

La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000 (*)

SUMARIO: INTRODUCCION.—LA NUEVA REGULACION QUE INTRODUCE LA LEC 2000.—I. OPOSICION A LA EJECUCION POR MOTIVOS DE FONDO.—II. LA OPOSICION A LA EJECUCION DE LAS HIPOTECAS EN GARANTIA DEL SALDO DE UNA CUENTA ENTRE EJECUTANTE Y EJECUTADO.—III. EN ESPECIAL, EL PAGO DE LA OBLIGACION GARANTIZADA.—IV. TERCERIAS DE DOMINIO.—V. SUSPENSION DE LA EJECUCION POR PREJUDICIALIDAD PENAL.—VI. OPOSICION POR DEFECTOS PROCESALES Y POR IRREGULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO.—VII. RECLAMACIONES RELEGADAS AL JUICIO DECLARATIVO POSTERIOR: LOS EFECTOS DE ESTE JUICIO SOBRE LA EJECUCION CONSUMADA.—VIII. LA NULIDAD DE ACTUACIONES Y SUS EFECTOS SOBRE LA EJECUCION CONSUMADA.—CONSIDERACIONES FINALES.

INTRODUCCION

I. IMPORTANCIA DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Contaba DALÍ que un día, visitando el Museo del Prado en compañía de JEAN COCTEAU, les preguntaron, ¿qué salvaría usted de aquí en caso de incendio? COCTEAU, como buen *enfant terrible*, respondió: «Yo, el fuego». Esta anécdota la aprovecha LÓPEZ LIZ, un apasionado defensor de la hipoteca —que, como toda pasión, atesora un punto de locura— para hacerse la pregunta al revés: Si a mí me preguntasen, dice, en caso de desaparición del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, ¿qué incendiaría

(*) El presente trabajo es la versión escrita de la ponencia expuesta en las Jornadas sobre «La ejecución inmobiliaria y el Registro de la Propiedad», celebradas en la sede del Colegio de Registradores de España los días 28, 29 y 30 de marzo de 2000. Este origen coloquial se aprecia en el tono de la exposición, y debe disculpar ciertas afirmaciones que aparecen insuficientemente argumentadas.

usted? Contestaría rápido: «Yo, la hipoteca, porque ya no serviría para nada» (1).

Pues bien, el artículo 131 va a desaparecer, pero afortunadamente, como veremos, no hay nada que incendiar, porque el procedimiento que regulaba se reencarna, con su mismo espíritu, en otra parte del Ordenamiento. Sin embargo, esta anécdota pone de relieve la íntima relación que existe entre la hipoteca y su ejecución. La hipoteca cobra sentido como contrato que atribuye al acreedor, en caso de impago de la obligación garantizada, la facultad de vender la finca gravada y obtener de forma inmediata la satisfacción de su derecho en la forma pactada. Y es la confianza de las entidades financieras en un sistema de ejecución rápido y seguro el que ha permitido que tantas familias hayan podido adquirir sus viviendas, y tantos empresarios hayan podido obtener financiación para sus proyectos, de forma casi instantánea y en unas condiciones de plazo y tipo de interés más favorables que los que rigen para los préstamos sin garantía.

Hay que tener en cuenta además que, en el caso de la hipoteca, nos encontramos ante una «ejecución» entre comillas, puesto que *la así llamada ejecución no es más que el ejercicio mismo del propio derecho de hipoteca*. O, si se prefiere, el desenvolvimiento normal de un contrato, precisamente en la forma prevista por las partes contratantes y, en principio, salvo casos patológicos, sin que exista entre ellas ningún tipo de contención o controversia, que sería lo único que justificaría una actuación judicial. La ejecución hipotecaria supone, sin duda, una crisis económica, pero no ordinariamente una contienda jurídica entre acreedor y deudor. Por estas y otras razones, de orden jurídico y económico, desde antiguo ha parecido excesivo exigir que el mero ejercicio de un derecho perfectamente convenido, y respecto al que no existe ninguna controversia, *deba implicar necesariamentela tramitación de un verdadero proceso judicial* (sobre todo en un sistema en el que no se cumplen los plazos en la administración de justicia), con el costo que ello supone para la sociedad en general, para el acreedor hipotecario en particular, y, de acuerdo con la lógica económica de la repercusión de costes, para todos aquellos que disponen o aspiran a disponer de un crédito hipotecario.

No obstante, la nueva LEC, de fuerte inspiración procesalista, como no podía ser de otra manera, pretende instaurar un verdadero proceso, frente a la discutida naturaleza del procedimiento del 131 LH. Pero, en el fondo, en la redacción definitiva de la LEC se conserva el mismo espíritu y se introducen muy pocas modificaciones con relación al sistema anterior; se reconoce la validez de la ejecución extrajudicial —superando de esta forma una reciente, infundada y justamente criticada doctrina del Tribunal Supremo que, bordean-

(1) LÓPEZ LIZ, *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH*, pag. 879, libremente transcrito.

do sus competencias y los límites de la temeridad, había considerado este tipo de ejecución nada menos que contraria a la Constitución—; y, en fin, según dice su EM, se aspira a agilizar los procesos de ejecución y a equilibrar la balanza hasta ahora injustamente inclinada a favor del ejecutado y de sus maniobras de dilación. En palabras llanas: la intención declarada de la nueva regulación es que los procesos hipotecarios que hasta hoy podían durar, pongamos ocho meses, a partir de ahora duren solamente cuatro.

II. EL CAMBIO DE SEDE DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: LA INCARDINACIÓN EN LA LEY PROCESAL

El Derecho Procesal o la práctica forense no es, o al menos hasta la reforma del 2000 no ha sido, un marco jurídico atractivo para incluir la regulación de una ejecución hipotecaria, que se supone que debe ser rápida y segura. El ámbito procesal se encuentra afectado por una serie de problemas crónicos, tanto estructurales como de regulación normativa, que no deben contaminar a la ejecución hipotecaria.

Entiendo que, huyendo de una definición más precisa, puede decirse que el Derecho procesal es un conjunto de procedimientos y técnicas *al servicio de la efectividad del Derecho sustantivo*. El Derecho procesal carece de sentido en sí mismo, y siempre debe estar en función de la realización del derecho material. Pero, en la práctica, funciona más bien como un filtro tras cuyo paso el Derecho sustantivo resulta muchas veces irreconocible. Un conglomerado de trámites, escritos, comunicaciones, recursos, recursos contra la admisión de otros recursos, oportunidades para la acumulación de reales o hipotéticos defectos formales, disfunciones orgánicas y, en fin, el sistema perfecto para que el Derecho sustantivo se realice con tanta lentitud que ya no sea justicia, o se desvirtúe hasta el punto de que cualquier parecido con la previsión original del legislador material sea pura coincidencia. El Derecho procesal, como Derecho necesario que es, se convierte en «un mal necesario».

Cuando se habla de los males que aquejan a la justicia en España, o de sus corrupciones, o de su lentitud, no se está haciendo referencia normalmente a la regulación sustantiva, sino al proceso, a la efectución procesal de los derechos y también, sin duda, a la necesidad de reformas orgánicas, asimismo muy ligadas al Derecho procesal. Para comprobar esta afirmación, basta ojear los distintos Libros Blancos y Verdes sobre la justicia que, siguiendo esta metodología comunitaria, se han elaborado en los últimos años. Esto, innecesario, es decirlo, no es de ningún modo achacable a los especialistas en esta imprescindible rama jurídica, ni a la dignidad con la que realizan su trabajo, sino que es debido a que el mundo procesal es mucho más complejo y menos jurídicamente puro (que no justo) que el

mundo de los Derechos sustantivos, desde el momento en que intervienen una serie de factores extralegales, que no extrajurídicos —como son los hechos y la necesidad de su prueba, muchas veces indiciaria e insegura—, o como son los intereses más o menos legítimos de todos los profesionales que intervienen en la administración de la justicia.

Algunos de estos problemas nacen de la orientación con que se aborde la elaboración del Derecho procesal, casi nunca de su plasmación técnica que cada vez está más perfeccionada. A grandes rasgos y simplificando mucho la cuestión, cabe decir que la regulación procesal puede abordarse desde dos mentalidades diferentes y generalmente contrapuestas: O bien desde una posición radicalmente garantista, que pone el acento en que no quede ningún resquicio para que nadie resulte condenado injustamente, y que lleva a la multiplicación de trámites y recursos, a la exigencia de pruebas inconcusas, a veces conocidas como diabólicas, y a la configuración de juicios interminables. Frente a esta posición, cabe otro enfoque que parta de la base de que es preferible una «mala» justicia, o mejor una justicia probable e inmediata, que una justicia segura pero lenta, porque *la justicia rápida y probable puede generar alguna injusticia, pero la justicia lenta, aparte de que tampoco puede ser absolutamente segura, es sabido que nunca es justicia* (2).

Quizá por todo ello, el Derecho procesal es un Derecho antipático que es mejor evitar. ¿Quién no experimenta un alto reparo ante la sola idea de tener que «meterse» en un declarativo o, en general, en un Juzgado? Nadie quiere una «solución» judicial, y esto es algo que se experimenta frecuentemente en el Registro de la Propiedad cuando tenemos que comunicar al interesado que no es posible cancelar un asiento sin mandato del Juez, o que para inmatricular la finca o reanudar el tracto interrumpido es necesario acudir a un expediente de dominio. ¿No hay otro remedio, cualquier otro? —preguntan con desazón. En su extenso y espléndido tratado sobre el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, cita el profesor JUAN MONTERO un texto de NICOLÁS PÉREZ SERRANO, según el cual: «La experiencia nos enseña que hay ciertas disciplinas cuyo cultivo propende a agriar el carácter de los especialistas que a ellas se consagran... [como] sucede en la esfera forense con el Derecho procesal o el hipotecario, que acaban produciendo en los juristas de esas ramas una especie de hiperclorhidria jurídica» (3). Quizá el recuerdo que hago de esta cita hubiera sido de mal gusto por mi parte si yo no estuviera también directamente involucrado por ella, aunque quiero pensar que el Derecho Hipotecario también es en gran parte procedimiento y que es sólo esa

(2) Decía ANDRÉ MAURAIS que «una solución mediocre, pero inmediata, vale muchas veces más que una acción perfecta después de ocho días».

(3) Tomo la cita del principio del Prólogo del espléndido libro de MONTERO AROCA. Valencia, 1998.

parte burocrática y fastidiosa la que produce exasperación. También quiero aclarar que yo no he notado, desde mi profesión de Registrador, ningún cambio desagradable en mi carácter, y advertir que, lo mismo que el profesor MONTERO, vamos a ocuparnos de un tema en el que confluyen las dos únicas ramas jurídicas que, al parecer, provocan un temperamento sulfuroso.

En el Derecho procesal, en fin, ocurre como con la elegancia, lo ideal sería que pasase desapercibido en el curso de realización del Derecho sustantivo. Que no llamase la atención. La función del proceso es aplicar el Derecho sustantivo, conservando su espíritu y sin adulterarlo. El derecho sustantivo debe pasar limpiamente a través del proceso, como la luz atraviesa un fino cristal: *sin desviarse y sin detenerse*. La realidad, sin embargo, nos presenta un proceso lento, que obstaculiza y detiene la efectución del derecho, y un proceso falaz, incapaz de preservar la fidelidad del derecho sustantivo al que sirve.

Por todo ello, yo tengo la impresión, no contrastada de forma científica, de que *la hipertrofia del Derecho procesal supone la adulteración del Derecho sustantivo y, en cierto grado, la muerte de la justicia*. Y ello es tanto más grave en cuanto también tengo la sensación de que el Derecho procesal de los últimos tiempos, y creo que así lo evidencia la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, acapara para sí cada vez más la regulación de materias que pertenecen al Derecho sustantivo y que deben ser estudiadas y resueltas por los especialistas en la materia de que se trate, y no por los expertos en los cauces y las técnicas de efectución judicial de los Derechos sustantivos. Un especialista en las técnicas procesales no puede ser, a la vez, especialista en hipotecas, para intervenir con preferencia en la regulación y el estudio del procedimiento hipotecario; en letra de cambio, para reclamar para sí el proceso cambiario; en propiedad horizontal, para controlar la regulación de su procedimiento especial de reclamación de deudas a la comunidad; en Derecho penal, en Administrativo, en Laboral, etc., etc. Por ello resulta de gran importancia deslindar las cuestiones procesales de las que no lo son, tanto para suprimir las primeras de los textos sustantivos, que ha sido uno de los objetivos de la nueva LEC, como para no incluir las segundas en textos procesales, ideal con el que la nueva LEC ha sido mucho menos respetuosa.

III. EL DERECHO PROCESAL Y EL SUSTANTIVO EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NATURALEZA DE LAS CAUSAS DE OPOSICIÓN

La ejecución es una materia que nunca ha encajado del todo en el Derecho procesal o, si se prefiere, en el ámbito judicial, hasta el punto de que muchos jueces consideran más o menos conscientemente que su labor termina con la declaración del derecho. De hecho, en la práctica, la ejecución se realiza

normalmente por los secretarios judiciales, aunque la nueva LEC no ha reconocido esta realidad ni ha otorgado a los secretarios la correspondiente competencia que, formalmente, siguen ostentando los jueces. Pero además, la ejecución hipotecaria en concreto —aparte de que puede, y pienso que ello sería lo más natural, alcanzarse extrajudicialmente—, y quizá en parte por el hecho de que no se trata más que del desenvolvimiento de un contrato específicamente dirigido bajo ciertas circunstancias a la realización del bien hipotecado, se halla regulada por un *conjunto de normas heterogéneas*, muchas de ellas puramente procesales, otras, creo, que más bien pertenecen al Derecho sustantivo, y sin duda otras que, cuando menos, se sitúan en zonas fronterizas y son propiedad mancomunada de ambas disciplinas, la civil y la procesal (4). Por eso soy de la opinión de que en la reforma y cambio de sede (de una ley civil a una procesal) del procedimiento de ejecución hipotecaria, los especialistas en el Derecho sustantivo (civilistas e hipotecaristas) deberían haber tenido una mayor intervención.

Por ello es necesario tomar conciencia del peligro de que después de la reforma, y a resultas de su influencia, la ejecución hipotecaria pueda quedar en gran medida relegada a un capítulo dentro de un manual de Derecho Procesal. Frente a este posible riesgo —derivado de la extraordinaria fuerza que tiene la distribución de materias que se realiza en el *BOE* para conformar los estudios universitarios y la práctica profesional—, es conveniente indicar, sin acritud, que la realización del derecho de hipoteca atañe primordialmente al Derecho sustantivo y debe seguir siendo estudiada como una parte esencial del Derecho Civil-Hipotecario, sin perjuicio de que, además, y como hasta ahora, reciba un tratamiento específico dentro del Derecho Procesal, concretado a los aspectos que conciernen a esta rama del Derecho. *Civilistas e hipotecaristas deben, pues, seguir asumiendo el más alto grado de protagonismo en la interpretación de las nuevas normas*, que, no por estar dentro de

(4) Así, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva (o interdicción de la indefensión) entiendo que es, ante todo, un derecho *sustantivo* que, como todo derecho sustantivo, debe disponer de unos *cauces procedimentales* de realización y protección. ¿Y quién debe determinar cuáles son esos cauces y si son o no suficientes para garantizar el derecho y proscribir la indefensión? Sin duda, no sólo el Derecho procesal y los especialistas en las técnicas procesales. En este sentido, la decisión, tomada en su día por el TC, de si el procedimiento del artículo 131 LH era o no constitucional, según produjera o no indefensión en el ejecutado ¿era una decisión simplemente procesal o más bien sustantiva?

Existen otros muchos temas a caballo entre el Derecho Procesal y el Sustantivo o incluso cuestiones claramente materiales reguladas en leyes procesales: la acción reivindicatoria, los privilegios crediticios, la valoración de la prueba documental, la determinación de los bienes inembargables (muy ligada al principio de la responsabilidad patrimonial universal), etc. Es cierto que algunas de estas materias no pertenecen a una rama sustantiva en concreto, sino a todas, y quizá por ello tradicionalmente ha parecido conveniente regularlas en leyes procesales.

una ley formalmente procesal, dejan de ser normas hipotecarias. Y su aportación, como especialistas en el derecho de hipoteca, debe ser de gran utilidad en la definición de esas cuestiones, al menos fronterizas entre el derecho procesal y el sustantivo, y, también, debe constituir un beneficioso contrapunto frente al predominio de una visión excesivamente procesalista de la ejecución hipotecaria.

En este sentido, resulta curioso constatar que de los cuatro grandes estudios que se han publicado en los últimos años sobre el procedimiento del artículo 131 LH, sólo uno ha sido escrito por un procesalista (*El procedimiento judicial sumario del art. 131 LH*, de JUAN MONTERO AROCA). De los otros tres han sido autores un registrador de la propiedad (*El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA), un profesor titular de Derecho civil de la Universidad de Barcelona (*El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, de ANTONIO MONSERRAT VALERO), y un abogado que fue de La Caixa, recientemente fallecido, y muy conocido por su defensa apasionada (y a veces ciega, como corresponde a toda pasión) de la hipoteca y de sus especiales procedimientos de ejecución, lo que le llevó hasta el último momento a oponerse a la supresión del artículo 131 LH y al anteproyecto de LEC (que de hecho en este punto fue sensiblemente corregido), sin perjuicio de propugnar, a la vez, ciertas mejoras en la ejecución hipotecaria (*Procedimiento judicial sumario del art. 131 LH*, de JOSÉ LÓPEZ LIZ) (5).

En concreto, y centrándome ya en el tema que nos ocupa, creo que es conveniente reconocer que *la determinación de las causas de oposición a la ejecución de un crédito hipotecario corresponde primordialmente al Derecho sustantivo encargado de regular la materia hipotecaria, y a los especialistas en esta disciplina*. Así lo entiende además la propia LEC en relación con un proceso, a estos efectos similar, como es el juicio cambiario, donde el artículo 824.2 se limita a decir que «el deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra, el cheque o el pagaré todas las causas o motivos de oposición previstos en el artículo 67 de la ley cambiaría y del cheque». En consecuencia, en la determinación de estas causas han tenido y tendrán los mercantilistas el papel más destacado.

Del mismo modo, en la ejecución hipotecaria, *corresponde al Derecho Hipotecario la determinación de las causas de oposición por motivos de fondo*, que pueden ser alegadas frente a la petición del acreedor de que se pongan en marcha las previsiones naturales propias del contrato de hipoteca

(5) Terminado este trabajo encuentro en el mercado el primer libro que posiblemente sea fruto del cambio de sede de regulación de la ejecución hipotecaria: *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva LEC*, del profesor de Derecho Procesal FERNANDO MARTÍN DIZ. Granada, 2000.

para el caso de impago de la obligación garantizada, y que serán parcialmente diferentes según cuál sea la naturaleza de esa obligación y, en consecuencia, el tipo hipotecario de cuya realización se trate. Y *asimismo, en relación con la oposición por motivos procesales, corresponde al Derecho Hipotecario la determinación de los requisitos mínimos que deben ser cumplidos y de las personas que han de ser tenidas en cuenta para que no se produzca indefensión*. La cuestión, por ejemplo, de si ha de ser o no demandado o requerido de pago un titular extrarregistral, más o menos aparente, cuando existe otro titular registral, y de las consecuencias que se derivan de seguir una u otra opción, parece que debe ser objeto de una decisión material más que de una disposición rituarial.

LA NUEVA REGULACION QUE INTRODUCE LA LEC 2000

A) REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DISTINTOS PROCEDIMIENTOS Y REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SUMARIO

En la nueva LEC, el procedimiento especial sumario de ejecución hipotecaria se encuentra regulado en los artículos 681 y siguientes (reglas particulares), y, en cuanto sean aplicables —por constituir disposiciones generales no sustituidas o incompatibles con las reglas particulares, y no ser incompatibles con la ejecución hipotecaria—, por los artículos 517 a 522, 538 y siguientes (Disposiciones generales a toda ejecución), 571 y siguientes (De la ejecución ordinaria, sobre todo Cap. I y IV), otros artículos relacionados, como los 225 y siguientes (sobre actuaciones), y, en fin, cualquier otra norma relativa a la ejecución que la doctrina o la práctica vaya considerando aplicable. Hay que tener en cuenta, además, los artículos de la LH aplicables a la ejecución como son los 129 a 135, completamente modificados por la nueva LEC, y 153 y siguientes, entre otros, que no han sido expresamente afectados por la reforma procesal.

Por tanto, al menos a primera vista, parece que estamos ante una regulación *compleja y difícil de desentrañar, de descubrir o de averiguar* en una materia que, en mi opinión, por sus especiales características y por su importancia práctica y su especificidad económica y jurídica habría requerido una regulación específica completa, o casi completa, con claras remisiones puntuales en temas concretos (como podría ser el desarrollo de la subasta). En este sentido, y de acuerdo con una filosofía tan bienintencionada como discutible, la ley ha tratado de reducir drásticamente el número de procesos especiales y de unificar, también de modo tajante, los diversos procesos de ejecución hasta ahora existentes. Pero, por impulso de la realidad o del pragmatismo, muchos de los procesos especiales que la ley echa por la puerta, la

propia ley los reintroduce por la ventana, para regularlos, con frecuencia, de forma más desordenada y oscura (6).

También, por respeto a la tradición, y sobre todo, al modo en como se imbrican en la hipoteca las cuestiones sustantivas con las procesales, y al hecho de que ni siquiera es preciso acudir a un procedimiento judicial para su ejecución (puesto que cabe la ejecución ante Notario), *creo que hubiera sido conveniente que esta regulación completa y específica, todo lo remozada que se quiera, se hubiera conservado en la LH*, porque el Registro de la Propiedad es el punto de unión entre el derecho de hipoteca y su realización y los derechos de todos los restantes interesados en una ejecución hipotecaria.

A la vista de la nueva regulación, cabe preguntarse si todavía puede decirse que, aparte de la posibilidad de acudir al procedimiento declarativo o al extrajudicial, la hipoteca puede ejecutarse a través de dos procedimientos ejecutivos distintos: uno ordinario y otro sumario (en el sentido de más rápido y simple, ya que ambos carecen de los plenos efectos de la cosa juzgada). En principio parece que es así, pero, en mi opinión, aunque no se den los presupuestos que establece el artículo 682.2 LEC para acudir al procedimiento especial —y a salvo la necesidad de suplir la ausencia de las previsiones a que se refiere el art. 682.2—, no veo porqué no se han de aplicar las reglas particulares del Capítulo V a toda ejecución hipotecaria, y en concreto, *por qué no han de ser las mismas las causas de oposición* a la ejecución. Opinión que, además, puede fundarse en el artículo 579 LEC, que dice que cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en los artículos 681 y siguientes; y que añade que «si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución», de donde se deduce que hasta

(6) Con relación a los llamados procesos sumarios, dice VICENTE GIMENO SENDRA que en su bien intencionado propósito de simplificar la ordenación procesal civil y reducir al mínimo el número de procesos «especiales», la LEC ha eliminado la regulación específica de muchos de estos procesos reconduciéndolos a un juicio verbal común en el que, sin embargo, reaparecen aquí y allá como especialidades cuando la singularidad de su objeto hace necesario un tratamiento legal específico, como en un Guadiana incontenible. El resultado de la unificación es una fusión —o confusión— de materia litigiosa singular con la menor cuantía del valor del objeto litigioso, en un juicio verbal único en su tramitación pero distinto en sus presupuestos procesales y efectos. De este *totus revolutus* hay que volver a separar los once tipos procesales incluidos en el artículo 250.1 LEC y examinarlos separadamente. GIMENO SENDRA y otros, *Derecho Procesal Civil*, parte especial, pág. 26, Madrid, 2000.

Es justo añadir que en otros casos, como en la regulación de las medidas cautelares, la LEC ha hecho una labor de sistematización y unificación prácticamente impecable.

entonces la ejecución hipotecaria no se sigue con arreglo a las normas de la ejecución ordinaria (7).

Ahora bien, teniendo en cuenta que los requisitos del artículo 682.2 son cláusula de estilo en el 100 por 100 de las hipotecas, lo que hay que preguntarse más bien, desde un punto de vista práctico, es si puede tener alguna utilidad para el acreedor acudir a la ejecución ordinaria en vez de a la hipotecaria sumaria de los artículos 681 y siguientes. ¿Cabe en la ejecución ordinaria acumular pretensiones, o reclamar mayor cantidad de la garantizada por la hipoteca? ¿Sería, en este caso, lógico admitir todas las causas de oposición admitidas en la ejecución ordinaria? Son preguntas que quedan para otra ocasión.

B) ¿EN QUÉ HA CAMBIADO LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN LA NUEVA LEC
CON RESPECTO AL JUDICIAL SUMARIO DE LOS ARTÍCULOS 131 Y 132 LH?

En pocas palabras creo que puede afirmarse que la nueva regulación *supera técnicamente a la anterior* —como cabe esperar de una ley mucho más moderna—, *concreta y amplía* —en general, en una justa medida—, *las posibilidades de defensa del ejecutado* (aunque es posible que una correcta interpretación de la LH derogada nos condujera a resultados bastante parecidos a los de la nueva LEC), y constituye, en el fondo, una mejor regulación de la ejecución hipotecaria. Pero, desde el punto de vista sistemático y formal, *complica o propicia la complicación extraordinaria de la regulación del procedimiento al tener que jugar con normas específicas de la ejecución hipotecaria y con normas comunes a la ejecución ordinaria*, que podrían ser todas aquellas que no hayan sido tácitamente sustituidas o sean incompatibles con las específicas: la determinación de esta sustitución o incompatibilidad dista mucho de ser una tarea sencilla (ocurre algo similar como con la derogación tácita de las normas jurídicas). Nos encontramos, pues, ante un régimen jurídico perfeccionado y más técnico, pero a la vez más complejo y confuso, frente al régimen de artículo casi único del sistema de la LH. Es, pues, una tarea prioritaria, a través de una prudente y serena labor de interpretación y depuración, impedir que esta maraña normativa neutralice las indudables ventajas de la nueva regulación, e incluso nos retrotraiga a un proceso más lento y tedioso, en contra de la letra y el espíritu de la reforma procesal.

(7) En contra de esta postura parece MONTERO AROCA, *El nuevo Proceso civil*, Valencia, 2000, pág. 879, que dice que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 579, el proceso especial de ejecución sólo es posible si concurren los presupuestos del artículo 682. No concurriendo éstos, la ejecución de la hipoteca se realizará por el proceso ejecutivo común.

En esta labor de interpretación y aclaración del flamante régimen de ejecución hipotecaria hay que tomar como punto de inspiración el hecho de que la nueva LEC no ha pretendido cambiar sensiblemente el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria del anterior artículo 131 LH, ni el régimen de oposición a la ejecución del artículo 132 LH, sino sólo, y no es poco, colmar sus deficiencias. Y así lo expresa claramente su EM diciendo que en punto a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados *«se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de ésta. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable»*.

De aquí se deduce, además, que las causas de oposición a la ejecución constituyen, sin duda, una de las claves del sentido de la nueva regulación.

C) IMPORTANCIA EN LA EJECUCIÓN DE LAS CAUSAS DE OPOSICIÓN
Y DE LAS POSIBILIDADES DE SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La eficacia de un procedimiento ejecutivo depende, en gran medida, de la amplitud con que el ejecutado pueda oponerse a la ejecución. La vida judicial nos enseña que, al igual que la tostada siempre cae del lado de la mantequilla, la sustanciación de los procesos siempre se atasca en las fases de recursos y alegaciones de oposición, sobre todo de naturaleza formal o procesal. Y la experiencia nos demuestra que en muchos casos quien interpone los recursos, o se opone a una demanda o a una ejecución, no lo hace con otro fin que el de impedir la efectividad de los derechos sustantivos, o incluso que recurre por sistema (8). No se trata por tanto de ejercitar el derecho a oponerse justamente, sino de actuar la injusta posibilidad de obstaculizar la ejecución: La eficacia de un procedimiento ejecutivo depende, pues, en gran medida, de la amplitud con que el ejecutado pueda obstaculizar injustamente la ejecución.

Desde otro punto de vista, la extensión y el contenido de las causas de oposición nos indican *hasta dónde llega la contradicción y qué es lo que puede ser discutido* en el procedimiento. De este modo, las causas en las que el ejecutado puede fundar su oposición a la ejecución *constituyen una de las claves del procedimiento ejecutivo y determinan su naturaleza*, más o menos sumaria, y en consecuencia su rapidez y su eficacia.

(8) Viciosa práctica que, en el ámbito administrativo, ha llegado a estar institucionalizada.

— Voy a concretarme a continuación a examinar la posible oposición del ejecutado dentro del procedimiento especial o sumario de ejecución hipotecaria a que se refieren los artículos 681 y siguientes LEC, que será, sin duda, el más utilizado en la práctica. Las causas de oposición en este proceso son en principio las establecidas en los artículos 695 y siguientes LEC, pero enseguida veremos que estas causas de oposición no son, probablemente, las únicas que puede alegar el ejecutado.

Así pues, a continuación examinaré brevemente los siguientes temas:

1. La oposición a la ejecución por motivos de fondo (art. 695 LEC).
2. En especial, la oposición a la ejecución de las hipotecas en garantía del saldo de una cuenta entre ejecutante y ejecutado.
3. En especial, el pago de la obligación garantizada como motivo de terminación de la ejecución.
4. Suspensión y terminación de la ejecución por la interposición de tercerías de dominio (art. 696 LEC).
5. Suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal (art. 697 LEC).
6. La oposición por defectos procesales y por irregularidades del procedimiento (arts. 559 y 562 LEC).
7. La remisión al juicio declarativo que corresponda y los efectos de este juicio sobre el procedimiento sumario de ejecución (art. 698 LEC).
8. La nulidad de actuaciones y sus efectos sobre la ejecución consumada.

I. OPOSICION A LA EJECUCION POR MOTIVOS DE FONDO

La nueva LEC distingue claramente entre la oposición a la ejecución por motivos materiales o de fondo, la tercería de dominio y la suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal, así que todas ellas las veremos separadamente.

En cuanto a las causas de oposición a la ejecución por motivos materiales o de fondo, la norma fundamental es el artículo 695, que voy a examinar distinguiendo según que la hipoteca esté constituida en garantía de un préstamo ordinario o en garantía del saldo de una cuenta (9).

(9) Aunque creo que lo que se ejecuta es el crédito hipotecario, hablaré indistintamente, como se hace en la práctica, de ejecución del crédito o de ejecución de la hipoteca, salvo que exista relevancia en la distinción.

I.1. CAUSAS DE OPOSICIÓN: EL SISTEMA DE TASACIÓN Estricta

Comienza diciendo el artículo 695.1 que: «En los procedimientos a que se refiere este capítulo (De las particulares de la ejecución sobre bienes hipotecados) *sólo se admitirá la oposición del ejecutado* cuando se funde en las siguientes causas:

1.^a *Extinción de la garantía o de la obligación garantizada*, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2.^a *Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado*. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante. No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en *certificación expedida por la entidad acreedora*, pero el ejecutado *deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad*.

Limitación de las posibilidades de oposición a la ejecución. La frase, «*sólo se admitirá la oposición del ejecutado* cuando se funde en las siguientes causas», está indicando claramente que no son aplicables al procedimiento especial de ejecución hipotecaria las causas de oposición previstas para la ejecución ordinaria en los artículos 556 y siguientes de la propia LEC. Es decir, que no caben en este procedimiento más causas de oposición que las establecidas en el artículo 695 y, lógicamente, siempre que la oposición se articule en las condiciones previstas en el propio artículo.

No obstante, no está claro que en la ejecución hipotecaria sumaria sólo se admitan las causas de oposición que recoge este artículo (como veremos al tratar de las causas de oposición por defectos procesales), y tampoco está claro el alcance de esta drástica limitación de la oposición (como veremos al tratar el efecto que pueden tener sobre el proceso de ejecución las reclamaciones a que se refiere el art. 698 LEC).

I.2. LA EXTINCIÓN DE LA GARANTÍA O DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

La primera causa de oposición es la *extinción de la garantía o de la obligación garantizada*. Y en esta disposición se observan, a primera vista,

dos importantes diferencias con relación a la regulación anterior del artículo 132 LH: La primera es que no habla de cancelación de la hipoteca, sino de *extinción de la garantía*. Y la segunda es que la nueva LEC habla, como causa de oposición a la ejecución, de la *extinción de la obligación garantizada*, y no de la cancelación de la hipoteca misma.

A) *La extinción de la garantía*

Respecto al uso de la expresión *extinción de la garantía*, en lugar de cancelación de la hipoteca, parece que no significa más que una precisión técnica, porque a continuación exige, para que esta causa de oposición pueda ser tenida en cuenta, que se presente *certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca..., o escritura pública... de cancelación de la garantía*. Es decir, lo mismo que hasta ahora viene exigiendo el artículo 132 LH, con la única salvedad, absolutamente irrelevante en lo fundamental, de que la LEC 2000 no exige que la escritura pública de cancelación de la hipoteca lleve la nota de presentación en alguno de los Registros en donde se haya de tomar razón de ella. En este punto, quizá fuera preferible la redacción anterior de la LH, que responde mejor al principio de que, aunque la inscripción es voluntaria, nadie debe poder reclamar en base a un derecho no inscrito sin instar a su vez la concordancia del Registro con la realidad extrarregistral: el conato de ejecución y otras posibilidades indeseables no deben poder volver a repetirse.

Esta causa de oposición responderá normalmente a un error de la entidad ejecutante y debe ser muy rara en la práctica. En los casos excepcionales en que se produzca este supuesto además, ni siquiera hará falta, por lo general, que el deudor acuda al Juez a formular la oposición, porque bastará que ponga el hecho en conocimiento de la entidad prestamista para que ella misma se encargue inmediatamente de paralizar y dar por terminado el procedimiento.

B) *La certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca*

La referencia a que se presente *certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca* como fundamento de la oposición a la ejecución merece alguna aclaración.

a) Los artículos 688.2 LEC y 131 LH

Al igual que sucede en el régimen actual, si en el momento de expedirse la certificación registral de cargas a que se refiere el nuevo artículo 688 LEC,

la hipoteca ya está cancelada, la ejecución no continuará (art. 688.3). Pero si no lo está, tiene establecido la DGRN, para el régimen de la LH anterior a la reforma, que después de haberse expedido la certificación y hecha constar por nota marginal la existencia del procedimiento ejecutivo, la hipoteca ya no podrá ser cancelada en el Registro si no es dentro del procedimiento, por mandato del Juez que solicitó la certificación (RR DGR 24/1/91 y 16/9/92) (10). De modo que, de acuerdo con esta doctrina de la DGR, en principio y a reserva de lo que enseguida veremos, *la presentación de certificación del Registro, expresiva de la cancelación de la hipoteca, es un supuesto imposible* (11).

La nueva LEC 2000 convierte en norma esta doctrina de la DGR, disponiendo en el artículo 688.2 que en tanto no se cancele por mandamiento judicial la nota marginal por la que se haga constar la existencia del procedimiento ejecutivo, el Registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución. Y en parecido sentido dispone el nuevo artículo 131 *in fine* LH, en su redacción dada por la LEC, que no se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la nota marginal de expedición de certificación de cargas, mediante mandamiento judicial al efecto. Dada esta rotunda regulación, cabe pensar que no se comprende que el artículo 695 LEC siga previendo la posibilidad de que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca.

Pero si nos fijamos un poco nos damos cuenta que los artículos 688.2 LEC y 131 *in fine* LH, en su redacción dada por la LEC 2000, no dicen lo mismo, sino que incomprensiblemente establecen cosas diferentes y, en cierta medida, contradictorias. El artículo 688.2 LEC dispone imperativamente que en tanto no se cancele por mandamiento judicial la nota marginal por la que se haga constar la existencia del procedimiento ejecutivo, el Registrador no podrá cancelar la hipoteca *por causas distintas de la propia ejecución*. Mientras que el artículo 131 LH se limita a decir que *no se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca* mientras no se haya cancelado previamente la nota marginal de expedición de certificación de cargas, me-

(10) Es de observar que la primera de estas resoluciones se refería a un supuesto complejo de embargo del crédito hipotecario, y que la segunda contempla el caso más típico de cancelación de la hipoteca mediante escritura de carta de pago otorgada por el acreedor. Un comentario al problema que plantean estas resoluciones, en relación con el tema que nos ocupa, puede verse en mi trabajo «Embargo y adjudicación del crédito hipotecario: la RDGR de 24 de abril de 1991», publicado en el libro homenaje a Juan Manuel Rey Portolés por el CER del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1998.

(11) La ejecución hipotecaria extrajudicial tiene una regulación diferente y específica en los artículos 236-b.3 y 236-ñ.1 RH.

diente mandamiento judicial al efecto (12). De modo que la norma hipotecaria se concreta a impedir la inscripción de la escritura de carta de pago otorgada precisamente por el acreedor ejecutante, cuya primera obligación, una vez su derecho ha sido satisfecho, es dar por finalizado el procedimiento de ejecución, y hacerlo constar así en el Registro mediante la cancelación de la nota marginal que advierte de su existencia. *Pero no impide que la hipoteca pueda ser cancelada por virtud de otras causas*, y singularmente por la purga de gravámenes derivada de una ejecución preferente, aunque se trate de causas distintas de la propia ejecución a que se refiere el artículo 688.2 LEC (13).

En este sentido el artículo 131 LH es mucho más acertado y debe condicionar la interpretación de la expresión demasiado genérica que utiliza el artículo 688.2 LEC, porque no cabe duda de que la existencia de la nota registral que indica la existencia de una ejecución hipotecaria *no puede afectar al derecho de terceros, preferentes y completamente ajenos al procedimiento publicado, a obtener la inmediata cancelación de las cargas extinguidas que gravan registralmente su titularidad*. Y porque la LEC ha previsto que, por virtud de una ejecución anterior sean canceladas las cargas posteriores (arts. 674.2 y 692.3), pero no ha previsto el sobreseimiento automático de los procedimientos de ejecución a que esas cargas hayan podido dar lugar.

b) El sobreseimiento automático de la ejecución hipotecaria

Un modo de obtener el archivo de un procedimiento que ha quedado sin objeto sería precisamente la presentación de certificación registral expresiva de la cancelación de la carga a que el procedimiento se refiere, con lo que el artículo 695.1.1.^a dejaría de ser una norma sin sentido, aunque, eso sí, a costa entonces de contradecir lo dispuesto en el artículo 688.2. Pero realmente no creo que los terceros preferentes deban preocuparse de que se archive o no un procedimiento que no les afecta, de modo que es preferible entender que, aunque la LEC no lo diga expresamente, la purga de cargas y gravámenes posteriores (14) es una causa automática de extinción de los correspondientes procedimientos de ejecución de las cargas afectadas, y que es necesario arbi-

(12) Obviamente, hay aquí un pequeño defecto técnico y la norma se refiere a la escritura de carta de pago *de la obligación garantizada* con la hipoteca.

(13) Parece ser de la misma opinión FERNANDO CURIEL LORENTE, en «Ley de Enjuiciamiento Civil: Referencia y breve comentario de las modificaciones de la legislación hipotecaria», en *BCNR*, núm. 56, pág. 19.

(14) O, en general, el ejercicio de un derecho preferente de acuerdo con los pronunciamientos registrales (como puede ser un derecho de opción de compra anterior a la hipoteca que se ejecuta).

trar un sistema para que los órganos ejecutantes tengan conocimiento del cambio registral operado y no continúen con la tramitación del procedimiento extinguido. Este sistema puede deducirse del nuevo artículo 135 LH, que dice que «el Registrador deberá comunicar al Juez ante quien se sustancie un procedimiento ejecutivo, incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución».

Lo que ocurre es que esta norma es una isla dentro del mar que supone la regulación del procedimiento de ejecución, porque no se apoya en una norma que previamente establezca expresamente la extinción automática de los procedimientos de ejecución cuya constancia registral sea cancelada, ni tiene continuación en otra que determine qué es lo que tiene que hacer el Juez que reciba la referida comunicación. Pero, en mi opinión, estas dos normas están implícitas en el sistema. Así, en primer lugar, *la cancelación registral de las cargas y gravámenes posteriores, al menos tratándose de hipotecas, supone que han quedado extinguidas en la realidad extrarregistral*, y que, por consiguiente, ni podrán ser ejecutadas en el futuro, ni puede continuar la ejecución que actualmente pueda estar en marcha.

En este sentido, llama la atención que el artículo 135 LH advierta que el Registrador deberá hacer la comunicación, «incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados», porque creo que el problema se plantea precisamente, por el contrario, cuando se trata de procedimientos de ejecución ordinarios basados en un embargo anotado preventivamente en el Registro (ya que no suele haber hipotecas segundas o posteriores a un anotación de embargo) (15). En estos casos existe una errada doctrina sobre la innecesiedad de practicar la anotación registral del embargo, que ahora intentará verse consagrada y afianzada con base en la engañosa redacción del artículo 629.1 LEC, cuya crítica he de dejar para otra ocasión. Basta decir que, en mi opinión, la anotación registral del embargo es un trámite obligatorio y necesario del procedimiento de ejecución inmobiliaria, y que la cancelación de la anotación, incluso por caducidad, debe determinar la paralización automática del procedimiento. Ello sin perjuicio de comprender que, a toro pasado, consumada irregularmente una ejecución sin que haya surgido ningún tercero que pueda echar al traste todo lo actuado, el TS no tenga más remedio que declarar, por razones prácticas y económicas perfectamente atendibles, pero que formalmente no pueden servir de único fundamento para el fallo, que la ejecución es válida (lo que es razonable) y que la anotación registral no tiene carácter constitutivo (lo que parece indiscutible, pero sin mayor trascendencia).

(15) Sin duda la frase sólo tiene una explicación histórica, en cuanto este artículo amplía en este punto lo que antes disponía el artículo 1435 de la LEC anterior.

En segundo lugar, y de acuerdo con lo anterior, lo que tiene que hacer el Juez que reciba una comunicación registral fehaciente de que la constancia registral en que se basa el procedimiento ejecutivo de que se trate ha sido cancelada es, lógicamente, *archivar las actuaciones* (16). ¿Qué otro sentido puede tener una comunicación que acredita que la hipoteca *ejecutanda*, valga la expresión, ha sido cancelada? De esta forma el Registro de la Propiedad trasciende su carácter de institución limitada a la seguridad de los derechos reales, y alcanza su pleno significado *como instrumento general de ordenación de los créditos en ejecución*. Pero para ello es necesario que la comunicación a que se refiere el artículo 135 LH no sea una simple carta, sino una comunicación fehaciente que podría ser realizada, una vez se establezca la coordinación entre el Registro de la Propiedad y los Juzgados, por correo electrónico con firma electrónica avanzada.

En todo caso, resta insistir en que, tratándose de una ejecución hipotecaria, lo cierto es que es muy raro que pueda ser afectada por una ejecución anterior o por el ejercicio de un derecho preferente, porque las entidades bancadas no suelen constituir hipotecas sobre inmuebles —o mejor, sobre derechos— embargados o gravados con hipotecas anteriores o con derechos preferentes.

B) *La extinción de la obligación garantizada*

La segunda diferencia entre la regulación anterior y la de la LEC tiene mucha más enjundia, en cuanto la nueva LEC habla, como causa de oposición a la ejecución, de la extinción *de la obligación garantizada*, mientras que en la regulación de la LH parece que a la ejecución hipotecaria sólo puede oponerse la cancelación de la hipoteca misma, y no circunstancias relativas al crédito que se ejecuta, ni siquiera su extinción, que implica a su vez la extinción de la hipoteca que lo garantiza. Consecuente con esta innovación, la LEC permite que se presente, alternativamente, o bien la escritura de cancelación de la hipoteca, o bien simplemente la *escritura de carta de pago del crédito*.

En mi opinión, aparte del hecho de que es raro encontrar escrituras de carta de pago de préstamos hipotecarios que olviden especificar que cancelan la garantía, de modo que las que pueda haber serán seguramente producto de un error u omisión involuntaria, la nueva norma debe ser bienvenida y en nada altera el espíritu y eficacia del procedimiento de ejecución hipotecaria. Creo que la innovación, a la que es posible que alguien le quiera dar mayor resonancia, es simplemente formal y de mejora técnica. Yo siempre he pensado que las for-

(16) Bien sin más, o bien mediante resolución recurrible en reposición por los interesados, lo que podría prevenir algún error.

mas y las formalidades deben ser respetadas y rigurosamente exigidas en lo que valen, pero que no deben ser llevadas ni un milímetro más allá de su utilidad real, so pena de caer en la burocracia, el hastío, e incluso en la corrupción. Por eso he venido defendiendo, desde antes de la aprobación de la nueva LEC, apoyándome en el artículo 82, párrafo 2.º LH y en la doctrina de la RDGR de 30 de octubre de 1989, que la escritura de carta de pago de un préstamo hipotecario debería ser perfectamente aceptada por el Registrador como título hábil para cancelar la hipoteca que lo garantiza, aunque no exprese las palabras sacramentales de que el acreedor consiente la cancelación de la hipoteca, y a pesar de lo dispuesto en el desafortunado artículo 179 RH (que estimo superado) (17). Por el mismo motivo, pienso que un título así es equiparable a la escritura de cancelación de hipoteca a que se refiere el artículo 132 LH, y que, por consiguiente, la nueva LEC supone sin duda una mejora técnica, pero no implica ninguna modificación a lo que hasta ahora ha venido disponiendo el artículo 132 LH, debidamente interpretado.

Pero aunque esta interpretación que propongo no fuera compartida, tampoco puede afirmarse que la nueva regulación constituya un cambio sensible con respecto a la de la LH actual, o que introduzca la peligrosa posibilidad de que el ejecutado se oponga a la ejecución alegando circunstancias relativas a la obligación garantizada, que suspendan el procedimiento y deban ser discutidas en un incidente declarativo intercalado. Por el contrario, la nueva ley sigue diciendo en el artículo 698.1 esencialmente lo mismo que dice el artículo 132 LH, que «Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y *que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda*, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo». De modo que *la única causa de oposición fundada en las vicisitudes de la obligación garantizada es la presentación de la escritura de carta de pago que acredite su extinción* (por tanto, carta de pago total y sin reserva alguna) (18),

(17) Así lo he mantenido en mi trabajo sobre la «Cesión y embargo de créditos hipotecarios», presentado y leído como tesina hace un par de años dentro del curso de Doctorado que realicé en la Facultad de Derecho de Valencia, pero aún no publicado. Naturalmente, estoy presuponiendo que el poder para otorgar carta de pago de la obligación garantizada implica necesariamente el poder para cancelar la garantía accesoria. Y naturalmente también, esta tesis no es aplicable a los supuestos más o menos discutibles en los que el pago de la obligación garantizada no permite la cancelación de la hipoteca, porque no hay una concreta obligación garantizada, como sucede en las llamadas hipotecas en garantía de crédito abierto o, en general, en las hipotecas globales o flotantes, proscritas por la DGRN.

(18) De los casos de ejecución de hipotecas pagaderas en varios plazos por falta de pago de alguno de ellos me ocupó después, al tratar el artículo 693 LEC.

y, quizá, la presentación de una escritura equiparable a la carta de pago, a la que enseguida me referiré.

Lo fundamental, según creo, es que se respete el principio de que el ejecutado *no puede obstaculizar la ejecución por causas que no acredita cumplidamente*. Y a su vez, por evidentes razones de justicia, que se reconozca al ejecutado el derecho a oponerse a la ejecución alegando cualquier circunstancia relativa a la obligación garantizada —que tenga virtualidad suficiente para paralizar la ejecución, requisito que se da en los supuestos de extinción de dicha obligación—, *que pueda probar de forma incontestada*, y sin necesidad de interrumpir o dilatar el proceso, ni de originar un declarativo incidental. La admisión de la escritura de carta de pago como causa de oposición a la ejecución reúne y realiza ambos principios.

Por lo demás, también esta causa de oposición será muy rara en la práctica, ya que sólo puede obedecer, si no se trata de un título falso, a un error de la entidad ejecutante. Por tanto, tampoco aquí será normalmente necesario que el ejecutado tenga que molestarse en reclamar formalmente ante el tribunal competente, sino que, como antes dije, bastará que ponga el hecho en conocimiento de la entidad prestamista para que ella misma se encargue de paralizar y dar por terminado el procedimiento.

C) *Supuestos dudosos o especiales*

Finalmente existen algunos supuestos concretos a los que conviene hacer una breve referencia:

1. Presentación de *escritura de carta de pago que no tiene por objeto la cancelación de la hipoteca, sino la subrogación del pagador en los derechos del acreedor ejecutante*. Se trata del supuesto previsto en el artículo 659.3 LEC, que dice que cuando los titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecuta satisfagan antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro, quedarán subrogados en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho. Obviamente esta escritura no es título hábil para oponerse a la ejecución, sino para continuarla.

2. Presentación de *escrituras de extinción de la obligación garantizada distintas de la carta de pago, pero equiparables a ella* (renuncia al crédito garantizado, convenio específico de compensación, etc.). Probablemente, entrarían aquí «los pactos y transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público», a que se refiere el artículo 556.1 como causa de oposición a la ejecución de un título judicial. Entiendo que estas escrituras podrían ser perfectamente consideradas como título apto para oponerse a la ejecución hipo-

tecara, y con ellas, en general, cualquier documento fehaciente *que determine directamente la extinción de la obligación garantizada y sea título hábil para cancelar la hipoteca inmediatamente*. No bastaría, sin embargo, la alegación de compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva (19), ni de las otras causas, no recogidas en el artículo 695, a que se refiere el artículo 557 LEC, aplicable a la ejecución ordinaria, pero no a la ejecución hipotecaria sumaria.

3. Presentación de los *recibos que entregan las entidades financieras* cada vez que se paga uno de los plazos de la hipoteca. Estos recibos son normalmente el único documento que recibe el deudor acreditativo de las cantidades que va amortizando, pero lo cierto es que se trata de un simple papel, que no suele ir firmado ni sellado por la entidad y que carece de fehaciencia (cualquiera los puede falsificar). Por consiguiente, y así resulta claramente de la LEC, el Juez no debe aceptarlos como causa de oposición. No obstante, en la práctica, no cabe duda de que cualquier Entidad de Crédito paralizará la ejecución inmediatamente en cuanto tenga conocimiento de la existencia de estos recibos y descubra su error (y si no lo hace incurrirá en responsabilidad) (20).

4. Presentación de *carta de pago en documento privado*. Parece evidente, y así resulta claramente del propio artículo 695.1.1.^a LEC, que el documento privado, como título no fehaciente, no tiene virtualidad para fundar una oposición a la ejecución hipotecaria. No obstante, y como ya he dicho, es muy raro que se pretenda la ejecución de una obligación hipotecaria extinguida y, en caso de error, lo normal es que el acreedor ejecutante desista del procedimiento sin necesidad de plantear oposición alguna dentro del proceso.

D) *La oposición por pluspetición*

Dispone el artículo 558.1 LEC, situado dentro del Título relativo a las disposiciones generales de la ejecución, que «la oposición, fundada exclusivamente en pluspetición o exceso, no suspenderá el curso de la ejecución, a no ser que el ejecutado ponga a disposición del tribunal, para su inmediata entrega al ejecutante, la cantidad que considere debida. Fuera de este caso, la ejecución con-

(19) No cabría pues alegar dentro de la ejecución una compensación legal, pero sí una compensación convencional. O, al menos, una compensación expresamente convenida para evitar la ejecución. De aquí se deduce que, aunque el Código Civil no las exceptúa, las obligaciones garantizadas con hipoteca no son compensables por la mera concurrencia de los requisitos legales que determinan la compensación.

(20) Obviamente, este régimen deja abierta la posibilidad, más o menos remota, de que un bien sea ejecutado injustamente, pero fácilmente se comprende que la seguridad jurídica absoluta no es posible, ni es deseable reconocer el derecho a exigirla.

tinuará su curso, pero el producto de la venta de bienes embargados, en lo que exceda de la cantidad reconocida como debida por el ejecutado, no se entregará al ejecutante mientras la oposición no haya sido resuelta».

¿Cabe oponerse a la ejecución hipotecaria, conforme a este artículo, alegando pluspetición? Creo que en la nueva LEC esta cuestión no está nada clara, del mismo modo en que no está clara la diferencia entre una ejecución hipotecaria especial o sumaria y otra ordinaria (también sumaria), pero parece que el artículo 558.1 LEC, a pesar de no implicar la suspensión de la ejecución, no es aplicable a la ejecución hipotecaria sumaria, ya que se trata de una causa de oposición no recogida en el artículo 695 LEC. Tradicionalmente, el crédito hipotecario se ejecuta de acuerdo con la cantidad que el acreedor, bajo su responsabilidad, afirma debida, dentro de los límites de lo establecido en el título ejecutivo y de lo consignado en el Registro —y sin perjuicio de lo especialmente dispuesto en el caso en que se reclamen intereses variables o el saldo de una cuenta—, sin que el deudor pueda oponerse a esta determinación si no es mediante la presentación de un título igualmente fehaciente. Por tanto, los únicos límites a la ejecución son que el acreedor no puede ejecutar por más cantidad que la que consta en la inscripción de la hipoteca, y que el deudor puede oponerse parcialmente a la ejecución presentando alguno de los documentos a que se refiere el artículo 695.1 LEC, como una escritura de carta de pago de parte de la deuda.

No obstante, y en cuanto no se trata propiamente de una causa de suspensión a la ejecución, sino de oposición al pago al ejecutante de la cantidad obtenida con la venta del bien ejecutado —lo que garantiza la utilización juiciosa del recurso—, lo cierto es que no creo que exista un inconveniente especial para aplicar este mismo sistema a la ejecución hipotecaria.

En el caso de que se trate de la ejecución de una hipoteca en garantía del saldo de una cuenta, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 695.1.2.^a al que más adelante me refiero.

E) *La ejecución por intereses variables*

Por fin, en el caso más frecuente de que el crédito hipotecario devengue intereses variables, parece que serán de aplicación las normas generales sin excepción. Es decir, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 574 LEC —al que se remite el art. 685.2—, lo dispuesto en la casi totalidad del 573 —por remisión del art. 574 (no del 685.2, cuya remisión se refiere a la ejecución por saldo de cuentas)—, y lo prescrito en el artículo 558.2 LEC. No obstante, algunas de las previsiones de estos artículos parecen inoportunas dentro de un procedimiento sumario de ejecución hipotecaria y quizá hubiera

sido preferible aplicar en este caso el sistema del artículo 153 LH y 695.1.2.^a, 23 y 4 (alegación de error y comparecencia ante el Juez).

I.3. SUSTANCIACIÓN DE LA OPOSICIÓN

Según el artículo 695.2: «Formulada la oposición a que se refiere el apartado anterior, *se suspenderá* la ejecución. El tribunal, mediante providencia, *convocará a las partes* a una comparecencia, debiendo mediar cuatro días desde la citación; oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día». Este artículo, con relación a la causa 1.^a del artículo 695.1 —única a la que ahora me refiero—, no hace más que repetir lo dispuesto en el artículo 132 LH anterior a la reforma.

I.4. CONSECUENCIAS DE LA ESTIMACIÓN DE LA OPOSICIÓN

Dice el artículo 695.3: «El auto que estime la oposición basada en las causas 1.^a (y 3.^a) del apartado 1 de este artículo mandará sobreseer la ejecución; ...». De modo que si la oposición es estimada, la ejecución sumaria no continúa, sin perjuicio de que el ejecutante pueda intentar hacer valer el mismo título en un proceso declarativo.

I.5. RECURSO CONTRA EL SOBRESEIMIENTO DE LA EJECUCIÓN

Finalmente, dispone el artículo 695.4: «Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de este caso, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno». Así pues, el recurso de apelación sólo podrá interponerse por el ejecutante y, al parecer, sólo contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución (21).

Existe aquí una importante diferencia entre la ejecución ordinaria y la ejecución hipotecaria especial o sumaria, puesto que, respecto del proceso de ejecución ordinario, dispone el artículo 561.3 que «contra el auto que resuelva la oposición podrá interponerse recurso de apelación, que no suspenderá el curso de la ejecución si la resolución recurrida fuera desestimatoria de la

(21) Esto último parece un poco extraño, aunque es justa contrapartida de la imposibilidad que tiene el ejecutado de plantear recurso alguno. Y esta imposibilidad puede obedecer a la intención de no multiplicar innecesariamente las actuaciones judiciales y de no inmiscuir a otro Juez en un proceso que desconoce.

oposición». De donde claramente se deduce que el recurso de apelación no sólo podrá interponerse por el ejecutante, sino también por el ejecutado, aunque sin efectos suspensivos de la ejecución.

II. LA OPOSICION A LA EJECUCION DE LAS HIPOTECAS EN GARANTIA DEL SALDO DE UNA CUENTA ENTRE EJECUTANTE Y EJECUTADO

La segunda causa de oposición a la ejecución por motivos de fondo, y última en el proceso de ejecución inmobiliaria (porque la tercera se refiere a la ejecución mobiliaria), es la alegación de *error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado*.

Esta segunda causa de oposición se refiere a la ejecución de las llamadas hipotecas en garantía de una cuenta corriente de crédito y similares, reguladas hasta ahora únicamente —y de forma insuficiente—, por el artículo 153 LH, y concordantes del RH. A partir de ahora, la nueva LEC nos va a ofrecer además varios artículos candidatos a regular la ejecución de estas figuras.

II.1. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA EJECUCIÓN DE LAS HIPOTECAS EN GARANTÍA DEL SALDO DE UNA CUENTA: EL TÍTULO EJECUTIVO

De entrada, hay que advertir que la admisión de esta segunda causa de oposición del artículo 695 LEC confirma que es posible ejecutar los saldos de una cuenta por el procedimiento especial sumario de ejecución hipotecaria. Pero inmediatamente después hay que poner este artículo en relación con lo dispuesto en los artículos 572.2 y 573 LEC, que se refieren a la ejecución por saldo de operaciones y que están situados dentro de las disposiciones generales de la ejecución dinerada (22). El artículo 573, además, es aplicable al procedimiento sumario de ejecución hipotecaria por remisión expresa del artículo 685.2 (aunque, como después diré, yo creo que en la ejecución hipotecaria por entidades de crédito no es aplicable en su integridad). *El régimen jurídico resultante es bastante confuso*, como es la tónica de todo el sistema de ejecución especial instaurado por la nueva LEC, donde continuamente hay que jugar con dos clases de normas, las especiales y las generales que sean aplicables, y donde, por tanto, continuamente hay que preguntarse

(22) Se observa en estos y otros artículos que la LEC o da por hecha la fusión entre Corredores y Notarios, y distingue siempre entre las pólizas intervenidas y las escrituras públicas.

cuáles de estas normas generales de la ejecución ordinaria son aplicables a la ejecución especial y en qué medida.

En este caso además, la cuestión se complica aún más por el hecho de que el artículo 153 LH, que es el que regula la hipoteca en garantía de la apertura de una cuenta corriente de crédito (y, según entiendo, es aplicable por analogía a un gran número de supuestos similares) (23) continúa vigente y no ha sido expresamente derogado ni modificado por la nueva regulación procesal. En mi opinión, en una primera aproximación, creo que el artículo 153 LH debe estimarse vigente —puesto que no ha sido derogado—, en cuanto reconoce a las entidades financieras la posibilidad de ejecutar los saldos de cuentas *por certificación de la propia entidad, y de acuerdo con los requisitos ahora establecidos en la LEC*. Además, este privilegio establecido a favor de las entidades financieras por el artículo 153 LH se halla prácticamente reconocido en la nueva Ley procesal, al hablar de las causas de oposición, en el artículo 695.1.2.^a LEC, que se refiere a la ejecución del saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en *certificación expedida por la entidad acreedora*. Es decir, se refiere muy directamente a la ejecución del tipo hipotecario regulado en el artículo 153 LH.

En este sentido, en las ejecuciones hipotecarias por entidades de crédito, en lo que se refiere al pacto de liquidación unilateral de la cantidad exigible, el artículo 153 LH va más allá de lo dispuesto en el artículo 572.2 LEC. El artículo 572.2 LEC sólo se refiere a la certificación del acreedor ejecutante, sea o no una entidad financiera, como medio de *acreditar la liquidez de la deuda*, y en este sentido coincide con el artículo 1.435 LEC anterior (declarado constitucional por las STC 10/2/92 y de 5/3/92); mientras que el artículo 153 LH atribuye, sólo a las entidades financieras, el privilegio —justificado por la garantía y seriedad de estas entidades— de *acreditar el saldo de la cuenta* (y no sólo la liquidez de la deuda) por certificación de la propia entidad, y sin perjuicio de que el ejecutado pueda alegar error o falsedad de la certificación. Por tanto, el artículo 572.2 LEC no es en realidad aplicable en este punto a las hipotecas constituidas a favor de entidades financieras (que son la gran mayoría), ya que su contenido resulta contradictorio, por superado, con lo dispuesto en el artículo 153 LH. Coincide, en cambio, con la

(23) El sistema de alegación de error, que se resuelve en una rápida convocatoria y audición de las partes (ahora regulado en la LEC), creo que es aplicable a una serie de hipotecas de seguridad o de cuantía indeterminada, permitiendo así la ejecución de estas hipotecas por el procedimiento especial (o incluso por el ejecutivo ordinario), así como la ejecución de hipotecas corrientes con obligaciones accesorias de seguridad (como la garantía por intereses de demora). Asimismo, de *le ge fe renda*, me parece un sistema interesante para potenciar la ejecución hipotecaria extrajudicial.

norma del artículo 153 LH el artículo 695.1.2.^a, segundo párrafo LEC, que habla de que la cantidad exigible será *la expresada en la certificación* (mientras que el 572.2 habla de que la cantidad exigible será *la resultante de la liquidación* efectuada por el acreedor en la forma convenida). En el caso de los artículos 153 LH y 695 LEC hay acreditación del saldo y no simple operación de liquidación (24), y esto es importante a la hora de determinar hasta qué punto es aplicable el artículo 573 LEC a la ejecución hipotecaria.

Este artículo 573 LEC, por su parte, establece los documentos que han de acompañarse a la demanda ejecutiva por saldo de cuenta. Y entre ellos, el punto 1.2.º exige el documento, además fehaciente (o sea, realizado por Notario o Corredor), que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo. Este requisito, que sin duda es un engorro, ya venía recogido por el artículo 1.435 de la LEC que se deroga, siempre que no se tratara de ejecuciones hipotecarias por entidades de crédito, respecto de las cuales se remitía a la LH, y fundamentalmente a su artículo 153. Pues bien, en el sistema de la nueva LEC creo que hay que entender que en este punto el sistema es el mismo que el anterior, y que la exigencia del artículo 573.1.2.º no es aplicable a las ejecuciones hipotecarias por entidades de crédito, en la medida en que se opone a ese privilegio establecido en el artículo 153 LH y reconocido, al hablar de las causas de oposición, en el artículo 695.1.2.^a LEC. Y es que en el sistema del artículo 153 LH existe una certificación bancaria que *acredita el saldo de la cuenta* (y no sólo la liquidez de la deuda) —sin perjuicio de que el ejecutado se pueda oponer a la ejecución alegando error o falsedad de la certificación—, y no hay ningún pacto en que se convenga una forma determinada de practicar la liquidación, cuyo cumplimiento deba ser acreditado por medio del documento a que se refiere el artículo 573.1.2.º LEC. Si de lo único que se trata es de certificar que la liquidación se ha practicado de acuerdo con la contabilidad del acreedor, y de que no existe ningún error de cuenta, esto es algo que puede y debe hacer la propia entidad, bajo su responsabilidad —y comprobar en su caso el órgano ejecutante—, sin perjuicio de que el deudor pueda oponerse a estas determinaciones alegando error.

Esta interpretación choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 685.2 que, con relación al procedimiento especial sumario de ejecución hipotecaria, exige acompañar a la demanda, y en su respectivo caso —demanda por saldo de cuenta—, los documentos a que se refiere el artículo 573, sin

(24) A pesar de que el 695 continúa diciendo que el ejecutado deberá expresar con precisión los puntos en que discrepe de la *liquidación* efectuada por la entidad: entiendo que la palabra liquidación no significa simplemente hacer que la deuda sea líquida. Por lo demás, parece que ésta debe ser una exigencia general, y no sólo para las hipotecas del 153 LH.

hacer excepción o distinción alguna. Pero lo que ocurre es que hay una contradicción entre el punto 1.2.º de este precepto y lo establecido en el citado artículo 695.1.2.ª LEC, en relación con el artículo 153 LH. Contradicción que, entiendo, puede resolverse sin mayor problema en la forma apuntada (que es, por lo demás, el sistema vigente hasta ahora) (25).

Por el contrario, el artículo 153 LH es más exigente que el artículo 573.1.3.º en cuanto a la forma que debe revestir el documento por el que se notifica al deudor la cantidad exigible, ya que según la LH esta notificación tiene que ser notarial o judicial, como enseguida veremos.

Los artículos 572.2 y 573 LEC, en cambio, parece que serán íntegramente aplicables al procedimiento especial de ejecución hipotecaria en el caso de que el acreedor ejecutante no sea una entidad de crédito, ahorro o financiación, es decir, en los casos en que no sean aplicables los artículos 153 LH y 695.1.2.ª LEC.

Por lo demás, en lo que se refiere a las materias reguladas por la LEC (sobre todo en su art. 695), y fundamentalmente en lo que se refiere a la sustanciación de la oposición, el artículo 153 LH ha quedado prácticamente derogado y sustituido, salvo quizá en algún punto relativo a la prejudicialidad penal, al que luego me referiré (querella por falsedad de la certificación).

II.2. LA NOTIFICACIÓN DE LA CANTIDAD EXIGIBLE Y LA PRECISIÓN DE LA OPOSICIÓN

¿Qué es lo que ha de notificarse? A pesar de lo dispuesto en el artículo 572.2, que sólo exige la notificación de la cantidad exigible resultante de la liquidación, parece que lo que ha de notificarse al deudor es el extracto de las partidas de cargo y abono a que se refiere el artículo 573.1 como documento que ha de acompañarse a la demanda. Y esta interpretación viene confirmada por el artículo 695.1.2.ª que introduce en su frase final la novedad de exigir que, para que el ejecutado se oponga a la ejecución por causa de error en la determinación de la cantidad exigible, no basta que haga un alegación genérica, sino que deberá *expresar, con la debida precisión, los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad*. Evidentemente el deudor sólo podrá realizar estas precisiones si le ha sido notificado el extracto de todas las partidas de la cuenta y no sólo el saldo final.

(25) Caben, por supuesto, otras interpretaciones, pero no deben ser admitidas aquellas que se funden exclusivamente en la literalidad del artículo 685.2, olvidando los artículos 153 LH y 695.1.2.ª LEC, que reconoce el pacto de que la cantidad exigible sea la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora: ésta es precisamente la forma de liquidación pactada por las partes en el título ejecutivo y no hay ningún otro pacto cuyo cumplimiento deba ser acreditado por el documento fehaciente a que se refiere el artículo 573.1.2.º LEC.

La nueva redacción del artículo 695.1.2.^a *in fine* de la LEC es, sin duda, un acierto, porque no era lógico que el deudor pudiera oponerse a la ejecución alegando un genérico error, pero sin indicar dónde se encontraba ese error en concreto o a qué cantidad ascendía del total reclamado. Además, con esta exigencia siempre cabrá, en último término, y sin perjuicio de sobre quién recaiga la carga de la prueba en la comparecencia regulada en el artículo 695.2, continuar la ejecución por la cantidad expresamente aceptada como debida por el deudor (aplicando por analogía lo dispuesto en el art. 573.3 LEC, aunque yo pienso que el recurso a este artículo es innecesario). Pero también es justo reconocer que la nueva regulación, aparte de claridad, no introduce prácticamente ninguna novedad en el sistema, porque ya en el régimen del artículo 153 LH la DGR (res. 27/4/45 y 4/7/84) confirmó la *necesidad de notificar el extracto de la cuenta*, no bastando sólo con la notificación escueta del saldo (pues sólo el extracto permite al deudor comprobar todas las operaciones asentadas en la cuenta y, caso de error, llevar a efecto la oposición prevista en el art. 153 LH). Y es que, realmente, la mera notificación del saldo, no añadiría prácticamente nada al requisito del requerimiento de pago exigido en toda ejecución sumaria hipotecaria (art. 131.3.^a LH). Por su parte, un sector doctrinal, entre los que me encuentro (26), había defendido la necesidad de que el deudor no planteara una oposición genérica, sino que debía precisar los puntos de discrepancia con la liquidación practicada por el acreedor.

II.3. FORMA DE LA NOTIFICACIÓN Y REQUERIMIENTO DE PAGO

Ya hemos visto que el artículo 572.2 LEC sólo dice que el acreedor debe acreditar, sin precisar cómo, haber notificado previamente al deudor la cantidad exigible resultante de la liquidación. En el mismo sentido, el artículo 573.1.3.º dispone que deberá acompañarse a la demanda ejecutiva por saldo de cuenta «el documento que acredite haberse notificado al deudor ... la cantidad exigible». Consecuentemente el profesor MONTERO, al hablar de la ejecución ordinaria (y no específicamente de la ejecución del tipo hipotecario previsto en el art. 153 LH), dice que este documento al que se refiere el artículo 573.1.3.º no tiene que ser fehaciente, es decir, no tiene que ser público (27). Y desde luego, llama la atención que el propio artículo 573.1.2.º exija documento fehaciente, y no lo haga en el número 3.º

Pero esto precisa alguna aclaración. Ya en el régimen anterior, aún vigente, se advertía que en la ejecución de las hipotecas sujetas al artículo 153 LH

(26) En los cursos sobre Derecho de Hipotecas organizados en los últimos años por la Facultad de Derecho y el Decanato Autónomo de los Registradores de Valencia.

(27) MONTERO AROCA y otros, *El nuevo proceso civil*, Valencia, 2000, pág. 653.

por el procedimiento judicial sumario, la notificación al deudor del extracto de la cuenta exigida por este artículo se suma al requerimiento de pago exigido por el artículo 131 LH, y, en ambos casos, el trámite puede ser cumplido judicial o notarialmente. El sistema resultante es el siguiente (28):

a') Hay que entender que el requisito de la notificación del saldo no hace las veces de requerimiento de pago, sino que son requisitos acumulativos.

b') Ello no plantea ningún problema, porque se entiende habitualmente que ambos requisitos pueden ser cumplidos simultáneamente en el mismo acto. Así, lo normal en la práctica es que notificación del saldo y requerimiento de pago se efectúen conjuntamente por acta notarial. Notificación más requerimiento y forma notarial es probablemente el único método empleado en la práctica.

c') La notificación judicial del saldo de la cuenta queda como un supuesto residual que puede parecer absurdo si previamente se ha practicado el requerimiento notarial de pago a que se refiere la regla 3.^a del artículo 131 LH: De una parte, porque se puede aprovechar la misma acta para hacer la notificación del saldo; y de otra, porque no parece lógico hacer primero el requerimiento de pago del saldo de la cuenta, y notificar después el extracto de la cuenta al deudor para que pueda oponerse al saldo reclamado.

Creo que, por aplicación del artículo 153 LH —que continúa exigiendo que la notificación de la cantidad exigible sea judicial o notarial—, y por el hecho de que esta notificación debe ponerse en relación con el requerimiento de pago a que se refiere el artículo 686.1 LEC —y que, en todo caso, debe ser hecho notarial o judicialmente (arts. 686 y 581 LEC)—, no hay problema para interpretar que este sistema de notificación y requerimiento simultáneos, hechos por acta notarial, sigue siendo el más adecuado tras la entrada en vigor de la LEC 2000, que, como estamos viendo, en realidad no pretende introducir innovaciones en esta materia.

II.4. PERSONAS QUE HAN DE SER NOTIFICADAS Y PERSONAS QUE PUEDEN Oponerse A LA EJECUCIÓN: LA NOTIFICACIÓN AL FIADOR

A) *El régimen anterior a la LEC*

En el régimen actual del artículo 153 LH, antes de la entrada en vigor de la reforma procesal, se discute quiénes son las personas que deben ser noti-

(28) Vid. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario*, cit., pág. 145. Y RAFAEL AZPITARTE, *La escritura título ejecutivo*, Ponencia presentada en los Encuentros con la Judicatura del año 96.

ficadas en la ejecución hipotecaria (29). Se trata de una cuestión, entiendo, de derecho sustantivo, en cuanto sólo deberán ser notificadas aquellas personas que, según el derecho sustantivo, tienen derecho a tener algún tipo de intervención en la ejecución. Señala J. M. GARCÍA GARCÍA que la notificación prevista en el artículo 153.5 LH debe realizarse no sólo al deudor, sino *también al tercer poseedor y al hipotecante no deudor* (30). Para comprender el problema hay que tener en cuenta que la regla 3.^a del artículo 131 LH establece que con el escrito de demanda el actor debe presentar, entre otros documentos, el «acta notarial justificativa de haberse requerido de pago, con diez días de anticipación, cuando menos, al *deudor*, y también al *tercer poseedor* de las fincas en el caso de que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble» (31). A lo que hay que añadir que el requerimiento deberá también hacerse, en todo caso, al *hipotecante no deudor*, ya que, al igual que el tercer poseedor, es el dueño de la finca, y además, su propiedad le consta al acreedor desde el momento constitutivo de la hipoteca (32).

Por consiguiente, si tanto el tercer poseedor como el hipotecante no deudor han de ser requeridos de pago, ello implica que van a tener conocimiento del saldo de la cuenta. Y puesto que de lo que no cabe duda, al menos en el régimen del artículo 153 LH, es de que *el único que puede oponerse a la ejecución alegando error o falsedad es el deudor* (33), el problema se reduce a determinar si al dueño de la finca hipotecada debe serle notificado no sólo el saldo, sino todos los asientos contables que lo determinan, es decir, el extracto de la cuenta. En este sentido, me parece más acertada la opinión de RAFAEL AZPITARTE, que señala que sólo al deudor interesa el extracto de la cuenta, y que a las demás personas sólo les importa el total de la cantidad reclamada. Añade este autor que el deudor puede tener legítimo interés, y quizá derecho, a que el acreedor no comunique el extracto de la cuenta a terceros, so pena de incurrir en responsabilidad por rompimiento del secreto bancario (34).

(29) De los requerimientos y notificaciones en la ejecución hipotecaria, me ocuparé brevemente, con carácter general, más adelante al hablar de la oposición por defectos procesales e irregularidades del procedimiento. Aquí sólo me refiero al problema concreto de la ejecución de la hipoteca en garantía del saldo de una cuenta.

(30) *El procedimiento judicial sumario*, cit., pág. 146.

(31) Para el caso de tercer poseedor adquirente en documento privado, ver GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 194.

(32) Como dice GARCÍA GARCÍA, esta omisión imperdonable de la regla 3.^a ha venido a ser paliada por la reforma de la regla 7.^a por Ley 14/5/86, que presupone que el requerimiento ha de hacerse también al hipotecante no deudor. *Ob. cit.*, pág. 194.

(33) Este sería un ejemplo claro de que no todos los interesados, ni siquiera todos los que, de acuerdo con la nueva LEC, son parte pasiva de la ejecución, pueden alegar todas las causas de oposición que son admitidas en el procedimiento.

(34) R. AZPITARTE, *ob. cit.*

B) *El régimen tras la entrada en vigor de la LEC 2000*

Estando así las cosas, la nueva LEC establece en el artículo 572.2 que «También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado... En este caso, sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación». Este precepto debe ponerse en relación con lo dispuesto en los artículos 685.1 y 686.1 que dicen que «La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes»; y que «en el mismo auto en que se despache ejecución, se mandará que se requiera de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte en el Registro».

De todos estos artículos se desprende, con poco esfuerzo, que el ejecutado a que se refiere el artículo 572.2 no es sólo el deudor, sino todas las personas mencionadas en el artículo 685.1. Y que todas estas personas afectadas por la ejecución, al ser requeridas de pago conforme al artículo 686.1, habrán tenido conocimiento de la cantidad reclamada. El único problema es el de concretar si las personas distintas del deudor tienen derecho a conocer el extracto de la cuenta o sólo el saldo resultante. Esta cuestión parece que debe ser resuelta en el sentido antes señalado, de modo que sólo el deudor tiene derecho a ser expresamente notificado de todos los asientos de la cuenta, sin perjuicio de que, además, un extracto de las partidas de cargo y de abono deba ser acompañado a la demanda, conforme al artículo 573.1.1.º LEC. Si esto es así, para las personas diferentes del deudor la notificación de la cantidad exigible se confunde con el requerimiento de pago y resulta prácticamente innecesaria.

En cuanto a las personas que pueden oponerse a la ejecución alegando error en la determinación de la cantidad exigible, es una cuestión que no está nada clara en la nueva regulación, desde el momento en que el artículo 695.1.2.^a habla en todo caso de ejecutado y no sólo de deudor, y los ejecutados son todas las personas que cita el artículo 685.1 LEC. Sin embargo, parece lógico entender que cada uno de los posibles ejecutados ocupa en la ejecución una posición acorde con la titularidad que legitima su carácter de parte procesal, de modo que sólo el sujeto pasivo de la obligación puede hacer las alegaciones referentes al crédito garantizado, cuya situación sólo él puede cabalmente conocer, mientras que los legitimados por razón de su derecho dominical (o real) sobre la finca tienen la posibilidad de defender su dere-

cho alegando aquellas causas de oposición que se refieran a la garantía real o interviniendo en el proceso de avalúo y venta del inmueble. Esta conclusión puede además fundarse en que sólo el deudor tiene derecho a ser notificado de todos los movimientos de la cuenta, y en el párrafo 1.º del artículo 695.1.2.^a, que se refiere a la presentación del ejemplar de la libreta que sólo puede estar en posesión del deudor.

C) *La notificación al fiador*

El artículo 572.2 va más allá e introduce la novedad de exigir que, cuando se trate de ejecutar el saldo de una cuenta, la cantidad exigible sea notificada también al fiador (que, sin embargo, hay que destacar que en ningún caso ha de ser requerido de pago). Esta novedad es discutible que sea aplicable a la ejecución hipotecaria, entre otras cosas porque es discutible la oportunidad de la propia norma. Como ahora me limito a estudiar la oposición a la ejecución, y no los derechos de los distintos afectados por el procedimiento, el tema de la notificación al fiador sólo interesa en la medida en que pueda fundar una oposición por defecto procesal o infracción de las normas del procedimiento.

La LEC parece que entiende que al tratarse de un supuesto en que la cantidad exigible no está previamente determinada, el fiador debe tener derecho a saberla. Pero esto es desconocer que, en realidad, la cantidad que se reclama en una ejecución hipotecaria nunca está determinada en el documento de constitución de la hipoteca, porque, entre otras cosas, depende de la mayor o menor cantidad que haya amortizado el deudor antes de incurrir en los impagos. ¿Por qué precisamente en el caso de que se ejecute el saldo de una cuenta se exige notificar al fiador la cantidad reclamada y en los demás casos no? Y, sobre todo, ¿a qué efectos se notifica al fiador la cantidad reclamada?

En mi opinión, sólo el deudor puede oponerse a la ejecución alegando el error, y no el fiador. Asimismo, el fiador sólo debería ser notificado del saldo exigido, pero no de los detalles de la cuenta, que forman parte de las relaciones confidenciales entre el banco y sus clientes. Finalmente, y dejando aparte lo que puede pensarse con carácter general, en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria parece que no encaja la notificación a persona cuyo derecho y domicilio no constan en el Registro, sobre todo si ello puede implicar un injustificado retraso de las actuaciones.

II.5. LA OPOSICIÓN POR PLUSPETICIÓN EN LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE UN SALDO

Dispone el artículo 558.2 LEC, relativo a la oposición por pluspetición, y situado dentro de las disposiciones generales de la ejecución, que: «En los

casos a que se refieren los artículos 572 y 574, sobre saldos de cuentas e intereses variables, podrá el tribunal, a solicitud del ejecutado, designar mediante providencia perito que emita dictamen sobre el importe de la deuda. En tal caso, se dará traslado del dictamen a ambas partes y la vista no se celebrará hasta pasados diez días a contar desde el siguiente a dicho traslado».

Esta norma parece que no es aplicable a la ejecución hipotecaria sumaria, ya que se trata de una causa de oposición no recogida en el artículo 695 LEC. Y aunque esta cuestión no está nada clara, no cabe duda de que el artículo 558.2 hay que ponerlo en relación con los artículos 560 y 561 LEC —que prevén un juicio verbal, con dictamen de peritos—, y parece que este procedimiento no es aplicable al supuesto del artículo 153 LH donde estos trámites son sustituidos por la más sencilla comparecencia a que se refiere el artículo 695.2 LEC. Y así se deduce del propio artículo 695.3 cuando dice que el auto que estime la oposición que se plantee en dicha comparecencia *fijará la cantidad* por la que haya de seguirse la ejecución, lo que apunta a que es en esta comparecencia donde se resuelven los problemas de pluspetición.

II.6. RECAPITULACIÓN

De todo lo anterior se desprende que el régimen jurídico aplicable a la ejecución de las hipotecas en garantía del saldo de una cuenta de crédito es el que resulta de la coordinación entre los artículos 153 LH, de aplicación específica a este tipo de hipotecas, y 572.2 y 573 LEC, de aplicación general a la ejecución dineraria, y, en el caso del 573, también aplicable específicamente a la ejecución hipotecaria por remisión del artículo 685.2 LEC. El producto de esta coordinación, y de la correspondiente labor de interpretación de las normas, sería el siguiente:

Las ejecuciones hipotecarias *por entidades de crédito* continúan rigiéndose por el artículo 153 LH, tal como queda reconocido y aclarado por el artículo 695 LEC y con aplicación parcial de lo dispuesto en el artículo 573 LEC. Este último precepto no es aplicable a estas ejecuciones en lo que respecta a la exigencia de acompañar a la demanda el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo (573.1.2.º), porque es una exigencia contradictoria con el privilegio reconocido a dichas entidades de crédito en el artículo 153 LH; ni en lo que respecta a la no exigencia de documento fehaciente que acredite la notificación de la cantidad exigible (si es que así se interpreta lo dispuesto en el art. 573.1.3.º), porque el artículo 153 LH exige que esta notificación se haga judicial o notarialmente. Además, ésta parece ser la solución más razonable, porque en mi opinión es más importante para el deudor

ejecutado tener conocimiento fehaciente del extracto de las partidas de cargo y de abono cuyo saldo se le reclama (hasta el punto de que no concibo cómo puede valer en este caso una notificación por documento no fehaciente), que el hecho de que un tercero revise la liquidación efectuada por el banco, probablemente con peores medios y conocimientos técnicos, y sin más datos que los proporcionados por la propia entidad acreedora. Y todo ello sin perjuicio de que, como es lógico, el deudor realice sus propios cálculos, valiéndose en su caso de los técnicos que considere necesarios, y pueda oponerse a la ejecución alegando error en la determinación de la cantidad exigible. No obstante, advierto desde ahora que estoy dispuesto a forzar una interpretación diferente en el caso de que, en los procesos en que sea aplicable, esta revisión de las liquidaciones bancadas demuestre alguna utilidad y diera un porcentaje de errores estadísticamente significativa.

Por el contrario, en las ejecuciones hipotecarias *por acreedores que no sean entidades de crédito* los artículos 572.2 y 573 LEC serán íntegramente aplicables, por no resultar contradictorios con ninguna otra norma. En este caso sólo quiero insistir en que, a pesar de lo manifestado por otros autores, creo que es muy dudoso que el documento a que se refiere el artículo 573.1.3.º no deba ser en todo caso un documento fehaciente (notarial o judicial). Además, lo normal es que esta notificación se practique simultáneamente con el requerimiento de pago a que se refiere el artículo 686.1 LEC y que sólo puede ser hecho notarial o judicialmente (arts. 686 y 581 LEC).

En cuanto a las *personas que han de ser notificadas* y al *objeto de la notificación*, de la nueva regulación resulta claro que la notificación debe hacerse tanto al deudor como al hipotecante no deudor y al tercer poseedor, y que lo que ha de notificarse no es sólo la cantidad exigible, sino el extracto de las partidas de cargo y de abono. Ahora bien, sin perjuicio de que este extracto deba ser acompañado a la demanda (573.1.1.º LEC), hay que entender que sólo el deudor puede oponerse a la ejecución alegando error en la determinación del saldo y que sólo él, como titular de la cuenta, tiene derecho a ser notificado de todos los movimientos de la misma. A los demás bastará con la notificación de la cantidad exigible. Por lo demás, esta notificación del extracto es distinta del requerimiento de pago a que se refiere el artículo 686.1, aunque ambos requisitos pueden ser cumplidos simultáneamente. Finalmente, el artículo 572.2 LEC exige una notificación al fiador cuya ausencia no creo que pueda implicar en ningún caso nulidad de actuaciones ex artículo 227 LEC, desde el momento en que entiendo que el único que puede oponerse a la ejecución alegando error en la determinación de la cantidad exigible es el deudor, como titular de la cuenta y sujeto pasivo de la obligación que se reclama, y por tanto, como único sujeto que puede conocer la existencia del error, entre otras cosas, por ser el único que tiene derecho a conocer los movimientos de la cuenta.

II.7. SUSTANCIACIÓN DE LA OPOSICIÓN

Según el artículo 695.2: «Formulada la oposición a que se refiere el apartado anterior, *se suspenderá* la ejecución. El tribunal, mediante providencia, *convocará a las partes* a una comparecencia, debiendo mediar cuatro días desde la citación; oírá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día». Este artículo, con relación a la causa 2.^a del artículo 695.1 —error en la determinación del saldo de una cuenta—, a la que ahora me refiero, parece que en este punto sustituye a la regulación del artículo 153 LH, aunque entre ambos regímenes no parece haber más que una diferencia en los plazos.

Pero además, en relación con esta causa 2.^a —alegación de error en la determinación del saldo de una cuenta—, es importante constatar que el nuevo artículo 695 tampoco resuelve la muy espinosa cuestión fundamental de *quién debe soportar la carga de la prueba* en esta comparecencia, es decir, de a quién corresponde probar el error o demostrar la cifra a la que asciende la cantidad exigible. Y ésta es sin duda la gran pregunta, porque si la carga de la prueba recae sobre el acreedor, ¿dónde está el privilegio que le atribuyen los artículos 153 LH y 695.1.2.^a LEC? Y si la prueba del error corresponde al deudor, ¿con qué medios se espera que la realice? En mi opinión, al menos tratándose de ejecuciones por entidades de crédito responsables y debidamente fiscalizadas, quizá hay que entender que no existe aquí en sentido estricto carga de la prueba para ninguna de las dos partes, sino que el Juez oírá sus alegaciones, examinará los documentos que se le presenten, y decidirá después, con un amplio arbitrio, lo que considere más adecuado.

II. 8. CONSECUENCIAS DE LA ESTIMACIÓN DE LA OPOSICIÓN

Dice el artículo 695.3: «El auto ... que estime la oposición basada en la causa 2.^a fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución». Es decir, la ejecución continuará por la cantidad acreditada en el incidente a que se refiere el artículo 695.2.

De la redacción legal se deduce además, como antes he dicho, que es en la comparecencia prevista en el artículo 695.2 —y no por el procedimiento previsto en el art. 558.2—, donde se resuelven los problemas de pluspetición.

II.9. RECURSO CONTRA EL SOBRESEIMIENTO DE LA EJECUCIÓN

Como hemos visto, dispone el artículo 695.4, que: «Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución podrá interponerse recurso de ape-

lación. Fuera de este caso, los autos que decidan la oposición a que se refiera este artículo, no serán susceptibles de recurso alguno». De modo que el recurso de apelación sólo podrá interponerse por el ejecutante y, al parecer, sólo contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución.

Tratándose de hipotecas en garantía del saldo de una cuenta, en el caso de que el deudor oponga error en la determinación de la cantidad exigible, este artículo establece una sensible modificación con respecto a la regulación del artículo 153 LH —que hay que entender derogado en este punto—, que dice que el auto que se dicte como resultado de la comparecencia —que ahora regula el art. 695.2 LEC— «será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes». En la nueva regulación, el auto que ordene la continuación de la ejecución no podrá ser apelado por el ejecutado, y parece que tampoco por el ejecutante que vea rebajada la cuantía de la cantidad exigida, en tanto no se produzca el sobreseimiento de la ejecución.

III. EN ESPECIAL, EL PAGO DE LA OBLIGACION GARANTIZADA

¿Cabe oponerse o conseguir la terminación de la ejecución pagando las cantidades reclamadas (con los intereses devengados y las costas causadas, en su caso)? En este punto no nos planteamos si el ejecutado puede oponerse a la ejecución alegando el pago o la extinción anterior a la ejecución de la obligación garantizada, sino si el ejecutado, o el dueño de la finca hipotecada, puede evitar la ejecución pagando la deuda, después de que el deudor haya incumplido su obligación.

En primer lugar, no cabe duda de que el ejecutado o ejecutados pueden evitar la ejecución pagando la deuda en el momento en que se produzca el requerimiento de pago a que se refiere el artículo 686 LEC. Pero además, creo que la regla general debe ser la de que el deudor o el propietario de la finca —o, ¿por qué no? incluso cualquier otro interesado— pueden detener la ejecución pagando la deuda reclamada (con intereses y costas, en su caso), en cualquier momento hasta el día señalado para la celebración de la subasta (35), y, en principio, sin necesidad del consentimiento del acreedor (cfr. art. 693, al que después me refiero). En el caso de que la ejecución se lleve a cabo a través de alguna de las formas de realización alternativas a la subasta, bastaría, para enervar la ejecución, que el pago fuera hecho en cualquier momento anterior a la enajenación de la finca (indemnizando, en su caso, los perjuicios causados por los compromisos que pudieran haber sido asumidos

(35) Ver artículo 583 que se refiere al pago por el ejecutado antes del despacho de la ejecución.

con un posible adquirente). Resulta obvio que la ejecución sólo persigue la satisfacción del derecho del acreedor y que, por consiguiente, una vez obtenida ésta, la ejecución fallece por sí sola de muerte natural. Esto es lo que dicta el sentido común, y lo que se deduce de los artículos 693 y 695.1.1.^a LEC, que no distingue si la extinción de la obligación garantizada es anterior a la ejecución o sobrevinida durante ella.

Sin embargo, esta posibilidad de finalizar la ejecución por pago de la deuda reclamada en cualquier momento anterior al día señalado para la celebración de la subasta (36) había sido discutida en la regulación anterior, a mi juicio sin fundamento, incluso en el caso de que quien hiciera el pago fuera el propietario del inmueble y principal interesado en abortar el proceso (37). Con la nueva LEC hay que dar por superadas estas vacilaciones y entender que el pago de la deuda, con intereses y costas, y siempre que no sea extemporáneo, debe ser admitido y pone fin a la ejecución.

Aunque es necesario hacer dos matizaciones, una para un caso más bien excepcional, como es el pago por un tercero interesado que se subroga en la hipoteca, y la otra para las situaciones más corrientes de hipotecas de amortización con pacto de vencimiento anticipado, expresamente contempladas en el artículo 693.3 LEC.

1. *Pago por un tercero interesado que se subroga en la hipoteca y desea continuar con la ejecución.* Es el supuesto previsto en el artículo 659.3 LEC. En este caso, por hipótesis, el pago al acreedor ejecutante no determina el archivo de la ejecución, sino su continuación por el *solvens*.

2. *Régimen de finalización de la ejecución por pago de la deuda en las hipotecas de amortización con pacto de vencimiento anticipado.* En este caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 693, que prevé, de acuerdo con ciertas condiciones, la posibilidad excepcional de evitar la ejecución mediante el pago o consignación de la cantidad vencida en la fecha de la presentación de la demanda (y no del resto de la deuda vencida anticipadamente), con sus intereses y el resto de las cantidades que vayan venciendo durante el procedimiento (38). Las condiciones de ejercicio de esta facultad excepcional, en

(36) En la regulación anterior a la reforma se defiende la posibilidad de pagar incluso en cualquier momento anterior al remate.

(37) Así sucedió, por ejemplo, en el caso que dio lugar a la STCO 29/11/99: El Juzgado se negó a admitir como parte al propietario de la finca y ordenó la devolución de la cantidad que había consignado para hacer frente al pago de la deuda reclamada, por no ser su alegación una de las causas de oposición previstas en el artículo 132 LH. Es de destacar, no obstante, que, fuera del ámbito judicial, el titular dominical excluido del proceso abonó directamente el importe total de la deuda a la entidad acreedora, la cual, a continuación, desistió sin más del procedimiento.

(38) No entro ahora a valorar la validez, o las condiciones de validez, del pacto de vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos en que debe ser restituido el préstamo garantizado; tema que ha generado una fuerte polémica (o mejor, un

cuanto supone suspender la eficacia del pacto de vencimiento anticipado, son fundamentalmente las siguientes (39):

- a) Como regla general, *la iniciativa* que abre al deudor (40) la posibilidad de eludir la ejecución corresponde exclusivamente al acreedor ejecutante.
- b) No obstante, si el bien hipotecado fuese la *vivienda familiar*, podrá el deudor liberar el inmueble mediante la consignación de las expresadas cantidades, por una sola vez, y sin necesidad de que concurra el consentimiento del acreedor. La limitación del uso de esta facultad excepcional —en cuanto inhabilita el pacto de vencimiento anticipado— a *una sola vez* está sin duda dirigida a evitar abusos similares a los que se producían en los antiguos juicios de desahucio, en los que el arrendatario siempre pagaba una y otra vez en el último momento para eludir el lanzamiento. En este sentido, la expresión «por una sola vez» no puede referirse al mismo juicio, ya que obviamente una vez usada esta facultad liberatoria el juicio termina, sino que hay que entender que el deudor sólo dispondrá de este derecho una sola vez a lo largo de toda la vida de la hipoteca. Por lo demás, aunque la Ley habla del deudor, parece que también podrá usar de esta facultad excepcional el dueño de la finca o, incluso, que sólo podrá usar de este derecho el deudor que sea a la vez el dueño de la vivienda.

De otra parte, aunque el artículo 693 está incluido dentro de lo que estoy denominando el proceso especial o sumario de ejecución hipotecaria, creo que la norma —o al menos los puntos 2 y 3— *es aplicable a toda ejecución hipotecaria, cualquiera que sea el procedimiento seguido (ejecu-*

«todos contra uno», porque no conozco ninguna opinión que haya defendido la doctrina del Supremo) a raíz de la extravagante STS de 27/3/99. Acabado este trabajo, veo que JOSÉ MENENDEZ HERNÁNDEZ, el ponente de dicho Fallo —que considero esencialmente erróneo, pero al que reconozco ciertas ideas refrescantes— ha defendido su postura y criticado el nuevo artículo 693 LEC en el Diario *La Ley*, núm. 5071 de 8/6/00.

(39) Este tipo de iniciativas se integran dentro de una tendencia a proteger al deudor con cargo a los derechos del acreedor hipotecario. La norma del artículo 693, no obstante, es bastante inocua para el acreedor y merece una crítica favorable (incluso es pensable su aplicación retroactiva a las ejecuciones pendientes en el momento de entrada en vigor de la LEC), pero otras propuestas no parecen de recibo cuando sólo pretenden cargarse sobre las espaldas de los acreedores hipotecarios y no sobre el resto de los acreedores (quizá proveedores de bienes o servicios más esenciales para un deudor en paro, como el alimento), y que también pueden ejecutar y privar al deudor de su vivienda por falta de pago de sus obligaciones.

(40) Seguramente, al acreedor le es indiferente si paga el deudor o un tercero. De hecho, el último inciso de este artículo 693.3 se refiere al pago por un tercero con consentimiento del acreedor.

ción ordinaria o incluso proceso declarativo) y, aún más, que debe ser aplicable a todo procedimiento en el que se pretenda ejecutar la totalidad de un crédito a plazos por falta de pago de alguno de ellos, ya que no hay ninguna razón que justifique la concreción de esta norma a los créditos hipotecarios. De hecho, probablemente la ubicación sistemática de este precepto obedece a una razón coyuntural: dar una respuesta a la reciente STS 27/3/99, que, con errada doctrina, cuestiona la validez del pacto de vencimiento anticipado por falta de pago de los plazos.

Como antes he defendido, estas estrictas condiciones no serán aplicables en el caso de que el pagador, sea el deudor, el dueño de la finca o un tercero, ofrezcan el pago de la totalidad de la deuda con sus intereses, *incluyendo las cantidades vencidas por virtud del pacto de vencimiento anticipado*. En este caso, no sólo se aborta la ejecución, sino que se extingue definitivamente la obligación garantizada.

— En conclusión, podemos decir que, fuera del privilegio excepcional que el artículo 693.3 concede al deudor en caso de hipoteca de la vivienda familiar, el pago de la obligación garantizada no es en realidad una causa de oposición a la ejecución, porque en el fondo no significa oponerse a la ejecución, sino hacer innecesaria la venta de la finca. Por el contrario, supone el éxito de la ejecución en su forma más plena y, por tanto, implica su culminación y su fin. La ejecución se extingue, sin oposición, por una crisis de éxito.

IV. TERCERIAS DE DOMINIO

Se trata de supuestos de terminación de la ejecución, y no de suspensión como antes se decía. La suspensión sólo se produce mientras se tramita la tercería.

«Artículo 696. Tercerías de dominio.

1. Para que pueda admitirse la tercería de dominio en los procedimientos a que se refiere este capítulo, deberá acompañarse a la demanda *título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la de constitución de la garantía*. 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.

2. La admisión de la demanda de tercería suspenderá la ejecución respecto de los bienes a los que se refiera y, si éstos fueren sólo parte de los

comprendidos en la garantía, podrá seguir el procedimiento respecto de los demás, si así lo solicitare el acreedor».

Los supuestos típicos de tercería de dominio, que exigen aportar título inscrito anterior a la inscripción de la garantía, son supuestos excepcionales, que supondrán un grave error registral (inscribir la hipoteca estando inscrita la finca a favor de persona distinta del hipotecante), un supuesto de doble inmatriculación (41), etc.

Pero la nueva norma contiene una importante novedad al regular una tercería a interponer por quien no tiene título de dominio inscrito, por tratarse de bienes no inscribibles. Se me ocurren dos posibilidades: 1) Que como la LEC 2000 ha procedido a suprimir una serie de procedimientos especiales y a unificar la ejecución de las hipotecas inmobiliaria, mobiliaria y naval, e incluso, con algunas especialidades, la de la prenda sin desplazamiento, cabe pensar que esta novedad no se aplica a la ejecución de la hipoteca inmobiliaria, ya que todas las fincas son inscribibles en el Registro de la Propiedad. 2) La segunda posibilidad, más rebuscada (aunque defendida por algunos con relación al sistema anterior a la LEC 2000), es que la ley esté pensando en un cauce por el que un tercero —en cuyo caso no veo motivo para que, con más razón, no fuera el propio ejecutado— puede excluir de la ejecución ciertos bienes muebles a los que no se extiende la garantía hipotecaria.

Esta última interpretación no parece convincente (42). Pero plantea un tema bastante olvidado y de gran interés: ¿Cuál es el cauce de que dispone el legítimo propietario para oponerse a la ejecución de aquellos bienes muebles que indebidamente se consideran incluidos en la garantía hipotecaria y van a ser enajenados junto con el inmueble?

Por lo demás, la tercería en la ejecución hipotecaria constituye una causa de oposición muy estricta, pero contundente en sus efectos. De modo que prácticamente no constituye un incidente similar a la tercería de dominio

(41) En caso de doble inmatriculación sólo podrá interponer la tercería el titular de fecha anterior a la inscripción de la garantía, aunque es claro que el triunfo de la tercería no resuelve la cuestión de la titularidad de la finca doblemente inmatriculada. El tema, en cualquier caso, es muy complejo.

(42) Aunque ahora ya no se exige que el título esté inscrito, no creo que este artículo, dedicado a las tercerías de dominio, esté tratando del arduo problema de qué bienes forman parte del inmueble hipotecado, cosa que afecta más al propietario de la finca que a los terceros. Por otra parte, tampoco cabe, como alguien defendió para el sistema anterior (MONTERO AROCA, GARCÍA GARCÍA) que un tercero con hipoteca mobiliaria inscrita con anterioridad a otra inmobiliaria pueda liberar los bienes mobiliariamente hipotecados, porque si hizo constar la constitución de la hipoteca al margen del inmueble (lo que no impide que una futura hipoteca inmobiliaria se extienda a ellos como segunda hipoteca), no necesita interponer ninguna tercería, puesto que su hipoteca es preferente y no será cancelada tras la ejecución. Y si dicha nota no se hizo constar en el Registro de la Propiedad, la hipoteca inmobiliaria habrá pasado a ser preferente.

regulada en los artículos 593 y siguientes, sino que se asemeja más bien a la tercería registral del artículo 38 LH (43).

V. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN POR PREJUDICIALIDAD PENAL

«Artículo 697. Suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal.

Fuera de los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se suspenderán por prejudicialidad penal, cuando se acredite, conforme a lo dispuesto en el artículo 569 de esta Ley, la existencia de *causa criminal* sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que *determine la falsedad del título, la invalidez o ilicitud* (sic) (44) *del despacho de la ejecución*».

Se trata de un supuesto claro de suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal, de modo que su continuación dependerá del resultado del proceso penal.

Antes, el artículo 132 LH sólo se refería a procedimiento criminal *por falsedad del título hipotecario* en cuya virtud se proceda. A lo que había que añadir el supuesto, aún vigente después de la entrada en vigor de la LEC, de que se incoe causa criminal por falsedad de la certificación a que se refiere el artículo 153 LH. En el Anteproyecto LEC publicado en diciembre de 1997 el artículo equivalente al 697 actual, después de «o ilicitud del despacho de la ejecución», añadía: «o, en su caso, la falsedad de la certificación de la entidad acreedora de la que resulte la cantidad que sea objeto de reclamación». La redacción definitiva de la LEC ha suprimido estas palabras, pero no ha modificado el artículo 153 LH, que sigue en vigor.

Respecto a la falsedad del título, parece que, como en el sistema anterior, debe tratarse de la escritura de hipoteca que se ejecuta. En lo demás, habrá que ir descifrando qué significa hecho que determine «la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución».

(43) Dejo para otra ocasión el difícil tema de lo que podría ser una tercería de mejor derecho en la ejecución hipotecaria, es decir, de cómo deben hacerse valer —si es que deben— dentro de una ejecución hipotecaria, los créditos preferentes a la propia hipoteca que se ejecuta.

(44) Expresión gramaticalmente incorrecta. Parece que debe decir «que determine la falsedad del título, o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución» (con o sin coma después de «título»). Compárese con la redacción del artículo 569.1 II LEC.

VI. OPOSICION POR DEFECTOS PROCESALES Y POR IRREGULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO

Además de las causas de oposición material del artículo 695 y de los supuestos excepcionales de los artículos 696 y 697, ¿cabe interrumpir el procedimiento ejecutivo hipotecario sumario con alegaciones referentes a defectos procesales o irregularidades del procedimiento?

VI.1. APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 559 Y 562 A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SUMARIA

Sin duda, cabe defender, con total seguridad, que las disposiciones generales que la LEC dedica a este tema (arts. 559 y 562) (45) son aplicables a toda ejecución en general, y a toda ejecución hipotecaria en particular, incluso al proceso especial de que tratamos, lo cual constituye una importante novedad frente a la anterior regulación de la LH, aunque no de acuerdo con la interpretación de algunos autores como MONTERO AROCA, que, en diversos trabajos, y con sólidas razones que yo comparto en lo esencial, ya estimaban alegables los defectos de procedimiento dentro del judicial sumario. A favor de esta interpretación hay que decir que una cosa es que el acreedor hipotecario disponga de un proceso seguro y ágil (yo no diría que privilegiado, porque privilegiado no suena a adecuado, oportuno, o conveniente, sino a injustificado y discriminatorio) para la satisfacción de su derecho, y otra afirmar que *ni siquiera es preciso respetar las reglas de ese procedimiento, sobre todo las que aseguran la legítima defensa* de los derechos de todos los afectados (proscripción de la indefensión). También a favor de la aplicabilidad de estas causas de oposición a la ejecución hipotecaria cabe alegar que el nuevo artículo 698.1 LEC, a diferencia de lo que dispone el párrafo equivalente del artículo 132 LH, ya no dice que se ventilarán en el juicio que corresponda las reclamaciones que versen sobre nulidad *de las actuaciones*, de donde fácilmente se deduce que estas cuestiones se ventilan ahora en el propio juicio ejecutivo.

Pero esta interpretación no aparece en la LEC de forma absolutamente clara, y ello siempre deja un margen a la especulación. Además, en contra cabe alegar la propia redacción del comienzo del artículo 695 LEC, que no distingue entre motivos de oposición procesales o materiales: sólo se admitirán, dice, las causas que se expresan (46).

(45) Ver también artículos 547 (impugnación de la competencia —territorial— del tribunal) y 555.4 (acumulación a otros procesos de ejecución de otras hipotecas sobre los mismos bienes).

(46) También cabría sacar a relucir el contraste que se produce en la ejecución hipotecaria sumaria entre la fuerte limitación que se establece para alegar causas de

Pero en el fondo lo que importa es no perder de vista la realidad, que debe ser la fuente de inspiración de todo Derecho. Y la realidad es que la gran mayoría de los incidentes que se promueven dentro de un procedimiento judicial son por motivos procesales, casi nunca por cuestiones de fondo. La realidad es que *la práctica forense ha instaurado como costumbre la utilización torticera de la posibilidad de alegar defectos procesales*, con el único fin de entorpecer o alargar el procedimiento, o incluso con el fin de desesperar al demandante y obtener una solución extrajudicial más favorable. Ya no se trata de ganar el partido en el terreno de juego (es decir, con base en el derecho sustantivo), sino de ganarlo en los despachos (o sea, mediante la utilización —fraudulenta— del Derecho Procesal). El proceso deja de ser el cauce de realización del derecho sustantivo, para convertirse en el instrumento de su corrupción.

La realidad es también que *el gran problema del deudor hipotecario no es la falta de garantías en la ejecución de la hipoteca*, sino que no dispone de dinero para pagar su deuda —porque ha quedado en paro, o por los motivos que sean—, y ello, como a cualquier otro deudor insolvente, sea o no hipotecario, le va a acarrear la pérdida de sus bienes. El nuevo problema entonces es que el sistema judicial de ejecución obliga al ejecutado a malvender su propiedad. Pero tampoco esta disfunción es debida a un déficit de garantías procesales, sino a la dificultad de crear mecanismos que en un plazo razonable sean capaces de lograr una buena venta. Y estos problemas de insolvencia fortuita y de obligación de malbaratar su patrimonio, que son los verdaderos problemas del deudor hipotecario, se han de resolver con soluciones económicas y jurídicas, como la creación de fondos de solidaridad social que permitan al deudor disponer de un tiempo para salir de la situación de ahogo en la que se encuentra, o que incluso le procuren una quita de la deuda, o como la introducción de nuevos e ingeniosos instrumentos de realización de los bienes distintos de la ineficaz subasta, en la línea en que lo hace la LEC 2000. Estas soluciones no son fáciles de llevar a la práctica, presentan una gran complejidad, y deben ser abordadas con las precauciones necesarias para evitar los abusos y fraudes que suelen acompañar a este tipo de medidas sociales, y sin caer en la tentación de hacer recaer el coste de las mismas sobre las espaldas de los acreedores hipotecarios, imponiéndoles plazos de demora u otras limitaciones a su derecho que no existen ni se postulan para ningún otro acreedor.

oposición materiales o de fondo, y la absoluta libertad para alegar todas las causas de oposición procesales admitidas para el juicio ejecutivo común u ordinario. Pero este argumento no parece convincente, porque en la ejecución hipotecaria el procedimiento es más sencillo y los trámites son más netos y simples, de modo que la posibilidad de alegar defectos procesales es mucho más limitada. Aparte de que, como norma, los trámites procesales, cualesquiera que sean éstos, deben ser respetados en su contenido sustancial.

Por ello, la defensa de un excesivo garantismo de los derechos del ejecutado es probablemente un falso e inútil enfoque del problema, que sólo genera nuevos gastos para el deudor, contribuye a encarecer y entorpecer el funcionamiento de la justicia, y castiga al legítimo acreedor ejecutante que, a su vez, se ve obligado o inducido a repercutir este costo procesal a la totalidad de sus prestatarios hipotecarios.

No obstante, todas las anteriores consideraciones no pueden alterar la conclusión inicial de que *las causas de oposición por motivos procesales previstas con carácter general en los artículos 559 y 562 son también aplicables a la ejecución hipotecaria sumaria*, que, como todo proceso, judicial o extrajudicial, debe atenerse a unos trámites que hay que respetar en cuanto son el cauce para la realización de derechos sustantivos. Por tanto, de lo único que se trata es de advertir que el aplicador del Derecho ha de ser especialmente riguroso para evitar una utilización fraudulenta de la oposición por causas procesales, y de que estas normas nunca deben ser objeto de una interpretación demasiado laxa en aras de una indeseable exageración de las garantías procesales, y menos dentro de un procedimiento especial y sumario que se caracteriza por la simplificación de trámites y, en parcial contrapartida, por la no producción de los plenos efectos de la cosa juzgada. Así, en todo caso, habrá que rechazar de plano todas aquellas pretensiones que no tengan un contenido material: el que conoce o debió conocer la existencia del procedimiento no puede reclamar que no se le ha notificado, y el que no está dispuesto a pagar la deuda no puede denunciar que no ha sido requerido de pago.

Resta decir, en honor a la verdad, que *la nueva ley es perfectamente consciente de la experiencia forense y ha tratado de aquilatar al máximo las causas de oposición por motivos procesales*, sobre todo en lo que respecta a la regulación de los recursos por nulidad de los actos procesales dentro del proceso y a la admisión del incidente de nulidad de actuaciones posterior al proceso.

VI.2. OPOSICIÓN POR DEFECTOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN PROCESAL O EN EL TÍTULO EJECUTIVO: EL ARTÍCULO 559 LEC

«Artículo 559 LEC. Sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales (47).

1. *Causas*.—El ejecutado podrá también oponerse a la ejecución alegando los defectos siguientes:

(47) Las palabras en cursiva son mías.

1.º Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda.

2.º Falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda.

3.º Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520 de esta Ley.

2. *Sustanciación.*—Cuando la oposición del ejecutado se fundare, exclusivamente o junto con otros motivos o causas, en defectos procesales, el ejecutante podrá formular alegaciones sobre éstos, en el plazo de cinco días. Si el tribunal entendiere que el defecto es subsanable, concederá mediante providencia al ejecutante un plazo de diez días para subsanarlo.

Cuando el defecto o falta no sea subsanable o no se subsanare dentro de este plazo, se dictará auto dejando sin efecto la ejecución despachada, con imposición de las costas al ejecutante. Si el tribunal no apreciase la existencia de los defectos procesales a que se limite la oposición, dictará auto desestimándola y mandando seguir la ejecución adelante, e impondrá al ejecutado las costas de la oposición».

En este tema la ejecución hipotecaria puede presentar alguna especialidad, derivada del hecho de que la relación procesal se constituye de acuerdo a lo que consta en el Registro de la Propiedad (cfr. art. 685.1). Por lo demás, los puntos 1.º y 2.º del artículo 559.1 se refieren esencialmente, con una técnica deplorable, a la falta de legitimación pasiva y activa, respectivamente. Respecto al punto 3.º, plantea la cuestión de la relación entre la oposición a la ejecución y el título ejecutivo, a la que me refiero brevemente a continuación.

VI.3. OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN Y TÍTULO EJECUTIVO

El título ejecutivo y las causas de oposición a la ejecución son cuestiones íntimamente relacionadas. La existencia de un título ejecutivo especialmente fehaciente es el que *justifica la extraordinaria limitación de los medios de oposición a la ejecución con que cuenta el ejecutado*. En concreto, en la ejecución hipotecaria, el título ejecutivo es un contrato escriturado e inscrito en el Registro de la Propiedad que constituye la prueba fehaciente del derecho que se reclama y que justifica que, en un procedimiento de efectación del derecho sustantivo a la vez justo y realista, sólo pueda ser desvirtuado por el ejecutado mediante otra prueba igualmente fehaciente o por causas de excepcional gravedad (como la posible existencia de un delito). La oposición se

limita precisamente porque el acreedor dispone de un título ejecutivo (fehaciente).

Por esta razón, *el título ejecutivo es siempre la medida de la ejecución* (aunque en esta materia el Juez ha gozado tradicionalmente de una amplia facultad de interpretación), de modo que el acreedor no puede reclamar en el procedimiento ejecutivo nada que no esté amparado por el título ejecutivo. En materia de ejecución hipotecaria, esta regla tiene una importancia fundamental, *sobre todo en los casos en que el crédito garantizado no está perfectamente determinado en la inscripción registra!*, y más aún teniendo en cuenta que ésta es una situación completamente habitual, que se produce siempre que nos encontramos ante un supuesto típico o similar a lo que se conoce como hipoteca de seguridad. Así ocurre singularmente con ciertas hipotecas de seguridad (no con todas) y, dentro de una hipoteca normal, con ciertos conceptos (como los gastos extrajudiciales, a menos que se articule una cuenta), o con ciertos supuestos (¿cabe acudir al procedimiento ejecutivo por vencimiento anticipado de la obligación distinto de la falta de pago?). No obstante, lo cierto es que, a pesar de ciertas opiniones, *la mayoría de las hipotecas de seguridad pueden ser ejecutadas por el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, con unos u otros requisitos o condicionamientos* (entre los que destaca, como instrumento típico, la posibilidad de oposición —alegación de error— de que dispone el ejecutado en la ejecución del saldo de una cuenta corriente de crédito).

A) *La oposición a la ejecución por defectos del título ejecutivo*

Dejando para otra ocasión el problema de la ejecución de las hipotecas de seguridad, lo cierto es que en ocasiones el acreedor no puede ejecutar ciertos conceptos porque carece de título ejecutivo. Y la pregunta que ahora nos interesa sería: *¿Dispone el ejecutado de un cauce específico para oponerse a la ejecución por insuficiencia o defectos del título ejecutivo* o ésta es una cuestión cuyo control corresponde efectuar al Juez de oficio y en exclusiva?

En principio, según resulta del artículo 551 LEC, el Juez despacha la ejecución, sin oír al ejecutado, tras examinar de oficio que concurren los presupuestos y requisitos procesales, que el título ejecutivo no adolece de ninguna irregularidad formal y que los actos de ejecución que se solicitan son conformes con la naturaleza y contenido del título ejecutivo. Pero a pesar de esta criba o depuración judicial, la LEC, al regular la oposición por defectos procesales, dispone en el artículo 559.1.3.º que el ejecutado podrá oponerse a la ejecución alegando nulidad radical del despacho de la ejecución *por «no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar*

aparejada ejecución» (48). Sin duda, esta nulidad podrá ser simplemente parcial, consistiendo, por ejemplo, en oponerse a la ejecución de algún concepto como la cantidad fijada para gastos extrajudiciales.

B) *La ejecución por el cesionario del crédito hipotecario no inscrito*

Un punto especialmente problemático ha sido siempre el de la ejecución de la hipoteca por parte de un cesionario del crédito hipotecario no inscrito, sobre todo por cuanto es un tema que se relaciona con la nunca aclarada cuestión del carácter constitutivo o declarativo de la inscripción de la cesión. De hecho, la perduración de esta discusión en torno al carácter de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario causa una cierta sorpresa, porque la ley es bastante clara —según el art. 149 LH la inscripción es necesaria— y, sin embargo, una gran parte de los autores y cierta jurisprudencia, sin ninguna razón de suficiente peso, siempre se han negado a aceptar una decisión legal que, a mi juicio, está muy fundada. Pero no voy a entrar ahora a defender el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario, sino simplemente a afirmar que, *con independencia de la naturaleza de esta inscripción, hay que entender que el cesionario del crédito hipotecario no inscrito no puede ejecutar la hipoteca por el procedimiento especial, porque carece de legitimación activa y de título ejecutivo.*

En este sentido, JUAN MONTERO AROCA, al hablar de la legitimación para ejercitar la acción hipotecaria, dice que la legitimación activa la tiene el acreedor con escritura de hipoteca *a su favor*, debidamente inscrita en el Registro y que si, por cualquier causa, la hipoteca no figura inscrita, *y precisamente a favor de quien ha instado la ejecución, ésta debe ser sobreseída.* Añade que la causa de no inscripción de una hipoteca a favor de una persona determinada puede provenir de cesión no inscrita, y que, aunque el TS ha estimado lo contrario en alguna ocasión, debe insistirse en el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro en caso de cesión del crédito hipotecario (49).

Esta última conclusión del profesor MONTERO es, en mi opinión, atinada, pero, como antes he dicho, no es necesaria a los efectos que ahora tratamos, porque la exigencia de que la hipoteca figure inscrita precisamente a nombre del ejecutante tiene sus propias razones y, en la nueva LEC, resulta de normas específicas, como el artículo 688.1 que dice que cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados se reclamará del Registrador certificación en la que

(48) Ver también, en relación con los títulos judiciales, el artículo 563 LEC.

(49) MONTERO AROCA y otros, *El nuevo proceso civil*, Valencia, 2000, pág. 884. El subrayado es mío.

se exprese que la hipoteca *en favor del ejecutante* se halla subsistente y sin cancelar. La norma es todo lo clara que se puede pedir a una breve disposición legal, y no resulta contradicha por ningún otro precepto. Por el contrario, más bien resulta indirectamente confirmada, puesto que toda la regulación de la ejecución hipotecaria presupone que el ejecutante es titular registral y en ninguna parte se contemplan los trámites adicionales que habría que realizar, ante el Juez y ante el Registro, en caso de ejecución por un cesionario no inscrito.

Además, a la misma conclusión se llega por aplicación de otra norma específica de la ejecución hipotecaria, como es el artículo 130 LH, introducido por la nueva LEC, que dice que: «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita (50) y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo». De este modo, el carácter constitutivo de la inscripción no se refiere sólo genéricamente a «la hipoteca», sino concretamente a todos aquellos extremos esenciales que sirven de base a la ejecución, entre los que sin duda se encuentra *la persona del titular del derecho*: el cesionario no inscrito no puede ejecutar sobre la base del asiento registral.

Dadas las vacilaciones que tradicionalmente han existido sobre esta materia, no está de más advertir que la exigencia de que el ejecutante sea titular inscrito está perfectamente justificada. Existen en su favor muchas razones que no es el momento de desarrollar. A saber: la inscripción de la cesión es necesaria para cumplir con el tracto sucesivo, y sin ella no puede inscribirse el resultado de la ejecución; el acreedor titular registral, u otro cesionario, estarían legitimados para ejecutar la misma hipoteca; el Registrador no puede hacer constar la nota marginal ex artículo 688.2 LEC, porque la titularidad no inscrita no puede afectar a terceros; el cesionario no inscrito no puede cancelar la hipoteca que, sin embargo, pretende ejecutar; el acreedor registral podría cancelar la hipoteca; la inscripción de la cesión puede evitar que la ejecución resulte inútil; el principio de legitimación registral impide que pueda entablarse un procedimiento inmobiliario con preterición del titular registral; el acreedor registral podría promover un incidente de nulidad de actuaciones, conforme a los artículos 225 y siguientes LEC, y exigir responsabilidades a quien corresponda; el artículo 313 LH impide a los tribunales aceptar documentos no inscritos, sobre todo y sin duda en el caso de fincas inmatriculadas; el deudor no está obligado a pagar la deuda hipotecaria a quien no está

(50) En realidad, dado que hablamos de una ejecución hipotecaria, y que no hay hipoteca sin inscripción, el precepto podía haber sido más corto: «El procedimiento de ejecución hipotecaria sólo podrá ejercitarse sobre la base de los extremos contenidos en el asiento registral».

legitimado para cancelar la hipoteca, porque después de hacer el pago podría encontrarse con que la hipoteca pertenece a un tercero hipotecario; por tanto, ni el deudor ni menos el tercer poseedor propietario de la finca pueden ser requeridos de pago, puesto que es justo que se nieguen a pagar a quien no puede garantizarles la cancelación de la garantía que se ejecuta; en caso de pago por un titular posterior, no podría hacerse constar en el Registro la subrogación en la hipoteca a que se refiere el artículo 659.3 (al que se remite el 689.2); el precio del remate no puede entregarse a un actor no inscrito, como dice el artículo 692.1 LEC, entre otras cosas porque la ley presume que el titular del crédito hipotecario es el acreedor inscrito; en caso de dobles o múltiples cesiones no inscritas, o de cesión parcial del crédito hipotecario, los problemas se agudizan... Y, en fin, hay que recordar que en nuestro sistema la inscripción es declarativa entre las partes —que aquí serían cedente y cesionario: la cesión existe entre ellos antes de la inscripción—, pero prácticamente constitutiva respecto de terceros —y en la relación hipotecaria el primer tercero frente a la cesión del crédito es el deudor, y desde luego, el tercer poseedor o el hipotecante no deudor— (51).

(51) Como he dicho, no es este el lugar para estudiar este problema en profundidad, y me he limitado a citar la única opinión que conozco expresada a la vista de la nueva LEC. Pero sería injusto dejar de señalar que de los cuatro autores que con más profundidad se han ocupado del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, tres defienden sin fisuras la postura que expongo en el texto y critican duramente algún fallo judicial que la cuestiona (JUAN MONTERO AROCA, *El procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH*, Valencia, 1998; JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid, 1994, y JOSÉ LÓPEZ LIZ, *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH*, Barcelona, 1998). El otro, MONSERRAT VALERO, parece mantener, aunque no sin dudas, la opinión contraria, fundándose en el, a este respecto, anodino artículo 1.526 del Código Civil y en alguna jurisprudencia, muy comprensible, que se enfrenta al problema a toro pasado (una vez finalizado el procedimiento cuya nulidad se reclama), pero olvidándose del artículo 149 LH y del resto de las normas que específicamente disponen otra cosa. Una muestra de la errónea perspectiva con que en ocasiones se aborda este problema se encuentra en el siguiente razonamiento que hace dicho autor, al que públicamente pido perdón por mi capricho injusto de destacar un punto que creo equivocado, en un libro de casi 600 páginas que considero un trabajo excelente y de una claridad excepcional. ANTONIO MONSERRAT reconoce que la inscripción a favor del cesionario es siempre inevitable para que el adjudicatario de la finca ejecutada pueda inscribir su adquisición, pero señala que, sobre todo en los casos en que exista una cesión en masa de créditos hipotecarios, «el cesionario aún podría estar interesado en poder seguir toda la ejecución sin necesidad de inscribir, pues, aunque al final la inscripción es inevitable, como el interesado en ésta es el adjudicatario, pudiera ser que éste se aviniera a correr con los gastos de la inscripción de la cesión». (ANTONIO MONSERRAT VALERO, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Pamplona, 1998, pág. 481). Como yo, por el contrario, pienso que nadie se aviene a correr con unos gastos que no le corresponden, salvo que sea engañado o injustamente obligado a ello, se me ocurre que la ejecución por el cesionario no inscrito también vulnera las leyes de defensa de los consumidores y usuarios.

Queda por determinar cuáles son los cauces por los que el ejecutado puede oponerse a la ejecución por un cesionario no inscrito. En opinión del profesor MONTERO, como hemos visto, nos encontramos ante un supuesto de *falta de legitimación activa*, de modo que el ejecutado podría oponerse a la ejecución con base en el artículo 559.1.2.º LEC. Nada que oponer a esta interpretación que me parece acertada, pero añadiría que *también existe un defecto del título ejecutivo* que permite fundar la oposición, además, en el artículo 559.1.3.º En ambos casos, y de acuerdo con la rúbrica del artículo 559, se trataría de una oposición por defectos procesales. Pero a mí me parece que el tipo de oposición de que estamos hablando, si no es de fondo, está fuertemente emparentada con la oposición por motivos de fondo.

No obstante, la oposición por falta de inscripción del derecho del ejecutante no debe, normalmente, llegar a producirse nunca, porque se trata de un defecto aparente que el Juez no debe dejar de advertir —de hecho, si la ejecución fuera posible, el Juez debería examinar la existencia y validez de la cesión— para permitir que se subsane, o para dejar sin efecto la ejecución (52), conforme a lo dispuesto en el artículo 559.2 LEC.

VI.4. OPOSICIÓN POR INFRACCIONES LEGALES DEL PROCEDIMIENTO EN EL CURSO DE LA EJECUCIÓN: EL ARTÍCULO 562 LEC

«Artículo 562 LEC. Impugnación de infracciones legales en el curso de la ejecución.

1. Con independencia de la oposición a la ejecución por el ejecutado, según lo dispuesto en los artículos anteriores, todas las personas a que se refiere el artículo 538 podrán denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución:

1.º Por medio del recurso de reposición establecido en la presente Ley si la infracción constara o se cometiera en resolución del tribunal de la ejecución.

2.º Por medio del recurso de apelación en los casos en que expresamente se prevea en esta Ley (53).

3.º Mediante escrito dirigido al Juzgado si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir. En el escrito se expresará con claridad la resolución o actuación que se pretende para remediar la infracción alegada.

(52) Si no se subsana, o si es insubsanable (por ejemplo, por haber existido una doble cesión por parte del mismo cedente).

(53) Creo que en el procedimiento ejecutivo, la LEC no concede nunca el recurso de apelación al ejecutado frente a las resoluciones que se van dictando durante el procedimiento (sí, en algún caso, al ejecutante). Se aplica, pues, la regla general de que contra las resoluciones interlocutorias cabe recurso de reposición, pero no cabe apelación.

2. Si se alegase que la infracción entraña nulidad de actuaciones o el tribunal lo estimase así, se estará a lo dispuesto en los artículos 225 y siguientes».

En este artículo, a diferencia del anterior, la lista de causas de impugnación es abierta: podrá denunciarse la infracción de cualquier norma de procedimiento o cualquier irregularidad procesal que se advierta en las actuaciones judiciales, de modo que, como seguramente es lógico que así sea (54), parece que toda la regulación procedimental se convierte en rito sacramental. Si bien es cierto que en la nueva LEC normalmente la cuestión planteada la resuelve sin más el propio órgano ejecutante (55), ya que tanto el recurso de apelación ante un tribunal distinto del que conoce del procedimiento, como la posibilidad de plantear un incidente posterior de nulidad de actuaciones se reconocen con carácter absolutamente excepcional.

No obstante, sería conveniente fijar algunas pautas que permitan rechazar de plano las reclamaciones abusivas, o simplemente insignificantes. Así, se me ocurre, para concretar un poco esta posibilidad de oposición, que lo de «todas las personas a que se refiere el artículo 538», que en la ejecución hipotecaria pueden ser muchas, habrá de ser entendido como que cada una de ellas podrá realizar la impugnación sólo en relación con los actos que les afecten.

De las infracciones procesales que se pueden cometer durante el curso del procedimiento interesa detenerse en aquellas que pueden entrañar una nulidad de actuaciones.

VI.5. NULIDAD DE ACTUACIONES POR FALTA DE REQUERIMIENTOS O NOTIFICACIONES

Si se alega o el tribunal estima que existe (no que pueda existir, sino que existe, lo cual quizá implica una interpretación restrictiva) nulidad de actuaciones, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 225 LEC (56).

(54) Todos los trámites procesales están para ser respetados, o no son trámites. Lo importante es que el defecto procesal no debe tener más consecuencias que las necesarias para restablecer la finalidad de su existencia. En este sentido, la nueva LEC está muy bien encaminada: hace falta que su intención se cumpla en la práctica.

(55) Parece que el tribunal resuelve inmediatamente, sin que pueda hablarse de suspensión del procedimiento (a menos que, excepcionalmente, pueda recurrirse y se recurra en apelación).

(56) Observar que, de acuerdo con la DF 17.^a LEC 2000, los artículos 225 a 230 no se aplicarán en tanto no se apruebe la reforma de la LOPJ.

CAPITULO IX. De la nulidad de actuaciones. «Artículo 225 LEC. Nulidad de pleno derecho.

Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- 1.º Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.
- 2.º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.
- 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales de procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.
- 4.º Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria.
- 5.º En los demás casos en que esta Ley así lo establezca.»

De esta relación nos interesa sobre todo el punto 3.º, que contempla una nulidad que se puede producir cuando no se realicen, o se realicen defectuosamente, alguno de los *requerimientos y notificaciones* previstos en los artículos 686 y 689 (en relación con los arts. 659 y 660), aunque sólo muy excepcionalmente, y con posterioridad la ejecución, se podrá promover el incidente declarativo de nulidad de actuaciones (57). De hecho, la realidad de la ejecución hipotecaria nos enseña dos cosas: Que no se ejecutan hipotecas, o el acreedor no continúa el procedimiento iniciado por error, por deudas pagadas o no nacidas (con lo que no hay razón para exagerar las garantías en este punto). Y, en lo que ahora nos interesa, que casi todos los problemas de indefensión que plantea una ejecución hipotecaria derivan de la falta o defecto del correspondiente requerimiento o notificación. Como en la vida, en la ejecución hipotecaria siempre es preferible que hablen de ti, aunque sea para mal, a que te ignoren.

Así, por su especial importancia, y por su estrecha relación con el Registro de la Propiedad, conviene hacer un examen somero de la parte demandada y de los requerimientos y notificaciones que deben hacerse durante la ejecución hipotecaria, sobre todo a efectos de una posible oposición —dentro del procedimiento— por nulidad de actuaciones. Del llamado incidente de nulidad de actuaciones, excepcional y posterior a la terminación del procedimiento de ejecución, me ocupo más adelante en otro lugar, aunque es inevitable hacer ahora alguna referencia al tratar de las personas que deben ser demandadas en la ejecución.

La ley distingue varias situaciones:

- La de las personas que deben ser demandadas y requeridas de pago (arts. 685.1 y 686 LEC).

(57) Cfr. artículo 228 LEC y lo que más adelante se dice sobre este tema.

- La del titular dominical sobrevenido que no ha sido requerido de pago, y que debe ser notificado a ciertos efectos (art. 689.1 LEC).
- Y la de los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca, a los que se les debe comunicar la existencia de la ejecución (arts. 659 y 689.2 LEC).
- Finalmente, la ley regula también una peculiar comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho (art. 661).

A todas estas situaciones me refiero brevemente a continuación, prestando especial atención a las contradicciones que presenta la ley en orden a las personas que deben ser demandadas y requeridas de pago y al órgano que debe hacer la comunicación de la existencia de la ejecución a los titulares de derechos y cargas inscritos con posterioridad al derecho del ejecutante.

A) *La parte demandada y los requerimientos de pago en la ejecución hipotecaria: El tercer poseedor extrarregistral*

Dispone el artículo 685.1, que «La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes». Y añade el artículo 686, que «En el mismo auto en que se despache ejecución se mandará que se requiera de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda». La norma continúa diciendo que no se practicará este requerimiento judicial si se acredita haberse efectuado extrajudicialmente conforme al artículo 681.2, y exige que todos estos requerimientos sean practicados en el domicilio que resulte vigente en el Registro.

Estos artículos resuelven las dudas que planteaba la regulación anterior sobre la base de exigir demandar y requerir de pago a todos los interesados, tanto como sujetos pasivos de la obligación garantizada, como por ser dueños del inmueble hipotecado (todo lo cual es conforme, como posibilidad, no como exigencia, con lo dispuesto en el art. 538.2.1.º y 3.º LEC). Resulta también de estos artículos que los interesados que deben ser requeridos de pago, son parte procesal pasiva de la ejecución, de modo que se da una coincidencia absoluta entre parte procesal y persona que tiene derecho a ser requerida de pago.

Pero el principal problema que plantean estas normas es que, con respecto a la situación del tercer poseedor, el artículo 685 *no dice expresamente que en todo caso debe de ser demandado el titular registral* (ausencia que no disculpa el hecho de que también se refiere a la ejecución de hipotecas mo-

biliarias y de prendas sin desplazamiento), y, correlativamente, *no resuelve de forma clara la situación y los derechos del tercer poseedor extrarregistral*.

En mi opinión, por una serie de razones cuya exposición dejo para otro momento, es evidente que en la ejecución hipotecaria inmobiliaria el titular registral debe ser demandado en todo caso (ya que si no lo es no podrá hacerse constar la imprescindible nota marginal a que se refiere el art. 688.2 LEC, ni podrá inscribirse el resultado de la ejecución), mientras que no parece nada claro que, a la vez, y en el mismo concepto de propietario del bien, deba ser demandado el tercer adquirente extrarregistral que hubiese «acreditado» al acreedor su adquisición, pero que por definición pretende ostentar una titularidad contradictoria con los pronunciamientos registrales. Quizá el problema deriva del error de la LEC de emplear, a efectos de determinar las personas que deben ser demandadas, la misma expresión que utilizaba la regla 3.^a, 3.º del artículo 131 LH, para referirse a las personas que debían ser requeridas de pago. Y quizá la solución arrije de la recta interpretación de la expresión «acredite su adquisición» que, en materia inmobiliaria, impediría dar por acreditada cualquier titularidad que contradiga la titularidad registral. Apoya esta interpretación el artículo 686 al exigir que los requerimientos que deben hacerse a los demandados se realicen precisamente en el domicilio que resulte vigente en el Registro (58), y una serie de artículos que demuestran que en la ejecución hipotecaria sólo es tenido en cuenta el titular registral (arts. 640.3, 658, 659, 662, 683.3 ó 689 LEC y 132.1 LH).

Pero es cierto que esta solución, jurídicamente impecable, puede resultar injusta en aquellos casos —normalmente compradores en documento privado que adquieren directamente del constructor— (59) en que la falta de inscripción no sea imputable al interesado. Esta es una situación irregular que excede a la cuestión que ahora tratamos —y que en varios aspectos desafía los fundamentos del sistema de transmisión de los derechos y de protección de los terceros—, cuya cabal solución sólo es posible arbitrando un modo por el que estos titulares puedan acceder al Registro a ciertos efectos. Pero en tanto esto no se produzca, es necesario aclarar la situación del titular extrarregistral ante la ejecución hipotecaria, para lo que entiendo que podemos partir de las siguientes consideraciones.

El hecho de no dirigir la demanda de ejecución hipotecaria frente al propietario de la finca es un defecto que impide el despacho de la ejecución; y el hecho de no demandar al dueño registral impide su prosecución desde que

(58) Aunque esta misma exigencia aparece en la regla 3.^a, 3.º del artículo 131 LH, sin que ello haya sido tenido en cuenta por ciertas resoluciones jurisprudenciales.

(59) No hay sin embargo que exagerar la protección de estos titulares extrarregistrales involuntarios, ya que no hay que olvidar que, salvo casos patológicos, sólo son titulares sobre el papel de una cosa futura o, en el mejor de los casos, de un piso que nunca han llegado a poseer ni a habitar.

el Juez tenga conocimiento de esta situación a través de la certificación registral. Pero el hecho de no demandar al propietario extrarregistral —siempre que exista un demandado en concepto de propietario del inmueble— *no afecta ni al despacho, ni a la continuación, ni a la finalización de la ejecución con la enajenación de la finca*, porque el titular extrarregistral que no es parte de la relación de crédito no es un legitimado pasivo necesario y su ausencia es indetectable. Por eso el artículo 685.1 *no dice que deba ser demandado el propietario extrarregistral de la finca, sino solo y exclusivamente el propietario no deudor «que hubiera acreditado al acreedor la adquisición»*. El que no lo haya hecho, pese a ser igualmente dueño de la finca, no tiene derecho a ser demandado, ni a plantear una nulidad de actuaciones dentro de procedimiento, ni a considerarse indefenso a los efectos de promover en su caso un incidente de nulidad de actuaciones posterior a la ejecución. Sin perjuicio de que pueda presentarse en el proceso e intervenir en los actos que se realicen a partir del momento de su aparición, o evitar la ejecución pagando la deuda reclamada.

Esto significa que *la necesidad de demandar al titular extrarregistral no es una exigencia legal —ni mucho menos una exigencia constitucional derivada del principio de tutela judicial efectiva—, sino sólo una carga del ejecutante que conoce su existencia* y, consecuentemente, que los derechos de que dispone ese titular como parte procesal (no los derechos de intervención que corresponden a cualquier titular que se presente en el procedimiento), *son sólo los que constituyen la sanción al incumplimiento de esa carga y determinan una responsabilidad en el ejecutante*, pero sin que la existencia de un titular extrarregistral no demandado pueda afectar a personas distintas del ejecutante y, singularmente, al adquirente de la finca ejecutada.

En este sentido, para determinar la situación jurídica de este titular, que no haya sido demandado, hay que distinguir según que se presente durante la ejecución o una vez consumada ésta:

- Si se presenta durante la ejecución, el propietario extrarregistral que hubiera acreditado al acreedor su adquisición antes del inicio del procedimiento parece que gozará de más posibilidades de actuación en el procedimiento que el mismo titular que no hubiera hecho aquella acreditación, porque no sólo podrá intervenir en los actos futuros, sino incluso en los actos ya realizados, aunque su repetición suponga un perjuicio para el ejecutante. Por lo demás, como cualquier otro propietario que se presente en la ejecución dispondrá, casi hasta el último momento, de amplias posibilidades de intervención que garantizan la proscripción de la indefensión.
- Una vez consumada la ejecución, *el conflicto ya no se plantea entre el titular extrarregistral (no demandado a pesar de haber acreditado*

al acreedor su adquisición) y el ejecutante (gravado con la carga de dirigir la demanda contra él), sino entre aquel titular y el nuevo propietario, que ha adquirido la finca como resultado de la ejecución, confiando en la seriedad de las ventas judiciales y sin haber tenido ningún medio de conocer la existencia de un titular clandestino.

Y en este conflicto, todas las razones están a favor de considerar que la titularidad del adquirente en la ejecución es inatacable, de modo que el titular extrarregistral no demandado no puede interponer el incidente de nulidad de actuaciones previsto en los artículos 228 LEC y concordantes (60). Porque para el adquirente en la ejecución es indiferente que el titular clandestino hubiera acreditado o no al ejecutante su adquisición (61). Porque no se puede hacer recaer sobre el adquirente en la ejecución las consecuencias de la «negligencia» del acreedor ejecutante. Y porque la seriedad y la dignidad que deben presidir las actuaciones judiciales, y cuyo respeto constituye uno de los objetivos de la nueva LEC, *hacen impensable que las subastas judiciales, y más aún las ventas por persona o entidad especializada, puedan estar invariablemente lastradas* por la coletilla de que la eficacia de la transmisión queda pendiente de que en los próximos cinco años no aparezca un titular clandestino que hubiera acreditado su adquisición al acreedor ejecutante (62).

El titular no demandado sólo podrá, en su caso, dirigirse contra el ejecutante sobre el que recaía la carga de hacerlo. Pero en punto a determinar en concreto cuál es la responsabilidad del acreedor ejecutante que no cumple con lo dispuesto en el artículo 685.1, la cuestión se vuelve mucho más vidriosa. Porque habrá que averiguar qué significa acreditar la adquisición de la finca, ya que hasta ahora al banco, como titular hipotecario, no le ha interesado saber quién es el dueño de la finca —ni puede pretender tener ninguna influencia en este punto porque implicaría una prohibición de disponer vedada por el art. 27 LH—, sino sólo tomar nota de a quién tiene que girar los recibos. De modo que el tercero puede limitarse a manifestar al empleado de ventanilla que, por haber adquirido la finca o por la razón que sea, va a hacerse cargo del pago de la deuda, a pesar de no ostentar la condición de deudor (puesto que, y entonces cambia el papel del banco, para asumir la deuda necesita el consentimiento del acreedor). Habrá también que tomar en consideración la diligencia observada por el tercero que reclama la indemni-

(60) De este incidente me ocupo específicamente más adelante.

(61) Y no creo que nadie defienda que cualquier titular clandestino no demandado, haya o no acreditado su adquisición al ejecutante, pueda promover el incidente de nulidad de actuaciones frente al adquirente en la ejecución.

(62) Cabe incluso considerar que el adquirente en la ejecución es tercero hipotecario frente al defecto de no haber sido demandado un titular clandestino, pero esta perspectiva prefiero dejarla para otra ocasión.

zación, y en concreto las razones que tuvo para, sabiendo que ha comprado una finca hipotecada y, como es su obligación, habiendo descontado o retenido del precio la cuantía pendiente de amortización, no haber inscrito su adquisición, ni haber atendido los pagos a los que ante el propio banco se comprometió, ni haber aparecido durante el transcurso de un procedimiento perfectamente previsible.

En cualquier caso, con la reforma procesal entiendo que deben tenerse por superadas anteriores decisiones jurisprudenciales como las conocidas sentencias del TCO 14/7/88 y del TS 18/5/93. Sentencias que hay que situar en un tiempo histórico en que la posibilidad de impugnar resoluciones judiciales firmes por indefensión era algo novedoso y poco estudiado y que, dicho sea de paso, fueron dictadas en una etapa de desmedido garantismo y de confusión de competencias entre la Justicia Ordinaria y la Constitucional, y tampoco fueron merecedoras en su momento de ser consideradas más que como fallos para casos concretos, y no como instauradoras de un principio general. Probablemente, la redacción del artículo 685.1 LEC responde a la idea de dar satisfacción a estas decisiones jurisprudenciales, pero los reflejos del legislador han sido muy lentos, porque la visión que ahora tenemos de la nulidad de actuaciones dista mucho de la que se tenía hace unos años, y además la realidad es terca y no admite soluciones que no se armonicen con los principios de seriedad de las actuaciones judiciales y de autorresponsabilidad y seguridad jurídica que inspiran el principio de legitimación registral y la institución procesal de la cosa juzgada material, y su variante la cosa ejecutada.

El consejo, no obstante, para todos aquellos que estén a cargo de las asesorías jurídicas de las entidades bancarias, es que tengan en cuenta lo dispuesto en la nueva ley procesal, lleven un estricto control de la información de que dispone la entidad y, en caso de duda, demanden a todo aquel que resulte sospechoso de estar incluido en la expresión del artículo 685.1 LEC.

B) *La notificación al titular de dominio sobrevenido que no ha sido requerido de pago*

El artículo 689.1 regula los derechos que corresponden en la ejecución —el primero de los cuales es el de ser notificado de la existencia del procedimiento—, al tercer poseedor que no es parte procesal, y que por tanto tampoco tiene derecho a ser requerido de pago, por no haber acreditado al acreedor la adquisición del inmueble antes de la interposición de la demanda (vid. arts. 685.1 y 686.1), pero que ha inscrito su derecho en el Registro antes de la expedición de la certificación registral a que se refiere el artículo 688 LEC. Dispone este artículo 689.1, que «Si de la certificación registral apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de

dominio no ha sido requerido (sic) de pago en ninguna de las formas notarial o judicial, previstas en los artículos anteriores, se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona, en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca».

En realidad, de la certificación registral nunca aparecerá si el titular dominical ha sido o no requerido de pago, de modo que lo que la norma quiere decir es que el Juez deberá comprobar si el dueño registral de la finca ha sido demandado y requerido de pago conforme a los artículos 685 y 686 LEC o si, por no darse los presupuestos que contemplan estos preceptos —y en concreto por no haber acreditado al acreedor la adquisición del inmueble antes de la interposición de la demanda—, no ha sido demandado ni requerido y procede hacer la notificación prevista en el artículo 689.1 (63).

En cualquier caso, lo que está claro es que el artículo 689.1 se refiere exclusivamente al titular dominical y no al titular de cualquier otro derecho real, ni siquiera al titular de aquellos derechos que atribuyen la consideración de tercer poseedor conforme al artículo 662.2 LEC (usufructo o dominio directo, ya que los titulares de la nuda propiedad o del dominio útil se pueden considerar titulares de dominio). Se produce así una falta de paralelismo difícil de entender entre el artículo 689.1 y los artículos 685.1 y 686.1, que hablan de tercer poseedor. No obstante, estos titulares no dominicales, siempre que consten inscritos con anterioridad a la expedición de la certificación registral, tendrán el derecho a recibir la comunicación a que se refiere el artículo 689.2.

(63) Pero el artículo 689.1 no dice exactamente esto, ya que su supuesto de hecho es la existencia de un titular registral de dominio que, por cualquier causa, no ha sido requerido de pago, y no la existencia de un titular registral de dominio no requerido y distinto de aquél contra el que debe haberse dirigido la demanda conforme al artículo 685.1. Esta ambigua redacción deja abierta la posibilidad de otras interpretaciones, sobre todo si tenemos en cuenta que, a menos que el ejecutante lo manifieste dirigiendo la demanda contra el tercer poseedor, el Juez no tiene medio de conocer, antes de iniciarse el procedimiento, si este último ha acreditado al acreedor la adquisición de los bienes hipotecados (vid. art. 685.1 *in fine*). Así cabe interpretar que entre los artículos 685.1 y 689.1 —referido uno al tercer adquirente que haya acreditado su condición al acreedor y el otro, con mucha más seguridad y precisión, al tercer adquirente que haya inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad—, existe una discordancia que debe ser resuelta entendiendo que *el único que tiene derecho a ser tenido en cuenta en la ejecución es el titular registral*, y que el hecho de ser inicialmente demandado y parte procesal en la ejecución carece de verdadera importancia, porque la notificación ex artículo 689.1 atribuye al notificado prácticamente los mismos derechos de que goza la parte procesal en la ejecución. De esta forma, además, la notificación ex artículo 689.1, basada en la certificación registral, purgaría cualquier defecto que hubiera podido producirse en la constitución de la relación procesal de acuerdo con el artículo 685.1.

C) *Las discordancias del artículo 132.1.º LH*

Dispone el nuevo artículo 132.1.º LH, en su redacción dada por la reforma procesal, que: «A los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la calificación del Registrador se extenderá a los extremos siguientes: 1.º Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho (*sic*) en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.

Este artículo, defectuosamente redactado, presenta algunas discrepancias con relación a los artículos 685, 686 y 689 en los que indudablemente se fundamenta. Así, exige que sean demandados y requeridos de pago los terceros poseedores que tengan inscrito su derecho al tiempo de expedirse la certificación de cargas, mientras que los preceptos de la LEC sólo establecen que sean demandados y requeridos aquellos que hubieran adquirido y hubieran acreditado al acreedor su adquisición con anterioridad a la interposición de la demanda. Los que no cumplan estos requisitos, si figuran en la certificación de dominio y cargas, sólo deberán ser notificados de la existencia del procedimiento en la forma y a los efectos establecidos en el artículo 689.1 LEC. El problema se concreta, por tanto, al tercer poseedor que no constaba inscrito —ni había acreditado al acreedor su adquisición, si es que esta acreditación se considera suficiente para ser legitimado pasivo necesario— al tiempo de interponerse la demanda, pero que inscribe después —incluso puede que haya adquirido después de interpuesta la demanda—, aunque antes de expedirse la certificación de cargas. Este tercer adquirente no debe ser ni demandado ni requerido ex artículos 685 y 686, sino sólo notificado ex 689.1, todos de la LEC.

D) *La comunicación a otros titulares de derechos y cargas inscritos con posterioridad al derecho del ejecutante*

En este punto me voy a referir principalmente a una cuestión menor que pienso que nunca tenía que haberse planteado, pero que, por la forma en que la LEC la regula, está destinada a crear una cierta, aunque espero que fugaz o efímera polémica, puesto que es un tema que tiene que estar definitivamente resuelto en el momento de la entrada en vigor de la reforma procesal. Se trata de la determinación del órgano encargado de hacer las notificaciones a los titulares de derechos o cargas posteriores a la hipoteca, y anteriores a la nota marginal de expedición de la certificación registral, distintos de los titulares de dominio.

Con respecto a la ejecución general u ordinaria (no hipotecaria), la nueva LEC mantiene el sistema hasta ahora vigente y prevé que el Registrador comunique la existencia de la ejecución a los titulares de derechos y cargas inscritos con posterioridad al derecho del ejecutante (y por tanto sujetos al sistema de pura), pero con anterioridad a la expedición de la certificación prevista en el artículo 656. Así resulta del artículo 659.1 que dice que: «El Registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro» (64). El precepto continúa diciendo que a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la certificación no se les realizará comunicación alguna (ya que, según aclara el art. 132.2.º LH, la nota marginal de expedición de la certificación les sirve de notificación), y regula la intervención de estos titulares en la ejecución.

En cambio, en la ejecución hipotecaria, el sistema hasta ahora vigente es diferente, sobre todo en lo que respecta a los titulares que aparecen en la certificación a que ahora se refiere el artículo 688.1 LEC. Así, a los terceros que inscriben o anotan su derecho después de haber sido expedida la certificación registral no se les realiza comunicación alguna, porque la nota marginal que se practica como consecuencia del despacho de la certificación les advierte de la existencia de la ejecución y les sirve de notificación. Mientras que los terceros que constan inscritos con anterioridad y aparecen en la certificación registral tienen derecho a ser notificados de la existencia de la ejecución. Sólo que, y aquí se encuentra la principal diferencia con respecto a la ejecución ordinaria, esta notificación a personas que tienen derecho a intervenir en diversas fases del procedimiento, se realiza, como es lógico, por el Juzgado y como un trámite más del procedimiento de ejecución.

Esta diferencia en orden al órgano encargado de hacer las notificaciones, según que la ejecución sea ordinaria o hipotecaria, tiene una clara justificación. Tratándose de una ejecución ordinaria, que se desarrolla mediante la técnica de embargo-anotación, la cuestión carece de importancia porque, en realidad, la comunicación es innecesaria y sólo se practica —repito, innecesariamente— a mayor abundamiento, ya que los titulares que deben

(64) Esta última frase es esencial, porque si el domicilio no consta en el Registro, el Registrador no dispone de medios adecuados para llevar a cabo la comunicación. Sin embargo, en contradicción con esta norma, dispone el artículo 660.1 que, «en el caso de que el domicilio no constare en el Registro..., el Registrador practicará nueva (?) comunicación mediante edicto en el tablón de anuncios del Registro, que se publicará durante un plazo de quince días». Lo cierto es que, puesto que el Registro publica la existencia del procedimiento a través de la correspondiente anotación del embargo, si la comunicación en el domicilio ya es innecesaria, esta publicación en el tablón de anuncios resulta ridícula. La publicidad registral resulta y debe resultar de los libros registrales.

ser notificados por el Registro ya tienen conocimiento de la ejecución a través de la anotación del embargo. Pero tratándose de una ejecución hipotecaria, que supone que los terceros han inscrito sus derechos sin tener conocimiento de la existencia de la ejecución, la notificación a personas con intereses en el procedimiento es una función jurisdiccional que corresponde realizar al órgano encargado del proceso, a menos que la realización o la ausencia de estas comunicaciones sea indiferente para el desarrollo del procedimiento (65).

La nueva LEC, según entiendo, mantiene este mismo sistema, pero introduce alguna importante confusión y unas antinomias que es necesario despejar. En cuanto a los terceros posteriores a la expedición de la certificación registral, las cosas siguen igual: no tienen derecho a notificación alguna, porque la nota marginal ex artículo 688.2 les sirve de notificación (art. 132.2.º LH). Pero en cuanto a los terceros posteriores a la hipoteca que constan en la certificación registral, las cosas no están tan fáciles, y es necesario hacer una interpretación correctora a fin de aclarar ciertos puntos oscuros y de eliminar las contradicciones legales.

En mi opinión, el sistema de la nueva LEC se basa en dos distinciones: una, según que estemos ante una ejecución ordinaria o ante una ejecución hipotecaria; y otra, según que los bienes se realicen mediante subasta pública, o mediante convenio o persona o entidad especializada. En cuanto a la primera distinción, la LEC no modifica en esencia el sistema actualmente vigente; en cambio, la segunda distinción es una novedad que deriva de la introducción de formas de realización de los bienes alternativas a la subasta. Sin embargo, la necesidad de tener que dilucidar quién es el órgano encargado de hacer las notificaciones, según que la ejecución sea ordinaria o hipotecaria, deriva de lo dispuesto en el artículo 689.2 LEC, que se refiere a estas notificaciones con una confusa remisión general al artículo 659 LEC, siendo así que la remisión a este artículo debe entenderse hecha únicamente a sus apartados 2 y 3, pero no al 1, según resulta explícitamente de otras normas de la propia LEC. Por el contrario, la necesidad de examinar la cuestión en los supuestos de realización de los bienes alternativos a la subasta es más bien algo que viene impuesto por su carácter novedoso.

Para exponer y tratar de aclarar el sistema de notificaciones que resulta de la nueva LEC, voy a seguir el método de proponer unas conclusiones y de justificarlas a continuación.

(65) La práctica de actos judiciales es una tarea ajena a la función registral y a los principios de su funcionamiento rogado, aparte de que el Registrador no puede hacerse responsable del cumplimiento de requisitos propios del procedimiento ejecutivo que realiza sin garantía, ni, en caso de que haya problemas, los afectados tienen que aceptar como válidas estas notificaciones.

— **Conclusiones:** *En la ejecución ordinaria, basada en la anotación del embargo, y finalizada mediante subasta, el órgano encargado de hacer estas notificaciones es el Registrador de la Propiedad (art. 659 LEC).*

En la ejecución hipotecaria, sumaria u ordinaria, el órgano encargado de hacer estas notificaciones es, como hasta ahora, el Juez o tribunal ante el que se siga el procedimiento (cfr. arts. 691.1, 692.3, y 660.2 LEC, y 132.2.º LH).

También corresponde al tribunal hacer las notificaciones que procedan, aún tratándose de una ejecución ordinaria, en los casos en que la realización de los bienes se lleve a cabo mediante convenio o a través de persona o entidad especializada (arts. 640.3 y 641.3, a los que no les es aplicable lo dispuesto en el art. 659.1, referido a la enajenación mediante subasta).

— **Justificación:** Las anteriores conclusiones resultan con la suficiente rotundidad de las siguientes normas:

1. Del artículo 691.1 LEC (66), que, al disponer que se procederá a la subasta transcurridos treinta días desde que tuvieron lugar las notificaciones antes expresadas, presupone que todas las notificaciones han sido hechas por el tribunal, ya que la propia LEC no prevé ningún medio por el que éste pueda saber en qué momento han tenido lugar las notificaciones que pudiera haber hecho el Registrador.

2. Del artículo 692.3 LEC que dice que: «En el mandamiento que se expida para la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del ejecutante y, en su caso, de las inscripciones y anotaciones posteriores, se expresará, además de lo dispuesto en el artículo 674, que se hicieron las notificaciones a que se refiere el artículo 689». ¿Cómo podría el Juez expresar en el mandamiento, como hace hasta ahora, que se hicieron las notificaciones a que se refiere el artículo 689, si estas comunicaciones las hiciera el Registrador?

3. Del artículo 132.2.º LH, en su redacción dada por la LEC 2000, que dispone que, «A los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la calificación del Registrador se extenderá a los extremos siguientes: 2.º Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca...» ¿Cómo va el Registrador a calificar que se ha cumplido aquello que aparentemente a él le corresponde efectuar?

4. Del artículo 660.2 LEC, que dispone que, «La ausencia de las comunicaciones del Registro o los defectos de forma de que éstas pudieran adolecer no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el

(66) Tomo este argumento de RIVAS TORRALBA, *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 61, junio 2000.

inmueble en la ejecución». Esta norma es la consagración legislativa de la doctrina sentada por la RDGR 1/7/97 que se justifica, según esta DG, en que en la ejecución ordinaria las notificaciones de que tratamos no pueden ser consideradas un trámite sustancial del proceso ni, ante su falta, puede alegarse indefensión, puesto que, como señala el preámbulo del Real Decreto 13/11/92, de reforma en este punto del RH, cuando los titulares de cargas que son sujetos de la notificación adquieren su derecho pudieron conocer perfectamente, por la anotación registral, la concreta situación jurídica del bien adquirido y es a ellos a quienes incumbe «estar alerta para intervenir oportunamente en las actuaciones de ejecución». Por el contrario, la propia DG contraponen la situación de estos titulares a la de los titulares posteriores a una hipoteca en ejecución, dando a entender que la solución del actual artículo 660.2 LEC no es aplicable a la ejecución hipotecaria y que en ésta la notificación a los terceros inscritos es, probablemente, un trámite sustancial del proceso. Pues bien, dado que el artículo 660.2 LEC se refiere en general a las comunicaciones del Registro, y dado que esta norma no se aplica a la ejecución hipotecaria, es lógico deducir que en la ejecución hipotecaria las comunicaciones no las hace el Registro.

5. De la inclusión del artículo 659 LEC dentro de la Sección 6.^a, Cap. IV, Tít. IV, L. III, dedicada a la regulación de la subasta de bienes inmuebles, de donde se deduce que el Registrador sólo tiene el encargo de informar de la existencia del procedimiento, a mayor abundamiento y sin que la falta de comunicación produzca efecto alguno (art. 660.2), a aquellos que ya deben conocer la existencia de la ejecución a través de la correspondiente anotación registral del embargo; pero no de notificar a aquellos terceros que deben prestar su conformidad (art. 640.3) o comparecer, y en su caso consentir (art. 641.3), en el caso de que se opte por una forma de realización de los bienes distinta de la subasta. Ni menos aún corresponde al Registrador determinar quiénes sean estos terceros, cosa que sobre todo en el caso del artículo 641.3 no está nada claro. En estos casos, como siempre que se trate de una ejecución hipotecaria, la notificación a terceros, con importantes derechos a deducir en el procedimiento, es una función jurisdiccional.

En fin, entiendo que esta interpretación no sólo es la más respetuosa con la ley, entendida como un conjunto de normas interrelacionadas, sino la que mejor responde al hecho de que, al efecto de las notificaciones a terceros, la ejecución ordinaria y la hipotecaria no son supuestos análogos sino radicalmente distintos, ya que en la primera cualquier tercero que accede al Registro debe conocer la existencia de la ejecución a través de la correspondiente anotación registral y puede tomar las medidas que considere oportunas, mientras que los terceros que adquieren algún derecho sobre una finca hipotecada, saben que deben soportar la hipoteca, pero ignoran el hecho y el momento de la ejecución. De esta forma, y en atención al principio de la tutela judicial

efectiva, la solución que se propone es, además, la más prudente. La situación, en la ejecución ordinaria, de los terceros posteriores a una anotación de embargo que deben ser notificados por el Registrador conforme al artículo 659.1 LEC se parece más, en la ejecución hipotecaria, a la de los terceros posteriores a la nota marginal a que se refiere el artículo 688.2 LEC, los cuales no tienen derecho a ninguna clase de notificación, porque no se rigen por lo dispuesto en el artículo 659.1, sino por el 659.2 LEC (y 132.2.º LH).

En cualquier caso, es obvio que todo este problema está en relación directa con la naturaleza y valor de la intervención que se atribuya en la ejecución hipotecaria a los titulares de estos derechos y cargas. Naturaleza y calidad que habrá de ser pacientemente dilucidada y concretada, aunque, sin duda, a la vista de los artículos 640.3 y 641.3, adquiere su mayor importancia en los supuestos de realización de los bienes alternativos a la subasta, que están llamados a ser los más frecuentes.

En este sentido, debo reconocer, por honestidad intelectual, que el artículo 660.2 LEC es tan ambiguo y timorato que, en mi opinión, en sus términos literales, es perfectamente aplicable tanto a la ejecución ordinaria como a la ejecución hipotecaria, puesto que, según entiendo y explico más adelante, *la enajenación resultante de la ejecución hipotecaria no puede ser revocada en ningún caso a instancia de los terceros interesados distintos del titular dominical*. Ni a través del declarativo posterior a que se refiere el artículo 698 LEC, ni a través del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 228, que no puede ser promovido por quien no fue o hubiera debido ser parte en el procedimiento de ejecución. Por tanto, la ausencia o el defecto de forma de las comunicaciones que deben realizarse a estos terceros nunca serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución, sea la ejecución ordinaria o hipotecaria, y sea el Juez o el Registrador el encargado de hacerlas (al menos, siempre que el medio de realización del bien sea la subasta). Si esto es así, el artículo 132.2.º LH, en su redacción dada por la LEC, se equivoca al disponer que la calificación registral de los títulos inscribibles resultantes de la ejecución se extienda a la notificación de la existencia del procedimiento a ciertos acreedores y terceros, ya que la ausencia o defecto de estas notificaciones en nada afecta a la práctica de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución hipotecaria. Y el artículo 692.3 LEC se excede al exigir que en el mandamiento de cancelación se exprese que se hicieron las notificaciones a que se refiere el artículo 689, sin distinción, puesto que lo único que debe expresar, en su caso, es que, por darse el concreto supuesto, se practicó la notificación a que se refiere el punto 1 del artículo 689 (67).

(67) Además, siguiendo una errónea concepción tradicional, la ley exige la constancia de esta notificación sólo en el mandamiento de cancelación de cargas, siendo así que

Lo que ocurre es que el artículo 660.2 debe ser objeto de una interpretación extensiva, de acuerdo con su origen histórico y su finalidad, para extraer de él algo distinto de lo que dice. En este sentido, la norma del 660.2 debe ser entendida como una norma que pretende diferenciar la ejecución ordinaria de la hipotecaria —cosa que no resulta de su estrecha redacción—, sobre la base de que en la ejecución ordinaria las comunicaciones del artículo 659.1 son innecesarias, porque el titular posterior debe conocer la existencia del procedimiento de ejecución por la anotación del embargo. Ello lleva a concluir de forma natural que la finalidad de la norma del artículo 660.2 es disponer que en la ejecución ordinaria —única a la que se aplica la norma del 660.2—, aunque las comunicaciones falten o sean defectuosas, el tercero no puede apoyarse en ello para fundar, durante el procedimiento, una oposición por defectos procesales (cfr. sobre todo arts. 562 y 227 LEC). Por el contrario, en la ejecución hipotecaria —a la que no se aplica el 660.2—, la ausencia o los defectos de forma de las comunicaciones que deben ser realizadas a personas que no tienen otro medio de conocer la existencia de la ejecución —en la que tienen importantes intereses y facultades de intervención—, *abre la posibilidad a los terceros afectados de plantear —dentro del procedimiento (nunca por incidente posterior, como veremos)— una oposición por irregularidades del procedimiento (conforme a los arts. 562 y 227 LEC)*. Todo lo anterior, por consiguiente, no invalida al artículo 660.2 como argumento para defender la notificación judicial en la ejecución hipotecaria, sino que lo confirma.

Resta decir que esta regulación sólo se refiere a los titulares de derechos distintos del dominio, puesto que con respecto a éstos las reglas son distintas. Si constan en la certificación de dominio y cargas, y no han sido previamente requeridos de pago, conforme al artículo 689.1 deben ser notificados de la existencia del procedimiento por el Juez (y no por el Registrador). Si acceden al Registro con posterioridad, creo, si no estoy equivocado, que ni la LEC ni el artículo 132 LH los contemplan. Pero habrá que entender que, al igual que ocurre con los titulares de derechos distintos del dominio, la nota marginal de expedición de la certificación les sirve de notificación, aunque, lógicamente y a diferencia de aquéllos, tendrán en el procedimiento los derechos propios de los titulares dominicales.

el defecto afecta a la propia adjudicación o adquisición del rematante o adquirente. No es que su titularidad quede gravada con una carga que no se cancela —cosa que además es imposible en este supuesto porque estamos hablando de un propietario no notificado—, es que su adquisición no es inscribible porque el procedimiento está, de forma patente, amenazado de nulidad, y porque se ha seguido sin tener en cuenta al titular registral. Sobre esta cuestión puede verse mi trabajo, ya antiguo, sobre la cancelación de cargas posteriores a un derecho de opción, publicado en el núm. 691, *RCDI* de 1989. El problema, no obstante, se halla relativizado en la nueva LEC —aunque no bien enfocado y superado— por el nuevo artículo 133 LH, que exige la presentación simultánea del testimonio del auto de adjudicación y del mandamiento de cancelación de cargas.

E) *La notificación a los arrendatarios y ocupantes*

Se halla prevista en el artículo 661 de la nueva LEC. Se trata de una novedad legislativa respecto de la que sólo quiero decir que, según entiendo, la falta de la notificación a que se refiere este precepto no permite a los arrendatarios y ocupantes presentar recurso alguno, ya que no les perjudica en su derecho. El artículo 661 no es una nueva norma de protección de los arrendatarios y ocupantes, sino una norma de reacción frente a la excesiva protección de estos poseedores —a los que muchas veces, por la irregularidad del acto que motiva su aparición, habría que llamar «okupantes»—, que a pesar de su habitual clandestinidad y su falta de preferencia frente a la hipoteca anterior, han llegado, a través de una extraña evolución legislativa y jurisprudencial, a alcanzar un *status* que les faculta para mantener su ocupación, aún a costa de interferir gravemente en las condiciones en que se produce la venta judicial: el órgano judicial anuncia y realiza la venta de una finca, y el adquirente recibe una finca arrendada u ocupada. Así, el nuevo artículo 661, en relación con el 675, lo que pretende es recuperar, en la medida de lo posible, la claridad y seriedad de la ejecución judicial y evitar perjuicios al ejecutante.

En este sentido, la notificación a los arrendatarios y ocupantes constituye para ellos más que un derecho, una exigencia: la de que presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación, puesto que si no comparecen o no justifican su derecho a permanecer en el inmueble, el Juez declarará, antes de proceder a la venta de la finca, que no tienen derecho a permanecer en el inmueble (art. 661) y decretará su inmediato lanzamiento después de la ejecución (art. 675) (68). En cambio, la falta de notificación no les supone ningún perjuicio, ya que de esta ausencia no se sigue efecto alguno (69). De hecho, a menos que se trate de titulares inscritos (en cuyo caso probablemente deberán ser tratados como cualquier otro titular inscrito), si los arrendatarios y ocupantes no constan en el procedimiento, desaparece sin más el trámite de su notificación (70).

(68) A falta de la notificación y declaración a que se refiere el artículo 661, el lanzamiento de los ocupantes también se puede producir después de la ejecución, tras una sencilla vista, conforme al artículo 675 LEC.

(69) Seguramente existen otros perjudicados por esta falta de notificación, distintos de los ocupantes, como los adjudicatarios o adquirentes de la finca, a los que, sin anuncio alguno, se les transmite una situación jurídica sin depurar.

(70) A otros efectos, y en particular a efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la venta o adjudicación resultante del procedimiento, cabe entender que, si se ha practicado la notificación a que se refiere el artículo 661.1, no será necesario acreditar que se ha practicado la notificación al arrendatario a efectos de su derecho de retracto, ya que éste ha podido hacer valer sus derechos en el procedimiento. Se daría así un pequeño paso para eliminar los obstáculos que tradicionalmente ha planteado la posible existencia de arrendatarios clandestinos injustamente sobreprotegidos.

— Para finalizar este punto, es de observar que algunos de los preceptos examinados —como los arts. 659, al que se remite el 689.2, o el art. 662—, están extrañamente situados en la Sección 6.^a del Capítulo IV del Título IV de la LEC, relativa a «la subasta de bienes inmuebles». ¿Quiere esto decir que estas normas no son aplicables en el caso en que se opte por cualquiera de las otras formas alternativas de realización de los bienes hipotecados previstas en los artículos 640 y 641? Lo cierto es que no está claro cuáles de estos preceptos son solamente aplicables al sistema de subasta y cuáles son de aplicación general, cualquiera que sea el método de realización del bien (cfr. arts. 659, 661, 662, 672, 674, 675...).

No cabe duda de que algunos de los artículos incluidos en la Sección relativa a la subasta son aplicables a las demás formas de realización de los bienes por la remisión que establece el último párrafo del artículo 642, que dice que, «aprobada la transmisión, se estará a lo dispuesto para la subasta de inmuebles en lo que se refiere a la distribución de las sumas recaudadas, inscripción del derecho del adquirente y mandamiento de cancelación de cargas». Pero, de una parte, no está claro el alcance de esta remisión (¿se incluye en ella el art. 656, relativo a la expedición de la certificación registral?), y, de otra, existen algunos preceptos a los que parece claro que el artículo 642 no se remite, como los artículos 659, 661, 662 ó 675. Sin embargo, al menos algunas de estas normas deben ser aplicables, cualquiera que sea el sistema de realización del bien (¿pueden incluirse en el reenvío que hace el propio art. 642 en su punto 1?), aparte de que es posible que en el momento en que deban entrar en juego todavía no se sepa cuál va a ser el sistema de realización de los bienes que va a ser utilizado.

VIL RECLAMACIONES RELEGADAS AL JUICIO DECLARATIVO POSTERIOR: LOS EFECTOS DE ESTE JUICIO SOBRE LA EJECUCION CONSUMADA

«Artículo 698. Reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores.

1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, *sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer* el procedimiento que se establece en el presente capítulo.

La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias.

2. Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso de juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor.

El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor.

3. Cuando el acreedor afiance, a satisfacción del tribunal, la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzarán la retención».

VII.1. SISTEMA TÍPICO DE LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN SUMARIOS

Es sustancialmente el siguiente:

1. Se exige al acreedor la tenencia de un específico título ejecutivo singularmente fehaciente y, correlativamente, se limitan las posibilidades de oposición y defensa del ejecutado.

2. Se articula la posibilidad de acudir a un proceso declarativo posterior —o coetáneo, aunque siempre posterior en su finalización— en donde el ejecutado puede discutir todo lo que no pudo plantear en la ejecución, o no pudo defender en ella con todo tipo de pruebas.

En este sentido, se dice que el proceso ejecutivo o de ejecución es un proceso sumario, tanto en cuanto es un proceso ágil y simple, como, sobre todo, porque no produce el efecto de cosa juzgada. Pero creo que puede afirmarse que la relación entre los procesos sumarios —y en concreto, los procesos ejecutivos—, sin efecto de cosa juzgada, y los procesos plenarios que pueden plantearse sobre la misma cuestión, no suele presentarse normalmente con la suficiente claridad. A pesar de esta dificultad inicial, las líneas que siguen pretenden llegar a una solución segura y defender la conclusión de que la ejecución produce en todo caso efecto de cosa ejecutada (71) y también, aunque de forma limitada, efecto de cosa juzgada material. Aunque,

(71) A la cosa ejecutada se refiere el profesor MONTERO como aquel efecto que implicaría que la finca subastada y adjudicada habría salido de modo irreversible de la propiedad del ejecutado. MONTERO AROCA, *ob. cit.*, pág. 1176.

como no es éste el lugar para estudiar estos temas con profundidad, la argumentación tendrá que ser necesariamente breve.

De otra parte, según el TCO, esta posibilidad de acudir a un proceso declarativo después de —o durante— la ejecución hipotecaria evita la indefensión y sostiene la constitucionalidad del procedimiento del artículo 131 LH. Pero esta doctrina constitucional no prejuzga la respuesta del problema que principalmente ahora me planteo, que es el de determinar cuál es el efecto que el resultado de este proceso declarativo produce sobre el proceso de ejecución.

VII.2. Los efectos del juicio declarativo sobre la ejecución en marcha

Resultan claramente de lo dispuesto en el artículo 698.1 LEC: Este proceso no produce nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria. Con otras palabras, esto significa que el juicio declarativo que pueda entablarse sobre nulidad del título de constitución de la hipoteca o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda *no afecta en lo más mínimo al desarrollo del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria*. La interposición o no de la demanda declarativa es algo irrelevante para la ejecución, que seguirá imperturbable hasta el final y, presumiblemente, producirá todos sus efectos con independencia de la existencia de la pretensión declarativa.

En este punto, el artículo 698.1 LEC no hace más que repetir lo dispuesto en el artículo 132 LH, anterior a la reforma procesal, con la importante diferencia, antes señalada, de que el nuevo artículo no incluye entre las posibles reclamaciones relegadas al proceso declarativo *la nulidad de actuaciones*, de donde se deduce que ésta puede y debe ser pretendida dentro del procedimiento de ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 562 LEC y concordantes. Probablemente, cabe también deducir de esta exclusión que las reclamaciones relativas a la nulidad de actuaciones, que excepcionalmente, por no haber podido ser actuadas dentro de la ejecución, puedan formularse en juicio o incidente declarativo posterior, no están sujetas a la regla estricta de no entorpecer el procedimiento de ejecución y de irrelevancia absoluta del proceso declarativo sobre el proceso de ejecución. Pero a esta cuestión me referiré más adelante, porque tiene una especial importancia en relación con la ejecución consumada.

VII.3. LOS EFECTOS DEL DECLARATIVO POSTERIOR SOBRE LA EJECUCIÓN CONSUMADA: LA COSA EJECUTADA

Adelanto que la solución a esta cuestión gira en torno a dos propuestas radicalmente diversas, ninguna plenamente satisfactoria desde el punto de

vista de la justicia, pero sólo una conforme con lo dispuesto en el artículo 698 LEC y con las exigencias de la seguridad jurídica y de la seriedad de las actuaciones judiciales.

A) *Planteamiento de la cuestión*

Desde hace varios años, la doctrina viene admitiendo dos tipos de medidas cautelares para asegurar el resultado o la sentencia que pueda recaer en este especial procedimiento declarativo que cuestiona la legalidad material de una ejecución hipotecaria: 1) La *retención* prevista en el artículo 698.2 LEC (y antes en el 132 LH); y 2) La *anotación preventiva de la demanda* que inicia el proceso declarativo, no prevista en ningún precepto y cuyo encaje en el artículo 42 LH no está muy claro (aunque en realidad depende de la respuesta que demos a la cuestión principal) (72). Según esta doctrina común, esta anotación, posterior a la hipoteca, no se cancelaría tras la ejecución, pues el resultado del proceso declarativo *puede suponer la nulidad de todo lo actuado en el proceso de ejecución e incluso de la adquisición en subasta* por parte del tercero adjudicatario (aunque para cancelar su inscripción habrá de ser demandado en el procedimiento).

Desde esta perspectiva, J. M. GARCÍA GARCÍA (73) entiende que la defensa que tiene el deudor (o el propietario de la finca ejecutada), y que es la que hace que el procedimiento judicial sumario no sea anticonstitucional (conforme a la doctrina del TC), es la de demandar al acreedor en juicio declarativo ordinario (art. 132 LH) y *anotar la demanda en el Registro*. Esta anotación no paraliza el procedimiento de ejecución, pero tampoco podría ser cancelada al término del mismo, de modo que el resultado del procedimiento declarativo afectaría a la adquisición del adjudicatario en la subasta (74).

En este sentido, es una opinión bastante común y una creencia generalizada la de que la ejecución de la hipoteca no tiene virtualidad para cancelar asientos posteriores que, como las anotaciones de demanda, pongan en entredicho a la hipoteca misma, base del procedimiento judicial sumario. Y, tras la reforma introducida en el RH por el Real Decreto 27/3/92, esta tesis viene reforzada por el artículo 236.1, 3 RH, relativo al procedimiento extrajudicial

(72) Aunque el problema no está en si la demanda es o no anotable, sino en los efectos que hay que atribuir a esta anotación. En cualquier caso, tras la entrada en vigor de la LEC, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en su artículo 727 y concordantes.

(73) *El procedimiento judicial sumario*, cit.

(74) De modo que la postura que habitualmente se defiende supone admitir en el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria un incidente declarativo sin efectos suspensivos, sólo que fuera del proceso ejecutivo y por los trámites del juicio que corresponda.

de ejecución hipotecaria, que dice que «La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario, así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos *consignados en el Registro con posterioridad a ella. Se exceptúan aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca*» (75).

Sin embargo, entiendo que esta construcción es enormemente perturbadora para los procedimientos de ejecución hipotecaria y se basa en una comprensión equivocada de los mecanismos procesales. Los procedimientos de ejecución *limitan extraordinariamente las excepciones que puede alegar el ejecutado*, porque hace muchos años que se aprendió que en caso contrario las argucias legales podían eternizar unos procedimientos que se pretenden breves y económicos. Los derechos constitucionales de defensa del ejecutado quedan, en este sistema, salvaguardados por la *limitación de los títulos que pueden provocar la ejecución* a aquellos que son especialmente fehacientes, y por el reconocimiento al ejecutado de la posibilidad de alegar *ciertas excepciones que se considera que evitan la indefensión y cubren las necesarias exigencias de justicia*. La determinación de cuáles son estos títulos y estas excepciones es una prerrogativa del legislador, dentro del marco constitucional. De modo que puede discutirse si los procedimientos hipotecarios cumplen o no las exigencias constitucionales que proscriben la indefensión, pero lo que no puede pretenderse es que, si el legislador ha fijado las causas taxativas que pueden provocar la suspensión o el entorpecimiento de la ejecución, *ésta pueda ser, aunque no paralizada, gravemente afectada por otras causas distintas*. Las causas que no pueden paralizar el procedimiento de ejecución tampoco pueden, lógicamente, afectar al resultado de este procedimiento. La adquisición del adjudicatario no puede quedar pendiente de un procedimiento declarativo ordinario que pueda resolverse varios años después (76). Y la subasta del inmueble no puede convertirse en la subasta de un derecho litigioso, porque el Estado y los contribuyentes no pueden permitirse el lujo de organizar ventas judiciales que ya se anuncian como revocables, y porque hacerlo determinaría inevitablemente una rebaja de las posturas y supondría desvirtuar la ejecución.

Se ha sugerido que el resultado de este juicio podría afectar al adjudicatario si el ejecutado amplía la demanda y la dirige contra él. Pero sin duda ésta es una solución falsa porque, aunque es evidente que cualquier juicio

(75) Ver sobre el tema: FERNANDO DE LA PUENTE, «La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones», en *RCDI*, núm. 643.

(76) ¿Qué familia puede permitirse la ligereza de adquirir un piso en una ejecución y vivir con el sobresalto de un posible desalojo?

puede afectar a los que son demandados en el mismo, lo que aquí interesa destacar es que *dicho adjudicatario no podrá ser condenado y perturbado en su adquisición por el mero hecho de ser adjudicatario*. Otra cosa sería que en el declarativo resultase probado que el adjudicatario actuó de mala fe o actuó coadyuvó al fraude, en el bien entendido de que no existe mala fe por el hecho de participar en la subasta sabiendo que el deudor ha demandado la nulidad por causas que no suspenden ni entorpecen la ejecución, y que, por definición, no pueden afectarla.

Por ello, parece más lógico entender que el procedimiento declarativo que puede entablar el deudor contra su acreedor por causas distintas de las que puede alegar en el procedimiento de ejecución no puede tener consecuencias sobre la finca subastada, sino sólo condenar al acreedor ejecutante al pago de una indemnización. Y esto es lo que resultaba, aunque no era así entendido, del artículo 132 LH anterior a la reforma procesal, que sólo atribuía al demandante la posibilidad de asegurar la ejecución de la sentencia que recayera en el declarativo solicitando en el ejecutivo *la retención* del importe de la subasta, pero no instando la anotación registral de la demanda (77).

B) Situación tras la entrada en vigor de la LEC 2000

En esta polémica, que es anterior a la reforma procesal y en la que yo he sostenido una posición crítica con la doctrina común, la LEC 2000 ha introducido, al menos, tres novedades, pero también ha conservado una norma importante:

1. *La retención como única medida cautelar y la irrevocabilidad de la enajenación judicialmente intervenida.*

La norma que se conserva, con alguna variación irrelevante, es la de reconocer al reclamante en el juicio declarativo *como única medida cautelar para asegurar la efectividad de la sentencia* que se dicte en el mismo, el derecho a solicitar la retención de todo o parte de la cantidad que como resultado de la ejecución deba ser entregada al acreedor (art. 698.2 LEC). Y la nueva ley sigue concediendo esta única medida cautelar, a sabiendas de que con ella no se asegura propiamente la recuperación de la finca vendida o subastada, sino sólo el cobro de una indemnización. Y si aún así la ley *dice literalmente que la retención se practica precisamente para asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en el declarativo*, ello sólo puede significar que está presuponiendo que la sentencia que pueda recaer en este juicio

(77) De esta opinión, aunque no la defiende hasta el final, parece ser MONTERO AROCA, *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH*, Valencia, 1998, pág. 1176.

no puede afectar a la enajenación judicial realizada, sino tan sólo establecer una indemnización compensatoria. Es decir, que el juicio declarativo posterior a la ejecución no puede invalidar la enajenación de la finca ni afectar a la adquisición del rematante o adjudicatario, que es inatacable.

En ningún lugar de este artículo 698, que es donde la LEC regula íntegramente esta materia, se prevé o se sugiere siquiera, sino más bien al contrario, que la sentencia que se dicte en el juicio declarativo al que se refiere tenga algún efecto sobre la subasta o sobre la enajenación de la finca hipotecada —o sobre la adquisición de la misma por parte del adjudicatario—, que se haya producido como resultado de la ejecución que, conforme a la ley, ha seguido su camino hasta el auto definitivo. Ni mucho menos aparece en este artículo la posibilidad de asegurar la resolución del derecho del adquirente del adjudicatario —ya que el propio adjudicatario, como parte en la enajenación resultante del proceso de ejecución, no estaría protegido por el Registro frente a la resolución de su derecho— mediante la anotación registral de la demanda (78).

2. *La cancelación o la pervivencia de la anotación registral de la demanda declarativa.*

En contradicción con el citado artículo 698.2, el nuevo artículo 131 LH establece la primera de las novedades a que me he referido. Dicho artículo ahora dice que: «Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras *que no se basen* en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, *siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas*».

Este artículo sugiere dos comentarios críticos.

2.1. La ley dice que se cancelarán todas las anotaciones de demanda que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, *excepto las que se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución*. ¿Y por qué no se cancelarán las que se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución?

En primer lugar hay que tener en cuenta que si el ejecutado dispone de una causa de oposición a la ejecución, lo que tiene que hacer no es interponer una demanda declarativa en otro Juzgado, sino ejercitar su derecho a oponerse a la ejecución (lo que no da lugar a la práctica de ninguna anotación preventiva). Y si la causa de oposición es desestimada y el ejecutado acude entonces

(78) Por el contrario, el artículo dice que cualquier otra reclamación se ventilará en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento ejecutivo. Y si este juicio declarativo amenaza la eficacia de la venta judicial, no cabe duda de que *entorpece* el procedimiento de ejecución.

a un declarativo para hacer valer la misma causa que ha sido rechazada como tal por el Juez de la ejecución, ¿puede producir esta demanda efectos diferentes a cualquier otra en la que, por ejemplo, se pida la nulidad de la propia hipoteca? ¿Puede ser que las anotaciones a que den lugar estas demandas, aunque sean posteriores a la nota marginal de expedición de la certificación, no sean canceladas y las demás sí? Porque hay que observar que el hecho de que determinadas pretensiones estén admitidas como causas de oposición a la ejecución, se debe a su carácter fehaciente e inconcuso, no a que tengan una fuerza o un valor jurídico superior a las demás, una vez estén debidamente acreditadas en el proceso correspondiente.

¿Y cómo podemos saber que tales anotaciones se basan en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, si, de hecho, el Juez de la ejecución ha desestimado la oposición precisamente por entender que no se basa en ninguno de los supuestos que pueden suspender la ejecución? ¿Y quién sería competente para enjuiciar si estamos o no ante este tipo de anotaciones que, al parecer, no deben ser canceladas? Desde luego no el Registrador de la Propiedad, que no es competente para hacer un juicio de valor de este tipo, ni para revisar la actuación judicial. ¿Sería entonces el propio Juez de la ejecución encargado de ordenar la cancelación de cargas posteriores y que, en su momento, no consideró que la demanda objeto de la anotación estuviera fundada en una causa de suspensión de la ejecución, el que entendería y mandaría ahora que la anotación no debe ser cancelada?

De otra parte —y aunque ésta es una cuestión que ahora sólo puedo apuntar— parece que el proceso de ejecución, aunque sumario, no está completamente desprovisto del efecto de cosa juzgada, sino que produce este efecto de forma limitada respecto de aquellas cuestiones que han podido ser perfectamente discutidas en el mismo. Así resulta con carácter general del artículo 564 LEC —que se refiere a hechos o actos distintos de los admitidos por la LEC como causas de oposición a la ejecución—, y específicamente y con mayor claridad del artículo 698 LEC, que se sitúa bajo el expresivo título de «reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores», y que dice que se ventilará en el juicio que corresponda cualquier reclamación «que no se halle comprendida en los artículos anteriores». Si esto es así, hay que concluir que, *precisamente, el único juicio declarativo que no cabe plantear es el que pretenda basarse en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución*, puesto que estas causas de oposición han podido y debido ventilarse dentro del propio procedimiento ejecutivo.

Obviamente pues, esta excepción introducida por el artículo 131 LH, engañosamente atractiva a primera vista, no parece tener ningún sentido (79);

(79) No cabe decir que se refiere a alegaciones que pueden ser formuladas en el proceso de ejecución, pero no pueden ser defendidas en él con todo tipo de pruebas,

aparte de que, desde luego, no es el artículo 131 LH el lugar adecuado para introducir una diferencia de efectos del juicio declarativo posterior sobre la ejecución consumada según que la demanda se base en una u otra causa. Por ello entiendo, en esta primera aproximación a la nueva regulación introducida por la LEC 2000, que *esta excepción debe tenerse por no puesta* y que, a salvo lo que enseguida diré, todas las anotaciones de demanda, y desde luego al menos las que sean posteriores a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas, deben ser canceladas sin distinción (80).

2.2. En cuanto al tema principal que nos ocupa, y excluyendo la infundada excepción que acabamos de ver, de este precepto se deduce la elección del legislador: los procesos anotados con anterioridad a que se haga constar la nota marginal de existencia de la ejecución afectarán al proceso ejecutivo; los anotados después no. Hay una clara razón para esta decisión, y es que los adjudicatarios no tienen porqué conocer lo que se presenta en el Registro después de expedida la certificación de cargas: el rematante sólo debe contar con las cargas que constan en la certificación registral, que normalmente, si son posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ejecuta, no le afectarán porque serán canceladas tras la ejecución.

Sin embargo, a la hora de determinar los efectos que produce el juicio declarativo posterior (en el sentido de que termina con posterioridad a la ejecución) sobre la ejecución y adjudicación de la finca, esta distinción entre anotación anterior o posterior a la certificación de cargas no tiene sentido, porque el anotante posterior a la expedición de la certificación, que normalmente será el ejecutado, puede hacer saber en el procedimiento ejecutivo que ha interpuesto una demanda declarativa de nulidad del crédito hipotecario —y si se ha preocupado de anotar la demanda en el Registro, es lógico que también se ocupe de hacer esta trascendental comunicación—, y porque en todo caso el Registrador comunicará al Juez la extensión de la anotación, cualquiera que sea el momento en que se produzca, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 135 LH.

porque los supuestos de oposición material a la ejecución son tan concretos que no precisan de otra prueba que la permitida en la ejecución, o son tan cerrados que la restricción de pruebas forma parte integrante del propio supuesto de suspensión de la ejecución.

(80) La redacción definitiva de este artículo 131 LH ha seguido un proceso accidentado. El Anteproyecto de 1997 decía algo sustancialmente distinto: «Una vez que se ha hecho constar en el Registro la iniciación del procedimiento a través de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, no se podrá tomar anotación de demanda de nulidad de la propia hipoteca, salvo que se base en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución». Es claro que no es lo mismo posibilitar la práctica de la anotación, que establecer que no se cancelará tras la ejecución. Aunque no se ve qué utilidad podría tener la anotación de una demanda de este tipo, o porqué alguien iba a reclamar en un declarativo lo que puede discutir en el proceso de ejecución.

En este sentido es de observar que, en caso de realización del bien por persona o entidad especializada, el artículo 641.3 LEC exige que sean convocadas a una comparecencia previa, y en su caso consientan la enajenación, todos aquellos quienes *conste en el proceso* que pudieran estar interesados (y no sólo los que consten en la certificación registral, cuya expedición no está claramente prevista, pero entiendo que es inevitable). Del mismo modo, creo que, en caso de convenio de realización, las personas que deben prestar su conformidad de acuerdo con lo previsto en el artículo 640.3 no son sólo los que consten en la certificación registral (que también considero necesaria), sino todos los acreedores y terceros poseedores inscritos que consten en el procedimiento en el momento de aprobación del convenio (81).

Y entonces: ¿*Quid iuris* si, a pesar de tratarse de una anotación posterior a la nota de expedición de la certificación, el demandante se preocupa de poner este hecho en conocimiento del Juez y solicita que la finca sea subastada con la advertencia de la existencia de la contienda judicial? ¿O si, simplemente, la existencia de la anotación consta en el proceso a través de la comunicación registral? (82). En todo caso, habría que distinguir, no entre anotaciones anteriores o posteriores a la nota marginal, sino según que el Juez que lleva la ejecución, por medio de la certificación registral o posteriormente

(81) Es dudoso, a pesar de la redacción legal, si deben prestar su conformidad los acreedores y terceros que existan al tiempo de la aprobación judicial del convenio, o sólo los que existan al tiempo de ser acordado entre ejecutante y ejecutado. En este sentido, el artículo 673 del Anteproyecto de LEC, que regulaba los procedimientos alternativos de realización después de la subasta y presuponía que ya se había expedido la certificación registral que hoy exige el artículo 656, disponía que era necesaria la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta «y antes de la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento». Esto significaba que, al contrario de lo que ahora sostengo por aplicación analógica del artículo 641 y por ser lo más razonable, los únicos que debían prestar su conformidad eran los acreedores y terceros que constaran en la certificación registral. Y significaba, en consecuencia, que estas personas ya estaban determinadas al tiempo de acordarse el convenio entre ejecutante y ejecutado y que el texto que exige su conformidad para la aprobación judicial no tenía intención de fijar quiénes debían prestarla. Así, con la ley definitiva, cabe interpretar que quienes deben prestar su conformidad al convenio no son sólo los que consten en la certificación registral, pero sin que ello implique entender que haya que tener en cuenta a personas que aparezcan después del acuerdo entre las partes. De otra parte, en cuanto se trata de formas de realización del inmueble sujeto al proceso de ejecución, parece que a efectos de las conformidades y acuerdos previstos en los artículos 640.3 y 641.3, no debe ser tenido en cuenta el deudor ejecutado que no sea dueño de la finca a realizar. Pero esto tampoco es absolutamente claro.

(82) Con lo que no cabe siquiera el extraño supuesto del ejecutado negligente que interpone una demanda declarativa, pero omite dar conocimiento de esta interposición en el juicio de ejecución y deja que la subasta se consume sin que el adjudicatario tenga conocimiento de la demanda.

por cualquier otro medio, haya tenido o no conocimiento fehaciente de la interposición de la demanda, y, por consiguiente, según que la finca salga a subasta con la «carga» de la demanda o sin ella (83) (84).

Pero todo esto son lucubraciones que nos distraen de la verdadera cuestión de fondo, porque el problema fundamental no es ese: es que *no puede organizarse una subasta judicial amenazada de ineficacia*. Esto sería una irresponsabilidad institucional y una burla para los derechos de todos los interesados en la ejecución, incluido el propio ejecutado, que puede obtener un precio ridículo por la finca y no lograr después una sentencia favorable en el proceso declarativo. La ejecución judicial debe garantizar al adquirente la posesión pacífica del derecho adquirido y no atribuirle un derecho litigioso. Al menos frente a los terceros adquirentes o adjudicatarios, el procedimiento judicial de ejecución debe ser, por definición, plenamente eficaz.

3. *La introducción de formas alternativas de realización del bien.*

La segunda novedad aportada por la LEC 2000 es la *introducción de procedimientos de realización del valor de la finca hipotecada alternativos a la subasta*, como son la enajenación por medio de persona o entidad especializada, o la realización en la forma convenida entre las partes e interesados y aprobada por el tribunal (art. 636 y concordantes) (85). Tras esta importante reforma, que prácticamente reduce la subasta a la condición de medio subsidiario e indeseable de realización del inmueble, el problema adquiere una nueva dimensión, porque ¿cómo puede pretenderse seriamente que alguien se encargue de organizar la venta de un bien sujeto a un proceso que puede determinar la resolución de la transmisión? (86).

4. *La nueva regulación de la ejecución provisional y de las medidas cautelares.*

(83) En cuyo caso lo que debería hacer la ley es advertir que sólo serán respetados y afectarán al adjudicatario los derechos de los anotantes que hayan comunicado la interposición de la demanda al órgano ejecutante.

(84) Sobre el tema de si el adjudicatario es tercero hipotecario frente a la demanda declarativa, ver más adelante. Aunque sin duda no lo es si la finca se subasta con la carga de la demanda o si ésta consta anotada en el Registro (aunque sea con posterioridad a la nota de expedición de la certificación).

(85) Incluso la posibilidad del convenio de realización del bien no es contradictorio con el hecho de que el deudor haya interpuesto una demanda declarativa pretendiendo la nulidad de la ejecución, porque, ante la incertidumbre del resultado del juicio, el deudor puede preferir evitar la subasta.

(86) Las enajenaciones por convenio o por entidad especializada no son, propiamente, enajenaciones judiciales, pero siguen siendo enajenaciones judicialmente intervenidas y oficialmente auspiciadas, por lo que no cambia nada de lo anteriormente dicho sobre el rigor y la seriedad que deben presidir estos actos. A fin de cuentas, el Juez nunca ha vendido. Lo que hay son enajenaciones derivadas de un incumplimiento contractual, sin que el dueño tenga o hubiera tenido, de no ser por esta circunstancia, verdadera voluntad de vender.

La nueva regulación de la ejecución provisional establecida en los artículos 526 y siguientes permite, como regla general, que las sentencias dictadas en Primera Instancia sean provisionalmente ejecutadas sin necesidad de prestar caución alguna. Tras esta innovación, una venta judicial realizada en un proceso de ejecución que estuviera sujeta al resultado de un declarativo posterior, se parece demasiado a una especie de ejecución provisional. Y es claro que *no es lo mismo una ejecución sumaria que una ejecución provisional*: la ejecución sumaria puede no producir cosa juzgada, pero desde luego produce cosa ejecutada.

La ejecución provisional es una ejecución condicional dentro de un litigio que no ha terminado, sino que continúa en apelación. En cambio, la ejecución forzosa no es un proceso inacabado, ni una ejecución condicional que concluye con una venta condicional, sino un proceso específico y diferente del posible declarativo posterior, que concluye con un efecto propio que es la enajenación definitiva del bien ejecutado. Y por su parte, el adquirente en la ejecución no es una parte procesal que momentáneamente ha ganado una batalla pero no la guerra, sino un tercero comprador de la finca que no tiene nada que ver con más guerras que la de su propia adquisición.

Por eso, al contrario de lo que ocurre con la ejecución provisional, en ninguna parte se regulan los efectos de la revocación de la ejecución forzosa, porque aquí no hay nada que pueda ser revocado. Y por eso las sentencias que no sean firmes ejecutadas provisionalmente no se inscriben en el Registro de la Propiedad, sino que simplemente son objeto de un asiento provisional de anotación preventiva (art. 524.4 LEC). Mientras que la venta resultante de la ejecución forzosa accede al Registro a través de un asiento de inscripción definitivo, y las cargas posteriores al derecho ejecutado son, igualmente, objeto de una cancelación definitiva (arts. 674 LEC y 134 LH).

Sin embargo, hay algo en que la ejecución forzosa y la ejecución provisional se parecen. Ambas entrañan riesgos, hasta el punto de que la nueva regulación de la ejecución provisional es uno de los temas que más preocupan en los meses previos a su entrada en vigor. Pero el riesgo es consustancial a toda actuación judicial, y la nueva LEC ha decidido asumir ciertos riesgos con el fin de evitar mayores injusticias.

De otra parte, la nueva LEC consagra en el artículo 726.2 la posibilidad de adoptar *medidas cautelares de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso*, con carácter condicional y sin que ello prejuzgue la sentencia que en definitiva se dicte. Y aunque éste parece un supuesto muy alejado de la ejecución forzosa, lo cierto es que también se parece demasiado a la idea tradicional de la ejecución como enajenación condicionada al resultado de un proceso declarativo posterior. Y una vez más hay que decir que la ejecución forzosa no es, de ningún modo, una medida cautelar anticipatoria de la condena, pero revocable, entre otras cosas porque el adquirente es un ter-

cero al que no cabe favorecer o condenar ni en la ejecución ni en el declarativo posterior, para el que, entiendo, carece de legitimación pasiva como tal adquirente (aunque quizá la tiene como participante de un posible engaño o fraude).

C) *La exageración de los efectos de la anotación de demanda*

El legislador, en realidad, no establece en ningún lugar que el proceso declarativo que ponga en cuestión la existencia, cuantía o exigibilidad del crédito hipotecario, o la hipoteca misma, pueda afectar al procedimiento de ejecución o al resultado *real* de la misma (la enajenación del inmueble y su efectiva adquisición incondicionada por el comprador), sino que, por el contrario, el artículo 698 LEC dispone y presupone que este procedimiento declarativo nunca entorpece la ejecución y que su efectividad sólo puede asegurarse mediante la retención de todo o parte de la cantidad que deba entregarse al acreedor como consecuencia de la ejecución consumada (efectividad, por tanto, relativa, porque no posibilita la recuperación de la titularidad de la finca definitivamente enajenada).

Por su parte, el artículo 131 LH únicamente establece, sin referirse para nada al artículo 698 LEC o al proceso declarativo al que éste se refiere, que ciertas anotaciones de demanda no serán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación de cargas resultante del procedimiento de ejecución hipotecaria, pero no dice, porque tampoco es el lugar para hacerlo, que la sentencia que recaiga en los procesos a que estas anotaciones se refieren pueda afectar a la enajenación resultante del procedimiento de ejecución. Sin embargo, parece que presupone esta conclusión, porque esta afección es la única razón que explicaría la subsistencia de esas anotaciones tras la ejecución. De este modo, la subordinación del proceso de ejecución y de la adquisición del inmueble enajenado al resultado del proceso declarativo se introduce de forma indirecta y solapada, con nocturnidad, en un artículo aparentemente inocuo destinado a regular algo tan alejado como es una actuación registral, hasta el punto de que cabe dudar de que el legislador haya sido consciente de lo que, furtivamente, estaba estableciendo y haya tenido voluntad de hacerlo.

Pero además, la técnica legislativa que basa la supeditación de la eficacia transmisiva de la realización del bien exclusivamente en la norma del artículo 131 LH es desacertada, porque *parece presuponer que el efecto del declarativo posterior sobre la ejecución consumada depende de que se practique o deje de practicarse en el Registro de la Propiedad la anotación de la demanda*. De este modo se atribuyen a la anotación de demanda unos efectos que son completamente extraños a su función. La práctica de la anotación de demanda sólo tiene la función cautelar de evitar el surgimiento de un tercero

hipotecario protegido que pueda determinar la inutilidad del proceso (87), lo que no es poco, pero en ningún caso la de atribuir al juicio declarativo la virtualidad de anular la eficacia traslativa de una ejecución. La constancia registral de la demanda tiene un enorme interés para asegurar los efectos propios del proceso a que se refiere, pero no tiene ninguna virtualidad para limitar o condicionar los efectos propios de otro proceso anterior como es el juicio de ejecución. Y estos efectos son los típicos de una ejecución sumaria, que no produce cosa juzgada, pero sí cosa ejecutada que determina la definitiva eficacia de la venta judicial.

Todo lo anterior resulta con claridad de la naturaleza de los procesos sumarios de ejecución y de lo dispuesto de forma muy cristalina en el artículo 698 LEC, con respecto a lo que el artículo 131 LH constituye una incompatibilidad o una contradicción. Pero la utilización inoportuna de la anotación de demanda para condicionar los efectos de la ejecución hipotecaria es más evidente si tomamos en cuenta que, según la opinión dominante (88), aunque falte la anotación, el adjudicatario no es un tercero hipotecario, puesto que es parte en la enajenación puesta en entredicho por la demanda declarativa (89), de modo que, frente a él, la práctica de la anotación de la demanda es algo irrelevante (90).

(87) O bien, publicar la existencia del proceso para hacer oponible su resultado a ciertas personas distintas de las partes litigantes, aunque no sean terceros hipotecarios. Sobre este tema puede verse el trabajo de CELESTINO PARDO NÚÑEZ, *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Madrid, 1997.

(88) En este sentido, ANTONIO MONSERRAT, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, pág. 489, y diversas STS citadas por este autor en la pág. 531. Aunque para que resulte afectado por la declaración de nulidad de la ejecución deberá haber sido demandado en el procedimiento. En cambio, el subadquirente o adquirente del rematante sí estaría protegido por el artículo 34 LH, y no resultaría alcanzado por la nulidad del procedimiento de ejecución, siempre que reúna todos los requisitos necesarios para esta protección y la demanda no conste anotada en el Registro.

(89) ¿El adjudicatario es tercero hipotecario? Como he dicho, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia hasta ahora decían que no (STS 18/5/93). Pero ¿puede plantearse la cuestión en los mismos términos a partir de la nueva LEC? En mi opinión, puede que haya que distinguir: es posible que no sea tercero respecto a defectos del propio acto de realización del bien que constituye su título adquisitivo (subasta, convenio, etc.). Una subasta viciada no puede hacer inatacable la posición del adjudicatario. Pero sí es tercero respecto al resto del procedimiento, o no necesita serlo para resultar protegido por la eficacia propia de la ejecución, puesto que las irregularidades procesales deben ser alegadas por los interesados y resueltas dentro del propio procedimiento conforme al artículo 562 LEC (sin perjuicio del caso excepcional de la nulidad de actuaciones a que se refiere el art. 228 LEC). La falta, por ejemplo, de un requerimiento de pago, no puede afectar a la adquisición del rematante o del comprador que adquiere de una entidad especializada.

(90) Sin duda, tampoco sería tercero protegido si la finca se subasta con la «carga» de la demanda, pero estoy poniéndome en la hipótesis más difícil de que falte la anotación preventiva y el Juez haya subastado la finca sin ninguna advertencia.

D) *La comparación con lo que sucede en la ejecución ordinaria no hipotecaria*

El proceso ordinario de ejecución permite una cognición algo más amplia que la existente en la ejecución hipotecaria especial, pero tiene la misma naturaleza sumaria y no produce los plenos efectos propios de la cosa juzgada, de modo que el ejecutado puede también acudir a un proceso declarativo plenario para discutir cualquier cuestión material que no haya podido formular o defender adecuadamente en el proceso de ejecución. Pero, por lo que yo sé, con relación al procedimiento ejecutivo hasta ahora vigente, no se ha defendido que la enajenación judicial resultante esté condicionada al resultado de un hipotético proceso declarativo sobre la existencia o exigibilidad del crédito que se ejecuta.

En la nueva LEC, la naturaleza sumaria de la ejecución ordinaria y la posibilidad de acudir a un declarativo posterior resultan de lo dispuesto en los artículos 561.1 y 564, cuyo examen detallado dejo para otra ocasión. Ahora me basta con preguntar: ¿La enajenación resultante de un proceso de ejecución ordinario, no hipotecario, está acaso subordinada al resultado del proceso declarativo que puede finalizar algunos años después? ¿Por qué la LEC no ha introducido para este proceso una norma similar a la que contiene el artículo 131 LH para la ejecución hipotecaria, prohibiendo la cancelación de ciertas anotaciones de demanda posteriores al embargo?

E) *A modo de conclusión*

Creo que puede sostenerse que la ejecución forzosa tiene como efecto propio el de la irrevocabilidad de la enajenación judicialmente intervenida.

Y que, en consecuencia, el artículo 131 LH, en el punto a que ahora me refiero, constituye una antinomia y no debe ser aplicado. Una antinomia con respecto al artículo 698 LEC, que se refiere a la retención como única medida para asegurar la eficacia de la sentencia que recaiga en el proceso declarativo. Probablemente también constituye una antinomia con respecto a los artículos 134 LH y 674.2 LEC —al que se remite con una redacción algo corta el art. 692.3—, que se refieren a la cancelación, tras la ejecución, de todas las inscripciones y anotaciones posteriores. Pero sobre todo, el artículo 131 LH choca frontalmente con el mismo significado de la ejecución y con los principios que esencialmente inspiran la reforma procesal, como son el propósito de dignificar y dar seriedad a las ventas judiciales, y el de crear un nuevo marco de transparencia y claridad que acabe con la lacra de los «subasteros» y con la vergüenza de malbaratar los bienes del ejecutado. Algo que

no se compagina con la organización de la enajenación de una caja de sorpresas, como es la venta de un bien litigioso.

En fin, si hasta ahora yo había defendido esta solución como más acertada, aunque, en ocasiones, sin demasiado convencimiento —porque a veces el «malo» de la historia no era el acreedor despiadado y falto de escrúpulos, ni el deudor desleal e incumplidor, sino sólo el cuervo subastero que no merecía ser protegido en su adquisición—, a partir de la entrada en vigor de la nueva LEC, y extirpado el cáncer de los subasteros, la cuestión no debe ofrecer ninguna duda.

VIII. LA NULIDAD DE ACTUACIONES Y SUS EFECTOS SOBRE LA EJECUCION CONSUMADA

Además de reclamar en juicio declarativo por razón de cuestiones relativas a la relación jurídica material, el ejecutado, o quien hubiera debido ser parte legítima en la ejecución, puede promover, por defectos formales y de modo excepcional, el llamado incidente de nulidad de actuaciones regulado en los artículos 225 y siguientes LEC 2000 (91). ¿Qué efecto tiene este incidente sobre el proceso de ejecución hipotecaria?

A) LA NULIDAD DE ACTUACIONES DENTRO DEL PROCEDIMIENTO Y EL INCIDENTE POSTERIOR

Antes que nada hay que advertir que, tal y como he dicho al hablar de la oposición por defectos procesales, en la nueva regulación de la ejecución hipotecaria hay que dar por superadas las dudas anteriores y entender que *los defectos de procedimiento deben ser denunciados y resueltos dentro del propio proceso de ejecución*, conforme a lo dispuesto en el artículo 562 LEC. Además, en el caso de que nos encontremos ante un supuesto de nulidad de los actos procesales —o ante defectos de forma sustanciales o que impliquen indefensión—, el artículo 227 LEC establece que los defectos de que se trate se harán valer, siempre dentro del procedimiento, por medio de los correspondientes recursos, e incluso que la nulidad podrá ser declarada por simple instancia de parte o de oficio por el tribunal. Concretamente, y creo que de forma bastante clara, dice el artículo 227 que: «1. La nulidad de pleno de-

(91) Estos preceptos son los que voy a tener en cuenta en la exposición, a pesar de que no entran en vigor hasta que se proceda a la reforma de la LOPJ (DF 17.^a LEC). Hasta ese momento la nulidad de actuaciones se seguirá rigiendo por el artículo 240 LOPJ, en su redacción dada por la LO 14/5/99.

recho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate. 2. Sin perjuicio de ello, el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular». Aunque, añade, «en ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso». Finalmente, en relación con la nulidad de los actos procesales, tiene especial interés el artículo 225.3.º que dice que serán nulos de pleno derecho «cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión» (o mejor, según entiendo, *se haya producido* indefensión).

Por consiguiente, el llamado incidente excepcional de nulidad de actuaciones, que no es por tanto un incidente, sólo es posible interponerlo con posterioridad a la terminación del proceso de que se trate, en nuestro caso de la ejecución, y así resulta del artículo 228.1 que dice que: «No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión, siempre que, por el momento en que se produjeron, no hubiera sido posible denunciar esos defectos antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario». De este párrafo resulta con meridiana claridad el carácter absolutamente excepcional de la declaración de una nulidad de actuaciones posterior al proceso en que se produjo.

El *plazo* para pedir la nulidad, sigue diciendo el artículo 228.1, será de veinte días desde la notificación de la sentencia o resolución (92) o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución (93). Y en cuanto a los *efectos* del incidente, dispone el artículo 228.2 que «no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o reso-

(92) La ley contiene una coma después de la palabra sentencia, cuando parece que debe leerse una «o».

(93) Obviamente se refiere a la notificación de la sentencia o resolución a las partes procesales, no a la persona legitimada para pedir la nulidad de actuaciones por haber debido ser parte en el proceso que, en este caso, por definición, no ha recibido ninguna notificación. Además, en este caso ambos plazos juegan simultáneamente, de modo que sólo puede pedirse la nulidad dentro de los veinte días desde que se tuvo conocimiento del defecto y antes de los cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución.

lución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad», y que «si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido».

B) LOS EFECTOS DEL INCIDENTE POSTERIOR DE NULIDAD DE ACTUACIONES
SOBRE LA EJECUCIÓN CONSUMADA

Siendo esto así, lo que corresponde ahora es preguntarse *de qué modo puede afectar el incidente de nulidad de actuaciones a la ejecución hipotecaria consumada y a la adquisición del rematante o comprador de la finca ejecutada*. Y lo primero que interesa precisar es que a estos efectos ya no podemos contar con los argumentos que se deducen de los artículos 698 LEC y 131 LH, que considero inaplicables a la nulidad de actuaciones. El 698 LEC, porque, como hemos visto, no se refiere a los defectos formales, sino a las cuestiones que versen sobre la relación jurídica material. Y el 131 LH, porque el incidente de nulidad sólo puede promoverse después de terminada la ejecución y, en puridad, la demanda sólo podría anotarse después de inscrito el derecho del adquirente y practicadas las cancelaciones a que se refiere el artículo 131 LH o, al menos, después de practicada la nota marginal de expedición de la certificación de cargas (94). Nada impide, sin embargo, anotar la demanda de nulidad de actuaciones después de inscrita la transmisión derivada de la ejecución, siempre que la demanda se haya dirigido, además, contra el adquirente. Por el contrario, esta anotación es necesaria para garantizar la efectividad de lo resuelto en el incidente, y debería estimarse como una medida imprescindible para continuar con su tramitación, a fin de evitar el seguimiento de procesos inútiles.

Así pues, la cuestión del efecto que la resolución judicial, decretando la nulidad, tiene sobre la ejecución consumada *debe resolverse conforme a las normas generales de la nulidad de actuaciones, cuya finalidad es precisamente declarar la nulidad de lo actuado a partir del momento en que se produjo el defecto formal* (art. 228.2 LEC) (95). Lo cual implica la rescisión

(94) No voy a plantear la rebuscada posibilidad de que el artículo 131 esté contemplando la nulidad de actuaciones al hablar de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, y la irregularidad de que la demanda de nulidad llegue al Registro antes de que se haya hecho constar el resultado de la previa ejecución.

(95) No obstante, hay también que tener en cuenta el juego que pueden tener, en este caso, los artículos 229 a 231 LEC, y en concreto el principio de conservación de los actos establecido en el artículo 230, según el cual: 1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido no

o invalidación de la enajenación ejecutiva, que será cancelada en el Registro siempre que la demanda haya sido dirigida, entre otros, contra el titular registral, y no haya surgido un tercero hipotecario protegido, cosa que puede ser fácilmente evitada mediante la práctica de la correspondiente anotación de la demanda (96).

No obstante, la nulidad de actuaciones de un procedimiento hipotecario parece un supuesto insólito. En primer lugar, porque resulta difícil imaginar que puedan concurrir los requisitos necesarios para promover la nulidad de actuaciones —indefensión no imputable al perjudicado e imposibilidad de denunciar el defecto dentro del procedimiento de ejecución— en supuestos distintos de la falta de dirección de la demanda o ausencia o defecto de notificaciones.

Y en segundo lugar, porque sólo están legitimados para promover este incidente excepcional quienes hayan sido parte legítima en la ejecución o hubieran debido serlo (art. 228.1 LEC). Esto significa, de entrada, que no pueden impugnar las actuaciones ninguno de los terceros interesados en la ejecución, contemplados en los artículos 689, 640.3 ó 641.3 LEC, distintos de aquellos que habrían de haber sido parte procesal conforme al artículo 685.1 LEC. Y si tenemos en cuenta que es casi imposible que prospere una demanda que no haya sido dirigida contra el deudor y, en su caso, contra el propietario *registral* de la finca —ya que éste es un extremo que puede ser fácilmente dominado por el ejecutante, y fiscalizado por el Juez y por el Registrador de la Propiedad al expedir la certificación y practicar la nota marginal (art. 688 LEC)—, hay que concluir que *la única persona que va a poder impugnar las actuaciones por no haber sido demandada es la conflictiva figura del tercer poseedor (propietario) que hubiese acreditado al acreedor la adquisición de la finca hipotecada* a que se refiere el artículo 685.1 LEC. Y ésta, pienso, si fue negligente en inscribir y en cumplir la obligación garantizada, no puede alegar indefensión ni imposibilidad de subsanar el defecto durante la ejecución. Pero en relación con la situación del titular extrarregistral en la ejecución me remito a lo antes dicho con mayor amplitud.

Tan sólo queda añadir que la admisión de la posibilidad de promover el incidente de nulidad de actuaciones contra el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, *se funda en la previa conclusión de que el proceso declarativo a que se refiere el artículo 698.1 LEC no puede producir ningún*

podiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. 2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo acto que sean independientes de aquélla». Norma perfectamente lógica destinada, sin embargo, a ser conflictiva en la práctica.

(96) La posibilidad de practicar esta anotación, además, hace innecesaria la suspensión cautelar que prevé el artículo 228.2 LEC.

efecto sobre la ejecución consumada, y, por tanto, en la inaplicación, por antinómico, de la primera parte del artículo 131 LH. De no aceptarse esta conclusión, el incidente de nulidad de actuaciones no sería posible por no darse el requisito exigido por el artículo 228.1 *in fine*: que la resolución que ponga fin al proceso no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario (97) (98).

Del mismo modo, intuyo que la admisión del incidente de nulidad de actuaciones se basa además en la premisa de que el resultado de este incidente puede conllevar la revocación de la enajenación derivada del proceso de ejecución, ya que si los efectos de la ejecución subsistieran intocados, el incidente de nulidad sería un proceso inútil, ya que para discutir otras cuestiones ya está el declarativo posterior.

CONSIDERACIONES FINALES

La primera idea que quiero extraer de todo lo dicho es que la ejecución hipotecaria no tiene por qué implicar un verdadero proceso ejecutivo, puesto que no es otra cosa que el desenvolvimiento de un contrato precisamente en la forma prevista en el mismo. Al igual que en el proceso rige el principio dispositivo, que atribuye a las partes la dirección material del proceso, *el contrato*, en cuanto contrato válido (y no contrario a normas imperativas), *está por delante del proceso y de ese principio dispositivo*. Las partes regulan sus asuntos privados, antes que nada, a través del contrato, y el proceso debe tratar de interferir lo menos posible en esta regulación. Desde este punto de vista, la llamada ejecución hipotecaria se asemeja más a una compraventa que a un proceso de ejecución. Aunque se trate de una compraventa para pago de deudas enmarcada en la consumación de un contrato de hipoteca.

La segunda conclusión sería que la ejecución hipotecaria no se encuentra totalmente cómoda dentro de la LEC y formando parte de un sistema unificado de ejecución procesal. Sin duda no es un pez fuera del agua, pero sí un pez en agua extraña. De una parte, porque la realización del derecho de

(97) Esta exigencia se refiere, no a que la resolución no sea susceptible de recurso por defectos formales, sino a que no sea susceptible de recurso alguno, sea por defectos formales o sea por cuestiones relativas a la propia relación jurídica material.

(98) Comprendo que esta afirmación puede parecer inapropiada cuando hablamos de alguien que no fue parte en la ejecución habiendo debido serlo, pero lo cierto es que cualquier persona puede iniciar un proceso declarativo y, si pone en cuestión el título hipotecario, debe producir sobre la ejecución los mismos efectos que el proceso a que se refiere el artículo 698 LEC. En cualquier caso, mi opinión es que la ejecución hipotecaria no puede verse afectada por un declarativo posterior, pero sí —aunque será muy raro— por el incidente de nulidad de actuaciones.

hipoteca (o del crédito hipotecario, si se prefiere), es una materia cuya regulación corresponde en gran medida al derecho sustantivo (la determinación y los efectos de la hipoteca como título ejecutivo, la determinación y configuración de las causas de oposición que pueden ser alegadas frente al ejercicio del derecho, etc.). De otra, porque la especial significación económica y cuantitativa de la hipoteca, y su íntima relación con el Registro de la Propiedad, así como la especial seriedad y garantía de que gozan los acreedores hipotecarios habituales (la entidades financieras), y las peculiaridades de su ejecución como ejercicio de un derecho real —con independencia de si este ejercicio constituye o no un verdadero proceso—, *justifican sobradamente la existencia de un procedimiento especial y sumario* (es decir, de un procedimiento ejecutivo más rápido y simple que el ejecutivo ordinario), *cuya completa regulación, a salvo las cuestiones estrictamente procesales, se sitúe en la misma ley que regula el crédito hipotecario en su integridad* (y que entre nosotros es la LH). Desde un punto de vista puramente práctico, se evitaría así la confusión normativa que introduce la LEC.

En fin, durante la tramitación de la LEC se han expresado desde diferentes sectores fundados temores de que la reforma procesal afectara gravemente a una materia de gran importancia social y económica como es la ejecución hipotecaria, que, según se decía, precisaba alguna reforma, pero no un cambio brusco, ni de sede ni de regulación (99). A la vista de la ley aprobada, creo que estos temores se han desvanecido por completo, ya que pienso que la ley es sustancialmente buena y, *en el fondo, se mantiene y se mejora el sistema anterior*. Y así lo adelanta el propio Preámbulo de la Ley cuando dice que respecto a la ejecución sobre bienes hipotecados se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la LH, y que el TC ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable.

En la forma, en cambio, la nueva LEC ha complicado el sistema, introduciendo una cierta inseguridad normativa, pues la simple tarea de averiguar las normas aplicables a la ejecución hipotecaria sumaria es un trabajo de encaje de bolillos.

Pero si la ley deja algunos cabos sueltos y no determina con claridad las normas aplicables a la ejecución hipotecaria, esto no significa más que algo que es habitual en toda legislación: que el sistema, en definitiva, debe ir siendo construido *a posteriori* por los intérpretes y aplicadores del Derecho. Y en este sentido no me cabe duda de que, con los mimbres que la nueva LEC nos proporciona, se puede conseguir un buen procedimiento de ejecución

(99) Como dicen los anglosajones, si no está estropeado, no lo arregles.

hipotecaria, acorde con los principios que inspiran la reforma procesal, y que la Ley expone, con algún eufemismo, en su Preámbulo: lograr sentencias menos alejadas del comienzo del proceso, y una ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos (100). A los juristas nos corresponde propiciar que estas buenas palabras alcancen su plasmación práctica, porque tengo el convencimiento de que *la interpretación que se haga de la amalgama de normas que constituyen la nueva regulación es la que va a determinar la eficacia del procedimiento y el acierto del legislador*.

Decía el gran poeta Goethe que «si yo pinto mi perro exactamente como es, tendré dos perros, pero no una obra de arte». Pues bien, si yo aplico la Ley de Enjuiciamiento Civil exactamente como dicen sus preceptos tendré dos Leyes de Enjuiciamiento Civil, pero no una obra jurídica. No la labor que empieza siempre cuando acaba la función del legislador, y que la sociedad espera de todos los profesionales y sectores implicados en la administración de Justicia, que son los que, a partir del próximo 8 de enero, van a asumir el mayor protagonismo.

JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET
Registrador de la Propiedad de Carlet

(100) Finalidades a las que, según el mismo Preámbulo (punto II), están encaminadas todas las disposiciones de la Ley.