y el modo en la adquisición de derechos reales (cfr. arts. 609 y 1095 CC), tiene un origen contractual, al menos en el caso de la hipoteca voluntaria. Es necesario un contrato causal (en nuestro caso la causa es garantizar una obligación principal) seguido de la *traditio* o entrega, si bien, en materia de hipoteca tal requisito aparece embebido o desplazado por la inscripción en el Registro de la Propiedad, pues es uno de los supuestos excepcionales de inscripción constitutiva (cfr. art. 1875 CC). Pero una vez que se cumple con el título (contrato causal de garantía hipotecaria) y con el modo (escritura pública más inscripción constitutiva), nace la dimensión más importante de la hipoteca, la de ser un derecho real.

Carecen por tanto hoy en día de sentido las tesis negatorias de la hipoteca como derecho real, como fueron la teoría obligacionista y la procesalista. La teoría obligacionista, que configuraba la hipoteca como obligación real, esto es, un crédito contra quien sea propietario del inmueble hipotecado. Su prin-

cipal defensor fue Crome y la esencia de la teoría está en aplicar a la hipoteca el juego propio de la *obligatio ob rem*, es decir, una obligación cuyo deudor está determinado e individualizado no personalmente sino *ob rem*, o sea, en cuanto es titular de una cosa o de un derecho real sobre la misma. Esta teoría aparece hoy abandonada, salvo en relación a la hipoteca en garantía de rentas u obligaciones periódicas (cfr. art. 157 LH, ya que el rematante se subroga *ex lege* en las obligaciones garantizadas) (10).

La tesis procesalista en este contexto está también abandonada. Esta tesis que considera que la hipoteca confiere al acreedor, sobre determinada finca, una facultad o poder puramente procesal, una acción tendente a la efectividad de la deuda mediante la venta forzosa de la finca, es claramente contraria a la protección que el Registro de la Propiedad proporciona a todo tercero que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. ROCA SASTRE desbarató claramente la teoría procesalista considerando que si bien en la hipoteca pueden verse dos lados, el sustancial o de derecho material y el procesal o complementario, es evidente que se trata de una institución de Derecho Civil, mientras que el aspecto procesal es de carácter potencial, ya que puede no darse; y además no logra explicar los efectos y derechos que atribuye la hipoteca antes de la ejecución (acción de devastación, cesión, subhipoteca, mercado secundario).

Hoy en día la jurisprudencia ha determinado el enterramiento definitivo de esta posición, al señalar el Tribunal Supremo en su sentencia —de unificación de doctrina— de 5 de marzo de 2007 (Sala de lo Civil) que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente, de manera que el adquirente en subasta judicial derivado del apremio que inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad queda protegido aunque existieran actos dispositivos anteriores no inscritos realizados por el deudor. Por tanto, si en la ejecución ordinaria el adquirente que inscribe queda protegido frente a títulos no inscritos, haciendo su adquisición irreivindicable en caso de falta de titularidad civil del embargado —salvo que se ejercite tercera de dominio oportunamente (véase art. 594 CC)—, con más razón ocurrirá esto en la ejecución directa sobre bienes hipotecados, que además de ser una modalidad del procedimiento de ejecución se basa en un derecho real como la

(10) Aún puede citarse la corriente doctrinal minoritaria para la que hipoteca es una modalidad de la Haftung, es decir, de uno de los dos elementos (débito y responsabilidad) que tradicionalmente se distinguen en el vínculo obligatorio. En España sigue esta tesis VALLET, que tras recoger la doctrina de la distinción de ambos elementos, debido y responsabilidad, como relaciones totalmente separadas y distintas, dice que: «*La hipoteca no pasa de ser parte integrante de la obligación. Es el Haftung, convencional o legalmente concentrado preferentemente en una cosa determinada*». Además de responder de la deuda todos los bienes del deudor, responde especialmente el bien hipotecado. Pero ya hemos visto la jurisprudencia y la doctrina se manifiestan abrumadora y mayoritariamente a favor del carácter jurídico real del derecho de hipoteca.

hipoteca donde rigen plenamente los principios de inoponibilidad y fe pública registral (11).

Ningún sentido tiene plantear la revisión de esta doctrina, que no sólo está realizada con vocación de permanencia y de unificación de criterio, sino que está plenamente justificada en una interpretación armónica de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, con pleno sentido de la realidad económica y del tráfico jurídico. La tesis diferenciadora de la doble venta y la venta de cosa ajena, que negaba la protección registral al adquirente en virtud de título posterior, a pesar de la inscripción, cuando el primer título estaba consumada por la tradición o entrega (y que por tanto limitaba la protección en caso de que hubiera transcurrido poco tiempo entre ambos compraventas y sin haberse consumado la primera por la *traditio*), además de carecer de base legal firme en el artículo 1473 del Código Civil —que para nada hace esa diferenciación— sino que suponía un desconocimiento —al menos inaplicación— del juego del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, y limitaba la protección de la fe pública registral al subadquirente —y no al primer adquirente—, con flaco favor al sistema general de seguridad jurídica. La doctrina jurisprudencial inicial (cuya evolución se recoge claramente en la citada sentencia de 5 de marzo de 2007) ha quedado claramente superada, en beneficio de la seguridad y eficacia del tráfico jurídico. ¡Qué flaco favor para la sociedad sería tratar de resolver el caso concreto en función de la equidad, cuando se pone en tela de juicio todo un entramado normativo de seguridad jurídica y del desarrollo económico! A veces se olvida el criterio hermenéutico contenido en el artículo 3, apartado 2 del Código Civil. Por tratar de proteger al primer comprador poco diligente por el mero hecho de que consumara la tradición o entrega, se perjudicaría al también comprador diligente que inscribe primero confiando en los asientos registrales, y sobre todo se vendría abajo el sistema en base al cual es posible la inversión y la articulación de todo un mercado inmobiliario e hipotecario (tanto primario como secundario, como veremos posteriormente).

(11) Sobre la aplicación de la fe pública registral al derecho real de hipoteca, véase STS de 20 de marzo de 2007, en la cual se afirma: En conclusión, la sentencia objeto de este recurso ha infringido el artículo 34 de la Ley Hipotecaria respecto a (...) S. A., que es un tercero hipotecario protegido por la fe pública registral, tal como expone en el motivo segundo de su recurso de casación. Asimismo, era tercero hipotecario la CAJA (...) respecto a su derecho real de hipoteca que se inscribió sobre la finca cuyo titular registral recibió el préstamo que fue garantizado por la hipoteca; reúne todos los presupuestos de la cualidad de tal, incluso el de buena fe, como desconocimiento de la inexactitud del registro o como creencia en la exactitud del mismo: es un estado de conocimiento, no de conducta. Lo que es claro —y lo dice la propia sentencia recurrida— es que al adquirente no se le exige una investigación en los libros del Registro a fin de tener conocimiento exacto de su corrección y a fin de constatar que no hay causas que provoquen la ineficacia de su adquisición que conste en el anterior historial jurídico de la finca.

3. CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA HIPOTECA: LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SE BASA EN LOS ASIENTOS DEL REGISTRO

Determina el artículo 130 LH que el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados solo puede ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. Este precepto, en la redacción dada por la Ley 41/2007, confirma el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca y explica que sólo lo inscrito tiene relevancia en la ejecución directa sobre bienes hipotecados. De ahí que no puedan acceder al Registro aspectos del título constitutivo de la hipoteca que sean nulos.

El artículo 130 LH ha servido de base a la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de octubre de 2010, para superar la tesis inicial de la mera transcripción de cláusulas financieras, considerando que todo lo inscrito tiene trascendencia en la ejecución hipotecaria, como ocurre con las cláusulas de vencimiento anticipado. Esa es la razón de que no puedan acceder al Registro cláusulas nulas por contrarias a un precepto imperativo.

Por eso ningún sentido tiene negar que el rematante no sea tercero protegido por la fe pública registral por no adquirir de titular registral, requisito imprescindible para la aplicación del artículo 34 LH. En la ejecución directa sobre bienes hipotecados, el rematante claramente debe adquirir de titular registral. Todo el procedimiento se basa en ello, hasta el punto de que la omisión de algún trámite de llamada al procedimiento del titular registral determinaría la nulidad del procedimiento (véase art. 132 LH, que considera que uno de los extremos más importantes que debe calificar el registrador es que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el momento de expedirse certificación de cargas; a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la ejecución ordinaria, donde la omisión de las comunicaciones no impide la inscripción —vid. art. 660.2 LEC—) (12).

4. INOPONIBILIDAD DE LOS TÍTULOS NO INSCRITOS FRENTE AL REMATANTE DE BIENES NO PERTENECIENTES AL EJECUTADO QUE INSCRIBE SU TÍTULO DE ADJUDICACIÓN

Volviendo a la ejecución ordinaria debe analizarse la protección dispensada al rematante. El embargo no es un derecho real, a diferencia de la hipoteca.

(12) No sería así válido el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados dirigido sólo contra el tercer poseedor de los bienes que no tenga inscrito su título de adquisición en el Registro de la Propiedad. La demanda y requerimiento a terceros poseedores no inscritos que conozca el acreedor hipotecario, no exime de la llamada al procedimiento del titular registral, sea deudor o hipotecante no deudor.

Y por ello pueden vencerle tercerías de dominio y de mejor derecho, siempre que se ejerciten antes la aprobación del remate y auto de adjudicación. Pero la posibilidad de preferencias de créditos, y la consideración de la anotación del embargo como una afección al procedimiento más que a un crédito determinado, no significa que la adjudicación derivada de la ejecución ordinaria no sea una verdadera transmisión, y que el adquirente no quede protegido por la fe pública registral.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ considera que el rematante en una adjudicación derivada de una ejecución de un embargo no está protegido por la fe pública registral y cita en apoyo de su tesis negatoria de los efectos registrales frente al rematante, que la publicidad registral de la ejecución no protege al adquirente frente a limitaciones legales de dominio. Nuevo argumento equivocado, pues esto ocurre así también en las transmisiones voluntarias onerosas, donde existe excepcionales supuestos donde no rige el principio de inoponibilidad (tanteos y retractos legales, servidumbres continuas y aparentes, hipotecas legales tácitas) y no por ello se niega la aplicación de la fe pública registral con carácter general.

En realidad no son supuestos de excepción al artículo 34, sino más bien al artículo 32 —inoponibilidad de cargas no inscritas—; pero es que además no son más que eso: excepciones, supuestos excepcionales que —aunque debieran *lege ferenda* ir desapareciendo, no suponen argumento alguno para defender la inaplicación del principio de fe pública registral al rematante de la ejecución ordinaria —más aún en la hipotecaria— (13).

Además la tesis de este autor es contradictoria. En efecto, lo curioso de la teoría defendida por ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ es que sí admite el juego del principio de inoponibilidad del artículo 32 LH en favor del adquirente, lo que indirectamente supone reconocer que el rematante tiene la condición de titular de un derecho real, pues en otro caso no sería aplicable. Reconoce este autor que tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 1/2000, los artículos 1512 y 1518 de la LEC establecen la cancelación, tras el remate, de los asientos posteriores a la anotación preventiva de embargo y por tanto *la ineficacia de los títulos fehacientes no inscritos* (14). Por tanto está admitiendo el autor, que ventas anteriores al embargo queden ineficaces frente a la adjudicación en favor del rematante que inscriba.

Y es que en efecto, el adquirente que inscribe su título en una subasta judicial queda ya protegido frente a títulos no inscritos que no ejercieron oportunamente la correspondiente tercería de dominio. Así lo dispone rotundamente el artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al establecer:

(13) Es llamativo que una de las principales aspiraciones del Forum Group, para la integración del mercado hipotecario en la Unión Europea, es la progresiva disminución de cargas ocultas frente a la hipoteca (véase Libro Verde de la Comisión Europea sobre integración del mercado hipotecario, Bruselas 19 de julio de 2005).

(14) *Op. cit.*, pág. 2066.

«1. El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación».

No cabe duda que la referencia a la legislación sustantiva no es otra que la legislación hipotecaria, que a su vez exige que el adquirente sea de buena fe, adquiera de titular registral e inscriba su título (cfr. art. 34 LH). Reuniendo estos requisitos, el adquirente en un procedimiento de apremio (ya se acuda a subasta, o a cualquiera de los medios de realización previstos en la LEC —a los que por cierto ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ ni menciona—) quedará protegido frente a las acciones de nulidad que pudieran interponerse. La onerosidad, al tratarse de ejecución forzosa, se dará siempre.

Por tanto, si se admite la eficacia de la adjudicación derivada de un embargo —pues no es la anotación la que lo atribuye, sino que no se haya interpuesto tercería y se haya inscrito el título de adjudicación— y que son ineficaces los títulos anteriores no inscritos aunque sean fehacientes, se está afirmando también la protección de la publicidad registral a los rematantes.

5. LA FE PÚBLICA REGISTRAL RIGE EN LA ADJUDICACIÓN EN FAVOR DEL REMATANTE QUE REÚNE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 34 LH

Por tanto podemos concluir con la afirmación de que la fe pública registral rige plenamente en favor del rematante de bienes inmuebles que en procedimiento de ejecución sobre los mismos los adquiere en subasta pública, o en cualquiera de los medios de realización previstos en la LEC y reúne los requisitos del artículo 34 LH. Si la ejecución es dirigida contra titular registral, el rematante tiene buena fe e inscribe su título, ninguna duda hay de que reunirá los requisitos del tercero llamado hipotecario, pues en la transmisión forzosa hay onerosidad.

En consecuencia el rematante queda protegido frente a los riesgos de evicción por vicios del título del transferente, en particular por la falta de titularidad del ejecutado (15).

(15) Sobre la eficacia de la inscripción en el Registro de la Propiedad y el juego de la fe pública registral frente a los riesgos de evicción, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, *De la publicidad contractual a la titulación registral*, Thomson-Civitas, 2008. Según este autor,

La aplicación al rematante del principio de fe pública registral es afirmada sin ambages, con gran claridad, por la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2007, que ha unificado la doctrina jurisprudencial en este extremo (16).

el proceso de creación del Registro es la historia de la superación de las insuficiencias funcionales de la posesión y del Derecho común mediante el reforzamiento de la posición del adquirente a título oneroso y de buena fe, como medio de potenciación y reforzamiento de la seguridad del tráfico. Mientras que el Derecho común se basa en que nadie puede transmitir más derechos de los que él mismo tiene —*nemo dat quod non habet*— y es propio de ámbitos en los que no se ha generalizado la economía de mercado, la ley hipotecaria —fundamentalmente tras la reforma de 1944— introduce un nuevo esquema o paradigma, basado en la inscripción como medio de desarrollo del mercado inmobiliario, y que no va dirigida a publicar una transmisión ni a dar plena eficacia al título contractual, sino a ser título adquisitivo mismo del derecho. La inscripción es de naturaleza inmunitadora y formalmente constitutiva. La fe pública registral, proclamada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, significa —en términos similares a la autonomía del derecho incorporado al título cambiario— que la posición jurídica del segundo y tercer adquirentes viene delimitada por el tenor literal de la inscripción, como si su adquisición fuera originaria, y sin subrogarse en la posición personal del transmitente. La inscripción determina que no sean oponibles al adquirente excepciones que un *tradens* anterior pudiera oponer a su propio *tradens*, y que sin embargo, son eficaces entre partes. A diferencia de la escritura pública, con valor probatorio *inter partes*, la inscripción en el Registro de la Propiedad dirime el conflicto de titularidades; por eso la inscripción no publica el derecho, sino que es el derecho mismo.

(16) Según el Tribunal Supremo la doctrina sobre el artículo 34 de Ley Hipotecaria comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente. Esto último se comprende mejor si la conjunción «aunque» se interpreta como equivalente a «incluso cuando», o imaginando antes de aquélla un punto y coma en vez de una coma, y mejor aún si se recuerda que la Ley de 30 de diciembre de 1944, de reforma hipotecaria, antecedente inmediato del vigente Texto Refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946, suprimió el artículo 23 de la ley anterior, equivalente al 32 del vigente texto, por considerarlo innecesario tras el fortalecimiento de la posición del tercero del artículo 34 y la consagración del principio de la fe pública registral como elemento básico del sistema. Por eso el preámbulo de dicha ley reformadora, al explicar la precisión del concepto de «tercero» que se llevaba a cabo en el artículo 34, aclaraba que por tal se entendería «únicamente al tercer adquirente, es decir, al causahabiente de un titular registral por vía onerosa. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra “tercero” por la de “adquirente”, pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo». Sobre si el embargo trabado sobre una finca que no era ya propiedad del ejecutado por habérsela vendido a otro determina o no la nulidad del acto adquisitivo del tercero en procedimiento de apremio pues, de ser nulo, la inscripción no tendría efecto convalidante por impedirlo el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, afirma el Tribunal Supremo que el apartado 1 del artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 parece inclinarse por la validez de «la enajenación», aunque la posterior remisión del mismo apartado a la legislación sustantiva y la referencia del apartado 2 del mismo artículo a la posible «nu-

Ningún sentido tiene hoy en día considerar que no existe venta para negar la aplicación de la fe pública a las ejecuciones. Es una imprecisión ab-

lidad de la enajenación» no dejen de plantear ciertas dudas. Pues bien, aun cuando no corresponda ahora a esta Sala interpretar dicho artículo 594, ya que la adquisición de que se trata en el presente recurso fue muy anterior a su entrada en vigor, sí procede fijar como doctrina que la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro pero sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa, pues precisamente por tratarse de una circunstancia relativa al dominio y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió. Se trata, en definitiva, de un efecto combinado de los principios de inoponibilidad y de fe pública registral que sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho, en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el Registro. Podrían tal vez objetarse en contra de tal solución razones de justicia material, pero la lectura de los preámbulos y exposiciones de motivos de nuestras leyes hipotecarias y de sus reformas revela que el objetivo a alcanzar fue siempre, sobre todo, la «certidumbre del dominio», «la seguridad de la propiedad» como «condición más esencial de todo sistema hipotecario» porque «si esta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario» (Exposición del Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861). De ahí que los reformadores de 1909 se quejaron de los «relativamente escasos» resultados de la ley de 1861, «en lo que se refiere a la vida económica de la nación»; y que el preámbulo de la Ley de 30 de diciembre de 1944, de Reforma hipotecaria, identificara como «propósito inquebrantable» de la misma el de «acometer, con las mayores probabilidades de éxito, la ya inaplazable solución» a los problemas consistentes en que aún se hallara sin inscribir «más del 60 por 100 de la propiedad», se hubiera iniciado una «corriente desinscribitoria» y se estuviera retrocediendo paulatinamente a un «régimen de clandestinidad». Además, la justicia de la solución opuesta, es decir, no proteger a quien de buena fe adquirió confiando plenamente en el sistema legal, resulta más que dudosa. Y de otro lado, desde el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, sobre colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad para la Seguridad del Tráfico Jurídico Inmobiliario, hasta la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, y la reforma del Reglamento Notarial por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, se ha reforzado muy considerablemente la información en tiempo real sobre la situación registral de las fincas al tiempo de otorgarse escrituras públicas relativas a derechos reales sobre las mismas y, a su vez, se ha reducido notablemente el tiempo para la debida constancia registral de tales escrituras, lo que supone tanto una garantía normativa añadida para quien adquiere confiando en el Registro como un estímulo normativo más para que quien adquiere no deje de inscribir su derecho. Ciertamente esas razones de justicia pueden parecer especialmente poderosas cuando se considera la situación de los compradores de viviendas en documento privado, impedidos por ello de inscribir su adquisición, que se vean privados de su propiedad, pese a haber entrado en posesión de las viviendas compradas, cuando se sigue un procedimiento de apremio contra la entidad vendedora, titular registral, y tal procedimiento culmina con la venta judicial o administrativa a un tercero que inscribe su adquisición. Pero no lo es menos que tal situación es una consecuencia necesaria de nuestro sistema registral y que su remedio habrá de buscarse, en la etapa inicial, en las garantías normativas y contractuales de las cantidades entregadas a cuenta del precio; en su etapa intermedia, en la tercería de dominio; y en su etapa final, en la demostración de la ausencia de buena fe del tercero o, incluso, en la tercería de mejor derecho sobre el producto de la venta judicial o administrativa, y desde luego siempre sin perjuicio de las acciones personales, e incluso penales, que procedan contra el vendedor o, en su caso, de los derechos cuyo reconocimiento proceda obtener en el concurso.

soluta decir, en apoyo de tal afirmación, que en la ejecución es el juez el que vende. En todo apremio judicial o administrativo se sustituye por la autoridad judicial o administrativa la decisión del titular del derecho ejecutado, pero eso no significa convertir al juez en vendedor (17). Además existen otras vías de ejecución forzosa distinta de la subasta, como el convenio de realización o la adjudicación a través de entidad especializada, que descartan todo valor a la tesis procesalista que ve en la ejecución un acto de venta por el órgano judicial. Eso no es así y si el titular registral hipotecante es objeto de ejecución, el vendedor —en la ejecución forzosa— sigue siendo él, aunque su voluntad sea suplida por el juez, por lo que cabe la concurrencia de ese requisito —el de adquirir de titular registral— exigido por el artículo 34 LH.

Lo explica con claridad la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 de mayo de 2010 (18).

También se descarta por sí sola la afirmación de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, para negar la aplicación de la fe pública registral, de que no hay título oneroso sino aleatorio (i) en las adjudicaciones judiciales. Basta con comprobar que como toda transmisión onerosa está sujeta al Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (19).

En definitiva en la ejecución directa sobre bienes hipotecados, como también en el apremio ordinario, cabe aplicación en favor del rematante del principio de fe pública registral, siempre claro está que inscriba su título y cumpla con los demás requisitos de la fe pública registral. Entre ellos la buena fe, que quedaría solo desvirtuada si en el mismo folio de la finca apareciera un asiento que la desvirtuara (20).

(17) Llamativo sería entender que el juez está sometido al pago de los impuestos que genera la transmisión, como la plusvalía o impuesto sobre el incremento de valor de los bienes de naturaleza urbana.

(18) Señala la STS de 17 de mayo de 2010, que en una transmisión de derechos reales, como la propiedad, la condición de transmitente y adquirente no resulta afectada por el modo en que se efectúe la transmisión, ya que, sea la misma voluntaria o forzosa (caso de la subasta judicial), el transmitente es el titular del derecho real que se cede, abstracción hecha de quien sea el órgano que formalice o documente dicha transmisión. En realidad, el Juez se limita a encauzar la venta, impuesta forzosamente al propietario-deudor, pero no lo suplanta si no es, exclusivamente, en el plano instrumental, ya que, en el plano de los derechos reales, la propiedad se transmite directamente del propietario-deudor al adquirente-adjudicatario, sin que tal propiedad haya pasado de aquél al Juez y de éste al adjudicatario; y es que el Juez, en la suplantación que hace del deudor, se limita a dictar el auto de adjudicación (en lugar de la escritura de venta que en su caso debería realizar el propio deudor —según los antiguos arts. 1514 y 1515 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC, ahora reformados por la Ley 10/1992, que los ha adecuado al sistema imperante en el art. 131 de la Ley Hipotecaria, LH, en el que el auto judicial aprobatorio de la adjudicación es, por sí solo, el título y el modo transmissivo—).

(19) Cfr. artículo 39 del Reglamento del ITP y AJD aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

(20) Sobre la necesidad de que sólo pueden enervar la fe pública registral los asientos reflejados en el mismo folio de la finca, y no en otros, véase STS de la Sala de lo Civil,

La aplicación del principio de fe pública registral conlleva la protección del rematante frente a eventuales adquirentes extrarregistrales, sin que ni siquiera proceda la indemnización a éstos. En este sentido es sumamente clarificadora la STS de la Sala 1.^a de 5 de noviembre de 2010 (21).

Si esto es así en el ámbito de las ejecuciones ordinarias, con más razón debe darse cuando se trata de un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados. En este caso, el rematante en un procedimiento de ejecución hipotecaria, no sólo tendrá la protección derivada del artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino la más específica del artículo 32 LH, conforme al cual los títulos relativos al dominio y otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero. Dicho de otra forma; a diferencia

de 30 de junio de 2008, según la cual los terceros adquirentes gozan de condición de tercero de buena fe a los efectos del artículo 34 LH y al cual no le son oponibles ninguna de las excepciones contempladas en el mismo cuerpo legal —como sería, en este caso, el art. 38 LH para supuestos de doble inmatriculación—. Así, en la sentencia de 2 de junio de 2003 —reiterado en la de 21 de febrero de 2005—, se establece literalmente que «La cuestión jurídica parte de la presunción de exactitud registral, expresión de la eficacia del sistema registral, y en la misma, la presunción *iuris et de iure*, plasmada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, conocida como principio de fe pública registral que protege decisivamente al adquirente, que es tercero hipotecario, haciendo que lo que no consta en la inscripción registral, no le afecta, en el sentido de que se le mantiene, cuando adquiere de buena fe y a título oneroso, en su adquisición, confiado en lo que expresa el Registro. Los presupuestos para la aplicación del principio los enumera el primer párrafo de dicho artículo: adquisición de un derecho de quien aparezca en el Registro con facultades para transmitirlo, buena fe, a título oneroso e inscripción del derecho. Todos los requisitos parecen concurrir en el presente caso. Sin embargo, las sentencias de instancia le niegan el primero de ellos, ya que en el Registro de la Propiedad consta también la inscripción de las fincas reivindicadas a favor de la Fundación demandante. Lo cual es cierto, pero esta inscripción no se halla en el folio registral de la finca adquirida. Cuando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria prevé la protección *iuris et de iure* al tercero hipotecario, lo hace sobre la base de que le alcanza siempre que la causa que haga ineficaz su adquisición (como el caso, el más frecuente y el de éste, de falta de poder de disposición por el transmitente) no conste en el mismo Registro, lo cual significa que no consta en el folio real de la finca en cuestión; es decir, que el tercero hipotecario confía en la transmisión y la adquisición, basado en lo que expresa el folio real de la finca objeto de su adquisición; pero no, en lo que pueda resultar del conjunto de los libros del Registro, como si se obligara a todo adquirente, si quiere ser considerado tercero hipotecario, a realizar una exhaustiva investigación para comprobar si en el Registro aparece, en otro folio real de otra finca, una causa de ineficacia que pueda alcanzar a su adquisición.

(21) Esta sentencia de 5 de noviembre de 2010 se refería a un supuesto en que una inmobiliaria había seguido de mala fe un expediente de dominio para la reanudación de tracto sucesivo con la finalidad de cerrar el folio registral del verdadero propietario. Con posterioridad, aquélla lo vende a un adquirente de buena fe protegido por la fe pública registral. El propietario, cuyo folio registral había sido cerrado por el expediente de dominio, lo vende a otra inmobiliaria distinta, que paga 30.000 euros por ella, a pesar de saber que ya existía un tercero protegido por la fe pública registral. El TS rechaza la demanda de más de 200.000 euros, que por valor del terreno, reclamaba la inmobiliaria que compró y no pudo inscribir por estar inscrito el título del comprador de buena fe.

de lo que ocurre en el ámbito del embargo, donde el adquirente en virtud de título no inscrito puede interponer tercería de dominio antes de que se apruebe el remate y se expida el título de adjudicación, de manera que el rematante no queda protegido salvo que no triunfe o no se ejercite la tercería; tratándose de hipoteca ni siquiera cabe tercería, dado su carácter de derecho real —máxime al ser de inscripción constitutiva—.

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 2001, a efectos de tercería de dominio, a lo que ha de atenderse es a la fecha en la que el embargo tuvo lugar, al actuar éste como medida cautelar para asegurar la efectividad del crédito en su día, pero sin alterar la naturaleza del mismo. Corresponde al tercerista la carga de demostrar su titularidad a la fecha de la traba, resultando irrelevante la adquisición llevada a cabo en momento posterior o en fecha que sólo gana eficacia después del embargo. En cuanto a la anotación registral de embargo, no tiene valor ni eficacia constitutiva, a diferencia de lo que ocurre con la hipoteca, por lo que su incidencia en la tercería de dominio se remite al tiempo del embargo, que existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta, con independencia de su anotación en el Registro, que no puede condicionar su existencia (22). En caso de hipoteca, dada su condición de derecho real y de carácter constitutivo, no caben tercerías de dominio.

La imposibilidad de interponer tercería de dominio frente a la hipoteca, además de en su naturaleza de derecho real, tiene una justificación económica evidente, pues estar basada en la necesidad de articular todo el sistema financiero que quebraría, de existir, la posibilidad de que pudiera hacerse valer frente al acreedor hipotecario —cesionarios o partícipes— que el hipotecante no fuera verdadero propietario.

6. LA PROTECCIÓN DEL MERCADO SECUNDARIO HIPOTECARIO

La no aplicación del principio de fe pública registral en las ejecuciones derivadas de la hipoteca dejaría sin base sólida al mercado secundario hipotecario. Si realmente la naturaleza de la hipoteca fuera meramente procesal, carecería de soporte sólido la titulización de las carteras hipotecarias y su negociación en mercados secundarios (23).

(22) Sentencias del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 1991, 7 de enero y 23 de abril de 1992, 24 de febrero de 1995, 14 de mayo de 1996, 9 de abril de 1997 y 22 de diciembre de 1998.

(23) La regulación de la hipoteca como base de la emisión de títulos negociables (bonos, cédulas, participaciones hipotecarias, certificados de transmisión hipotecaria) está contenida fundamentalmente en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, desarrollada por el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, que permite

Todo este mercado secundario quedaría en entredicho de tener algún viso de viabilidad la tesis procesalista de la hipoteca.

a los Bancos, entidades oficiales de crédito, Cajas de Ahorro, Confederación Española de Cajas de Ahorro, Cooperativas de crédito y Establecimientos financieros de crédito, conceder préstamos, garantizados con hipoteca ordinaria inmobiliaria o de máximo constituida con el rango de primera sobre el pleno dominio de la totalidad de la finca, para financiar la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, la construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad. Para que los capitales invertidos en tales préstamos no queden inmovilizados, dichas entidades puede emitir bonos, cédulas y participaciones hipotecarias, que son títulos-valores que incorporan créditos contra la entidad, garantizados con los créditos hipotecarios que ésta tiene frente a terceros. Se diferencian de las obligaciones hipotecarias ordinarias, en que en éstas la obligación queda garantizada con la hipoteca constituida al efecto, mientras que en las cédulas, bonos y participaciones, la garantía se constituye sobre la cartera de créditos hipotecarios ya existentes de la entidad emisora con un tercero.

En cuanto a las condiciones que deben tener los préstamos y créditos para ser objeto de titulización en el mercado secundario, la Ley 41/2007 ha clarificado que sirve de garantía a la emisión toda la cartera hipotecaria (todas las hipotecas que consten inscritas a favor de la entidad emisora); no obstante, no cabe realizar emisiones de cédulas más allá del porcentaje máximo fijado en la ley (80 por 100) calculado —esta vez sí— sobre los préstamos hipotecarios que reúnan las condiciones del mercado hipotecario (ser primera hipoteca, no tener cargas anteriores). Todos los titulares de valores hipotecarios gozan de acción ejecutiva para reclamar de la entidad emisora el principal e intereses a sus respectivos vencimientos (arts. 14 y 15, párrafo 4.º de la Ley 2/1981). La diferencia entre bonos, cédulas y participaciones es importante:

1. Bonos hipotecarios son títulos valores negociables cuyo capital e intereses están especialmente garantizados sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre los préstamos y créditos hipotecarios que se afecten en la escritura pública de emisión, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la entidad emisora. Cuando se emitan en serie podrá constituirse un sindicato de tenedores de bonos.

2. Cédulas hipotecarias son títulos valores cuyo capital e intereses están especialmente garantizados sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora y no estén afectas a emisión de bonos hipotecarios, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la misma. Estos valores son los que menos facultades confieren en relación con los créditos hipotecarios que los garantizan. La entidad emisora sigue siendo, después de emitir las cédulas hipotecarias, la única titular de esos créditos hipotecarios y puede incluso disponer de ellos. Puede, por ejemplo, afectarlos en garantía de bonos hipotecarios, y entonces los tenedores de los bonos de una emisión —aunque ésta sea posterior a la de las cédulas— «tendrán prelación sobre los tenedores de las cédulas cuando concurren sobre un crédito afectado a dicha emisión» (art. 14 de la Ley 2/1981). Las entidades no podrán emitir cédulas hipotecarias por importe superior al 80 por 100 de los capitales no amortizados de los préstamos y créditos hipotecarios de su cartera, deducidos el importe de los afectados a bonos hipotecarios.

3. Participaciones hipotecarias son títulos que incorporan créditos contra la entidad emisora mediante la cesión de un porcentaje de créditos hipotecarios de que es titular dicha entidad emisora. Para la emisión sólo se requiere escritura pública e inscripción (por nota marginal) en el Registro de la Propiedad cuando la suscripción y sucesiva adquisición de las participaciones no esté limitada «a inversores institucionales o profesionales, pudiendo ser suscritas o adquiridas por el público no especializado» (art. 29.1 del RD). En caso de incumplimiento por falta de pago del deudor, el titular o titulares de las participaciones

7. CONCLUSIONES

Ninguna duda cabe de la aplicación del principio de fe pública registral al adquirente en la ejecución (rematante), tanto en la ejecución ordinaria como en la ejecución directa sobre bienes hipotecados, siempre que cumpla los requisitos exigidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que es plenamente aplicable en ese ámbito. Así resulta expresamente de lo dispuesto en el artículo 594 LEC, aunque el bien hubiera sido transmitido por el ejecutado en favor de otra persona que no ejercita tercería de dominio, cuando el adquirente inscribe su título en el Registro de la Propiedad. Aquí la legislación procesal se remite a la sustantiva, que no es otra que la ley hipotecaria.

Especialmente es aplicable el principio de fe pública registral a las ejecuciones derivadas de la acción hipotecaria. A la hipoteca, como derecho real, le son plenamente de aplicación los principios hipotecarios de inoponibilidad (art. 32 LH) y fe pública registral (art. 34 LH).

Al rematante no le serán aplicables cargas no inscritas —ni títulos transmisivos no inscritos—, a excepción de las limitaciones legales e hipotecas legales tácitas excepcionales en nuestro Derecho y que son aplicables con independencia del tipo de transmisión operada.

En virtud del artículo 34 LH, no podría perder por evicción la propiedad el rematante inscrito, ni serle oponibles causas de nulidad del título del transferente —deudor ejecutado—. En particular no le afecta la eventual falta de titularidad del ejecutado cuando el verdadero propietario no ejercita oportunamente la tercería de dominio, esto es, antes de la inscripción del título de adjudicación en favor del rematante.

Si frente al embargo caben tercerías antes de la inscripción del título de adquisición del rematante, en la hipoteca no caben nunca, salvo en los supuestos excepcionales de doble inmatriculación (24).

tendrán la facultad de compeler a la entidad emisora para que inste la ejecución hipotecaria y concurrir en igualdad de derechos con el emisor, en la ejecución que éste siga contra el deudor, personándose a tal efecto en cualquier procedimiento de ejecución instado por aquél, y participar en el producto del remate a prorrata de su respectivo porcentaje en el préstamo o crédito ejecutado.

(24) La regulación de la tercería de dominio en el ámbito de la ejecución hipotecaria está claramente limitada a los supuestos excepcionales de doble inmatriculación. Exige el artículo 696 LEC, para que prospere la tercería, que se acompañe a la demanda título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la de constitución de la garantía. Y si se tratare de bienes cuyo dominio fuere susceptible de inscripción en algún Registro, dicho título habrá de estar inscrito a favor del tercerista o de su causante con fecha anterior a la de inscripción de la garantía, lo que se acreditará mediante certificación registral expresiva de la inscripción del título del tercerista o de su causante y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio correspondiente. Que tenga que estar inscrito el título del tercerista significa necesariamente una doble inmatriculación, pues de otra forma —por impedirlo el tracto sucesivo *ex art. 20 LH*— no se hubiera podido inscribir la hipoteca.

Todo ello es así en base al Derecho positivo, a la doctrina jurisprudencial felizmente consolidada por el Tribunal Supremo y está plenamente justificado jurídica y económicamente. De no ser así, quedaría en entredicho el tráfico jurídico inmobiliario y el entero mercado hipotecario primario y secundario y el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9 CE).

RESUMEN

EJECUCIÓN EMBARGO HIPOTECA FE PÚBLICA REGISTRAL

Ninguna justificación tiene la tesis procesalista de la adjudicación derivada de las ejecuciones que niega la fe pública registral en favor del rematante, y puede considerarse como tesis obsoleta y superada. El artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil proclama su aplicación de conformidad con la legislación sustantiva, dentro de la cual figura la ley hipotecaria.

El adquirente en una ejecución ordinaria que inscribe su título y goza de los demás requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es protegido por la fe pública registral y mantenido en su adquisición, sin que le sean oponibles títulos no inscritos que no ejercieron la oportuna tercería de dominio antes de la inscripción del título de remate. En la ejecución directa sobre bienes hipotecados es igualmente aplicable en favor del rematante la fe pública registral, sin que ni siquiera sea posible la tercería de dominio, dada la condición de derecho real de la hipoteca, salvo los supuestos excepcionales de dobles inmatriculaciones.

Que existan supuestos excepcionales de cargas ocultas (limitaciones legales, tanteos legales, hipotecas legales tácitas) no supone argumento en contra de la aplicación de la fe pública registral en las ejecuciones judiciales, pues se producen también en el ámbito de las trans-

ABSTRACT

FORECLOSURE MORTGAGE CONCLUSIVE TITLE

There is a thesis of adjudication stemming from foreclosure that is based on procedural law and denies the winning bidder conclusive title. This thesis is without justification and may be regarded as obsolete and disproved. Under article 594 of the Spanish Civil Procedure Act, title is adjudicated in accordance with substantive legislation (of which mortgage law is a part).

A person who acquires property in a foreclosure proceeding, registers his or her ownership of that property and meets the other requirements set in article 34 of the Mortgage Act is protected by conclusive title. This person's property acquisition is upheld and cannot be challenged by unregistered titles whose owners failed to file the appropriate third-party claims of ownership before the winner's title was registered. In direct foreclosure on mortgaged assets, conclusive title for the winning bidder is equally applicable; here no third-party claims of ownership can even be made, because of the nature of the mortgage as a real right, save in exceptional cases where duplicate titles are involved.

The existence of exceptional cases involving hidden liens (legal restrictions, legal rights of pre-emption, tacit legal mortgages) is no argument against the application of conclusive title in judicial foreclosures, because exceptional cases

misiones voluntarias onerosas y esto no significa que la fe pública no rija en ese ámbito. Aunque debería suprimirse todo tipo de cargas ocultas en beneficio de la seguridad del tráfico.

Todo ello ha sido reconocido felizmente por la doctrina del Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 de marzo de 2007, que reconoce al rematante la condición de tercero hipotecario protegido y abandona la distinción entre doble venta y venta de cosa ajena y que excluía la protección del tercero en este caso. Esto supone una protección del entero sistema inmobiliario e hipotecario, tanto en el primario como el secundario.

occur also in voluntary conveyances for value, and this does not mean conclusive title does not govern in that field. It must be said, however, that all kinds of hidden liens should be eliminated to benefit certainty in trade.

Happily, all this was recognised by Spanish Supreme Court doctrine in the Supreme Court's ruling of 5 March 2007. This ruling recognised the winning bidder's standing as a protected third party to the mortgage, and it dropped the distinction between double selling and the selling of third-party property, which used to rule out protection for the third party in this latter case. This means there is protection throughout the entire primary and secondary real-estate and mortgage system.

(Trabajo recibido el 1-10-2010 y aceptado para su publicación el 19-11-2010)