

El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades

SUMARIO: I. REGULACION.—II. NATURALEZA JURIDICA DE ESTE PROCEDIMIENTO: 1. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN ESPECIAL QUE CONLLEVA LA REALIZACIÓN DE VALOR DE LA FINCA HIPOTECADA. 2. DE BASE ESTRICTAMENTE REGISTRAL. 3. EN EL QUE SE EJERCITA UNA ACCIÓN REAL. 4. CON FUNDAMENTO EN EL TÍTULO HIPOTECARIO DE EXCEPCIONAL FUERZA EJECUTIVA. 5. NO CABE PACTO PARA ALTERAR SUS TRÁMITES.—**III. REFERENCIA A LA POSIBILIDAD DE PACTAR LA VENTA EXTRAJUDICIAL DEL BIEN INMUEBLE HIPOTECADO.—IV. AMBITO:** 1. TEMPORAL. 2. MATERIAL: A) *Ejecución dirigida contra el bien hipotecado.* B) *Valor de tasación del bien hipotecado. Domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones:* a) Constancia registral del valor de tasación y del domicilio; b) Fundamento del valor de tasación y del domicilio; c) Importancia del domicilio; d) Cambio del domicilio; e) Significación de la expresión «un domicilio»; f) La omisión del domicilio o del tipo para subasta, o de ambas circunstancias: efectos que produce tal omisión; g) El domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones y su relación con el principio de tutela judicial efectiva.—**V. COMPETENCIA:** 1. REGULACIÓN. 2. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LA COMPETENCIA.—**VI. DEMANDA EJECUTIVA Y DOCUMENTOS QUE DEBERAN ACOMPAÑARSE A LA MISMA:** 1. QUIÉN DEBE FIRMAR LA DEMANDA. 2. CUÁL ES su OBJETO. 3. CONTRA QUIÉN DEBE DIRIGIRSE. 4. CONTENIDO: A) *Hechos y razones jurídicas determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y de la competencia del Juzgado.* B) *La cantidad exacta que se reclame:* a) Individualización de los distintos conceptos garantizados hipotecariamente; b) Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes y vencimiento anticipado de deudas a plazos. 5. DOCUMENTOS QUE HAN DE ACOMPAÑARSE A LA DEMANDA: A) *Título de crédito.* B) *Poder del procurador.* C) *Otros documentos que deben acompañarse: el referente a la liquidación de la cantidad a la que asciende el débito:* a) Qué se entiende por cantidad líquida; b) Documento por saldo de la cuenta. D) *Otros documentos que pueden acompañarse a la demanda: acta notarial de requerimiento, en su*

caso.—VII. REQUERIMIENTO DE PAGO: 1. REQUERIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE PAGO: A) *Su carácter potestativo.* B) *Domicilio donde debe practicarse tal requerimiento extrajudicial.* 2. REQUERIMIENTO JUDICIAL DE PAGO. 3. PERSONAS QUE DEBEN SER REQUERIDAS. 4. IMPORTANCIA DEL REQUERIMIENTO DE PAGO.—VIII. CERTIFICACION DE DOMINIO Y CARGAS: 1. REGULACIÓN. 2. DOCUMENTO JUDICIAL EN VIRTUD DEL CUAL SE INTERESA DICHA CERTIFICACIÓN. 3. CONTENIDO DE LA MISMA. 4. CONSTANCIA REGISTRAL DE LA EXPEDICIÓN DE TAL CERTIFICACIÓN. 5. EFECTOS QUE PRODUCE LA NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS: A) *Presupone que la hipoteca ha entrado en «fase patológica».* B) *Opera igual que una condición resolutoria respecto de asientos practicados ulteriormente a la expedición de dicha certificación.* C) *Hace las veces de notificación a los titulares registrales posteriores a la misma, sin producir el efecto de cierre registral.* D) *Mientras no consta cancelada registralmente dicha nota marginal, no cabe la cancelación de la hipoteca base de la ejecución iniciada por causas distintas de la propia ejecución.*—IX. NOTIFICACIONES AL TERCER POSEEDOR Y A LOS TITULARES DE CARGAS O DERECHOS REALES POSTERIORES A LA HIPOTECA: 1. REGULACIÓN. 2. NOTIFICACIÓN A TERCER o TERCEROS POSEEDORES: A) *¿Quién debe realizar la notificación al tercer poseedor?* B) *Domicilio donde debe efectuarse tal notificación. Su importancia.* C) *Intervención del tercer poseedor.* 3. NOTIFICACIÓN A LOS TITULARES DE CARGAS o DERECHOS REALES POSTERIORES. A) *Regulación.* B) *¿Quiénes son esos titulares posteriores?* C) *Remisión del artículo 689.2 al artículo 659 de la LEC.* D) *Forma de practicar la notificación.* E) *Efectos de la ausencia de la notificación o de la notificación defectuosa.* F) *Derechos de los acreedores posteriores si pagan en lugar del ejecutante.* G) *Comunicación registral de ulteriores asientos que pudieran afectar a la ejecución.*—X. ADMINISTRACION DE LA FINCA O FINCAS HIPOTECADAS: 1. REGULACIÓN. 2. ¿OBLIGATORIEDAD DE SU PACIO EN LA ESCRITURA? 3. NATURALEZA. 4. ORDEN DE PREFERENCIA ANTE LA PLURALIDAD DE ACTORES. 5. DURACIÓN.—XI. SUBASTA: 1. PERSONAS QUE PUEDAN INSTARLA. 2. PLAZO PARA LA SUBASTA. 3. ANUNCIO DE SUBASTA: A) *Plazo para efectuar el anuncio.* B) *Forma de publicación del anuncio de subasta.* C) *Contenido del anuncio de subasta.* D) *Publicidad de la situación posesoria en el anuncio de subasta.* 4. CONDICIONES ESPECIALES DE LA SUBASTA. 5. REALIZACIÓN DE LAS POSTURAS. 6. SUBROGACIÓN EN LAS CARGAS O GRAVÁMENES PREFERENTES POR EL ADJUDICATARIO: EL PROBLEMA DE LA ASUNCIÓN DE DEUDA RESPECTO DE LAS HIPOTECAS PREFERENTES. 7. HIPOTECABILIDAD DEL DERECHO DEL REMATANTE. 8. SUBASTA SIN POSTORES. 9. SUBASTA SIMULTÁNEA. 10. REALIZACIÓN DE LA FINCA HIPOTECADA MEDIANTE CONVENIO o ENTIDAD ESPECIALIZADA: A) *Realización mediante convenio:* a) *Quién puede instarlo;* b) *Resolución judicial acordando la comparecencia;* c) *Celebración de la comparecencia;* d) *Supuesto en que medie acuerdo entre ejecutante y ejecutado en cuanto a la forma de realización;* e) *Efectos del cumplimiento o incumplimiento de tal acuerdo;* f) *Falta de acuerdo entre ejecutante y ejecutado en cuanto a la realización.* B) *Realización por persona o entidad especializada:* a) *Quién puede instarla. Determinación de la persona o entidad a la que se le encomienda la realización: Requisitos que ha de reunir la misma;* b) *Clases de entidades especializadas que puedan realizar el bien. Caución a prestar;* c) *Ingreso del importe procedente de la realización;* d) *Consecuencias de la falta de cumplimiento de la realización encomendada;*

e) Aprobación judicial de las enajenaciones realizadas a través de persona o entidad especializada.—XII. PAGO DEL CREDITO Y DESTINO DEL SOB-
BRANTE: 1. REGULACIÓN. 2. EL PRECIO DEL REMATE Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALI-
DAD O DETERMINACIÓN. 3. EL SUPUESTO CONTEMPLADO POR EL ARTÍCULO 692.1,
PÁRRAFO 2.º DE LA LEC.—XIII. INSCRIPCIONES DE LA ADJUDICACION Y
CANCELACION DE CARGAS: 1. TÍTULO INSCRIBIBLE: TESTIMONIO DEL AUTO DE
ADJUDICACIÓN ACOMPAÑADO DEL CORRESPONDIENTE MANDAMIENTO CANCELATORIO O BIEN
CONSTANCIA EN UN SOLO DOCUMENTO DE AMBOS (TANTO DEL TESTIMONIO COMO DEL
MANDAMIENTO CANCELATORIO). 2. CIRCUNSTANCIAS: 1'. *Del auto de adjudicación:*
A) Persona física o jurídica a cuyo favor se aprueba el remate o adjudicación.
B) Descripción completa de la finca o fincas adjudicadas. C) Expresión separa-
da de las cantidades que sean objeto de reclamación y sus respectivos conceptos.
D) Expresión de haber sido demandado y requerido de pago el deudor, el hipot-
tecante no deudor, y terceros poseedores. E) Expresión de haberse notificado la
existencia del procedimiento a los acreedores y terceros comprendidos en la
certificación de cargas. F) Firma del auto. G) Especial referencia a la situa-
ción arrendaticia de la finca: a) Constancia de la situación arrendaticia en el
auto: doctrina al respecto de la DGRN; b) Hipoteca constituida sobre finca ya
arrendada; c) Subsistencia o no del arrendamiento de finca hipotecada con an-
terioridad. 2'. *Del mandamiento cancelatorio de cargas:* a) Expresión de haber-
se notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros com-
prendidos en la certificación de cargas; b) Consignación del sobrante, en su
caso; c) Demás circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria; d) Asientos
posteriores a la inscripción de hipoteca que no deben de ser cancelados.—
XIV. CAUSAS DE SUSPENSIÓN A LA EJECUCION. POSIBILIDAD DE RE-
CLAMACIONES EN EL CORRESPONDIENTE JUICIO DECLARATIVO
ORDINARIO: 1. CAUSAS DE SUSPENSIÓN Y CAUSAS DE OPOSICIÓN. 2. REGULACIÓN:
A) *Extinción de la garantía o de la obligación garantizada en que se basa la
ejecución.* B) *Error en la cantidad exigible.* C) *Tercería de dominio.*
D) *Prejudicialidad penal.* 3. POSIBILIDAD DE RECLAMACIONES POR LA VÍA ORDINA-
RIA: A) *Regulación.* B) *Referencia a la cancelación de las anotaciones preven-
tivas de demanda previstas en el nuevo artículo 131 de la Ley Hipotecaria.*

I. REGULACION

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (1) (en lo sucesivo
LEC), corregidos errores de la misma en BOE de 14 de abril del presente
año (2), ha pretendido regular unitariamente todo lo relativo a la ejecución
forzosa, sea común o de garantía hipotecaria, dedicando a esta última un
capítulo especial por razón de las peculiares características que la misma
ofrece respecto de la ejecución en general, manteniendo sustancialmente el

(1) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada en el BOE, núm. 7, de 8 de enero del mismo año, págs. 575 a 728.

(2) Corrección de errores de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en BOE, núm. 90, de 14 de abril del mismo año.

régimen anterior de la ejecución de hipoteca, y ello a pesar de que su regulación haya sido sustraída del ámbito normativo de la legislación hipotecaria. En tal sentido se ha pronunciado la propia Exposición de Motivos de la nueva LEC, que entre otras cosas, en su apartado XVII, declara:

«...En cuanto a la ejecución forzosa propiamente dicha, esta Ley, a diferencia de la de 1881, presenta una regulación unitaria, clara y completa. Se diseña un proceso de ejecución idóneo para cuanto puede considerarse genuino título ejecutivo, sea judicial o contractual o se trate de una ejecución forzosa común o de garantía hipotecaria, a la que se dedica una especial atención. Pero esta sustancial unidad de la ejecución forzosa no debe impedir las particularidades que, en no pocos puntos, son enteramente lógicas...

La Ley dedica un capítulo especial a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. En este punto, se mantiene en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de 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.

La nueva regulación de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados supone un avance respecto de la situación precedente ya que, en primer lugar, se trae a la Ley de Enjuiciamiento Civil la regulación de los procesos de ejecución de créditos garantizados con hipoteca, lo que refuerza el carácter propiamente jurisdiccional de estas ejecuciones, que ha sido discutido en ocasiones; en segundo término, se regulan de manera unitaria las ejecuciones de créditos con garantía real, eliminando la multiplicidad de regulaciones existente en la actualidad; y, finalmente, se ordenan de manera más adecuada las actuales causas de suspensión de la ejecución, distinguiendo las que constituyen verdaderos supuestos de oposición a la ejecución (extinción de la garantía hipotecaria o del crédito y disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor), de los supuestos de tercería de dominio y prejudicialidad penal, aunque manteniendo, en todos los casos, el carácter restrictivo de la suspensión del procedimiento...»

Ya la necesidad de una regulación unitaria de los procesos de ejecución fue puesta de manifiesto, entre otros, por el procesalista JAIME GUASP (3), quien, en un estudio que realizó sobre el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, defendió la necesidad de un tipo único de ejecución sobre inmuebles, si bien con una regulación de las particularidades propias y específicas que concurrían en dicho procedimiento. Así se manifestaba dicho autor:

(3) GUASP, JAIME, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*. Editorial Bosch, Barcelona, 1951, pág. 64.

«...¿Hasta qué punto esta especialidad debe subsistir en una ordenación futura de la ejecución procesal? El procedimiento hipotecario ha suscitado numerosas críticas doctrinales, que ponen de relieve, sobre todo, el hecho cierto de su ineficacia y de que los fines que con él pretendió lograr el legislador han quedado en su mayor parte sin ser alcanzados. Un juicio de conjunto no puede ahora formularse, ya que merecen críticas diferentes las varias innovaciones que contiene con respecto al régimen común. En general, puede decirse que las nuevas soluciones adoptadas responden a un sistema más perfecto que el de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero han incurrido en el defecto de no recoger todos los complementos necesarios para que tengan utilidad real, y así ha quedado a medias la sustitución de un régimen por otro. Ahora bien, lo que sí puede afirmarse es que no tiene razón de ser la existencia del procedimiento hipotecario como forma especial de ejecución, y, reconociendo la superioridad (que aun puede ser aumentada) del texto hipotecario sobre el de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que habrá de hacerse es elevar los preceptos del primero a supuestos de carácter general y ordenar un tipo único de ejecución sobre bienes inmuebles en que se recojan las soluciones mejores de aquél y en el que venga incluida la hipótesis del título hipotecario, al lado de las restantes, sin más que, a lo sumo, la determinación de los pocos artículos específicos que se juzquen indispensables...».

Pues bien, en virtud de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y a partir de su entrada en vigor, quedará suprimido el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, pasando a poder ejercitarse la acción hipotecaria directamente sobre los bienes hipotecados, siempre que dicha acción se ajuste a lo preceptuado en el Título IV del Libro III de dicha Ley, con las especialidades y particularidades que se especifican en su Capítulo V, que se titula «De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados», y que abarca los artículos 681 a 698, ambos inclusive, alguno de cuyos preceptos se remiten a otros artículos relativos a la ejecución en general o al procedimiento de apremio, propio de la ejecución ordinaria.

Se completa dicha regulación con la nueva redacción que la Disposición Final novena de la nueva LEC, en sus números 4 al 10, inclusive, ha dado a los artículos 129 a 130 de la Ley Hipotecaria, respectivamente, habiendo añadido, además, dicha Disposición Final un nuevo número, el 12.º, al artículo 107 de esta última Ley, relativo a los bienes y derechos que pueden ser hipotecados, cuya nueva redacción se ha llevado a efecto por el apartado 3 de dicha Disposición Final novena. Como afirma PRETEL SERRANO (4), el

(4) PRETEL SERRANO, J. J., en un trabajo pendiente de publicación relativo a un estudio analítico del artículo 153 de la Ley Hipotecaria y de próxima aparición en la obra «Comentarios a la Ley y Reglamento Hipotecarios».

contenido de los mismos (esto es, de los artículos citados de la Ley Hipotecaria que sufren nueva redacción) responde más a la finalidad de que no queden vacíos de texto más que a una regulación sistemática de algún aspecto de la ejecución hipotecaria.

La posibilidad de ejercitar tal acción de manera directa sobre los bienes hipotecados con sujeción a tal articulado lo consagra expresamente el artículo 681, en su apartado 1 cuando establece:

«...La acción para exigir el pago de las deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados o pignorados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo...»

Y en idéntico sentido se pronuncia claramente el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada por la precitada Disposición Final novena, apartado 4, de la expresada Ley Procesal. Y así establece:

«La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V...»

Y el artículo 682.1 cuando dispone:

«Las normas del presente capítulo sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda...»

Por lo tanto, **siendo objeto del presente trabajo solo y exclusivamente lo atinente a la ejecución directa de bienes inmuebles hipotecados**, cabe decir que no estaremos ya ante el ejercicio de la acción real hipotecaria a través del procedimiento «judicial sumario» (que quedará suprimido cuando entre en vigor la nueva LEC), sino que dicha acción real pasará a poder ejercitarse, como ya hemos dicho, en el procedimiento incardinado procesalmente dentro de la «*ejecución dinerada*» (Título IV), con las especialidades que regula el Capítulo V («De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados») del Libro III que se titula «De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares» de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ello no podría ser menos, ya que la hipoteca es un derecho real en funciones de garantía de una obligación pecuniaria (5). Por eso, entre otros preceptos, el artículo 579, declara:

(5) ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*. Tomo IV-1.º, pág. 204. Editorial Bosch, Barcelona, 1979.

«Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados ... en garantía de una deuda dineraria, se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si subastados los bienes hipotecados..., 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».

El que se ejercite la acción real directamente sobre los bienes inmuebles hipotecados a través del cauce procesal antes referido, no obsta en absoluto para que, en lugar de este procedimiento, se acuda a la venta extrajudicial del bien o bienes hipotecados, cuya posibilidad contempla el artículo 129 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción, siempre que, lógicamente, se haya pactado así en la escritura de constitución de hipoteca y hecho constar tal pacto en la inscripción correspondiente.

II. NATURALEZA JURIDICA DE ESTE PROCEDIMIENTO

Como hemos dicho anteriormente, se puede seguir afirmando que, no obstante aparecer regulado en el seno normativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil recientemente publicada, dicho procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados **mantiene, en lo sustancial, similares características que delimitaban los contornos del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, toda vez que sigue siendo:**

- 1. Una vía de apremio o proceso de ejecución especial que conlleva la realización de valor de la finca hipotecada.**
- 2. De base estrictamente registral.**
- 3. En el que se ejercita la acción real hipotecaria.**
- 4. Con fundamento en el título hipotecario de excepcional fuerza ejecutiva y en el cual**
- 5. No cabe pacto para alterar sus trámites, dado el carácter de orden público de las normas reguladoras del mismo.**

Analicemos estos caracteres.

1. ES UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN ESPECIAL QUE CONLLEVA LA REALIZACIÓN DE VALOR DE LA FINCA HIPOTECADA

Efectivamente, se trata de un proceso de ejecución, y más concretamente, de realización de valor de la finca o fincas hipotecadas, que carece de una fase de cognición. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (6), refiriéndose al procedimiento

(6) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999, págs. 163 y 164.

judicial sumario de ejecución hipotecaria, opina que «*en él la actuación del derecho de hipoteca puede, en rigor, desenvolverse sin enfrentamientos entre partes y, por tanto, sin verdadero proceso...*». En idéntico sentido se pronunció en su día MORELL Y TERRY (7) quien afirmaba (en referencia al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria):

«*...El procedimiento judicial sumario que reglamenta la Ley Hipotecaria (la de 1909) no es un juicio, porque ni existe en él contención ni se admite que pueda promoverse durante su sustanciación...*»

Para ARAGONÉS —citado por MORELL Y TERRY—, en el procedimiento judicial sumario:

«*no hay reclamación que lo haga contencioso, aun dentro de sus mismos trámites; por ello hasta las apelaciones lo son, por regla general, en un solo efecto, y por ende además que no haya rebeldía... La verdadera calificación o nombre es el de un procedimiento especial de apremio, el de ejecución de una sentencia...*»

En cambio, GUASP (8), tras exponer y analizar las distintas posturas mantenidas sobre la naturaleza jurídica de este procedimiento (refiriéndola al todavía vigente procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria), llega a la conclusión de que, en esencia, es un verdadero procedimiento de ejecución, incardinado en la ejecución forzosa procesal, de carácter especial, que se aplica a los casos delimitados por la índole de los créditos que lo originan y en el que la escritura de constitución de hipoteca —en cuyo título concurran las circunstancias de tasación a efectos de subasta y domicilio para requerimientos y notificaciones fijado por la parte deudora—, es un verdadero título extrajudicial directamente ejecutivo, manteniendo dicho autor que, en realidad, no deja de ser dicho procedimiento un proceso, pues se pide algo del Juez frente a otra persona (deudor, propietario no deudor).

Para ROCA SASTRE (9) es una simplificación del procedimiento ejecutivo ordinario, lo cual le imprimió su verdadera naturaleza jurídica, al suprimirse en él la fase de juicio ejecutivo propiamente dicho; es decir, al suprimirse lo que es proceso de cognición, manteniendo sólo lo que es fase de vía de apremio o de proceso de ejecución *sensu strictu*, y además, eliminando varios de sus trámites, estando encaminado a realizar el valor en cambio de la finca

(7) MORELL Y TERRY, J., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria (la de 1909)*. Tomo Cuarto. Artículos 118 a 264. Editorial Reus, Madrid, 1918, pág. 88 y sigs.

(8) GUASP, JAIME, *ob. cit.* Editorial Bosch, Barcelona, 1951, págs. 43 y sigs.

(9) ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*. Tomo IV-2.º Séptima edición. Editorial Bosch, Barcelona, pág. 1102.

hipotecada. Y PLAZA, en opinión que recoge el propio ROCA SASTRE, lo considera como un caso típico de proceso de ejecución o de ejecución procesal, cualificado y caracterizado por versar sobre bienes inmuebles.

Por su parte, la sentencia de nuestro *Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1985* (10) afirma que es «un proceso puramente real directamente dirigido contra los bienes gravados».

Tal carácter de proceso de ejecución reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, se pone nuevamente de manifiesto en la sentencia del *Tribunal Supremo de 25 de abril de 1998* (11), que lo define como:

«...un medio de realización del crédito real a través de una vía de apremio o proceso de ejecución en sentido estricto, tratándose, en definitiva, de un procedimiento de apremio...»

Y en la nueva LEC, en su artículo 681.1 se declara:

«La acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados...»

Por otra parte, la garantía hipotecaria del propio crédito se basa, esencial y fundamentalmente, en la propia sujeción del valor del inmueble hipotecado que es, en principio, puramente potencial, pero que, no cabe duda, puede devenir efectiva si se incumple la obligación garantizada. El Juez, pues, se limita a realizar un derecho del acreedor. No habrá cosa juzgada, pues las cuestiones que sean de fondo podrán discutirse, en su caso, en el juicio declarativo correspondiente, pues no hay más causas de suspensión del procedimiento que las expresamente tasadas. En tal sentido se pronuncia la sentencia del *Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981* (12), antes aludida, de la que fue ponente LUIS DíEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, a propósito de la inconstitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria del Banco Hipotecario de España (que se limitó a declarar la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario, sin entrar en la inconstitucionalidad del procedimiento de tal Entidad Bancaria, por «privilegiado», cosa que sí hizo

(10) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*. Textos completos e índices. Navarra, 1 de enero de 1979 a 12 de noviembre de 1999.

(11) *Base de Datos Aranzadi* antes citada. Se cita también dicha sentencia por FERNÁNDEZ SEIJÓ, JOSÉ M.^º, en su trabajo sobre «Procedimientos de ejecución de inmuebles», publicado en el libro *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*. Consejo General del Poder Judicial en colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Estudios de Derecho Judicial, núm. 13, 1998. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 469 y 470.

(12) Sentencia del TC núm. 41/1981, de 18 de diciembre. En *Base de Datos Aranzadi* (en adelante BDA) Jurisprudencia.

dicho Tribunal en su sentencia de 5 de mayo de 1994) (13) en la que, entre otras cosas de muchísimo interés, se decía:

«...La garantía del crédito hipotecario consiste en la sujeción del valor de la finca hipotecada, que es simplemente potencial, porque la realización del valor sólo puede producirse si se da la conditio iuris de que se incumpla la obligación asegurada. Producida tal conditio iuris, la sujeción potencial se actualiza y el valor se realiza. El procedimiento es una vía de apremio, en que el Juez realiza un derecho del acreedor, que éste no puede realizar por sí solo porque se lo impide el principio de la paz jurídica...»

Y la sentencia del mismo Tribunal de 16 de enero de 1992 (14), de la que fue ponente don FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, insistía en el carácter de procedimiento de realización de valor del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, cuyo carácter (de realización de valor) sigue imperturbable en el nuevo procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados, no obstante su incardinación dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así decía:

«...cuyo objeto (de tal procedimiento) se dirige a realizar el valor de la finca hipotecada; procedimiento de ejecución de créditos hipotecarios que se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de oponerse a la ejecución solicitada mediante la formulación de excepciones, las cuales sólo pueden plantearse, por regla general, en el juicio declarativo correspondiente, salvo los supuestos rigurosamente tasados de suspensión que se reseñan en el artículo 132 de la referida Ley...»

Y más recientemente el propio Tribunal Constitucional se pronuncia en idéntico sentido en su sentencia de 4 de diciembre de 1997 (15), la cual, aunque se refiere al judicial sumario, es aplicable a este procedimiento que analizamos, como reiteradamente venimos afirmando:

«...que es un proceso especial de ejecución, mediante el cual el acreedor hipotecario ejercita el ius distrahendi que le confiere el derecho real de hipoteca para conseguir la realización del valor de la finca hipotecada y obtener así la satisfacción de su derecho de crédito. El legislador, en atención a la extraordinaria fuerza ejecutiva del título hipotecario, ha configura-

(13) Sentencia del TC 128/1994, de 5 de mayo. En *BDA de Jurisprudencia*.

(14) Sentencia del TC 6/1992, de 16 de enero. En *BDA de Jurisprudencia*.

(15) Sentencia del TC de 4 de diciembre de 1997. En *BDA de Jurisprudencia*. Citada también por FERNÁNDEZ SEIJÓ, JOSÉ M.^a, en «Problemas de ejecución sobre bienes inmuebles» antes reseñado, pág. 469.

do este procedimiento como un proceso especial de ejecución, en el que se excluye la controversia entre las partes y se limitan las posibilidades de defensa de los afectados por la ejecución, reduciéndose al máximo la intervención del deudor y de los demás interesados, al objeto de impedir la suspensión del procedimiento fuera ...de los supuestos taxativamente señalados en el artículo 132 LH, remitiendo "todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados", al correspondiente juicio declarativo. Ha sido precisamente esta posibilidad que queda abierta a todos los afectados por la ejecución de acudir a la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, la que ha llevado a este Tribunal a declarar que la regulación legal de los artículos 131 y 132 de LH, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE (SSTC 41/1981, 64/1985, 8/1991, 6/1992, 217/1993, 21/1995, 69/1995).

2. ES UN PROCEDIMIENTO DE BASE EstrictAMENTE REGISTRAL

Como no puede ser de otra manera. La hipoteca no existe si no consta registrada, al ser la inscripción de la misma de los pocos casos de inscripción constitutiva. El carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca ha sido, y es, opinión de la gran mayoría de los autores (ALBALADEJO, AMORÓS, CAMY, ROCA SASTRE, CASTÁN, CHICO ORTIZ, COSSÍO, Díez PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS, NÚÑEZ LAGOS, VILLARES...), habiendo estudiado muy recientemente esta materia JORDANO FRAGA (16), quien pone de manifiesto el carácter muy minoritario de la doctrina discrepante, entre la que milita SANZ FERNÁNDEZ (que entiende que sólo se exigiría su inscripción para que la hipoteca desenvuelva su eficacia: para el ejercicio y efectividad del derecho), y RAMÓN FOLQUÉS, CANALS, así como GORDILLO.

Dicho carácter constitutivo de la hipoteca aparece consagrado ya expresamente en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción, como más adelante veremos. Y del carácter constitutivo de la inscripción del derecho real de hipoteca y de la fuerza legitimadora de dicho asiento (arts. 1.3.º, 38, 253.1 y 132 de la Ley Hipotecaria), se deriva que la ejecución hipotecaria deba basarse exclusivamente en los datos dimanantes del Registro: Lo que no está en el Registro no debe de estar en el mundo a efectos de la ejecución hipotecaria. La presunción de exactitud de los pronunciamientos registrales y el principio de legitimación traen como consecuencia en el ámbito de la

(16) JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, pág. 136 y sigs., si bien todo el libro se dedica a esta materia. Editorial Comares, Granada, 1999.

ejecución hipotecaria, el que la hipoteca se pueda ejecutar directamente sin necesidad de que medie una previa sentencia judicial condenatoria. Ya se pronunció en tal sentido la importante sentencia de nuestro *Tribunal Supremo de 8 de junio de 1948* (17), que afirmaba lo siguiente:

«...Es por tanto inconcuso que este procedimiento, exclusivamente peculiar para el ejercicio de la acción hipotecaria, hay que encuadrarle en el marco restringido del Registro de la Propiedad en cuanto a las personas, cosas, derechos y acciones, ya que sobre lo que de estos elementos resulte en cada caso y momento de los asientos registrales, será la verdad legal respecto de los mismos y las realidades jurídicas diferentes que se produzcan no tendrán virtualidad por sí mismas para alterar, modificar o influir en el procedimiento...»

En idéntico sentido existe jurisprudencia reiterada sobre la materia. Así la sentencia de nuestro *Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1983* (18) que insiste en el carácter registral de tal procedimiento, al decir

«...el procedimiento de que se trata se ajusta a la constancia tabular...»

Y la del mismo *Tribunal de fecha 11 de julio de 1990* (19). Y no digamos la importantísima sentencia del *Tribunal Constitucional, ya citada, de 18 de diciembre de 1981*, que reitera clara y expresamente la naturaleza, a todas luces registral de este procedimiento, consagrado por el carácter constitutivo de la hipoteca:

«...La hipoteca voluntaria, dice el artículo 145 de la Ley Hipotecaria, se constituye en escritura pública, con la especial garantía que ello trae consigo, y se inscribe en el Registro con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral, que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurran los requisitos para ello. Así, la fa-

(17) Citada dicha sentencia en la página 46 del libro *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, de GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. Editorial Civitas, Madrid, 1994. En dicho libro se recogen también otras sentencias que aquí igualmente se reseñan.

(18) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*.

(19) *BDA de Jurisprudencia*.

vorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título...»

Y la de 9 de febrero de 1995 (20), también de nuestro Tribunal Supremo, que declara que el proceso de ejecución hipotecaria «ha de dirimirse a través de la disciplina estricta y exclusiva de la constancia en el Registro de la Propiedad».

Tal carácter estrictamente registral del procedimiento que nos ocupa aparece recogido de manera expresa y manifiesta en el nuevo artículo 130 de la Ley Hipotecaria en su redacción dada por la Disposición Final novena, en su número 5, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando afirma que tal procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados *«sólo se podrá ejercitar sobre la base de una hipoteca inscrita y sobre la base de los extremos de la misma contenidos en el correspondiente asiento»*. Y corrobora lo dicho el artículo 688.3 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, al declarar:

«3. Si de la certificación (se refiere a la de dominio y cargas) resultare que la hipoteca en la que el ejecutante funda su reclamación no existe o ha sido ejecutada, el tribunal dictará auto poniendo fin a la ejecución. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación».

En definitiva, cuando se produce el incumplimiento de la obligación garantizada por el deudor, el acreedor hipotecario tiene la facultad de realizar el valor en que consiste la hipoteca, pudiendo ejercitar dicha facultad sobre la finca hipotecada, partiendo de los pronunciamientos legitimadores que la inscripción de hipoteca consagra.

Ya previó lo dicho a este respecto el legislador de 1909. Resulta reveladora la discusión parlamentaria de la Ley de 1909, cuando se pretendió por BLANCO RAJOY que se estableciese un trámite de audiencia a la parte deudora en el procedimiento, y le contestó magistralmente ALVAREZ GUIJARRO (21):

«...En ese artículo (se refiere al art. 2 de dicha Ley), que, efectivamente, es muy largo y que no puede menos de parecer así a cuantos lo leen, como

(20) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*. Sentencia recogida por GARCÍA GARCÍA, J. M., en el trabajo «El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización de valor de la hipoteca. Dos enmiendas imprescindibles al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», publicado en la revista *«Lunes Cuatro Treinta»*, núm. 57, pág. 15.

(21) *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*. Tomo II, Volumen I. Leyes de 1909, págs. 460 y sigs. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Editorial Castalia, Madrid, 1989.

le parece a la Comisión, se establece un solo precepto, y es que tan luego como la obligación esté vencida y no satisfecha se celebre la subasta judicial, así es que cuando se nos viene diciendo si este procedimiento es bueno o malo, nosotros contestamos: ¡Si no es procedimiento!

"Que este juicio es eficaz o ineficaz, deficiente o exagerado". ¡Si no hay juicio! "Que quedarán desamparados derechos o intereses de alguno". ¡Si no vamos a declarar nada contra nadie! "Que el deudor podrá tener mermada su defensa". ¡Si no le vamos a atacar en nada!, si no vamos a hacer más que cuando una hipoteca pese sobre una finca o sobre un derecho, siendo vencida la obligación y no pagada, obedeciendo a lo prescrito en el Código Civil y en la Ley Hipotecaria, se subaste judicialmente con sus naturales consecuencias.

Ya sabe el señor Blanco Rajoy que el Código Civil dio por hecho que después de constituida la obligación prendaria no había que esperar más que a una fecha; toda la cuestión de derecho estaba en el contrato resuelta y decidida y, por eso, llegado el día del plazo concedido al deudor en su beneficio, para antes que no se le pudiera molestar exigiéndole el pago, llegado ese día y no cumplida la obligación, el acreedor pudiera, por medio de notario, vender en pública subasta la prenda. Pues aquí decimos: establecida la obligación de la escritura de constitución de hipoteca, registrada la hipoteca no cabe pleito sobre eso, porque cada finca responde de la parte de crédito a que está afecta, importándole poco a esa finca ni a su tenedor las relaciones que puedan existir entre el acreedor y el deudor.

Y por eso decimos que llegado el plazo que se ha concedido al constiuir la hipoteca al deudor, para que no se moleste durante él, exigiéndole el pago de la obligación, constando viva y no cancelada esta obligación en el Registro, no hay que hacer más que vender judicialmente esa finca, como notarialmente se vende la prenda, y eso es todo. Nosotros no hemos querido modificar ningún juicio, no hemos querido establecer un juicio nuevo; no hay nada de eso, ni en el proyecto ni en la mente de la Comisión...»

Y dicen las actas de esa sesión:

«...El señor Blanco Rajoy retiró finalmente las cuatro enmiendas que tenía presentadas al artículo 2.º (relativo a que la acción hipotecaria podría ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados dentro del procedimiento sumario que establecía dicho artículo).

3. ES UN PROCEDIMIENTO EN EL QUE SE EJERCITA UNA ACCIÓN REAL

En efecto, no se trata aquí de ejercitar una acción de naturaleza personal de mera reclamación de cantidad por el impago del préstamo o crédito, como ocurre en el juicio ejecutivo o en el declarativo ordinario. Aquí nos dirigimos

directamente contra el bien hipotecado, realizando su valor que, en principio era potencial, y que se convierte en real y efectivo como consecuencia del incumplimiento de la obligación garantizada. Reiterada es la jurisprudencia al respecto. Cítase, entre otras, la *sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1985* (22) que, en síntesis, confirma que estamos no ante un juicio declarativo, sino «*ante un proceso puramente real directamente dirigido contra los bienes gravados*»: nos encontramos ante una vía de apremio dirigida directamente contra la finca hipotecada, y que no va precedida de fase de cognición; no estamos, por lo tanto, ante el ejercicio de una acción de naturaleza personal en la que haya una previa contienda, sino que nos hallamos ante el ejercicio de una acción real, y en cuya tramitación se reducen al máximo tanto la intervención del deudor como la del tercer poseedor.

El artículo 129 en la nueva redacción antes dicha establece con claridad meridiana tal carácter de acción real:

«...*La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados...*»

Y el 130, en su nueva redacción dada por la expresada Disposición Final novena, en su número 5, recoge esta naturaleza real de la acción que se ejercita y también el carácter estrictamente tabular o registral del procedimiento en cuestión, cuando afirma contundente y categóricamente:

«*El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo*».

4. TIENE SU FUNDAMENTO EN EL TÍTULO HIPOTECARIO QUE ESTÁ REVESTIDO DE UNA ESPECIAL FUERZA EJECUTIVA

La inmensa generalidad de la doctrina, así como reiteradísimas sentencias dictadas por nuestro Tribunal Constitucional (v.gr., la antes citada de 4 de diciembre de 1997), pasando por otras del Tribunal Supremo y de las diversas Audiencias Provinciales, han resaltado este carácter, refiriéndolo al antiguo procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria; carácter que igualmente puede venir en aplicación, en términos generales, respecto del procedimiento que ahora analizamos.

Premisa básica es que la inscripción de hipoteca es de naturaleza constitutiva. Pues bien, en el Registro de la Propiedad deberán constar reflejados en

(22) BDA de Jurisprudencia.

la correspondiente inscripción de hipoteca, previa calificación del Registrador, todos los datos necesarios y esenciales —y sólo ellos— que delimiten y configuren tabularmente los contornos de dicho derecho real. De ahí que el Juez no deba admitir la ejecución por causas que no estén en íntima conexión con la hipoteca que se ejecuta, sin que pueda, por otra parte, dejar de tener en cuenta el contenido de la inscripción practicada.

Lo dicho, unido a una serie de garantías elementales y suficientes, como son los requerimientos y notificaciones, según los casos, al deudor, al hipotecante no deudor, a los terceros poseedores y a los titulares de cargas y derechos reales posteriores, son fundamento suficiente para que la ejecución se inicie. Por eso, como muy bien afirma GARCÍA GARCÍA (23) (si bien referido al procedimiento judicial sumario), estamos ante un procedimiento caracterizado por la *«ausencia de la fase de audiencia o de contradicción procesal»*. En términos semejantes se pronuncia LARRONDO LIZÁRRAGA (24) (también en relación con dicho procedimiento, y que asimismo es igualmente aplicable al procedimiento que ahora nos ocupa):

«...excluye la controversia entre las partes con limitación de las posibilidades de defensa de los afectados por la ejecución, reduciéndose al máximo la intervención del deudor y de los demás interesados. Carece de fase contradictoria, por lo que no prejuzga las cuestiones de fondo. Por esta razón no produce efectos de cosa juzgada...»

«...No cabe plantear en él cuestiones de competencia por inhibitoria (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de octubre de 1994, si bien esto es discutido). No puede ser suspendido por un incidente (como afirma referida sentencia). Tampoco puede ejercitarse la declinatoria (ATC de 8 de marzo de 1999). Tampoco cabe la acumulación de sus autos, ni la excepción de litispendencia (sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 18 de febrero de 1995)...»

Ahora bien, ello no quiere decir que el deudor, tercer poseedor, hipotecante no deudor o cualquier interesado no pueda defenderse en el procedimiento, pues cabe alegar oposición a la ejecución por las causas tasadas previstas en la LEC (v. arts. 695 a 697 de la misma), de lo cual más adelante hablaremos. Y es más, cualquier reclamación que puedan formular y que no tengan su fundamento en alguna de dichas causas de oposición, incluso las que versen

(23) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, ya referenciado. Editorial Civitas, Madrid, 1994, pág. 47.

(24) LARRONDO LIZÁRRAGA, JOAQUÍN MARÍA, «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria: Exposición sistemática», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 86 (noviembre-diciembre de 1999), Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Barcelona, pág. 386.

sobre la nulidad del propio título hipotecario, o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se pueden instar a través del correspondiente juicio declarativo, en el que —aquí sí— ya cabe alegar lo que proceda, si bien dicho procedimiento no podrá en ningún caso paralizar ni entorpecer el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados (v. art. 698 nueva LEC).

5. NO CABE PACTO PARA ALTERAR SUS TRÁMITES

No se recoge expresamente en la nueva LEC una afirmación tan categórica como la del artículo 129.1.º de la Ley Hipotecaria, aún vigente, cuando a propósito del procedimiento judicial sumario declara que «ninguno de sus trámites puede ser alterado por convenio entre las partes». Pero como estamos ante normas de carácter procesal y de claro orden público, no cabe introducir cambios por las partes más allá de los que expresamente prevé la propia Ley.

En efecto, ya, entre otras, las *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 y 26 de octubre de 1987* (25), puso de relieve el carácter de orden público del procedimiento judicial sumario, carácter que continúa, como ya hemos dicho, en el procedimiento sobre el que versa este estudio. Dichas Resoluciones (que versaban sobre la exclusión registral de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado y, en especial, de la vulneración del principio hipotecario de determinación o especialidad a la hora de configurar la responsabilidad hipotecaria de la finca hipotecada), resaltaron el carácter de orden público de los derechos reales y, en especial, del de hipoteca, en los siguientes términos:

«...En la configuración de los derechos reales predominan los criterios de orden público, aunque sin negar totalmente el juego de la autonomía de la voluntad; ello es consecuencia de la propia naturaleza del dominio y de los derechos reales, pues tienen trascendencia erga omnes y afectan directamente al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de los bienes y, por tanto, a la economía de la nación. Por eso la flexibilidad de la configuración de una obligación debe ceder ante las exigencias del orden público, en cuanto al contenido y alcance de esa misma obligación vengan a determinar, como ocurre en el caso, el contenido y alcance de un derecho real (en esta hipótesis, el de hipoteca)...»

(25) Resoluciones de la DGRN de 23 y 26 de octubre de 1987. *Boletín del Colegio Nacional de Registradores (BCNR)*, núm. 239 (1.ª época), correspondiente al mes de noviembre de 1987, págs. 2219 y sigs.

Y con anterioridad, otra *Resolución del Centro Directivo de 27 de noviembre de 1986* (26), que versaba sobre la negativa del Registrador a inscribir determinada escritura de disolución de condominio, y que, entre otros motivos de la nota de calificación, se denegó su inscripción por entender que no procedía reflejar en la inscripción «...el precio como pagado cuando de la escritura... resulta que está aplazado, dado el carácter imperativo del artículo 10 de la Ley Hipotecaria...», resaltó igualmente el carácter indisponible, sustraído a la autonomía de la voluntad, por ser de *ius cogens*, de todo lo relativo a las normas que regulan la forma, requisitos y efectos de los asientos que se practican en el Registro. Y así dicha resolución declaró:

«...de modo que no queda al arbitrio de los particulares el estipular la consignación registral de un modo de pago distinto del efectivamente convenido, ni so pretexto de la limitación del alcance de la expresión del aplazamiento no garantizado especialmente, en virtud de los artículos 1.124, 1.295 y 1.298 del Código Civil y 11 de la Ley Hipotecaria; así lo confirman el carácter indisponible de la normativa reguladora de la forma, requisitos y efectos de los asientos registrales (art. 608 del Código Civil), así como el valor y alcance de la calificación registral, que no puede desconocer ninguno de los elementos integrantes del negocio, tal como aparece configurado en la escritura presentada (art. 18 LH)...»

Y mucho antes, ya la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en su *Resolución de 11 de noviembre de 1958* (27), recogida por GÓMEZ GÁLLIGO (28) en un estudio sobre los «aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH (procedimiento judicial sumario), relativa a un procedimiento judicial sumario, declaró la imposibilidad de celebrar, dentro de dicho procedimiento, una cuarta subasta, al resultar desierta la tercera, y ello con arreglo a lo preceptuado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en la redacción que dicho precepto tenía conforme a la Ley Hipotecaria de 1909 (no hay que olvidar que las disposiciones transitorias de la Ley de 1946, habían dejado a salvo los procedimientos que

(26) Resolución de la DGRN de 27 de noviembre de 1986. *Boletín del Colegio Nacional de Registradores (BCNR)*, núm. 229 (1.ª época), correspondiente al mes de diciembre de 1986, págs. 2553 y sigs.

(27) Resolución de la DGRN de 11 de noviembre de 1958, en *Jurisprudencia Registral. Tomo IX. Años 1951-1963*, por ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, Editorial Bosch, Barcelona, 1967, págs. 664 a 668.

(28) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, «Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH (procedimiento judicial sumario), publicado en el libro *Práctica Hipotecaria. Procedimiento Judicial Sumario. Artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Jornadas sobre ejecución hipotecaria)*, núm. 2. Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 97.

se encontrasen tramitando a la fecha de su entrada en vigor). Y así, referida Resolución declaró en su último Considerando, en términos tajantes, lo siguiente:

«...Considerando que las reglas contenidas en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria presentan las características de públicas, imperativas o necesarias, que en general corresponden a las normas procesales e impiden a los particulares desplegar cualquier actividad dirigida a modificarlas, conforme expresamente previene el artículo 129 de la misma Ley, lo que reducido a la necesidad de reducir al mínimo el sacrificio de los intereses del deudor y a que la finca ha sido subastada en épocas tan distantes como las de 27 de enero de 1945 y 19 de noviembre de 1955, fechas de la tercera y cuarta subasta, respectivamente, con la posibilidad apuntada por el Registrador de que haya caducado la instancia, llevan a la conclusión de no estimar inscribible el documento calificado...»

Hasta aquí, pues, y en esencia, los caracteres de este procedimiento, que siguen siendo los mismos que aquéllos que configuraban el procedimiento judicial sumario y que siguen persistiendo en este nuevo procedimiento, no obstante su nueva ubicación —como ya se ha dicho con anterioridad— en la recientemente publicada Ley Procesal.

III. REFERENCIA A LA POSIBILIDAD DE PACTAR LA VENTA EXTRAJUDICIAL DEL BIEN INMUEBLE HIPOTECADO

Reseñar, antes de adentrarnos en un análisis más exhaustivo de la reforma operada en la ejecución directa sobre los bienes inmuebles hipotecados, que la ley permite el pacto relativo a la venta extrajudicial del bien hipotecado. Al respecto, cabe decir que antes en el párrafo segundo del artículo 130 de la Ley Hipotecaria se hablaba de que *«...en la escritura de constitución de hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria...»*

El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria fue declarado inconstitucional por nuestro Tribunal Supremo, y más concretamente por su Sala Primera, en sentencias de fechas 4 de mayo de 1998 y 6 de abril de 1999 (29). Dichas sentencias han derivado de demandas formuladas en los Juzgados de Onteniente y Azpeitia, respectivamente, en las que se instaron la declaración de nulidad de los correspondientes procedimientos de ejecución

(29) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*, reiteradamente citada con anterioridad, como lo será a lo largo del presente estudio.

extrajudicial de hipoteca, habiendo desestimado las mismas tanto los Juzgados de Primera Instancia como las Audiencias Provinciales de Valencia y San Sebastián, respectivamente. Y como consecuencia de ello, y una vez interpuesto el pertinente recurso de casación basado en dos cuestiones, a saber: infracción de normas constitucionales, en aplicación de la Disposición Derogatoria tercera de la Constitución (inaplicación de normas preconstitucionales por inconstitucionalidad sobrevenida por los Tribunales ordinarios), y la violación del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Carta Magna, el Tribunal Supremo declaró inaplicable, por inconstitucional, dicho procedimiento. Dicha sentencia ha sido defendida por un sector doctrinal, entre los que figura X. O'CALLAGHAN (30), quien estima (es su opinión), que ambas sentencias crean jurisprudencia con la doctrina que consagra dicho Tribunal, pues «dicha doctrina no es fuente del derecho, pero sí complementa el ordenamiento jurídico y los órganos jurisdiccionales saben que cualquier demanda de nulidad de un concreto procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria será, en definitiva, estimada».

El *Tribunal Supremo*, al dictar esta sentencia, pareció olvidarse que con ella dejaba en «fuera de juego» a la ejecución extrajudicial prendaria, cuando el propio Tribunal, en dos sentencias previas de su *Sala 3.^a*, de 16 y 23 de octubre de 1995 (31), en el orden contencioso-administrativo, y en *Auto de 4 de abril de 1995*, había declarado que la ejecución notarial de la hipoteca era constitucional y ajustada a la ley, a raíz de la última reforma de dicho procedimiento. Procedimiento a cuya validez había hecho referencia con anterioridad el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 18 de diciembre de 1981, por vía de ejemplo en relación con la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria.

Así, la *sentencia de 16 de octubre de 1995* aludía a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento judicial sumario de ejecución de la hipoteca «dotado de algunas características expeditivas que el que es objeto del presente litigio (el extrajudicial), ya que en ambos se trata de obtener la eficaz realización del derecho de hipoteca para pago del crédito del acreedor» y que «la sumariedad de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario» procedimiento que, por otra parte, es equivalente al regulado por el artículo 1.872 del Código Civil para que el acreedor pueda proceder a la enajenación de la prenda

(30) O'CALLAGHAN, XAVIER, *La jurisprudencia del artículo 131 de la LH: Doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional*, págs. 9 y sigs. de dicho trabajo. Mesa Redonda sobre Ejecución Hipotecaria en *Jornadas sobre operaciones bancarias: Conceptos matemáticos, aspectos jurídicos y malas prácticas bancarias, organizadas por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC)*, celebradas del 21-24 de febrero de 2000.

(31) *Base de Datos Aranzadi de Jurisprudencia*.

ante Notario», con ello lo que se trata es de evitar «que sea el propio acreedor quien ejecute por sí mismo el derecho de hipoteca» a través del pacto comisorio, porque su objeto no es otro que «ejecutar ante Notario un derecho de hipoteca de origen contractual, no una resolución judicial, extrajudicialidad del procedimiento que se encuentra reconocida, previo acuerdo de las partes, en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria».

Y la sentencia de 23 de octubre de 1995 declara que *«el artículo 117.3 de la Constitución, lo que consagra es la potestad exclusiva y excluyente de los Juzgados y Tribunales para ejecutar lo juzgado en los procesos de que aquéllos conozcan, según las reglas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan y, en consecuencia, el referido “monopolio de las actividades de ejecución” se circunscribe a lo juzgado por los propios órganos jurisdiccionales...» «...Así pues, la regulación de un procedimiento de ejecución extrajudicial de hipotecas, permitido por el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria, no contraviene el precepto contenido en el mentado artículo 117.3 de la Constitución, ni lo dispuesto por el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que la existencia de tal procedimiento de ejecución extrajudicial no impide el ejercicio de la potestad jurisdiccional, atribuido exclusivamente a los Juzgados y Tribunales por los referidos artículos 117.3 de la Constitución y 2.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial...»*

Y la aludida sentencia del Tribunal Constitucional ya había dicho:

«...La ausencia de cognición parece tan esencial a la ejecución hipotecaria, que se halla presente por imperativo legal en la ejecución extrajudicial ante Notario... Nos hallamos, pues, ante una ejecución tan expeditiva como la judicial. Las causas de suspensión son, según el artículo 236 del Reglamento Hipotecario, las mismas que se prevén en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, con la diferencia, respecto de la ejecución judicial, de que la suspensión procede también cuando antes de la subasta se anota preventivamente la demanda formulada en el juicio declarativo...»

Doctrinalmente, también se ha discutido acerca de la constitucionalidad de este procedimiento. Así, MONTERO AROCA (32) entendía que dicho procedimiento podría ser inconstitucional, al tratarse de una ejecución forzosa realizada por alguien no dotado de potestad jurisdiccional, aunque tal procedimiento pretenda basarse en el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa

(32) MONTERO AROCA, JUAN, «Las ejecuciones hipotecarias y la tutela judicial privilegiada. La constitucionalidad de algunas tutelas judiciales efectivas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 633, correspondiente a marzo-abril de 1996, págs. 254 y sigs.

ejecutada, pues ese derecho no podría obtener tutela excluyendo a la jurisdicción. Y en idéntico sentido se ha pronunciado ROBLEDOS VILLAR (33), tras la sentencia de 4 de mayo de 1998.

Sin embargo, en la Mesa Redonda celebrada el día 27 de mayo de 1998 en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, sobre la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (arts. 129 LH y concordantes del RH), en la que fueron ponentes nuestros compañeros FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO y JAVIER ANGULO RODRÍGUEZ y el magistrado del Tribunal Constitucional y catedrático de Derecho Procesal, don JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA, se llegó a la conclusión de la validez y constitucionalidad de este procedimiento. Y así, en síntesis, se extrajeron las siguientes conclusiones:

1. No hay en nuestra Constitución un inflexible principio de exclusividad jurisdiccional de las ejecuciones (téngase en cuenta, por ejemplo, la ejecución por la Administración de sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo).

El artículo 1.872 del Código Civil rompe igualmente esa pretendida unidad.

2. Estamos en presencia de un supuesto de disponibilidad y ejercicio de un derecho privado y, por tanto, en el campo de la autonomía de la voluntad, dentro del cual cabe que las partes acudan a equivalentes jurisdiccionales en materia de ejecución.

3. La tutela judicial efectiva no se extiende a la ejecución: la ejecución civil es materia en la que puede tener su manifestación la autonomía de la voluntad.

4. El procedimiento de ejecución extrajudicial no es supuesto de autodefensa, prohibida por la Constitución, ni puede equipararse al pacto comisorio.

5. Por tanto, ya se niegue carácter procesal a la ejecución extrajudicial y se considere que se trata de un supuesto de ejercicio de un derecho de realización con la garantía de la intervención de un funcionario público independiente, ya se considere que la ejecución extrajudicial es un verdadero proceso pero que no existe en nuestra Constitución una reserva judicial de la ejecución civil, debe concluirse que la ejecución extrajudicial no incurre en inconstitucionalidad (así lo ha entendido el Tribunal Supremo en sentencias de la sala de lo contencioso-administrativo de 16 y 23 de octubre de 1995).

(33) ROBLEDOS VILLAR, ANTONIO, «La inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (a propósito de la STS, Sala 1.ª de 4 de mayo de 1998, y sus repercusiones en la realización forzosa de bienes)», en *Revista General de Derecho*, año 999, pág. 3593 y sigs.

6. En cuanto al alcance de la sentencia de 4 de mayo de 1998, se llegó a la conclusión de que por tratarse la sentencia en cuestión de doctrina *contra legem*, no vincula a ningún otro Juzgado o Tribunal, sino que se trata de un fallo dado para un caso concreto y sobre materia en la que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo carece de competencia para crear doctrina legal.

Todos los ponentes, menos uno de ellos (no precisamente el magistrado del Tribunal Constitucional) entendieron que dicha sentencia no suponía, por tanto, derogación de norma alguna, cuya nulidad se declarase con efecto general. La situación en cuanto a una ejecución hipotecaria extrajudicial no variaría por la publicación de la sentencia dicha. El Registrador actuaría aplicando las normas vigentes.

Por su parte, MAGARIÑOS BLANCO (34) había analizado ya previamente la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial, tanto desde el principio de exclusividad de la jurisdicción como desde el de tutela judicial efectiva, llegando a la conclusión de que dicho procedimiento no es inconstitucional. En idéntico sentido, DÍAZ FRAILE y DE LA PUENTE ALFARO (35) han defendido la constitucionalidad de dicho procedimiento extrajudicial.

También, en sentido favorable a la validez de tal procedimiento, se ha pronunciado abiertamente GARCÍA GARCÍA, quien ha declarado:

«...Por ello, en el procedimiento judicial sumario y en el procedimiento extrajudicial, tanto el Juez como el Notario ejercen una mera "función de garantía de derechos" del artículo 117.4 de la Constitución, y no una "función jurisdiccional del artículo 117.3", pues carecen de competencia para desvirtuar el contenido de los asientos registrales en que se basan esos procedimientos de realización de valor.

En definitiva, no puede haber "función jurisdiccional" allí donde el Juez no puede conocer de alegaciones, ni puede declarar con firmeza de cosa juzgada un derecho. De lo que se trata en estos procedimientos es la "efectuación registral de los asientos que están bajo la salvaguardia de los Tribunales", y esa mera efectuación se basa en la presunción de legalidad de los mismos. El control jurisdiccional de legalidad corresponde, en último término, a los Jueces y Tribunales, pero no en el procedimiento judicial sumario (ni al Notario en el procedimiento extrajudicial), sino en el juicio declarativo ordinario ante los que se planteen toda clase de alegaciones

(34) MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO, «El procedimiento extrajudicial de realización de hipoteca. Su viabilidad», en *RCDI*, núm. 641, correspondiente a los meses de julio-agosto de 1997, págs. 1297 y sigs.

(35) DÍAZ FRAILE, J. M.^a, «El procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca», en *RCDI*, núm. 635, correspondiente a los meses de julio-agosto del año 1996, págs. 1346 y sigs.

sobre existencia o nulidad de la hipoteca o sobre la nulidad de la tramitación del propio procedimiento de realización de valor o de los asientos registrales...» (36).

Y POVEDA DÍAZ, en la reciente conferencia que sobre «El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria» pronunció en el Centro de Estudios Registrales de Andalucía Occidental en las «Jornadas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil» (37), se ha declarado igualmente partidario de la validez de tal procedimiento.

Por su parte, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (38), con la extraordinaria agudeza jurídica que le caracteriza, estima errónea la doctrina derivada de dichas sentencias, en especial la de la última de 4 de mayo de 1998, que es la que analiza. Y ello fundamentalmente por las siguientes razones:

- a) «...Este tipo de ejercicio del derecho real de hipoteca es compatible con la Constitución porque el desenvolvimiento de las facultades de realización que el derecho de hipoteca confiere al acreedor no comporta por sí actuación procesal. La intervención del Juez (y sustitivamente del Notario) en la realización del bien hipotecado es una más de las cautelas legales que tradicionalmente se imponen en este ejercicio del derecho real de garantía con el fin de evitar fraudes a la prohibición del pacto comisorio. Tiene aquí, la función del Juez (o la del Notario) el carácter no de función jurisdiccional sino la de esas otras funciones que, conforme al artículo 117-4 CE, pueden serle "atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho". No hay, pues, propiamente procesos, porque en estas actuaciones el Juez, mientras no haya enfrentamiento de partes, ni juzga, ni hace "ejecutar lo juzgado" (cfr. art. 117-3 CE)».

Por lo tanto, si dicho procedimiento extrajudicial no tiene naturaleza procesal, entonces el Reglamento Hipotecario no vulnera la reserva de Ley que para materia procesal prevé el artículo 117.3 de nuestra Constitución Española.

- b) Que no es cierto, como dice dicha sentencia, que dicho procedimiento carezca de tradición en España, antes del Código Civil e incluso posteriormente. Pues el Código Civil acepta distintos supuestos de

(36) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.* «El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización de valor de la hipoteca», pág. 19, publicado en la revista «Lunes Cuatro Treinta», núm. 257.

(37) POVEDA DÍAZ, JOSÉ, en la conferencia citada pronunciada en el Centro de Estudios Registrales de Andalucía Occidental. «Jornadas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil».

(38) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *ob. cit.*, págs. 167 y sigs.

ejecución extrajudicial de derechos reales de garantía e incluso del derecho real de hipoteca (v.gr., arts. 1.872 del Código Civil). Así en Las Partidas se regulaba el caso de que al constituirse el «pignus» (derecho real de garantía sobre muebles e inmuebles), se pactara «la manera» en que, si el deudor no pagaba, se vendería la cosa. La voluntad de los contrayentes era verdadera ley, debiendo guardarse lo pactado.

- c) Que el juicio definitivo sobre la posible inconstitucionalidad —entiende PEÑA— no corresponde propiamente a los Tribunales ordinarios, sino al Tribunal Constitucional, no debiendo tener alcance general la declaración de inconstitucionalidad que, en relación sólo con dicho procedimiento, ha hecho el Tribunal Supremo respecto del Reglamento Hipotecario, pues si bien cualquier autoridad judicial no debe aplicar aquellos reglamentos que vulneren nuestra Constitución, no es menos cierto que sólo el orden jurisdiccional contencioso-administrativo debe de conocer de las pretensiones de impugnación de las disposiciones reglamentarias.
- d) Incluso el propio legislador ha seguido estableciendo supuestos de ejecución extrajudicial de derechos reales de garantía: ejecución del derecho del acreedor sobre bienes muebles vendidos a plazo (art. 16.2 de la Ley 28/1998, de 13 de julio); ejecución de las prendas a que se refiere la Disposición Adicional 6.^a de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley del Mercado de Valores...).

En sentido parecido se ha pronunciado DÍAZ MORENO (39), quien, en síntesis, ha sostenido lo siguiente:

- a) Que es conceptualmente rechazable la posibilidad de que el Tribunal Supremo declare la inconstitucionalidad de una norma, pues lo que cabe, respecto de ese Tribunal, es la declaración de inaplicación de la misma por entenderla derogada por la Constitución como *lex posterior*, ya que la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica su expulsión del ordenamiento jurídico con efectos *ex tunc*, mientras que la sentencia del Tribunal Supremo, declarativa de la inaplicación de una ley, cualitativamente, y en lo que se refiere a sus efectos, no difiere de los que puede producir cualquier sentencia evacuada por el mismo Tribunal Supremo, pues la sentencia que se dicte no produce una transformación en la naturaleza de la norma por el hecho de que la Ley derogante sea la propia Constitución.

(39) DÍAZ MORENO, ALEJANDRO, «El alcance de la doctrina de la Sala 1.^a del TS ante el "Procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria"». Artículo publicado en la *Revista de Derecho Patrimonial*, Navarra, Aranzadi, 1999, págs. 135 a 151.

- b) Que las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sólo producen efectos *inter partes* y que la jurisprudencia ordinaria no es, en definitiva, fuente del ordenamiento jurídico, a diferencia de las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional que sí producen, en cambio, efectos frente a todos (v. art. 164.1 de nuestra Constitución), habiendo empleado dicho Tribunal Constitucional, incluso, como argumento *ad simile* el propio procedimiento extrajudicial para justificar la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria.
- c) La Disposición Derogatoria de la Constitución no legitima a cualquier operador jurídico para apreciar si una norma preconstitucional se adecua o no a nuestra Constitución, y así poder dejar de aplicarla por estimar su falta de adecuación, pues esa inaplicación sólo puede ser decretada por los órganos judiciales correspondientes, ya que, en otro caso, se estaría invadiendo la esfera reservada al poder judicial.

En relación a este último apartado c), no lo ha entendido así el *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en Auto de 26 de octubre de 1998* (40), auto que ha sido confirmado en cuanto a su contenido por otro dictado por *ese mismo Tribunal con fecha 30 de septiembre de 1999 (auto núm. 28/98)* (41), los cuales autos han desestimado el recurso contra la calificación del Registrador que denegaba las inscripciones derivadas de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria por haberse declarado inconstitucional por nuestro Tribunal Supremo, declarando el primero de dichos autos, cuyos argumentos reitera el segundo de los autos citados, que ...«la actividad de calificación, momento cumbre de la actividad registral, no se limita a un mero control de formalidades —valga el pleonismo— extrínsecas sino que ha de penetrar en las entrañas del acto jurídico calificado e indagar sobre sus contenidos esenciales y su ajuste a la legalidad... Así pues, en este caso lo sometido a debate es precisamente la “validez” en la vertiente constitucional del acto contenido en la escritura. Como no puede ser menos, este control de constitucionalidad alcanza al Registrador en su función calificadora cuando el acto estudiado ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por el Tribunal Supremo».

(40) Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 26 de octubre de 1998. Publicado en la revista «Lunes Cuatro Treinta», núm. 255, págs. 27 a 31.

(41) Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 30 de septiembre de 1999. Publicado en la revista «Lunes Cuatro Treinta», núm. 274, pág. 17 y sigs.

De parecer distinto fue el *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla*, que en *auto número 35/98, de fecha 19 de noviembre de 1998* (42) resolvió sobre un recurso gubernativo interpuesto contra la calificación de un Registrador que denegó la inscripción de la escritura pública derivada de un procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca.

Dicho auto, en síntesis, llega a las siguientes conclusiones:

1. La seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución Española) se encuentra en la misma base de la organización dispuesta por nuestra Carta Magna, conforme a la cual sólo determinados órganos pueden llevar a efecto plenamente la virtualidad que lleva consigo el principio de jerarquía normativa. Y así, por ejemplo, los reglamentos, en principio, no pueden ser inaplicados por cualquier operador jurídico (entre ellos, los Registradores) que los considere ilegales, sino sólo por los Tribunales de Justicia.

2. Sólo los órganos judiciales, y no ningún otro operador jurídico (entre ellos, los Registradores), pueden inaplicar una ley preconstitucional por considerarla derogada por la Constitución.

3. Que en base a lo antes expuesto en los precedentes números 1 y 2, podría pensarse que, si bien el Registrador no puede inaplicar una Ley preconstitucional, sin embargo, sí debería estar vinculado por la decisión al respecto de un órgano judicial. Pero en contra de ese parecer, hay que afirmar que no hay precepto legal alguno que así lo disponga, ni es una exigencia que se derive de ninguna institución o que venga impuesta por nuestro sistema jurídico en su comprensión sistemática. Es más, no sólo no se dispone tal efecto expresamente, sino que no hay articulado en nuestro ordenamiento jurídico los mecanismos necesarios para que tal eficacia pudiera tener virtualidad alguna, como es, en esencia, la publicación en un periódico oficial de la decisión de inaplicación. Por lo tanto, tal decisión tiene un alcance limitado exclusivamente al proceso en que se ha acordado.

4. Que, por lo tanto, la sentencia (o sentencias) dictadas al respecto por nuestro Tribunal Supremo tienen tan sólo un efecto *inter partes* y no *erga omnes*, siendo, por otra parte, sumamente discutible que la jurisprudencia haya de ser seguida en este caso concreto por el Registrador (máxime cuando hay sentencias contradictorias del propio Tribunal Supremo —Salas 3.^a y 1.^a—), pues parece ser que sólo los órganos judiciales del orden jurisdiccional en el que ejerce sus funciones la Sala respectiva, autora de los correspondientes fallos, pueden sentirse «vinculados» por los mismos, lo que viene reforzado por la circunstancia de no ser propiamente la jurisprudencia fuente del derecho.

(42) En *Base de Datos Aranzadi (BDA). Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales*. Primera entrega del año 2000. Comprende desde 1992 a 1999. También se recoge dicho Auto en la revista «*Lunes Cuatro Treinta*», núm. 249, págs. 28 a 30.

Lo cierto y evidente es que el Tribunal Supremo (concretamente su Sala 1.^a del orden civil), ante otras dos sentencias dictadas por la Sala 3.^a de ese mismo Tribunal (Sala 3.^a perteneciente al orden contencioso-administrativo), debería haber resuelto la posible discrepancia acudiendo a un pronunciamiento expreso por parte del Tribunal Constitucional. Máxime cuando este último ha declarado en materia de leyes preconstitucionales, en su sentencia 4/1981 (43), seguida posteriormente por otras, que «...los Jueces y Tribunales deben inaplicadas (obsérvese, inaplicadas, no declararlas inconstitucionales) si entienden que han quedado derogadas por la Constitución al oponerse a la misma; o puede, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad».

Parece ser que el propio Tribunal Supremo se ha olvidado de lo declarado en la sentencia 14/81, de 21 de mayo de 1981, del Tribunal Constitucional, quien reclamaba su intervención «...en los supuestos en que la persistencia de interpretaciones contrarias a la Constitución o la dispersión de criterios reclamen una solución de carácter general...»

Pero es que el propio Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 30 de enero de 1999 (44), no cuestiona para nada la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, resolviendo incluso sobre dos cuestiones referentes a la competencia notarial y al carácter irrevocable del poder que se le confirió a la entidad acreedora, al desestimar las pretensiones de la parte recurrente, declarando que el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria debe seguirse ante el Notario hábil para actuar en el lugar en el que radique alguna de las fincas hipotecadas, sin que la sumisión expresa pactada (que lo era sólo para el caso de acudir al procedimiento judicial sumario) pueda oponerse a lo dispuesto en el actual artículo 236 del Reglamento Hipotecario y que el mandato para proceder a la venta de la finca a favor de los ejecutantes por fallecimiento del hipotecante subsiste, pese a la muerte del mandante, debido a que también interesa su cumplimiento al mandatario y a terceros.

Y la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado recientemente dos Resoluciones de 26 de febrero y 2 de marzo de 2000 (45), relativas también a dicho procedimiento extrajudicial que, aunque referentes a escrituras y notas de calificación anteriores a las sentencias del Tribunal Supremo de la Sala 1.^a, sin embargo, no se plantean para nada la posible inconstitucionalidad de tal procedimiento.

(43) BDA de Jurisprudencia.

(44) Publicada en la RCDI, núm. 653, correspondiente a los meses de julio-agosto de 1999, pág. 1646.

(45) La Resolución de 26 de febrero de 2000 aparece publicada en el BOE, núm. 71, de 23 de marzo de dicho año, págs. 12294 a 12298, y la de 2 de marzo del mismo año, en el BOE, núm. 77, del día 29 del mismo mes y año, págs. 13418 y 13419.

Llegados a este punto de discrepancia, se podría dar la paradoja de que pudiese llegar al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad relativa al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

Pues bien, ante toda esta problemática, en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil se había excluido el procedimiento extrajudicial, cuando en un borrador previo se había previsto tal posibilidad. Sin embargo, no ha prosperado la postura mantenida en el proyecto y sí se ha consagrado abiertamente la posibilidad de pactar la venta extrajudicial (obsérvese que se habla de «venta extrajudicial» y no de «procedimiento extrajudicial»). Así el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dicha, declara:

«...Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario...»

No podría ser menos: se trata de una venta extrajudicial, porque estamos ante una realización de valor del bien hipotecado, ante el ejercicio del *ius distrahendi* que le corresponde al acreedor hipotecario. Ese es el carácter que acentuaba ya nuestro Código Civil en este tipo de procedimiento de ejecución, tanto judicial como extrajudicial, de ejecución hipotecaria y prendaria, al establecer claramente en su artículo 1.858:

«...Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, pueden ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor».

Como afirma, GUILARTE ZAPATERO (46):

«...El precepto establece y atribuye al acreedor la facultad de instar la venta del bien gravado como derivada de la propia esencia de los contratos que hacen nacer la garantía real. Más exactamente, ...debe precisarse que es facultad inherente a la naturaleza de ésta... El ius distrahendi resulta, pues, manifestación y consecuencia de la naturaleza real de la garantía, ineludiblemente necesario para que la finalidad de seguridad que desenvuelve no resulte ilusoria. Unida a la sujeción de la cosa al cumplimiento de la obligación asegurada y a la preferencia que otorga a su titular para cobrarse del precio obtenido en la venta, constituye el nervio y contenido de este tipo de garantía en el Derecho moderno...»

(46) GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, en el comentario que hace a dicho artículo 1.858 del Código Civil en *Comentario del Código Civil*. Tomo II. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 1861 y 1862.

«...Tratándose de garantía real, sólo su válida constitución y el vencimiento de la obligación determinan, sin necesidad de otros requisitos, la procedencia de ejecutar los bienes gravados, cualquiera que sea el patrimonio donde se encuentren, mediante el ejercicio de los oportunos procedimientos de naturaleza especial y acomodados a la propia esencia de la garantía cuestionada. En relación con éstos, existen determinados tipos de ejecución, sin que el artículo 1.858 requiera que la venta, instada por el acreedor, se formalice judicialmente, estableciendo el propio Código Civil para la prenda un procedimiento de enajenación mediante subasta pública y ante Notario (art. 1.872); procedimiento extrajudicial, asimismo, sancionada para la hipoteca en la LH...»

Además, tal posibilidad de la venta extrajudicial viene confirmada al admitir la LEC incluso la posibilidad de la realización del bien por convenio y por persona o entidad especializada (v. arts. 640, 641 y 642 LEC). Con más motivo no podría dejar de admitirse dicha venta extrajudicial cuando quien vela por ella es un funcionario y un profesional tan cualificado como lo es el notario.

Dicha venta extrajudicial se habrá de efectuar, pues, conforme a los artículos 234 a 236-o, inclusive, del Reglamento Hipotecario, que recobran su virtualidad, si bien en algunas materias, v.gr., la remisión que el artículo 236-o hace al artículo 132 de la Ley Hipotecaria (reclamaciones a través de la vía judicial ordinaria), han de entenderse referidas al artículo 698 de la nueva LEC. No obstante, lo lógico hubiese sido que la propia LEC hubiese dejado expresamente a salvo las alegaciones sobre existencia, subsistencia, exigibilidad o validez de la hipoteca o sobre nulidad del procedimiento que pudieran hacerse en el correspondiente proceso declarativo ordinario y no tener que acudir a labores interpretativas de integración de la norma que, a veces, pueden resultar más que dudosas.

Hecho este paréntesis necesario relativo a cómo la Ley ha venido a consagrar definitivamente la «venta extrajudicial», procede adentrarnos ya en el análisis exhaustivo de la nueva regulación relativa a **las «Particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados»**.

IV. AMBITO

Cabe distinguir, en cuanto a su aplicación, entre ámbito:

1. **Temporal.**
2. **Material.**

1. TEMPORAL

Dicho ámbito lo consagra **la Disposición Final vigésimo primera de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**, al establecer que dicha «*Ley entrará en vigor al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado*»; publicación que ha tenido lugar en dicho Boletín el sábado día 8 de enero del año 2000. Por lo tanto, su entrada en vigor será el día 8 de enero del año 2001.

No obstante, conviene recordar y tener en cuenta lo dispuesto en la Disposición Transitoria sexta, que declara:

«Disposición Transitoria sexta. Ejecución forzosa.

Los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor esta Ley se regirán por lo dispuesto en ella para las actuaciones ejecutivas que aún puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante.»

2. MATERIAL

Es necesario para que pueda acudirse a este procedimiento:

- A) Que la ejecución se dirija contra la finca hipotecada y
- B) Que se pacte un valor de tasación del inmueble o inmuebles hipotecados y fijación de un domicilio por el deudor para requerimientos y notificaciones.

A) *Ejecución dirigida contra el bien hipotecado*

El nuevo artículo 682, número 1 de la LEC, consagra expresamente que las normas del Capítulo V, del Título IV, «*sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda contra la que se proceda...*»

B) *Valor de tasación del bien hipotecado. Domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones*

Pero la Ley no sólo establece lo antes dicho, que la ejecución verse directamente sobre bienes hipotecados (o pignorados, cosa que aquí no nos ocupa, como antes dijimos). Exige, además, en el apartado 2 de dicho artículo 682, y como requisitos acumulativos al anterior, que concurran los dos siguientes:

«...1.º *Que en la escritura de constitución de hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta.*

2.º *Que en la misma escritura conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y notificaciones».*

a) Constancia registral del valor de tasación y del domicilio

Y en el artículo 682, en su número 3, establece que *«El Registrador hará constar en la inscripción de hipoteca las circunstancias a que se refiere el apartado anterior»* (esto es, tipo a efectos de subasta y domicilio); y ello como no podría ser de otro modo, dado el carácter estrictamente registral de la ejecución hipotecaria, la naturaleza constitutiva de la inscripción de hipoteca y la fuerza del principio de legitimación registral.

Los citados números 2 y 3 del expresado artículo 682 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil coinciden sustancialmente con el párrafo primero del anterior artículo 130 de la Ley Hipotecaria.

b) Fundamento del valor de tasación y del domicilio

El fundamento de estos requisitos arranca de la Ley Hipotecaria de 1909, como veremos inmediatamente:

El del domicilio, como muy bien recoge JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (47), es evitar abusos por parte de deudores de mala fe, pues una vez fijado el domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones en la escritura de constitución de hipoteca, ese será el domicilio a tener en cuenta para tal finalidad.

El del valor de la finca o fincas hipotecadas a efectos de subasta, porque se abrevian trámites que antes se dilataban sobremanera en el tiempo.

Así se pronunciaba el señor LASTRES, en contestación al señor BLANCO RAJOY en la discusión parlamentaria del articulado de la Ley Hipotecaria de 1909, a propósito de dichos dos requisitos (48):

«...Lo del domicilio está perfectamente explicado con sólo exponerlo. Sabe perfectamente mi querido compañero que cuando se tropieza con un deudor de mala fe, éste encuentra gran facilidad para eludir aquellos requerimientos que la ley exige que sean personales, trasladándose sucesivamente de domicilio, y hasta en algún caso ha conseguido traspasar la frontera, obligando

(47) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, págs. 77 y 78, y 85 y 86.

(48) Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. *Leyes Hipotecarias y Registrales de España, Fuentes y evolución*. Tomo II, Volumen. Leyes de 1909, págs. 413 y sigs. Editorial Castalia, Madrid, 1989.

a un acreedor a que acuda nada menos que a la vía diplomática para hacer tramitar un exhorto con esas condiciones y esa formalidad.

Hoy, ya, desde el momento en que en la escritura se consigna el domicilio, allí se han de hacer todos los requerimientos y todas las notificaciones, y esto abreviará de una manera evidentísima la rapidez del procedimiento. Además de tener estas ventajas, que desde luego se demuestran con sólo exponerlas, también nosotros hemos procurado atender a la garantía del deudor, porque sabe el señor Blanco que hasta ahora ha habido un procedimiento por el cual se requería al deudor muchas veces en un domicilio cualquiera o en el domicilio del alcalde, y esto era expuesto a sorpresas que hoy han desaparecido ya por completo, desde el momento en que la escritura queda señalado el domicilio en el cual han de recibirse todas las notificaciones y los requerimientos, y no se pueda dar el caso de esas sorpresas, que nosotros evitamos con la redacción dada al artículo.

Además, en cuanto al precio, también la ventaja salta a la vista. La Comisión ha tenido delante algunos casos tan extraordinarios como el de un préstamo hipotecario en que, habiéndose deducido la demanda ejecutiva, siendo primera hipoteca y no habiéndose opuesto el deudor, se tardaron cinco años en llegar a la vía de apremio, sencillamente porque como había de requerirse al deudor para que nombrase perito que tasare la finca y después requerir a ese perito para ver si se aceptaba, según el procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el deudor de mala fe, con no presentarse en el sitio donde se le llamaba o dar un domicilio equivocado, y cuando se hacía un requerimiento decir: “ayer, precisamente, se ha marchado a Canarias”; iba el exhorto a Canarias; y entonces decir “ayer marchó a Baleares”; iba el exhorto a Baleares, y contestar “precisamente ayer ha marchado a París”; de este modo pasaba el tiempo, y así se pasaron, como he dicho, cinco años, antes de poder entrar en la vía de apremio, tratándose de una escritura de hipoteca en la que no había habido oposición. Estos obstáculos no se pueden presentar hoy con la redacción de este artículo...”

c) Importancia de dicho domicilio

Ese domicilio es muy importante, pues determinará el lugar donde debe efectuarse el requerimiento de pago, entre otros casos. *Requerimiento de pago que debe hacerse no sólo al deudor, sino también, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor* contra quienes se hubiera dirigido la demanda, domicilio que debe de ser el vigente en el Registro. Así se pronuncia el artículo 686.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil:

«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 vigente en el Registro...»

La Ley no ha hecho sino consagrar de manera expresa lo que antes se debía también de hacer, como así se infería de los artículos 130 y 131, reglas 3.^a y 5.^a, en cuanto al deudor y tercer poseedor.

Y respecto del *hipotecante no deudor*, no había antes una alusión expresa al mismo a efectos de la fijación de un domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones; si bien en la reforma que se hizo de la regla 7.^a, del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, operada por la Ley 19/1986, de 14 de mayo (BOE del 20, corrección de errores en BOE núm. 209, de 1 de septiembre), se aludía expresamente al hipotecante, no como deudor, sino como uno de los interesados que podría solicitar a la autoridad judicial la celebración de la primera subasta, una vez transcurridos los treinta días desde las notificaciones, lo que implicaba que previamente había tenido que ser notificado para tal caso y circunstancia, lo mismo que el deudor y el tercer poseedor. En tal sentido se pronuncia GARCÍA GARCÍA (49) y la propia Ley Hipotecaria. Pero antes de tal reforma, no había alusión expresa «al hipotecante no deudor», por entender que lo dicho para el deudor y el tercer poseedor en cuanto al domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones valía también para el hipotecante no deudor. Así sucedía en la discusión parlamentaria de la Ley Hipotecaria de 1909 (50):

«El señor Blanco Rajoy: La duda que yo abrigaba y que he expuesto a la consideración de la Comisión existe todavía, y creo de necesidad para aclararla, formular un caso concreto. Se trata de un crédito garantizado con hipoteca, constituido, no por el deudor, sino por un tercero con bienes suyos propios, es decir, del tercero; el hipotecante resulta obligado subsidiariamente al pago de ese crédito; no se determina su domicilio en la escritura; tampoco fija aquél, de acuerdo con el acreedor, el precio que habrá de tener la finca para la subasta; y yo pregunto ahora: si en la escritura no consta el domicilio del hipotecante contra el cual necesaria y forzosamente ha de encaminarse el ejercicio de la acción, ¿cómo vais a aplicar lo estatuido en el artículo 2 (relativo al ejercicio de la acción hipotecaria directamente contra los bienes hipotecados)... De manera que yo entiendo que para el caso de que la acción haya de dirigirse contra el hipotecante, no hay términos hábiles de ejercitarle sin que en la escritura se haga constar su domicilio (el señor Guzmán: del deudor). No; es el hipotecante el deudor. He sentado que la hipoteca era contrato de garantía, contrato accesorio; el contrato funda-

(49) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 78.

(50) *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, *ob. cit.*, pág. 414 y sigs.

mental es el de préstamo. ¿Quién es el deudor? El prestatario; el otro podrá ser un fiador, pero no es bajo concepto alguno, y perdone el señor Santos Guzmán que discuta con él, que se halla a mucha más altura que yo en todas las materias, el deudor al cual tratará de exigirse la responsabilidad en primer término. De ahí que sea necesario reformar el artículo haciendo mérito de que si la hipoteca se constituye con bienes de tercero, sea forzoso que en la escritura consten el nombre y domicilio del hipotecante...

Si no se le requiere de pago (al hipotecante), yo pregunto a la Comisión: ¿cuándo, en qué tiempo, en qué forma, en qué período de ese expediente sumario va el hipotecante a hacer uso del beneficio de excusión?... De suerte que el hipotecante se encontrará privado de sus bienes, sin que se le haya practicado una mala diligencia de requerimiento de pago.

El señor Lastres (de la Comisión): Yo creo que el señor Blanco y Rajoy ha padecido una ligera ofuscación, que no puede ser más que de momento, sosteniendo algo que no está enteramente conforme con la naturaleza de la acción real, habiendo sostenido principios y doctrinas que no se acomodan, enteramente, a la esencia de la acción hipotecaria que... es esencialmente real y, por consiguiente, va contra los bienes... ¿No ha constituido éste (el hipotecante) una garantía con bienes suyos para la seguridad de la obligación de un tercero? ¿No sabe que esta obligación produce tales y cuales efectos, y que se ha de satisfacer en una fecha determinada? Pues que se preocupe de salvar esas dificultades, porque cuando llegue la hora, si no lo ha hecho, no podrá utilizar la acción especial consignada en la ley. (El señor Blanco y Rajoy: Tampoco lo ignora el deudor y, sin embargo, se establece la diligencia de requerimiento de pago)... Pues qué ¿se va a apremiar al hipotecante por esa vía que establece el artículo 2.º, sin audiencia de ningún linaje, va a expropiársele de sus bienes, sin que previamente se le otorgue el medio de defensa, cuando ese mismo medio de defensa puede establecerse en la escritura, porque si no se obliga solidariamente, claro es que, dentro del plazo de requerimiento, tiene derecho a exigir y hacer valer el beneficio de excusión? De modo que yo entiendo que el artículo pudiera modificarse en el sentido de que para apremiar al hipotecante, se consignara en la escritura su domicilio...»

d) Cambio de domicilio

Como ya hemos dicho, en la reforma operada por la nueva LEC se alude ya expresamente al domicilio no sólo del deudor, sino también del hipotecante no deudor y del tercer poseedor. Así se pone claramente de manifiesto en el artículo 683 cuando regula el cambio de domicilio señalado para requerimientos y notificaciones:

«1. El deudor y el hipotecante no deudor podrán cambiar el domicilio que hubieren designado para la práctica de requerimientos y notificaciones, sujetándose a las reglas siguientes:

1.^a Cuando los bienes hipotecados sean inmuebles (supuesto que ahora nos ocupa en el presente trabajo), no será necesario el consentimiento del acreedor, siempre que el cambio tenga lugar dentro de la misma población que se hubiere designado en la escritura, o de cualquier otra que esté enclavada en el término en que radiquen las fincas y que sirva para determinar la competencia del Juzgado.

Para cambiar ese domicilio a punto diferente de los expresados, será necesaria la conformidad del acreedor...

2. Los cambios de domicilio a que hace referencia el apartado anterior se harán constar en acta notarial y en el Registro correspondiente por nota al margen de la inscripción de hipoteca.

3. A efectos de requerimientos y notificaciones, el domicilio de los terceros adquirentes de bienes hipotecados será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición. En cualquier momento podrá el tercer adquirente cambiar dicho domicilio en la forma prevista en el número anterior.»

Como vemos, los apartados 1 y 2 del indicado artículo 683, coinciden sustancialmente con el párrafo tercero y cuarto del todavía vigente artículo 130 de la Ley Hipotecaria (hasta la entrada en vigor de la nueva Ley Procesal). No ocurre así con el apartado 3 de dicho artículo 683 en relación con el último párrafo del expresado artículo 130 de la Ley Hipotecaria, pues según aquel precepto el domicilio de los terceros adquirentes será el designado en la inscripción de su adquisición, mientras que este último (aún vigente) consagraba la vinculación para el tercer poseedor del domicilio fijado para notificaciones por el deudor en la escritura de constitución de hipoteca, al decir:

«Todo posterior adquirente de la finca podrá variar el domicilio que encontrare fijado (en el Registro) al tiempo de la adquisición, pero sujetándose a las condiciones y requisitos antes expresados, y, en su defecto, quedará subsistente el que aparezca en el Registro».

En relación con lo expuesto, MORELL Y TERRY (51) consideraba una tiranía inconcebible el que el tercer poseedor de la finca hipotecada tuviese que someterse al domicilio fijado por el deudor. Y así decía:

«...Bueno está que el tercer poseedor ponga en conocimiento del acreedor su domicilio, como variación del anteriormente designado para que se sepa

(51) MORELL Y TERRY, J., *ob. cit.*, pág. 98.

dónde han de practicarse respecto a él toda clase de diligencias judiciales; pero que haya caso en los que el acreedor tenga el derecho de conformarse o no conformarse, es una tiranía inconcebible. El domicilio no debe nunca convertirse en una simple fórmula o ficción para cumplir cómodamente un trámite legal; el domicilio debe ser siempre el verdadero y real del deudor y del tercer poseedor en su caso para que puedan enterarse de cuanto les interese y el conocimiento de ese domicilio verdad es lo único que debe en justicia exigir la ley. Lo demás es sacrificar en aras del cumplimiento de un trámite, la verdad, la justicia y los derechos de personas que no merecen semejante desconsideración...»

Esto es, el domicilio fijado para el deudor lo fijaba dicha parte deudora no sólo, en principio, respecto de sí misma, sino también lo era para los sucesivos terceros poseedores que en el futuro pudieran adquirir la finca hipotecada. Ahora no: el apartado 3 del artículo 683 consagra expresamente que el domicilio de los terceros adquirentes, a efectos de requerimientos y notificaciones, será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición. En la práctica, hay que reconocer que se había consagrado en los Registros la costumbre, respecto de las escrituras de compraventa con subrogación de hipoteca en la que no intervenía la entidad acreedora, de incluir en el cuerpo del asiento correspondiente la manifestación del domicilio del adquirente de la finca a efectos de requerimientos y notificaciones, a pesar de lo que preceptuaba el artículo 130 de la Ley Hipotecaria (cuya redacción actual desaparecerá tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, como ya hemos dicho).

e) Significación de la expresión «un domicilio»

En cuanto al domicilio, se ha planteado también la duda de si la expresión «un domicilio» (expresión que se reitera en el número 2.º, del apartado 2, del artículo 683), es un numeral o un artículo indefinido, o dicho de otro modo, si se pueden señalar varios domicilios o sólo se puede consignar uno. A este respecto, GARCÍA GARCÍA (52) opina lo siguiente:

«...Entendemos que la expresión "un domicilio" no tiene sentido "numeral" de un único domicilio, sino un sentido de artículo o incluso adjetivo indefinido (algún) que permite fijar uno o varios, según conveniencia del deudor o del hipotecante no deudor. Así, puede haber varios deudores en que cabe que fijen un solo domicilio o varios uno para cada uno de ellos; puede

(52) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 81.

que el deudor y el hipotecante no deudor fijen dos domicilios o uno solo; cabe que el único deudor fije dos domicilios teniendo en cuenta su doble residencia; cabe incluso que, siendo varias las fincas hipotecadas, se fije como domicilio el de la respectiva finca hipotecada sobre la que, en su caso, se ejercite el procedimiento...»

Es más, la propia *Dirección General de los Registros y del Notariado*, en *Resolución de fecha de 5 de septiembre de 1998* (53), declaró que cuando el que presta la garantía es hipotecante no deudor pueden fijarse, a los efectos de los artículos 130 de la Ley Hipotecaria y 234 de su Reglamento, dos domicilios para requerimientos; el del deudor y el del hipotecante. Con lo cual reitera lo dicho, y la conveniencia, ya consagrada legalmente, de fijar un domicilio para el deudor e hipotecante no deudor y tercer poseedor, en su caso. Así se manifestaba el Centro Directivo en sus fundamentos de derecho segundo y tercero:

«2.º Teniendo en cuenta que la expresión "un domicilio" no parece que tenga el sentido de un solo domicilio, sino más bien la palabra "un" puede ser un artículo indeterminado; además la expresión de distintos domicilios para hipotecante y deudor puede facilitar en su día el desarrollo del procedimiento.

3.º Siendo necesario que, pactándose el procedimiento ejecutivo extrajudicial, el domicilio tiene que ser el mismo que el que se pacta para el judicial sumario y, si bien en éste la Ley habla que fijará el domicilio el deudor, en aquél el Reglamento, dice que lo hará el hipotecante, ante esta duda que plantea la legislación, no es defecto, sino más bien prudencia el fijar el domicilio de ambos.»

Con anterioridad, también AVILA ALVAREZ venía afirmando que «nada obsta a que se prevea un domicilio para notificaciones y requerimientos (del hipotecante)» (54).

- f) La omisión del domicilio o del tipo para subasta, o la de ambas circunstancias: sus consecuencias

Puede ocurrir que se haya omitido en la escritura de constitución de hipoteca el domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones, o el valor de

(53) *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 42 (2.ª época); noviembre de 1998, págs. 2843 a 2845.

(54) AVILA ALVÁREZ, PEDRO, *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, pág. 209.

la finca o fincas hipotecadas a efectos de tasación para subasta, o bien ambas circunstancias. En tal supuesto, no podría acudir, por lo tanto, a este procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados por no concurrir en la escritura los requisitos exigidos por el artículo 682.2, 1.º y 2.º de la LEC. Ahora bien, ello no quiere decir que la escritura de constitución de hipoteca no sea inscribible. Lo que ocurre es que la ejecución de la hipoteca deberá efectuarse, en su caso, por otros cauces procesales. No obstante ello, dada la consecuencia que acarrearía la omisión de uno o de ambos de dichos dos requisitos en la escritura de constitución de hipoteca, se debería notificar al presentante o al interesado o interesados dicha circunstancia para que se subsane dicha omisión, si así se desea, y se pueda acudir, en su caso y en su día, al procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados regulados en la nueva LEC.

A este respecto conviene recordar la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de octubre de 1999* (55), cuyo supuesto, en síntesis, era el siguiente: En autos de separación conyugal se interpuso demanda solicitando la constitución de una hipoteca para garantizar el pago de las pensiones a favor del cónyuge demandante y de los hijos del matrimonio, y a cargo del otro cónyuge sobre una mitad indivisa de una finca perteneciente a este último. Anotada la demanda, se dictó sentencia acordando la constitución legal de la hipoteca, librándose el oportuno mandamiento al Registro de la Propiedad y practicándose la inscripción pertinente de dicho derecho real. Posteriormente la finca fue vendida a una entidad mercantil. Y más tarde, el Juzgado que decretó la inscripción de la expresada hipoteca legal, libró mandamiento interesando del Registro la constancia registral tanto del domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones (lo que así hizo el Registrador), como respecto del valor de la mitad indivisa hipotecada a efectos de subasta que constaba en dicho mandamiento (suspendiendo el Registrador la inscripción, en cuanto a dicho último extremo). El Centro Directivo, sin prejuzgar por qué se inscribió el mandamiento calificado en cuanto al domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones, declara:

«...es lo cierto que siendo principios básicos de nuestro sistema registral el de tracto sucesivo y el de legitimación..., debe confirmarse el defecto señalado por el Registrador ya que, constando inscrita la finca a favor de un tercero, no le es indiferente a éste la valoración que a efectos de subasta se pretende hacer constar en el Registro, pues dicha valoración determinará el desarrollo de la subasta sin que dicho tercero tenga, en el procedimiento judicial sumario (salvando lo dicho, vale para el procedimiento que ahora analizamos), posibilidad alguna de intervenir en su determinación. Por el contra-

(55) BOE, núm. 286, de 30 de noviembre de 1999, págs. 41472 y 41473.

rio, cuando por no constar en el Registro el valor de la finca a efectos de subasta, el acreedor debe acudir al procedimiento ejecutivo ordinario, los terceros adquirentes tendrán derecho a intervenir en el avalúo de los bienes como resulta del artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ver art. 639, en relación con el art. 658, párrafo segundo, y 662 de la nueva LEC, que permite la presentación por dicho tercero de alegaciones a la valoración en el procedimiento de apremio)... Por tanto, si en el asiento de constitución de hipoteca no se hizo constar el valor de la vivienda y el tercero adquirió confiando en la existencia de un derecho de hipoteca que sólo podrá hacerse efectivo por la vía judicial ordinaria —con sus trámites judiciales específicos—, no podrá acceder ahora al Registro la valoración que los constituyentes den al bien en perjuicio de un posterior adquirente, sin su intervención...»

Sin prejuzgar el cambio de domicilio respecto del cual se practicó el asiento, de la doctrina que emana de esta Resolución se infiere que si se omitió en la escritura de constitución de hipoteca el valor de tasación de la finca o fincas hipotecadas a efectos de subasta, y con posterioridad a la correspondiente inscripción de hipoteca se pretende consignar dicho valor de tasación, en el supuesto de que exista una inscripción de dominio de la finca a favor de un tercero posterior a dicha inscripción de hipoteca, no puede hacerse constar en el Registro dicha valoración. Esta era la tesis que, en cierto modo, mantenía ROCA SASTRE (56) en cuanto a la modificación del tipo de subasta al declarar dicho autor:

«...No obstante, la nueva fijación del tipo de subasta puede repercutir desfavorablemente para los acreedores posteriores si tal tipo se ha disminuido en forma que el remate pueda arrojar un precio insuficiente. Creemos que la ley debería autorizar y regular expresamente esta modificación ulterior, del mismo modo que prevé la alteración del domicilio paccionado, si bien en caso de existir posteriores titulares de derechos reales debería obtenerse el asenso de los mismos...»

En contra de esta última opinión relativa a que para la modificación del tipo de subasta se requiera el consentimiento de los terceros que existan después de la inscripción de constitución de hipoteca, se manifiesta GARCÍA GARCÍA (57), por entender que dichos terceros no tienen aún ningún derecho adquirido, sino «una simple esperanza de carácter procesal, que no puede ser considerada ni siquiera “expectativa” en sentido técnico-jurídico».

(56) ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, Volumen IV-2.º Séptima edición. Editorial Bosch, Barcelona, pág. 1112. Obra ya citada antes.

(57) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 95.

- g) El domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones y su relación con el principio de tutela judicial efectiva

Por último, y en relación con el domicilio, hay que resaltar la enorme trascendencia que el mismo tiene para que el principio constitucional de tutela efectiva tenga plena operatividad. Y ello por la sencilla razón de que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación ineludible de efectuar las citaciones, emplazamientos y notificaciones de una forma personal a los interesados, y esa notificación personal debe de hacerse en el domicilio pertinente, siempre que ello sea posible. De ahí que la *publicación de edictos para la realización de actos de comunicación procesal tiene un carácter marcadamente excepcional y supletorio*, de tal manera que sólo podrá acudirse a esta forma de notificación por los tribunales (y por la propia Administración, en su caso), sólo cuando se haya intentado infructuosamente la notificación personal en el domicilio pertinente y exista una rotunda convicción judicial de que es totalmente infructuosa la comunicación personal.

Son muchísimas las sentencias que avalan lo dicho, habiéndose pronunciado al respecto, de manera profusa, nuestro Tribunal Constitucional, en materia de actos de comunicación procesal. Así entre otras, las sentencias números 9/1981, 29/1984, 37/1984, 71/1984, 157/1987, 171/1987, 47/1989, 141/1989, 166/1989, 132/1991, 242/1991, 167/1992, 103/1993, 275/1993, 312/1993, 108/1995, 180/1995, 80/1996, 81/1996, 126/1996, 99/1997, 65/1999 (58).

Entre las más recientes figura la 109/1999, de 14 de junio de 1999 (59) que, en su fundamento de derecho tercero, sintetiza la doctrina de dicho Tribunal en esta materia, declarando:

«...Desde muy antiguo (STC 9/1981) este Tribunal ha venido señalando la importancia de asegurar la defensa procesal de los ciudadanos mediante la debida contradicción y audiencia. Corolario de ello es la afirmación (y cita diversas de las sentencias antes reseñadas), “del deber que tienen los órganos judiciales de emplear la máxima diligencia en el cumplimiento efectivo de las normas reguladoras de los actos de comunicación procesal, cuidando siempre de asegurar, cuando ello sea factible, que la comunicación llegue al conocimiento real de la parte, ya que este deber judicial constituye parte integrante del derecho a la tutela de los Jueces y Tribunales que garantiza el artículo 24.1 de la CE. De tal forma que la omisión o la defectuosa realización de los actos de comunicación procesal constituye violación de ese derecho fundamental, siempre que con ello se

(58) Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia.

(59) BOE, núm. 162, de 8 de julio de 1999, pág. 32.

impida a las partes litigantes llegar al conocimiento real que éstas necesitan para defender sus derechos en los procesos en que intervengan, a no ser que la falta de ese conocimiento real tenga su origen y causa determinante en el desinterés, pasividad, negligencia o malicia del interesado o éste haya adquirido dicho conocimiento a pesar del defectuoso emplazamiento". Y en las SSTC 275/1993, 108/1995 ó 126/1996 hemos reiterado, por una parte, que los actos de comunicación procesal no pueden ser considerados como meros trámites que permiten la continuación del proceso, y por otra, la necesidad de que los órganos jurisdiccionales extremen su celo a la hora de "poner en conocimiento de las partes pasivas de un pleito la propia existencia del proceso", dada la trascendencia que estos actos tienen para asegurar el principio de contradicción o audiencia entre las partes. En este sentido, y en relación con la citación a juicio como primer acto procesal de comunicación o emplazamiento, es doctrina reiterada que se trata de un requisito que cobra especial importancia: "La citación es, así, algo más que un mero requisito de forma y por ello se hace preciso, desde el punto de vista de la garantía del artículo 24.1 CE, que el órgano judicial asegure, en la medida de lo posible, su efectividad real (y cita, a continuación, diversas sentencias del TC)..."

En concreto, sobre la notificación edictal ...dijimos lo siguiente: "La citación por edictos... se concibe como 'una modalidad de carácter supletorio y excepcional'... De ahí que, ciertamente, el emplazamiento personal deba considerarse un instrumento ineludible por cuya efectividad debe el Juez velar, poniendo en la actividad de comunicación la diligencia que sea razonablemente exigible a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso, ...de tal suerte que sólo será admisible (se refiere a la citación edictal) cuando "una vez intentada la comunicación no conste el domicilio del interesado o se ignore su paradero" (STC 303/1994i, STC 190/1995)..."

Y más recientemente, la sentencia del Tribunal Constitucional 219/1999, de 29 de noviembre de 1999, se refiere igualmente a un emplazamiento edictal sin haber agotado las posibilidades de comunicación en juicio ejecutivo por préstamo seguido a instancia de una entidad crediticia, que viene a reiterar lo antes dicho al declarar lo siguiente:

No se puede acudir «...a la notificación edictal sin haber agotado otras posibilidades de comunicación que aseguran en mayor grado la recepción por el destinatario de la cédula, ya que dado el carácter de emplazamiento edictal como remedio último para la comunicación del órgano judicial con las partes, debía éste haber extremado los medios que permitiesen el emplazamiento personal y en este sentido resultaba exigible del órgano judicial que garantizase, formalmente al menos, que el demandado podría llegar a tener

conocimiento de la citación, siendo a él únicamente imputables, en caso de que no llegase a ser efectivo, las consecuencias anudadas al emplazamiento edictal, de manera que si este conocimiento no llegara a producirse, en modo alguno ello sería debido a la pasividad del órgano judicial. Pero es que, además, se decidió la citación edictal sin que existiera dato en base al cual pudiera entenderse suficientemente fundado el hecho de que era desconocido el domicilio del demandado o que por haberse mudado de domicilio se encontraba en ignorado paradero, circunstancias que son el presupuesto necesario para la citación edictal...»

Lógicamente, hay que precisar, a nuestro entender, que esta reiterada doctrina de nuestro más alto Tribunal no es de aplicación en los especiales supuestos en que la propia Ley establece la notificación edictal (v. art. 202 de la Ley Hipotecaria en materia de expediente de dominio reanudador del tracto sucesivo interrumpido cuando la inscripción contradictoria tenga más de treinta años de antigüedad).

Un trabajo muy interesante de nuestro compañero LARRONDO LIZÁRRAGA, relativo a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (60), aborda esta materia, partiendo del principio constitucional de tutela judicial efectiva, resaltando especialmente que —en lo que aquí respecta sigue siendo aplicable— son cuatro los intereses que se pretenden proteger con el régimen de requerimientos y notificaciones, según la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional (sentencias 29/1984, 71/1984, 47/1989, 132/1991):

«...a) que el deudor pueda satisfacer el importe de lo adeudado, con anterioridad a la ejecución...; b) concederle la posibilidad de intervenir para oponerse a cualquier irregularidad del procedimiento de apremio; c) que pueda personarse en la subasta para pujar o para provocar la subida de la puja; d) que pueda realizarse mejor el crédito del actor, lo que directamente aminora la responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código Civil.

Dada su importancia, el régimen del artículo 131 de la Ley Hipotecaria sobre las notificaciones personales del deudor en el domicilio de la finca hipotecada, es trámite esencial que no puede ser suprimido por ningún otro medio de comunicación (sentencias del Tribunal Supremo de 19-7-94 y 1-6-95). La nulidad del trámite vicia el procedimiento en su conjunto, y la adjudicación (art. 6.3 del Código Civil)...»

(60) LARRONDO LIZÁRRAGA, ob. cit., pág. 311.

V. COMPETENCIA

1. REGULACIÓN

Viene determinada en el artículo 684.1 de la nueva LEC, que establece:

«1. Para conocer de los procedimientos a que se refiere el presente capítulo será competente:

1.º Si los bienes hipotecados fueran inmuebles, el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique la finca y si ésta radicare en más de un partido judicial, lo mismo que si fueran varias y radicaren en diferentes partidos, el Juzgado de Primera Instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante, sin que sean aplicables en este caso las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la presente Ley...

2. El tribunal examinará de oficio su propia competencia territorial.»

Este precepto coincide sustancialmente con la regla 1.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en su redacción todavía vigente (pero que ha sufrido una nueva redacción), y que fue redactada por la Disposición Final 1.ª de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (BOE de 5 de mayo).

2. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LA COMPETENCIA

Se ha discutido si el Registrador puede calificar las reglas de competencia judicial. La cuestión ha perdido trascendencia, a nuestro entender, tras la reforma introducida por la nueva LEC.

A este respecto, y en un análisis evolutivo sobre la materia, cabe citar la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de diciembre de 1981* (61), que consagraba la doctrina de que la sumisión de las partes a un juzgado determinado podía ser (lógicamente antes de la reforma), no sólo expresa, sino también tácita, sin que en este último caso pudiese el Registrador apreciar la incompetencia del Juez. Y la *Resolución de 17 de julio de 1989* (62), declaró que aun cuando en la escritura de hipoteca las partes se hubieran sometido a determinado Tribunal, podían luego acudir a

(61) *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España* (BCNR), núm. 176. Ver también VILLAPLANA GARCÍA, CONSTANCIO, *Fichero Hipotecario (Jurisprudencial y doctrinal, cerrado a 31-12-1995)*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, págs. 287. Madrid, 1996.

(62) BCNR, núm. 258, y *Fichero Hipotecario*, pág. 301.

otro; sin que tal aspecto pudiese ser calificado por el Registrador, quien únicamente podría calificar la falta de competencia objetiva o funcional, mas no la territorial.

RODRÍGUEZ LÓPEZ (63), en un comentario a la Resolución de 31 de diciembre de 1981 (no olvidemos que entonces se admitía la sumisión expresa o tácita a los tribunales en relación con el ejercicio de la acción real hipotecaria sobre bienes inmuebles), partiendo de la redacción que entonces tenía la Ley Hipotecaria que declaraba competente al «Juez al que las partes se hubiesen sometido en la escritura de constitución de hipoteca», planteó si cabía la posibilidad de que con posterioridad a dicha escritura se alterase la sumisión expresa y, todavía más, si cabría igualmente dicha alteración sin necesidad de escritura (e inscripción). Y llegó a la conclusión de que la dicha Resolución de la Dirección General vino a aceptar la sumisión tácita al no estar prohibido expresamente —entonces, repetimos— por el artículo 131 de la Ley Hipotecaria y concurrir en el caso de dicha resolución una serie de circunstancias que aconsejaban la inscripción del testimonio del auto de adjudicación, cuales eran: la conducta positiva del deudor durante el procedimiento, puesto que recibió incluso el sobrante del precio del remate, sin que hubiese indefensión para el demandado; la posible deuda que al actor pudo plantearle la supresión del Juzgado originariamente competente y su absorción por dos Juzgados, y el haberse seguido el procedimiento ante uno de esos Juzgados en los que el anterior quedó absorbido, y ser justamente el escogido aquél en cuyo partido el deudor tenía su domicilio (hay que decir que la doctrina de tal Resolución se encuentra ya superada por la nueva redacción que se dio al art. 131, regla 1.^a de la Ley Hipotecaria, así como por la redacción del art. 684 de la nueva LEC).

Sin embargo, en contra de la opinión mantenida por las Resoluciones anteriormente citadas, un *Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*, concretamente el número 19, de 9 de septiembre de 1999 (64), declara que el Registrador puede apreciar, siendo extremo sujeto a su calificación, la incompetencia del Juzgado o Tribunal en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, entendiendo que procede la denegación de la inscripción (65). Así, dicho Auto se pronuncia, entre otros extremos, del siguiente modo:

(63) RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, «Comentarios a la Resolución de 31 de diciembre de 1981», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 556. Madrid, págs. 701 y sigs.

(64) Auto núm. 19, de 9 de septiembre de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Publicado en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 85, págs. 224 y sigs.

(65) *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 85, págs. 224 y sigs., en las que se incluye también el informe del Registrador don Antonio García Conesa y un comentario del mismo a dicho Auto.

«...El artículo 100 del Reglamento (Hipotecario), como hemos visto, no distingue entre las tradicionales clases de competencia: funcional, objetiva y territorial. Ocurre que la Ley de Enjuiciamiento Civil, junto a los criterios de delimitación de la competencia territorial, admite la sumisión expresa o tácita, como regla general, al entenderse que tal competencia atiende prevalentemente al interés privado de las partes. Pero cuando la Ley excluye expresamente la sumisión y obliga al Juez a examinar su propia competencia, la competencia territorial se constituye en un elemento de admisibilidad de la demanda y se configura como un requisito de orden público, porque se considera que el interés del negocio u objeto del litigio desborda el de las puras partes intervinientes.

En atención a lo anterior, es cierto que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 17 de julio de 1989, estimó el recurso contra la calificación del Registrador por entender que ésta, en cuestiones de competencia, debiera limitarse a los casos en que pudiera ser apreciada de oficio por el Juez, lo que no incluía la competencia territorial. Y es que, ciertamente, la redacción anterior de la regla 1.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria permitía la sumisión expresa en el procedimiento judicial sumario cuando la misma aparecía pactada en la escritura de constitución de la hipoteca. Pero tras la reforma operada por la citada Ley 10/1992, la regla 1.ª fija claramente la competencia territorial y, además, establece taxativamente: “El Juez examinará de oficio su propia competencia territorial, sin que resulten aplicables las normas generales sobre sumisión expresa o tácita de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

La Magistrada aduce... que no cabe en el presente caso la nulidad, pues el artículo 238.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sólo alude, en concreto, a la infracción de las competencias objetiva o funcional. La afirmación es cierta en su literalidad, más, desbordando el ámbito del presente recurso, debe decirse que es, por lo menos, dudoso que la infracción de las normas que regulan la competencia territorial no pueda aducirse como motivo de nulidad procedimental en los casos en que la misma viene imperativamente marcada en la Ley con proscripción de la sumisión, porque entonces se trata, como se decía, de defender los intereses prevalentes públicos o de terceros frente a los privados de las partes...»

Por otro lado, como ya hemos dicho, el apartado 2 del artículo 684 establece: «El tribunal examinará de oficio su propia competencia territorial». Lo que viene a confirmar lo preceptuado en el artículo 58 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la apreciación de oficio de la competencia territorial por los Jueces y Tribunales (apreciación de oficio que se pone también de manifiesto en la competencia objetiva —v. art. 48 de la nueva LEC— y en la competencia funcional cuando se trata de conocer de los recursos —v. art. 62 de dicha LEC—).

Respecto a la calificación de la competencia, GÓMEZ GÁLLIGO (66) y GARCÍA GARCÍA (67) entienden, con referencia al procedimiento judicial sumario aún vigente, que no sólo la falta de jurisdicción o la falta de competencia objetiva o funcional, sino también la territorial, son calificables por el Registrador, y ello con base en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, por ser una materia no ya de orden privado (antes sí cabía el acuerdo de sumisión expresa o tácita), sino de orden público.

Cierto que el artículo 100 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria alude a la calificación por el Registrador de «la competencia del Juzgado o Tribunal», sin distinguir entre la competencia objetiva, funcional o territorial. Ya la Resolución antes citada de 17 de julio de 1989, si bien declaró que el Registrador no era competente para entrar en el análisis de la competencia territorial, sí afirmó que podría alegar la falta de competencia objetiva y funcional. Sin embargo, el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción, es una norma más específica que el artículo 100 de dicho Reglamento. Y aquel precepto cuando se refiere expresamente a la calificación por el Registrador en lo que atañe a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que puedan dar lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, en ningún momento alude, como extremo al que se extienda la calificación de los documentos que puedan provocar la inscripción dominical y la consiguiente cancelación de cargas posteriores en este procedimiento, a las cuestiones de competencia. Ello podría llevarnos a la conclusión de que ese aspecto de la competencia no puede ser abarcado por la calificación registral en el procedimiento de ejecución directa de bienes inmuebles hipotecados. Sobre todo si tenemos en cuenta que es un precepto de rango legal (art. 132 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción) y no reglamentario (art. 100 del Reglamento Hipotecario) el que regula, además específicamente, el ámbito de la calificación del Registrador en lo que se refiere a la documentación causante de la inscripción dominical y la consiguiente cancelación de los asientos pertinentes en este procedimiento que nos ocupa. De ahí que consideremos que la interpretación que entiende que el citado artículo 132 de la Ley Hipotecaria se ve complementado por el artículo 100 de su Reglamento, aparece debilitada por los argumentos antes expuestos y por la tendencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de competencia y en lo relativo a la calificación registral

(66) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, Obra antes citada, «Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH (procedimiento judicial sumario)», publicado en *Práctica Hipotecaria (Jornadas sobre Ejecución Hipotecaria)*, núm. 2. Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Editorial Marcial Pons, Barcelona, 1994, págs. 95 y 96.

(67) GARCÍA GARCÍA, J. MANUEL, *ob. cit.*, págs. 98 y sigs.

de los documentos judiciales, tendente en cuanto a esto último, a que los extremos de la calificación se circunscriban más bien a aquellos supuestos en que se pueda haber incurrido en indefensión (así ausencia de notificaciones).

VI. DEMANDA EJECUTIVA Y DOCUMENTOS QUE DEBERAN ACOMPAÑARSE A LA MISMA

Como cuestión previa, no se puede olvidar que estamos ante el ejercicio de una acción real hipotecaria que pretende la realización de valor de la finca hipotecada, y no ante el ejercicio de una acción personal de reclamación de cantidad que se ejercite como consecuencia de haber tenido lugar el impago de la obligación garantizada. Aquí se trata de obtener la ejecución de la finca hipotecada, independientemente de la cantidad que debe de ser satisfecha. Distinguiremos, pues, entre:

1. **Quién debe firmar la demanda.**
2. **Cuál es su objeto.**
3. **Contra quién debe de dirigirse.**
4. **Contenido.**
5. **Documentos que han de acompañarse a la misma.**

1. QUIÉN DEBE DE FIRMAR LA DEMANDA

A diferencia de la regla 2.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que aludía «a demanda autorizada por letrado», ahora en el artículo 685 no se hace referencia a ello. Como tampoco se hace alusión en dicho artículo a los «documentos comprobantes de la personalidad, incluso los que acrediten el poder del Procurador», a que hacía referencia la regla 3.^a del indicado precepto. No obstante, creemos que continúan claramente vigentes los criterios anteriores al respecto: la demanda deberá ser autorizada por abogado y acompañarse el poder pertinente del correspondiente procurador por aplicación, además, de principios generales consagrados en la propia LEC. A pesar de que no haya litigio en este tipo de procedimiento, así parece deducirse del articulado de la nueva Ley Procesal y, en concreto, de su artículo 31, en cuanto a la autorización mediante la firma de abogado; y en cuanto a la intervención y apoderamiento del procurador, de los artículos 23 y 24 de dicha Ley, y del artículo 550.1.2.º, que alude al «poder otorgado a procurador, siempre que la representación no se confiera *apud acta* o no conste ya en las actuaciones».

2. OBJETO DE LA DEMANDA

Hay que partir de la consideración de que nos encontramos ante el ejercicio de la acción real hipotecaria, no de una acción personal. Como muy bien afirma GARCÍA GARCÍA (68):

«...El objeto propiamente dicho de la demanda es obtener la ejecución, y que el impago de las cantidades no opera directamente como objeto, sino que es el presupuesto de la ejecución, y por eso se acompaña el acta de requerimiento de pago sin haber obtenido resultado positivo...»

Por otra parte, la obtención del cobro de la cantidad opera también como el resultado o consecuencia mediata de la realización de valor de la finca hipotecada, pues con el importe de la subasta se ha de hacer pago en primer lugar al acreedor hipotecario demandante. Pero eso no obsta para que el objeto directo del procedimiento sea la ejecución de la finca hipotecada, pues no se discute en el procedimiento la cantidad que ha de ser pagada...»

3. CONTRA QUIÉN SE DIRIGE LA DEMANDA

A este respecto, el apartado 1 del artículo 685 establece claramente:

«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 esto es muy importante, pues es un extremo calificable por el Registrador, según se desprende del número 1.º del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada por la Disposición Final novena, número 7, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que extiende la calificación registral al extremo, entre otros, de que haya sido demandado y requerido de pago el deudor, y, en su caso, el hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse la certificación de cargas en el procedimiento.

4. CONTENIDO DE LA DEMANDA

No alude expresamente a este contenido el artículo 685 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, pero sí, en cierto modo, el artículo 575. Creemos

(68) GARCÍA GARCÍA, J. MANUEL, ob. cit., pág. 132.

que sustancialmente el contenido mínimo continúa siendo el que exigía la regla 2.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, esto es:

A) *Los hechos y las razones jurídicas determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y de la competencia del Juzgado* (este último extremo parece ser ya que no es calificable por el Registrador, como ya hemos dicho anteriormente). Cabe tener en cuenta al respecto el artículo 399 de la LEC, referente a la demanda y a su contenido en cuyo precepto se determinan los datos que deben de reflejarse en la demanda y la forma de incluirlos en la misma (entre cuyos datos figuran las alegaciones que procedan sobre la competencia).

Por «certeza» entendemos que es la especificación y concreción del crédito que viene determinado según los distintos tipos de hipotecas en cuestión (cuenta corriente, interés variable...).

Por «subsistencia» de la hipoteca debe entenderse que la hipoteca base de la ejecución se encuentra vigente registralmente, lo que fácilmente se acredita al expedir la certificación de cargas en el procedimiento.

Por «exigibilidad» del crédito se entiende el transcurso del plazo pertinente sin haber satisfecho la cantidad que correspondía al período pactado. Hay que decir que la exigibilidad del crédito entra en clara conexión con las causas de vencimiento anticipado y con la famosa sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de marzo de 1999, como más adelante veremos.

Pues bien, todo lo dicho tiene fácil acreditación con el título o títulos de crédito inscrito en el Registro competente. Por eso debe acompañarse a la demanda dicho título de crédito, como se desprende del apartado 2 del artículo 685 de la nueva Ley Procesal.

B) *La cantidad exacta que se reclame*

En la regla 2.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se hablaba de «la cantidad exacta que por todos los conceptos sea objeto de reclamación». En el artículo 575 de la nueva LEC, en su apartado 1, se establece lo siguiente:

«La ejecución se despachará por la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementada por la que se prevea para hacer frente a los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y a las costas de ésta. La cantidad prevista para estos dos conceptos, que se fijará provisionalmente, no podrá superar el 30 por 100 de la que se reclame en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de la posterior liquidación».

Obsérvese que dicho precepto se encuentra incardinado dentro del Capítulo I (De la ejecución dineraria: Disposiciones generales), del Título IV (De la ejecución dineraria), por lo que estamos en sede de disposiciones generales, máxime si atendemos a la nueva redacción del artículo 129 de la Ley Hipotecaria.

a) Individualización de los distintos conceptos garantizados hipotecariamente

Ahora bien, ¿estaría correcta la formulación de la demanda si no se especifica individualmente lo que se reclama por principal, por intereses remuneratorios, por intereses de demora, por costas y gastos, y/o por otras prestaciones accesorias, en su caso? Rotundamente creemos que no: reiteradísimas son las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de nuestro Tribunal Supremo, que en aras del principio hipotecario de especialidad o determinación exigen la perfecta determinación en la escritura de constitución de hipoteca, con la debida claridad, individualidad y especificidad de los diferentes conceptos que integran la responsabilidad hipotecaria, conceptos que no pueden ser mezclados ni intercambiados. Porque entonces, ¿qué sentido tiene que el artículo 692, en su apartado 1, afirme que «*el precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos, exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria*», o que el nuevo artículo 132 de la Ley Hipotecaria, al determinar la calificación del Registrador en este tipo de procedimiento, declare que se extiende, entre otros extremos, a «*que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no exceden del límite de la respectiva cobertura hipotecaria*» (núm. 3.º del art. 132 de la Ley Hipotecaria)?

A este respecto, una reciente *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de marzo de 2000* (69) (BOE núm. 77, de 29 de marzo del presente año), a propósito de una hipoteca ejecutada mediante procedimiento extrajudicial a través de notario (y dado el carácter estrictamente registral de la hipoteca, aplicable también al procedimiento que nos ocupa) hace hincapié en la especial trascendencia que para todos los interesados en el procedimiento tiene la fijación exacta, desde su inicio, de lo reclamado por cada uno de los diversos conceptos. Entraremos más de lleno en el análisis de dicha Resolución más adelante al tratar el tema del sobrante

(69) Resolución de la DGRN de 2 de marzo de 2000. Publicada en el BOE, núm. 77, de 29 del mismo mes y año.

que pueda resultar, en su caso, como consecuencia del remate o adjudicación de la finca o fincas subastadas.

- b) Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes y vencimiento anticipado de deudas a plazos

En relación con las cantidades objeto de reclamación, debe de traerse especialmente a colación la *sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999, de su Sala 1.^a* (70), cuyo ponente fue MELÉNDEZ HERNÁNDEZ, que tanta alarma ha causado entre las entidades crediticias. En especial, dicha sentencia, por otra parte aislada, vino a afirmar que los bancos no podían exigir el vencimiento anticipado de un crédito hipotecario, en el caso de que el deudor dejase de pagar alguna de las cuotas de amortización. Para tan Alto Tribunal dichas cláusulas constituyen un pacto «contrario a las leyes» y son nulas por contravenir varios preceptos del Código Civil y dos artículos de nuestra Ley Hipotecaria: el 127 y el 135. Dice dicha sentencia, entre otros extremos:

«...Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (a los varios preceptos del Código Civil y a los arts. 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el claro anatema del artículo 6 del Código Civil: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno Derecho..."

"Los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria demuestran elocuentemente que la condición que precipita el vencimiento del préstamo constituye una cláusula poderosamente revolucionaria en el juego normal de los préstamos hipotecarios, tal como los regula nuestro Derecho sustantivo".

Entronizando esta condición se puede abortar anticipadamente la biología del préstamo garantizado».

GARCÍA GARCÍA (71) declara que lo negativo de esta sentencia es considerar nulas, sin más consideraciones, cualquier cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, que dicha sentencia llama «cláusulas de con-

(70) Sentencia de 27 de marzo de 1999, Sala 1.^a del TS. *Base de Datos de Jurisprudencia Aranzadi (BDA)*.

(71) GARCÍA GARCÍA, J. M., «LOS llamados "pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca" como condición resolutoria explícita del préstamo hipotecario. Lo positivo y lo negativo de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999». Artículo publicado en la revista «Lunes Cuatro Treinta», núm. 264, págs. 10 a 26.

dición resolutoria del préstamo hipotecario», ignorando que hay cláusulas de vencimiento anticipado que son perfectamente válidas, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, cuando están en íntima conexión con la garantía real hipotecaria y que, por ello, deben de tener trascendencia real inmobiliaria e inscribirse en el Registro de la Propiedad; y que, en cambio, las que son ajenas a la garantía hipotecaria no deben de ser inscribibles, por ser de carácter puramente obligacional o incluso ilícitas por ir en contra de disposiciones legales o por carecer de causa. Y entre las cláusulas admisibles debe figurar la de vencimiento anticipado por falta de pago de los intereses y cuotas de amortización, siempre que ello así se haya pactado en la escritura de constitución de hipoteca y se halla inscrito tal pacto en el Registro, por la sencilla razón de que los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria no excluyen la validez del pacto de vencimiento anticipado, ni se lo cuestionan, sino que sencillamente no se ocupan de él, pues no se trata de materia propia de tales preceptos, sino del artículo 1.255 del Código Civil y, por lo tanto, dichos artículos no contienen ninguna prohibición que impida tal tipo de cláusulas. Como veremos, esta es la tesis que mantiene la recientemente publicada LEC.

Por su parte, LÓPEZ LIZ (72) entiende que el «préstamo no se resuelve, ni mucho menos la hipoteca, sino que simplemente se precipita el vencimiento, con lo que se hacen cesar los efectos de la obligación». El mismo autor, así como otros autores, han sostenido el carácter aislado de esta sentencia, y que la hipoteca se constituye precisamente para eso: para garantizar el vencimiento anticipado del préstamo, de tal manera que «el impago de la obligación produce el vencimiento del préstamo y la ejecución de la hipoteca, es decir, pasa ésta de la fase de seguridad a la fase de ejecución». En el mismo sentido de la validez del pacto se pronuncian ROCA SASTRE y CAMY SÁNCHEZ CAÑETE. El primero, citado igualmente por LÓPEZ LIZ, sostiene que la llamada hipoteca de amortización no es de «tracto sucesivo», a diferencia de la que garantiza plazos diferentes (arts. 135, párrafo 2.º y 127, párrafos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria); es decir, no existe ninguna relación de tracto sucesivo, ya que por el hecho de que la amortización del crédito se realice gradualmente, no por eso la hipoteca deja de garantizar un «capital unitario», en la cual lo que es deuda principal queda jurídicamente diferenciado de lo que son intereses o prestaciones accesorias, aunque económicamente se comprendan parte del capital y parte de los intereses, en todas y cada una de las cuotas correspondientes de amortización. Y CAMY por su parte, sostiene la validez de tal pacto, por entender que implícitamente se recoge en el propio artículo 145 de la Ley

(72) LÓPEZ LIZ, JOSÉ, «Perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipotecas», publicado en *La Ley*, núm. 4887, págs. 1 y sigs.

Hipotecaria, aparte de considerar que tal pacto es una concreción de un principio general del Derecho Civil, que permite al acreedor ponerse a salvo del posible incumplimiento de las obligaciones, implicado en un estado de insolvencia del deudor, sobrevenido con posterioridad al nacimiento de ellas, pero anterior a su consumación o cumplimiento.

El magistrado de la Audiencia Provincial de Sevilla, CONRADO GALLARDO CORREA (73), en la conferencia que sobre «Intereses, costas y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria» pronunció el 20 de enero del presente año en el Centro de Estudios Registrales de Andalucía Occidental, en el ciclo de conferencias que sobre «Jornadas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución y Registro de la Propiedad», organizó el Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, trató sobre esta sentencia de nuestro Tribunal Supremo, afirmando que la misma le parece coherente con la línea jurisprudencial que trata de restablecer el equilibrio entre las partes, *«preconizando claramente la perdurabilidad del préstamo hipotecario, de manera que el préstamo ha de prolongarse hasta el último día convenido en el contrato, de tal manera que el artículo 127 de la Ley Hipotecaria sólo permite dos posibilidades al comprador del bien: o se soporta la hipoteca hasta el futuro vencimiento del último plazo convenido o se deposita el dinero que el acreedor sólo podrá cobrar en el futuro cuando venzan los plazos. A su vez, el vigente artículo 135 de la Ley Hipotecaria preconiza igualmente en los casos de venta de la finca por el impago de alguno de los plazos o de los intereses que se venda la finca, pero ésta se transferirá al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviese satisfecho»*.

Sin embargo, dicho magistrado no comparte la sentencia en el sentido de que hay otros preceptos del ordenamiento jurídico de los que se desprende la validez de todas aquellas cláusulas que se funden en una disminución de las garantías que en su día se tuvieron en cuenta para formalizar el préstamo (así el art. 5 de la Ley del Mercado Hipotecario y 205 del Código de Comercio), siempre que se trate de una disminución significativa y relevante y se fije un criterio objetivo para su determinación; además, *«porque no parece se pueda prohibir la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento por parte*

(73) GALLARDO CORREA, CONRADO, «Intereses, costas y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria». Conferencia pronunciada en *Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución y Registro de la Propiedad*, organizadas por el Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España a través de su Centro de Estudios Registrales, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, los días 19, 20 y 21 de enero del presente año 2000. Se publicó dicha conferencia en el Boletín interno de información registral «La Buhaira», núm. 17, págs. 94 y sigs.

del deudor de sus obligaciones si el artículo 1.124 del Código Civil considera implícita la facultad de resolver las obligaciones en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe...»

Por su parte, el notario LOIS PUENTE (74) ha venido defendiendo que el pacto de vencimiento anticipado en los créditos hipotecarios vulneraba el artículo 1.129 del Código Civil, no constituyendo dicho pacto la modalización de un plazo y no siendo un supuesto más de excepción del artículo 1.129 de dicho Cuerpo legal, al mismo tiempo que ha sostenido que en realidad tal pacto es una auténtica condición resolutoria.

Dada la difusión de dicha sentencia de nuestro Tribunal Supremo, la *Asociación Hipotecaria Española trató de delimitar el alcance de la misma y formuló consulta al respecto, con fecha 28 de junio de 1999, a la Dirección General de los Registros y del Notariado, quien dictó Resolución de fecha 2 de julio del mismo año*, en la que reiteró su doctrina del carácter inscribible de las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago de cualquier cantidad adeudada y la no admisibilidad de dichos pactos por comportamiento distintos del incumplimiento mismo de la obligación garantizada; declarando asimismo que, en el ámbito sustantivo civil, el plazo se presume establecido en beneficio de ambas partes, acreedor y deudor, salvo que otra cosa resulte del tenor de la obligación, por lo que es perfectamente ajustado al artículo 1.255 del Código Civil y el cumplimiento en el artículo 1.124 de dicho Cuerpo Legal, el pacto de vencimiento anticipado por impago de alguna cuota de amortización de capital o abono de intereses. Concluye dicha Resolución declarando que la Dirección no puede pronunciarse por vía de consulta sobre materias propias de la calificación registral, reiterando que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y que las sentencias judiciales sólo producen efectos *inter partes* y que no afectan a la presunción de existencia del derecho, titularidad y posesión jurídica derivadas de la inscripción que produce efectos *erga omnes* a menos que se dicten en procedimiento seguido contra el titular registral y que las mismas produzcan la oportuna inscripción.

A este respecto cabe citar algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo como la de 28 de febrero de 1958, 14 de abril de 1986 ó 20 de octubre de 1993, a la luz de las cuales se ha querido ver la posibilidad del vencimiento anticipado de la total deuda garantizada. Así se puso de manifiesto en la Mesa Redonda sobre ejecución hipotecaria, organizada recientemente por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC), en cuya mesa se

(74) LOIS PUENTE, JOSÉ MANUEL, en *Análisis de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo y en especial en los préstamos hipotecarios. Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999. Examen de los aspectos conflictivos del vencimiento anticipado en los que la sentencia no ha entrado*. V. Dicho trabajo y pág. 2 del mismo. Mesa redonda antes referida organizada por AUSBANC.

citaron sentencias incluso de las Audiencias Provinciales, avalando dicha tesis (así la de la A.P. de Valencia de 17 de octubre de 1990, A.P. de Barcelona de 31 de octubre de 1990, y A.P. de Ciudad Real de 3 de mayo de 1993) (75).

En resumen, todo el debate que ha causado esta sentencia de nuestro Tribunal Supremo se centra en dilucidar si el espíritu del legislador hipotecario fue en su día que la obligación principal garantizada hipotecariamente (normalmente lo es un préstamo) debiera subsistir hasta el final del plazo pactado o, por el contrario, entendió el legislador que no debía regular materia sustraída al principio de autonomía de la voluntad. O, dicho de otro modo: si tienen carácter imperativo o no los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria.

Tal vez el legislador, ante el impacto causado en las entidades crediticias por dicha sentencia, que podrían restringir la concesión de créditos hipotecarios ante la falta de viabilidad de las eventuales ejecuciones de hipotecas en cuyas escrituras se hubiese pactado tal cláusula, ha optado por pronunciarse abiertamente al respecto y dar solución a tal asunto. Así dice el artículo 693 de la nueva LEC, titulado «Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos»:

«1. Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si viciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro....

Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha...»

Se recogen en este primer apartado casi idénticamente los párrafos primero y segundo del artículo 135 de la Ley Hipotecaria. Pero es el apartado 2 del artículo 693, el que marca claramente la diferencia atacando frontalmente la doctrina de la sentencia antes referida del Tribunal Supremo, pues admite la reclamación por la totalidad del débito cuando se ha pactado expresamente

(75) *Análisis de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo, y en especial en los préstamos hipotecarios. Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999, por ROCHE NAVARRO, ALEJANDRO, pág. 11, de dicho trabajo en el que cita dichas sentencias. Mesa redonda antes citada sobre Ejecución Hipotecaria. Jornadas sobre operaciones bancarias: conceptos matemáticos, aspectos jurídicos y malas prácticas bancarias, 21-24 de febrero de 2000. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC).*

y se ha inscrito tal pacto de vencimiento anticipado en caso de falta de pago de alguna cuota:

«2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro».

Por lo tanto, habiendo pacto expreso en tal sentido, cabe la reclamación por la totalidad.

Y a continuación establece dicho artículo en su apartado 3 un derecho del acreedor, aun cuando se haya declarado el vencimiento anticipado del préstamo por impago de alguna cuota, consistente en que el mismo solicite del juzgado libre comunicación al deudor para que el mismo, si quiere —y puede—, libere el bien antes de la celebración de la subasta, pagando las cantidades a que se refiere dicho apartado. Apartado que, asimismo, prevé como derecho del deudor el que ésta pueda proceder, por una sola vez, y caso de ser la finca hipotecada la vivienda familiar, y aunque no medie el consentimiento del acreedor hipotecario, a la liberación mediante la consignación de dichas cantidades.

Dicho apartado en cuestión reza del modo siguiente:

« 3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, por una sola vez, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en el apartado anterior, se liquidarán las costas y, una vez satisfechas éstas, el tribunal dictará providencia declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante».

Estimamos la conveniencia (por no decir necesidad) cuando se solicite la publicidad registral —en especial certificaciones—, de reflejar el pacto de

vencimiento anticipado en el que se establece tal vencimiento de la totalidad de la deuda por impago de algún plazo; no faltando autores, como GARCÍA GARCÍA (76), que sostiene la conveniencia de reflejar en el acta de la inscripción del préstamo hipotecario dicho pacto de manera expresa mediante su sujeción a condición resolutoria.

5. DOCUMENTOS QUE HAN DE ACOMPAÑARSE A LA DEMANDA

A estos documentos se refiere el apartado 2 del artículo 685, que se remite, a su vez, en cuanto a los mismos, al artículo 550 y, en sus respectivos casos, a los artículos 573 y 574 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A) Título de crédito

En primer lugar, como antes ya hemos dicho, y como regla general, a la demanda se acompañará *el título o títulos de crédito* con los requisitos establecidos legalmente para que pueda despacharse la ejecución. *Y si no se puede presentar* o aportar junto con la demanda el título inscrito, esto es, la copia autorizada de la escritura de constitución de hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente, deberá presentarse entonces *otra copia autorizada de dicha escritura junto con certificación del Registro acreditativa de haberse practicado la inscripción* de dicha hipoteca y la subsistencia de la misma. En dichos términos se pronuncia el apartado 2, del expresado artículo 685, que es prácticamente fiel trasunto del número 2.º de la regla 3.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria aún en vigor. Establece dicho artículo 685.2:

«A la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente Ley. En caso de ejecución sobre bienes hipotecados... si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca...»

Por lo tanto, lo normal es presentar, como hemos dicho, la copia inscrita de la escritura de la constitución de hipoteca cuya ejecución se pretende, con

(76) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, Trabajo antes citado, en *Lunes Cuatro Treinta*, núm. 264, pág. 22 y sigs.

los requisitos exigidos por la LEC, para que se pueda despachar la ejecución. A este respecto, el artículo 517 de la LEC, en su apartado 1 y en el número 4.º, de su apartado 2, establece:

«1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución.

2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:

4.º *Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar o, de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes...»*

Supletoriamente, pues, si no se puede aportar dicho título inscrito, se presentará otra copia autorizada de la escritura de hipoteca junto con el certificado del Registro acreditativo de la inscripción de la misma y de su subsistencia. Ciertamente, *se podría haber exigido que sólo se aportase dicha certificación*, por la sencilla razón de que estamos, como reiteradamente venimos afirmando, ante un procedimiento de base estrictamente registral, en el que lo importante es que la hipoteca conste inscrita y subsistente. Piénsese, además, que en no pocas ocasiones se modifica la hipoteca, y esa modificación, en el caso de que haya tenido reflejo en el Registro de la Propiedad, constará en la certificación registral, sin necesidad de acudir a copia autorizada de la misma. Todo ello vendría avalado, por otra parte, por el carácter de documento público de la propia certificación registral, que consagra el artículo 317.4.º de la nueva LEX, cuando afirma:

«A efectos de prueba en el proceso, se considerarán documentos públicos:

4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales».

En materia de hipotecas que puedan estar constituidas sirviendo de cobertura en el Mercado Hipotecario, el propio artículo 685 de la nueva LEC, en su apartado 4, que es fiel reproducción del último párrafo del número 2.º de la regla 3.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cuyo párrafo fue incorporado por la Ley 19/1996, de 14 de mayo, dice:

«Para la ejecución de las hipotecas sobre bienes inmuebles constituidas a favor de una Entidad de las que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios, bastará la presentación de una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. Dicha certificación se completará con cual-

quier copia autorizada de la escritura de hipoteca, que podrá ser parcial, comprendiendo tan sólo la finca o fincas objeto de la ejecución.»

Obsérvese que este precepto es, en cierto modo, una excepción a la regla general, pues se habla de acompañar «cualquier copia», sin que sea necesaria primera copia, incluso puede defenderse que no es necesario que la autorizada lo sea conforme dispone lo dispuesto en el artículo 517.2.4.º

No obstante, el principio general de que a la demanda se acompañe el título o títulos de crédito, tiene también otras excepciones. Así:

- a) En «la hipoteca en garantía de títulos», el artículo 155 de la Ley Hipotecaria exige tan sólo que en el procedimiento para hacer efectiva la acción hipotecaria nacida de los títulos, se acompañen los mismos títulos u obligaciones junto con el certificado de la inscripción de hipoteca en el Registro de la Propiedad.
- b) El artículo 6 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación de préstamos hipotecarios:

«La entidad subrogada deberá presentar para la ejecución de la hipoteca, además de su primera copia auténtica inscrita de la escritura de subrogación, el título de crédito, revestido de los requisitos que la LEC exige para despachar la ejecución. Si no pudiese presentar el título inscrito, deberá acompañar, con la copia de la escritura de subrogación, certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.»

B) Poder del procurador

Un segundo documento que debe acompañarse a la demanda, a que se refiere el artículo 550, apartado 1, número 2.º de dicho Cuerpo Legal, por remisión que al mismo hace el apartado 2 del artículo 685 de la nueva LEC, y al que ya se ha aludido anteriormente, es «el poder otorgado a procurador, siempre que la representación no se confiera *apud acta* o no conste ya en las actuaciones».

C) Otros documentos

Continúa el artículo 550.1.3.º y 4.º especificando como documento que acompañarán a la demanda ejecutiva:

«3.º Los documentos que acrediten los precios o cotizaciones aplicados para el cómputo en dinero de deudas no dinerarias, cuando no se trate de datos oficiales o de público conocimiento.»

4.º *Los demás documentos que la ley exija para el despacho de la ejecución».*

Hay que tener en cuenta que en este tipo de procedimientos estamos, no ante deudas no dineradas, sino ante ejecución dinerada, a la cual le es de aplicación el artículo 571 y siguientes de la nueva Ley Procesal (Título IV), y sabido es que, conforme al artículo 571, «las disposiciones de dicho Título se aplicarán cuando la ejecución forzosa proceda en virtud de un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida». El número 3.º del artículo 550.1 contempla, pues, un método para lograr la conversión en dinero, a efectos de cómputo, de deudas que no son dinerarias.

a) Qué se entiende por cantidad líquida

Por *cantidad líquida* habrá que estar a lo que preceptúa el apartado 1 del artículo 572, que declara lo siguiente:

«Para el despacho de la ejecución se considerará líquida toda cantidad de dinero determinada que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles. En caso de disconformidad entre distintas expresiones de cantidad prevalecerá la que conste con letras. No será preciso, sin embargo, al efecto de despachar la ejecución, que sea líquida la cantidad que el ejecutante solicite por los intereses que se pudieran devengar durante la ejecución y por las costas que ésta origine...»

b) Documento por saldo de la cuenta

Y el apartado 2 de dicho artículo 572 prevé que pueda *«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, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. Y en este caso, el último párrafo de indicado precepto establece que «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».*

Del apartado 2 de dicho artículo 572 se desprende, pues, que para la determinación de la liquidez de la cantidad objeto de reclamación por la que puede despacharse ejecución, se considerará también como cantidad líquida la

resultante de la liquidación efectuada por la parte acreedora en la forma estipulada por las partes en el propio título ejecutivo. Y ya no añade más dicho artículo. Como dice PRETEL SERRANO (77), *«no se especifica más: no hay ninguna referencia a entidades de crédito, ni a la doble libreta, ni tampoco salvedad o modificación alguna para el caso en el que la obligación estuviere garantizada con hipoteca»*.

Por su parte, el artículo 695.1.2.^a de la LEC (relativo a las llamadas por dicha Ley Procesal «causas de oposición») viene a consagrar la posibilidad de oponer como causa de «oposición» (que debería ser más bien de «suspensión», pues las causas de «oposición» deberían ser ilimitadas, como en su momento veremos) el error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo de una cuenta entre ejecutante y ejecutado, centrando la discrepancia en el saldo que arroje la libreta de ambos, deudor y acreedor. Pero es que el párrafo segundo de dicha causa 2.^a, establece la no obligatoriedad de acompañar la 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 que expida la entidad acreedora, si bien se deja la posibilidad al ejecutado para que determine los puntos en que muestra su desacuerdo con la liquidación efectuada por la entidad.

Así pues, nos encontramos ante una serie de obligaciones garantizadas hipotecariamente respecto de las cuales, en caso de ejecución, deberá acompañarse a la demanda, no sólo el correspondiente título ejecutivo (título hipotecario inscrito o el que legalmente haga las veces en su sustitución), sino también el documento que justifique y determine el saldo que resulte de la liquidación efectuada.

PRETEL SERRANO (78) pone en relación los elementos objetivos y subjetivos de los artículos 572, 573 y 695 de la Ley 1/2000, y los conecta con el análisis que hace del artículo 153 de la Ley Hipotecaria y extrae el siguiente ámbito referido sólo a bienes hipotecados o pignorados:

«...A) Ejecución cuando se garantice con hipoteca el saldo de una cuenta corriente u operación similar:...

1. Cuando se trate de particulares (es decir, no entidades de crédito): en este caso el único mecanismo posible para fijar el saldo será el de la doble libreta (que no hay que pactarlo expresamente) y solamente se aplicará a los contratos de cuenta corriente que existan entre ellos, ya sea de apertura de crédito unilateral o bilateral...

(77) PRETEL SERRANO, J. J., *ob. cit.* Pendiente de su publicación.

(78) PRETEL SERRANO, J. J., *ob. cit.* Pendiente de publicación.

2. Cuando se trate de entidades de crédito, ahorro o financiación, podrá utilizarse la doble libreta o pactarse que el saldo se determine por certificación expedida por la entidad acreedora (igual que en el art. 153 de la Ley Hipotecaria), pero no solamente para los contratos de cuenta corriente, sino también —y ésta es la novedad— para operaciones similares derivadas de contratos mercantiles.

B) Cuando no se trate de obligaciones de cuenta corriente u operaciones similares:

Por aplicación del artículo 572.2, podrá pactarse en la escritura la forma en la que ha de realizarse la liquidación, que no tiene que ser necesariamente ni certificación de la entidad acreedora ni doble libreta, sino que es posible pactar cualquier otro, siempre y cuando no exista riesgo posterior de pluspetición (cfr. art. 558.2 de la Ley 1/2000) o de incertidumbre derivada del tipo de cálculo a realizar (cfr. art. 575.3 de la Ley 1/2000)...

De lo expuesto se deduce, como afirma dicho autor, que la Ley concede mayor libertad a las partes precisamente cuando no se trata de una hipoteca en garantía del saldo de una cuenta corriente.

En cuanto a que se entiende por «entidades de crédito, ahorro o de financiación», lo regula la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (Ley 26/1988, de 29 de julio) (79) y la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de Entidades de Crédito a la segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero (80).

¿Cuál debe de ser el contenido de dicha certificación acreditativa del saldo? Ante el Juez deben de quedar acreditados dos extremos importantes: que la liquidación ha sido practicada en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo, y que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor. Así se ha pronunciado al respecto la sentencia del *Tribunal Constitucional* 47/1992, de 2 de abril, y diversas sentencias de las *Audiencias Provinciales*, como la de *Castellón —Sección 1.ª—* de 15 de mayo de 1993, y la de la misma Audiencia y Sala de 19 de junio de 1993 (81).

La liquidación deberá tomar como base, lógicamente, los apuntes contables de la entidad crediticia que ejecuta. A este respecto cabe decir que en la

(79) Se recoge dicha Ley en *BCNR* (1.ª época), núm. 247, correspondiente a los meses de julio-agosto de 1988, págs. 1513 y sigs.

(80) Aparece publicada la citada Ley 3/1994, de 14 de abril, en el *BCNR*, núm. 310, correspondiente al mes de abril de 1994, págs. 916 y sigs.

(81) *Monografías para la práctica: El juicio ejecutivo*, por FERNÁNDEZ BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL; RIFA SOLER, JOSÉ M.^a, y VALLS GAMBOU, JOSÉ FRANCISCO. Editorial La Ley-Actualidad, Madrid, 1997. Citadas dichas sentencias en la pág. 246.

nueva LEC no se hace alusión alguna a la intervención a efectos de la oportuna comprobación del fedatario público (82). Pero creemos que la misma sigue siendo necesaria.

Frente a esta liquidación, los ejecutados pueden oponerse a la ejecución alegando error, pero no de una manera vaga e imprecisa en base a una descalificación global, como veremos al analizar las causas llamada por la LEC de «oposición».

Por último, es necesario precisar que la aludida certificación expedida por la entidad de crédito carece de valor probatorio en lo relativo a la existencia y cuantía del débito, pues ningún Juez está obligado a despachar ejecución de manera automática aunque se le presente una certificación de saldo fehaciente, correspondiendo al ejecutante acreditar que la liquidación ha sido practicada en la forma pactada por las partes, quedando al libre arbitrio del juzgador la apreciación de si de la certificación presentada se pueden inferir los datos necesarios para estimar que procede la ejecución: Incluso después de haber despachado la ejecución, en caso de oposición, puede el Juez fijar, en el auto que dicte, la cuantía por la que deberá seguirse la ejecución (v. art. 695). Todo ello se desprende de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre la materia (sentencia 14/92, de 10 de febrero, y sentencias 26/92, 47/92 y 141/95, de 3 de octubre).

Por su parte, el número 4.º de dicho apartado de referido artículo hace una remisión a los restantes documentos que, en cada caso, las disposiciones legales exijan para el despacho de la ejecución. En el procedimiento que nos ocupa, el apartado 2 del artículo 685 de la LEC, hace una remisión, en cuanto otros documentos que se deberán acompañar a la demanda «y, en sus respectivos casos, a los documentos a que se refieren los artículos 573 y 574 de la presente Ley».

El artículo 574 se refiere a la ejecución en casos de intereses variables, como puede suceder en las hipotecas que se constituyen en garantía —entre otros conceptos asegurados— de dichos intereses; hipoteca que, como es sabido, es de «máximo», no pudiendo admitirse respecto de la misma una reclamación por importe superior al fijado como máximo en la cláusula de constitución de hipoteca por razón de intereses variables. Prevé el referido artículo lo siguiente:

«1. El ejecutante expresará en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que pide el despacho de la ejecución en los siguientes casos:

(82) Dichos fedatarios públicos son los Corredores de Comercio y los Notarios, tras la integración de los primeros en el Cuerpo de los segundos. Ver *Disposición Adicional vigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social* (BOE, núm. 312, de 30 de diciembre de 1999).

1.º *Cuando la cantidad que reclama provenga de un préstamo o crédito en el que se hubiere pactado un interés variable.*

2.º *Cuando la cantidad reclamada provenga de un préstamo o crédito en el que sea preciso ajustar las paridades de distintas monedas y sus respectivos tipos de interés.*

2. *En todos los casos anteriores será de aplicación lo dispuesto en los números segundo y tercero del apartado primero del artículo anterior (art. 573) y en los apartados segundo y tercero de dicho artículo».*

Dichos números segundo y tercero del apartado primero del artículo 573 y los apartados segundo y tercero de dicho artículo, establecen lo siguiente:

«1. ...*En los casos a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior, a la demanda ejecutiva deberán acompañarse, además del título ejecutivo y de los documentos a que se refiere el artículo 550, los siguientes:...*

2.º *El documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo.*

3.º *El documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible.*

2. *También podrán acompañarse a la demanda, cuando el ejecutante lo considere conveniente, los justificantes de las diversas partidas de cargo y abono.*

3. *Si el acreedor tuviera duda sobre la realidad o exigibilidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía, podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que le resulta indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución».*

Estos artículos 572 y siguientes, a los que antes hemos hecho referencia, merecerían un comentario muy detenido, lo que desborda las pretensiones de este trabajo.

C) *Otros documentos que pueden acompañarse a la demanda*

Termina el artículo 550, en su apartado 2, estableciendo la posibilidad —que no obligación— de que a la demanda se acompañen por el ejecutante aquellos documentos que puedan contribuir al mejor desarrollo de la ejecución. Y así establece:

«*También podrán acompañarse a la demanda ejecutiva cuantos documentos considere el ejecutante útiles o convenientes para el mejor desarrollo de la ejecución y contengan datos de interés para despacharla.*»

Otro documento que se puede acompañar a la demanda es el acta notarial de requerimiento extrajudicial de pago, como veremos inmediatamente.

VIL REQUERIMIENTO DE PAGO

Como ya hemos dicho, otro de los documentos que pueden acompañarse a la demanda es el acta notarial acreditativa de haberse requerido de pago al ejecutado.

Tal requerimiento de pago debe de realizarse judicialmente, salvo que antes se acredite el haberse efectuado previamente el requerimiento de forma extrajudicial. Distinguiremos en esta materia:

1. REQUERIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE PAGO

A) *Su carácter potestativo*

Otro documento que puede acompañarse a la demanda, como ya afirmamos con anterioridad, es el acta notarial acreditativa de haberse requerido de pago al ejecutado. Ciertamente no alude directamente a dicha acta el artículo 685 de la nueva LEC, titulado «Demanda ejecutiva y documentos que han de acompañarse a la misma», pero el hecho de que tal acta pueda acompañarse a la demanda se infiere del artículo 686.2 de dicho Cuerpo Legal, que se remite a lo preceptuado en el apartado 2 del artículo 581.

Obsérvese que *no es preceptivo u obligatorio que tal acta notarial de requerimiento se acompañe a la demanda, sino que es meramente potestativo su acompañamiento*, y quizá por ello no alude a tal acta directamente el precitado artículo 685, acta a la que sí aludía expresamente el artículo 131, regla 2.ª, número 3.º de la Ley Hipotecaria, cuando declaraba:

«3.ª Con este escrito (demanda) presentará el actor los documentos siguientes:...

3.º Acta notarial 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...»

Ello planteó entonces el alcance obligatorio o meramente potestativo del acompañamiento de tal acta, que fue resuelto por la generalidad de la doctrina como meramente facultativo, ya que la propia regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, hablaba de «ordenar que se practiquen los requerimientos

cuando no se haya presentado acta notarial que los acredite...» Y así lo entendió la famosa sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 4 de junio de 1952.

En tal sentido establece el artículo 686.2:

«2. Sin perjuicio de la notificación al deudor del despacho de la ejecución, no se practicará el requerimiento a que se refiere el apartado anterior cuando se acredite haberse efectuado extrajudicialmente el requerimiento o requerimientos, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 581...»

En efecto, el artículo 581.2 declara:

«No se practicará el requerimiento establecido en el apartado anterior cuando a la demanda ejecutiva se haya acompañado acta notarial que acredite haberse requerido de pago al ejecutado con al menos diez días de antelación».

Confirma lo dicho el artículo 690.1 de la LEC cuando dice:

«1. Transcurrido el término de diez días desde el requerimiento de pago o, cuando éste se hubiera efectuado extrajudicialmente...»

B) *Domicilio donde debe de practicarse tal requerimiento extrajudicial*

Lo resuelve el artículo 686.2 en su último párrafo:

«...A estos efectos, el requerimiento extrajudicial deberá haberse practicado en el domicilio que resulte vigente en el Registro, bien personalmente si se encontrare en él el deudor, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor que haya de ser requerido, o bien al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se hallaren en la habitación del que hubiere de ser requerido y si no se encontrare a nadie en ella, al portero o al vecino más próximo que fuere habido».

Vale aquí lo dicho y expuesto con anterioridad en lo referente al cambio de domicilio señalado para requerimientos y notificaciones que aparece contemplado en el artículo 683 de la LEC.

2. REQUERIMIENTO JUDICIAL DE PAGO

Puede ocurrir que la parte actora no haya hecho uso de la posibilidad de requerir notarialmente de pago mediante la pertinente acta al deudor y, en su

caso, al hipotecante no deudor o tercer poseedor del inmueble hipotecado. En ese caso, hay que proceder a practicar tal requerimiento de pago. Así lo contempla el artículo 581.1 para el juicio ejecutivo ordinario, y 686.1 para la ejecución de bienes hipotecados, cuando establecen:

«581.1. Cuando la ejecución para la entrega de cantidades determinadas de dinero no se funde en resoluciones judiciales o arbitrales, o en transacciones o convenios no aprobados judicialmente, despachada la ejecución, se requerirá de pago al ejecutado por la cantidad reclamada en concepto de principal e intereses devengados, en su caso, hasta la fecha de la demanda y si no pagase en el acto, el tribunal procederá al embargo de sus bienes en la medida suficiente para responder de la cantidad por la que se haya despachado ejecución y las costas de ésta...»

«686.1. En el mismo auto en que se despache la 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 vigente en el Registro...»

Como resulta de lo expuesto anteriormente sobre esta materia, la nueva LEC presume que el requerimiento de pago debe hacerse, en principio, judicialmente, salvo que se acredite que tal requerimiento se ha efectuado extrajudicialmente. En cambio, en la Ley Hipotecaria en el número 3.º, de la regla 3.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se preveía primero el requerimiento notarial de pago, y en defecto del mismo, la regla 4.ª de dicho precepto establecía el requerimiento por parte de la autoridad judicial.

3. PERSONAS QUE DEBEN SER REQUERIDAS

Pero obsérvese que no sólo hay que requerir de pago al deudor, sino también, en su caso, al hipotecante no deudor y al tercer poseedor del inmueble. De ahí que dicho apartado 2 del artículo 686, aluda al «requerimiento o requerimientos», y el propio artículo 686, en su apartado 1, habla de requerimiento de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor; criterio este que aparece confirmado con la nueva redacción dada al artículo 132 de la Ley Hipotecaria, que extiende la calificación del Registrador al requerimiento de pago a dichos deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.

Ya la reforma que se hizo de la regla 7.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por la Ley de 14 de mayo de 1986, parecía dar a entender la necesidad de previo requerimiento de pago al «hipotecante no deudor», cuando alude a que «transcurridos treinta días desde que tuvieron lugar las noti-

ficaciones y requerimientos, se procederá a instancias del actor, del deudor, del tercer poseedor o del hipotecante, a la subasta de la finca ante el Juzgado que conozca del procedimiento».

Hay que poner de relieve que la sentencia del Tribunal Constitucional 148/88, de 14 de julio (83), amparó al adquirente de un bien hipotecado en documento privado que no había inscrito su derecho sobre la finca hipotecada y que asimismo no había sido requerido de pago, pero que había acreditado al acreedor hipotecario la adquisición del inmueble, argumentando la sentencia que la parte acreedora tenía conocimiento de referida adquisición (pagaba las cuotas mensuales del préstamo hipotecario a la entidad acreedora), y si bien es cierto que al no tener inscrito su derecho el tercer poseedor no podía tener conocimiento la autoridad judicial de su adquisición para así poder requerir de pago, no era menos cierto que la parte actora tenía la obligación de requerir por el conocimiento que tenía de esa situación, y «haberse acreditado al acreedor la adquisición del inmueble» (regla 3.^a, 3.º del art. 131 de la Ley Hipotecaria).

A este respecto, cabe decir que el artículo 685.1 de la nueva LEC se pronuncia en términos semejantes en cuanto a la persona o personas contra quienes se debe dirigir la demanda, citando, en su caso, entre otras, «al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble».

4. IMPORTANCIA DEL REQUERIMIENTO DE PAGO

La importancia del requerimiento de pago es capital, pues su omisión *puede acarrear la indefensión* del que debería ser requerido y no lo ha sido o lo ha sido defectuosamente sin haber llegado a tener conocimiento de tal requerimiento, a pesar de haber sido diligente. Así, no basta con requerir al tercer poseedor, sino también debe ser requerido el deudor, como muy bien vino a consagrar la sentencia del *Tribunal Supremo de 29 de junio de 1992* (84). Y por eso también devino nulo el requerimiento efectuado a través de notario, en el que no se pudo comprobar quién era el receptor de la cédula de notificación, si era dicho receptor idóneo, si tenía o no capacidad, y sin que hubiera constancia documental de que tal cédula le fuese o no entregada, como bien reconocieron otras sentencias del mismo *Tribunal Supremo de 18 de marzo y 30 de octubre de 1982* (85). Y como también recoge LARRONDO LIZÁRRAGA (86), si el requerimiento se realiza por notario pero limitándose el

(83) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia.*

(84) *Base de Datos Aranzadi de Jurisprudencia.*

(85) *BDA de Jurisprudencia.*

(86) LARRONDO LIZÁRRAGA, JOAQUÍN M.^a, *ob. cit.*, pág. 305 y sigs.

mismo a efectuar su depósito en la Oficina de correos, está viciado el acto de comunicación. En tal sentido, la sentencia aludida de 30 de octubre de 1982. Sin embargo es válido el requerimiento realizado, bien a parientes, bien a empleados, siempre que los mismos tengan idoneidad y capacidad para su recepción {*sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1995*} (87).

Asimismo, a pesar de que la notificación se hubiese realizado con defectos y la misma hubiese devenido irregular, sin embargo, si el deudor o tercer poseedor tuvo conocimiento fuera del proceso de los trámites del procedimiento (incluido tal requerimiento) y ello resultara probado, no habría indefensión y quedaría subsanado el defecto en tal notificación, como así lo declaró también el *Tribunal Supremo en sentencia de 19 de julio de 1994* (88).

En idéntico sentido a la anterior sentencia, se pronuncia la sentencia del *Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1995* (89), que rechazó la denuncia de indefensión que la recurrente invocó en ese supuesto concreto, y, por consiguiente, el amparo solicitado. Del examen de los hechos concurrentes en el que se dictó tal sentencia resultaba: que la recurrente y su esposo habían adquirido en documento privado de compraventa no elevado a escritura pública y, por tanto, sin constancia registral, habiéndose subrogado en el pago del préstamo hipotecario que gravaba la finca; que la recurrente dejó de satisfacer los recibos de dicho préstamo hipotecario a la entidad bancada, promoviendo la misma el oportuno procedimiento de ejecución, que dirigió únicamente contra la entidad vendedora (que era la deudora hipotecaria constituyente de la hipoteca); que se notificó en el domicilio de dicha entidad vendedora primero el requerimiento de pago, luego la convocatoria de subasta (ambas notificaciones entregadas a una vecina del inmueble) y una tercera (recogida personalmente por la propia recurrente) relativa a la liquidación de intereses y costas; que en el domicilio de la recurrente se produjo la diligencia de otorgamiento de la posesión de la finca adjudicada, y que por último, la propia recurrente ante el Tribunal Constitucional demandante de amparo suscribió contrato de arrendamiento de la vivienda en el que reconocía la titularidad dominical de la parte adjudicataria. En base a tales hechos, se declara por el Tribunal Constitucional que correspondía a la recurrente probar que había mostrado en su día la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión por haberse colocado a sí misma en tal situación, ya que podría no haber quedado indefensa de actuar con la diligencia razonablemente exigible.

(87) *Idem BDA.*

(88) *BDA de Jurisprudencia.*

(89) Sentencia del TC de 4 de julio de 1995. *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia.* Comentada por LARRONDO LIZÁRRAGA, JOAQUÍN M.^º, en *Jurisprudencia patrimonial comentada 1995-1998. Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales.* Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, págs. 451 y sigs.

De lo expuesto, se deduce claramente que el requerimiento de que tratamos es, pues, un requisito *ad substantiam*. Sin tal requerimiento, como afirma la sentencia del *Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1987* (90), se puede «privar del derecho de saldar la deuda garantizada con la carga que el derecho real de hipoteca representa». Y la *sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988* (91), ya citada, ahonda en tal sentido, al declarar que es nulo todo lo actuado por no haber sido notificado el actual propietario de la finca de la existencia del procedimiento, aunque su titularidad no conste inscrita en el Registro, pero cuya existencia constaba al acreedor hipotecario.

Y la *sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 19 de noviembre de 1996* (92), ha declarado, a propósito de dicho requerimiento de pago:

«...la omisión del previo requerimiento de pago al deudor o tercer poseedor legítimo de la finca taxativamente ordenado en la Regla 3.^a del artículo 131, y reiterado como obligación del Juez por la Regla 4.^a del mismo precepto, son defectos tan esenciales y generadores de indefensión, que debe de ser considerada en cada caso la posibilidad de su subsanación mediante la declaración de nulidad de actuaciones, sin necesidad de esperar a un ulterior juicio declarativo para su apreciación, máxime en supuestos, como el aquí enjuiciado, en que no hay perjuicios para terceros adquirentes. Como también se afirma en las sentencias del Tribunal Constitucional (*sentencias 148/1988 y 8/1991*), ningún límite resulta del artículo 132 de la LH a la facultad que a los Jueces y Tribunales otorga el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo ejercicio no sólo contraría las características del proceso sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sino que es conforme con la salvaguardia de las garantías de las partes y con el principio de economía procesal».

Por eso el artículo 689 de la nueva LEC, relativo a las comunicaciones del procedimiento al titular inscrito y a los acreedores posteriores, en su apartado 1, impone la necesidad de notificación de la existencia del procedimiento a la persona que aparezca registralmente como titular de la última inscripción de dominio practicada, si la misma no ha sido requerida de pago a la vista de la certificación registral de dominio y cargas expedidas en cumplimiento de

(90) BDA de Jurisprudencia.

(91) *Idem* BDA.

(92) Citada por FERNÁNDEZ SEIJÓ, JOSÉ M.^a, en «Problemas de ejecución sobre inmuebles», en el libro *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*. Consejo General del Poder Judicial en colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Estudios de Derecho Judicial, año 1998. Edita Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 464 y 465. La incluye la *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*.

lo preceptuado en el artículo 688 de la nueva Ley Procesal. Así declara dicho apartado 1, del citado precepto:

«1. Si de la certificación registral apareciese que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerida 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 conviniere, 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».

VII. CERTIFICACION DE DOMINIO Y CARGAS

Podemos distinguir en su estudio:

1. **Regulación.**
2. **Documento judicial en virtud del cual se interesa dicha certificación.**
3. **Contenido de la misma.**
4. **Constancia registral de la expedición de tal certificación.**
5. **Efectos de la nota marginal de su constancia.**

1. REGULACIÓN

Alude a dicha certificación el artículo 688 de la nueva LEC. Así, en su apartado 1 establece:

«Cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados, se reclamará del Registrador certificación en la que consten los extremos a que se refiere el apartado 1 del artículo 656 y en la que se exprese, asimismo, que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro».

A esta certificación alude la regla 4.^a, del aún vigente —por poco tiempo— artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

2. DOCUMENTO EN VIRTUD DEL CUAL SE DECRETA DICHA CERTIFICACIÓN

Dicha certificación se decretará en virtud del correspondiente *mandamiento judicial*, que podrá librarlo el propio Juez (art. 656.1 de la LEC), con el refrendo del Secretario judicial o bien el propio Secretario, siempre que resul-

te del propio mandamiento la pertinente resolución del Juez interesando tal certificación. Así lo ha admitido la Dirección General de los Registros y del Notariado en *Resolución de 5 de octubre de 1993* (93), a propósito de un mandamiento para la práctica de la prórroga de una anotación preventiva de embargo al declarar en sus fundamentos de derecho 2 y 3, lo siguiente:

«...2. *La Ley Orgánica del Poder Judicial, en los particulares que ahora interesan y en aras de la agilidad y eficacia procesales, a la vez que establece que la Administración de Justicia se ejerce por Jueces y Magistrados, atribuye a los Secretarios la actividad de la documentación, comunicación y ordenación e impulso procedimental (arts. 1, 279, 280 y 288 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y a estas nuevas normas deben quedar supeditadas las reglas que sobre mandamientos judiciales establecen el artículo 257 de la Ley Hipotecaria y demás disposiciones concordantes de la legislación hipotecaria.*

3. *En el caso debatido, la resolución en que se acuerda la prórroga de la anotación de embargo cuestionada ha sido adoptada por el Juez o Tribunal y no por el Secretario judicial, por lo que ahora únicamente se trata de su ejecución, y para ello basta con el adecuado traslado por documento en el que el Secretario asevere su autenticidad, aunque falte la firma del Juez...*»

3. CONTENIDO DE LA CERTIFICACIÓN

El artículo 656 de la LEC determina el contenido de tal certificación:

«1. *Cuando el objeto de la subasta esté comprendido en el ámbito de esta sección (subasta de bienes inmuebles), el tribunal librará mandamiento al Registrador a cuyo cargo se encuentre el Registro de que se trate para que remita al Juzgado certificación en la que consten los siguientes extremos:*

1.º *La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado.*

2.º *Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado (aquí hipotecado), en especial, relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halle libre de cargas...*»

Según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 24 de agosto de 1981 (94), referente al procedimiento

(93) BCNR, núm. 304 (1.ª época), correspondiente al mes de octubre de 1994, pág. 2415 a 2419.

(94) Resolución de 24 de agosto de 1981. En *Jurisprudencia Registral, 1978-1985*, de AMORÓS GUARDIOLA, M. y PAU PEDRÓN, A. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, págs. 363 a 370.

judicial sumario, es obligatorio hacer la notificación que previene la regla 5.^a de dicho artículo, *a quien tenga presentado un título en el Diario de Operaciones del Registro* con anterioridad a la fecha de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas preceptuada en la regla 4.^a del indicado precepto, y ello aunque dicho documento conste retirado, pero vigente dicho asiento de presentación. No obstante, en el caso resuelto, el Juez no efectuó tal notificación porque no la consideró necesaria, por lo que fue suspendida la inscripción del auto de adjudicación correspondiente por estimar el Registrador que no había acreditado tal notificación; mas la Dirección General revocó la nota por estimar que con anterioridad a la fecha de tal auto, el interesado del documento que se encontraba presentado a Diario a la fecha de la certificación de cargas, había obtenido en su particular procedimiento ejecutivo ordinario en el que se practicó la correspondiente anotación preventiva de embargo, la pertinente certificación de cargas en que se hacía referencia a la existencia de la ejecución hipotecaria derivada de tal procedimiento judicial sumario.

4. CONSTANCIA REGISTRAL DE LA EXPEDICIÓN DE DICHA CERTIFICACIÓN

La constancia registral de la expedición de referida certificación tiene lugar por *nota al margen de la inscripción de hipoteca correspondiente*. Así lo determinaba el párrafo penúltimo de la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y así lo determina el apartado 2 del artículo 688 antes referido:

«2. *El Registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere...*»

5. EFECTOS DE LA NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN DE CARGAS

Los efectos de la nota marginal de la expedición son fundamentalmente los siguientes:

- A) La nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas *presupone que la hipoteca ha entrado en «fase patológica»; esto es, que se está ejercitando la acción real hipotecaria*

De ahí la importancia de la constancia en el Registro de tal nota marginal. Sabido es que la hipoteca tiene una fase de pendencia y otra de ejecución. Pues bien, quien se ampara en la publicidad que proporciona el Registro no

puede quedar enterado ni tener conocimiento de que la hipoteca ha entrado en esta última fase si no es a través de la constancia registral de dicha nota, mientras que en la ejecución ordinaria o común, ello no sucede así, pues la propia anotación preventiva de embargo supone ya una obligación que ha sido incumplida por la parte deudora al no haber satisfecho el débito contraído frente a la parte acreedora, implicando dicha anotación de embargo, como afirma RIVAS TORRALBA, que se «ha puesto en marcha el mecanismo procesal ordinario para obtener su satisfacción» (95). *La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1993* (96) viene a declarar, entre otras cosas, que la nota de expedición de certificación de cargas da a conocer que el proceso de ejecución de la hipoteca ha comenzado.

B) *Opera igual que una condición resolutoria respecto de los asientos (normalmente, inscripciones y anotaciones) que se hayan practicado ulteriormente a la expedición de tal certificación*

El artículo 233, *in fine* del Reglamento Hipotecario exceptúa de la reseña individualizada o detallada de tales asientos, a los practicados con posterioridad a la extensión de dicha nota de expedición de certificación de cargas, bastando para su cancelación la referencia genérica a los mismos. Estimamos que tal circunstancia no debe entenderse modificada tras la reforma operada por la LEC, a pesar de que la misma no ha modificado expresamente el citado artículo 233 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria (referente aún al art. 131 de la Ley Hipotecaria, regulador del procedimiento judicial sumario en trance de desaparición), toda vez que en el artículo 132 de la LEC, en su número 2.º, al referirse a la calificación registral, la extiende a las notificaciones a los acreedores y terceros cuyos derechos hayan sido anotados o inscritos con posterioridad a la hipoteca, pero exceptúa a los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación. Incluso se puede plantear que, respecto de los asientos comprendidos dentro de la certificación de cargas (esto es, los anteriores a la fecha de extensión de la nota de expedición de la certificación), puede resultar dudoso que a partir de la entrada en vigor de la nueva LEC sea necesaria su reseña individualizada, máxime cuando va a ser el propio Registrador quien tenga que asumir la obligación de efectuar las notificaciones a los titulares de cargas o derechos

(95) RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *Anotación de embargo II*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1994, págs. 457 y sigs.

(96) En *BDA de Jurisprudencia*.

reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantizaba el crédito del actor, según preceptúa el apartado 2 del artículo 689 de la LEC.

El efecto que acabamos de analizar bajo esta letra b) está íntimamente enlazado con el siguiente:

- C) *La nota marginal referida hace las veces de notificación a los titulares registrales posteriores a la misma, sin producir el efecto de cierre registral*

Se consagra, pues, en el artículo 132 de la nueva Ley Procesal ese efecto notificador, que venía reiteradamente siendo puesto de relieve por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado y por nuestro Tribunal Supremo. Cítese como ejemplo la *Resolución de 20 de enero de 1960* (97) que en su Considerando Quinto declara:

«...Considerando que después de haber expedido el Registrador la certificación prevenida en la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, extenderá, siendo aconsejable en la misma fecha, la correspondiente nota marginal, para que, determinadas las partes del proceso y comprobado que se hicieron los requerimientos necesarios, se conozca la situación registral del inmueble, puedan los interesados defender sus derechos y se distingan los asientos anteriores de los posteriores al verificar las cancelaciones procedentes con arreglo a la regla 17 del referido artículo 131, por lo cual la doctrina ha tratado de equiparar la eficacia de la nota expresada con la de la condición resolutoria...»

A propósito de las notificaciones exigidas por la regla 4.^a del citado artículo 131 de la Ley Hipotecaria (aún vigente), la Dirección General en *Resolución de 23 de abril de 1969* (98), siguiendo otras Resoluciones anteriores, como la de 6 de noviembre de 1933 (99) y 22 de mayo de 1943 (100), vuelve a reiterar la virtualidad de la nota marginal de dar a conocer la existencia del procedimiento a todos los que, con posterioridad a la extensión de aquélla, adquieran algún derecho sobre la finca, y para ellos hace las veces de notificación, declarando igualmente la intrascendencia de la falta de notifica-

(97) ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, JUAN DE, *Jurisprudencia Registral Tomo IX; años 1951 a 1963*. Editorial Bosch, Barcelona, 1967, págs. 759 a 765.

(98) ROCA SASTRE-MOLINA JUYOL, *Jurisprudencia Registral. Tomo XI, año 1964 a 1977*. Editorial Bosch, Barcelona, 1980, págs. 436 a 442.

(99) ROCA SASTRE-MOLINA JUYOL, *ob. cit. Tomo VII, años 1930 a 1939*. Editorial Bosch, Barcelona, año 1953, págs. 458 a 462.

(100) ROCA SASTRE-MOLINA JUYOL, *ob. cit. Tomo VIH, años 1940 a 1950*. Editorial Bosch, Barcelona, año 1953, págs. 297 a 305.

ción a los titulares de las anotaciones practicadas con anterioridad a aquella nota marginal, si dichas anotaciones fueron canceladas por caducidad al haber transcurrido en exceso el plazo de su vigencia. Se pronunciaba así dicha Resolución:

«...Que la nota marginal a que se refiere la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria tiene la virtualidad de dar a conocer, como ya ha expresado reiterada doctrina de este Centro, la existencia del procedimiento... a todos los que, con posterioridad a la extensión de aquélla, adquieran algún derecho sobre la finca, y para ellos hace las veces de notificación exigida para los acreedores y titulares de cargas comprendidos en la regla 5.^a, o sea, los posteriores a la constitución de la hipoteca, a fin de que si quieren puedan intervenir en el procedimiento para defender sus derechos.

En consecuencia, que practicada en el Registro la nota marginal el día 23 de agosto de 1961, carece de trascendencia la notificación, posiblemente no totalmente ajustada a Derecho, hecha no al titular, sino al presentante de un mandamiento de embargo, cuya anotación se practicó en el año 1966, ya que no era necesario realizarla, y al mismo resultado habrá de llegarse respecto de la falta de notificación a los titulares de las anotaciones practicadas con anterioridad a la expresada nota, pues el defecto evidente ha dejado de serlo desde el momento que los embargos fueron cancelados por haber transcurrido el plazo de caducidad».

En idéntico sentido de efecto notificador se pronunció la Resolución de 24 de agosto de 1981 (101), que exige la realización de la notificación prevenida en la regla 5.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria respecto de un título presentado a Diario —aunque se encuentre retirado— con anterioridad a la fecha de expedición de expresada certificación. Reiteran tal efecto notificador otras Resoluciones, como la de 13 de abril de 1982 (102) que declara la importancia primordial de tal certificación con inserción literal de la última inscripción de dominio y con relación de las cargas del inmueble sujeto a ejecución, ya que determina las personas que deben ser notificadas de la existencia del procedimiento, entre las que se encuentra el tercer poseedor de la finca hipotecada.

En la misma dirección tendente a resaltar la eficacia notificadora de expresada nota marginal se encuentra, entre otras, la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 22 de abril de 1987 (103). No consagra, sin embar-

(101) AMORÓS GUARDIOLA, M., y PAU PEDRÓN, A., *Jurisprudencia Registral*, 1978-1985. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, págs. 363 a 370.

(102) AMORÓS GUARDIOLA, M., y PAU PEDRÓN, A., *ob. cit.*, con anterioridad, págs. 467 a 471.

(103) BDA de Jurisprudencia.

go, dicha doctrina (a nuestro entender, equivocadamente) la necesidad de notificar a los interesados de los títulos presentados a Diario y aún no despachados a la fecha de expedición de la certificación de cargas la sentencia del *Tribunal Supremo de 10 de junio de 1991*, citada por FERNÁNDEZ SEJO (104), cuya sentencia declaró «que no era precisa la notificación a quienes simplemente presentaron el título correspondiente ante el Registro, sin que, en el momento de expedirse la certificación de cargas, se hubiese inscrito o anotado preventivamente el título, si el título presentado era de transmisión de dominio (VALDIVIESO dice que en cualquier caso es recomendable la notificación)».

AMORÓS GUARDIOLA, comentando la Resolución de 23 de abril de 1969, sintetiza los efectos notificadores de la certificación de cargas de la siguiente forma:

«...Por eso, las notificaciones a los posibles interesados en la ejecución, tal como se regulan en el artículo 131 (doctrina aplicable al procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados que analizamos), se hace sólo a los titulares de derechos inscritos con anterioridad a aquella nota marginal... Respecto de los titulares posteriores, no es necesaria la notificación, porque ya quedan advertidos de la iniciación del procedimiento y del riesgo que corren con ello, en virtud de la nota marginal. En este sentido, los titulares de derechos sobre la cosa hipotecada pueden ser clasificados en dos grupos, según el momento de adquisición de su situación registral: los anteriores a la nota marginal, que deben ser notificados en todo caso de la existencia del procedimiento. Y los posteriores a la nota, que no necesitan ser notificados por la publicidad resultante de ese asiento accesorio...» (105).

Cabe resaltar que *la nota marginal de expedición de certificación de cargas no produce el efecto de cierre registral*. Ya lo había afirmado la Dirección General en la *Resolución citada con anterioridad de 22 de mayo de 1943*, que afirmó:

(104) FERNÁNDEZ SEJO, JOSÉ M.^a, Obra antes citada «Problemas de ejecución sobre inmuebles», publicado en el libro *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*. Consejo General del Poder Judicial en colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Estudios de Derecho Judicial, núm. 13, 1998. Edita Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 466 y 467, cita al pie de las mismas.

(105) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», publicados en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* durante los años 1969 a 1982. Editado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1987, págs. 125 a 135.

«...Considerando que esta nota marginal, si bien no tiene la virtualidad para provocar el cierre del Registro, ni paralizar las facultades dispositivas del deudor...»

En idéntico sentido se ha pronunciado en multitud de ocasiones dicho Centro Directivo y nuestro *Tribunal Supremo*. Cítese a modo de ejemplo la sentencia de dicho Tribunal de 18 de noviembre de 1993 (106), que ha declarado:

«...la expedición de certificación de cargas lleva consigo también que el Registrador, cumpliendo lo ordenado en el artículo 131, regla 4.ª extremo segundo, haga constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que ha expedido la certificación, expresando su fecha y la existencia del procedimiento de ejecución (v. art. 688.2 de la nueva LEC en idéntico sentido). Pero este carácter de nota marginal (...) tampoco produce cierre registral, puesto que su alcance es sólo informar a posteriores adquirentes acerca de la existencia del proceso de ejecución y hacer las veces de notificación. Da a conocer (Resolución de la Dirección General de Registros de 6 de noviembre de 1933) que el proceso (...) ha comenzado para que los terceros posteriores adquirentes usen de su derecho en la forma que les convenga. En modo alguno produce el cierre registral ni paraliza las facultades dispositivas del deudor, pero impide a los adquirentes invocar de buena fe el principio de publicidad hipotecaria...»

Creemos con GARCÍA GARCÍA (107), que el párrafo tercero del artículo 434 del Reglamento Hipotecario debe de ser aplicado en caso de despacho de títulos posteriores a la nota marginal de constancia de la expedición de tal certificación; esto es, debería hacerse en la nota de despacho al pie del título en cuestión, «relación circunstanciada del procedimiento o procedimiento para los que se expidió la dicha certificación». Ciertamente alude tal párrafo al artículo 1.489 de la antigua LEC, pero dada la incardinación del procedimiento de ejecución de bienes hipotecados en el ámbito de la LEC y la analogía entre ambos tipos de certificaciones, cabe sostener tal postura para evitar equívocos posteriores. No obstante ello, hay que reconocer que no hay una obligación expresamente impuesta por dicho artículo 434, en su párrafo tercero, dirigida en tal sentido al Registrador.

(106) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*. Cita esta sentencia FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ M.^a, *ob. cit.*, pág. 465.

(107) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 209.

- D) *Mientras no resulte cancelada la nota marginal, no cabe la cancelación de la hipoteca base del procedimiento de ejecución iniciado por causas distintas de la propia ejecución*

Efectivamente, en tal sentido se había pronunciado ya la Dirección General de los Registros y del Notariado en *Resoluciones de fecha 24 de abril de 1991 (108) y 16 de septiembre de 1992 (109), que declara que en tanto no conste registrada la resolución judicial (mandamiento) de sobreseimiento de la ejecución ya iniciada, no cabe proceder a la cancelación de la hipoteca en virtud de la escritura de cancelación de hipoteca.*

Y como confirmación de tal criterio, el artículo 688.2, en su último párrafo, declara:

«En tanto no se cancele por mandamiento judicial dicha nota marginal, el Registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución».

Y en sentido semejante, el nuevo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada por la Disposición Final novena, en su número 6, establece en su último párrafo:

«...No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto».

IX. NOTIFICACIONES AL TERCER POSEEDOR Y A LOS TITULARES DE CARGAS O DERECHOS REALES POSTERIORES A LA HIPOTECA

1. REGULACIÓN

Aparecen contempladas tales notificaciones en el artículo 689 de la nueva LEC. El todavía vigente artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en su regla 5.^a, se ocupaba de este tipo de notificaciones.

En el primer apartado de dicho artículo 689 se contempla la notificación al tercer poseedor que no haya sido requerido de pago ni extrajudicial ni judicialmente y cuya existencia resulte de la certificación de cargas. El apartado segundo se refiere a las comunicaciones que hay que practicar a los titulares de cargas o derechos reales posteriores a la inscripción de hipoteca, pero comprendidos en la certificación de dominio y cargas a que se refiere el artículo 668 de la LEC.

(108) Resolución de la DGRN de 24 de abril de 1991. *BCNR*, núm. 280.

(109) Resolución de la DGRN de 16 de septiembre de 1992. *BCNR*, núm. 293.

Sustancialmente, los dos primeros párrafos de los respectivos artículos (art. 689 nueva LEC y 131, regla 5.^a) son similares: no se alude en el nuevo a la última inscripción de «posesión» a la que se aludía en dicha regla 5.^a, refiriéndose el artículo 689.1, en cuanto al domicilio de las notificaciones al «que conste en el Registro», y la regla 5.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, al «lugar prevenido en la regla tercera de este artículo» (131 LH), que aludía, a su vez, al domicilio que «resulte vigente en el Registro».

Genéricamente, el artículo 689 habla de «comunicación» del procedimiento al titular inscrito y a los acreedores posteriores. Debería haber sido más preciso el legislador y emplear el término «notificaciones». Puesto que la autoridad judicial ya ha recibido la pertinente certificación de dominio y cargas preceptuada en el artículo 688 de la LEC, en base al contenido de tal certificación, ya puede dicho Juez apreciar si existe o no existe tercer poseedor de la finca hipotecada. Si no existe, no hay mayor problema. Pero si lo hay, habrá que notificar el procedimiento al mismo. Véase que estamos en sede de «notificaciones». La Ley emplea el término demasiado genérico (a nuestro entender) de «comunicaciones» en el encabezamiento de dicho artículo, si bien luego habla de «se notificará», pero no emplea el término de «requerimiento de pago». ¿Tal vez porque considere que sólo hay un requerimiento de pago inicial que es aquél al que se refiere el artículo 686 de la LEC, y entender que el requerimiento de que aquí se trata se produce después, en una fase más avanzada del procedimiento y es distinto del anterior? Lo cierto y evidente es que, además, ese «tercer poseedor» debe de satisfacer también las costas si satisface el importe del crédito antes del remate.

2. NOTIFICACIÓN A TERCER O TERCEROS POSEEDORES

Dice el artículo 689, cuyo contenido reiteramos:

«Si de la certificación registral apareciese que la persona a cuyo favor resulta practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerida 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.»

A este respecto, cabe resaltar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1999 (110), que declaró, en

(110) BCNR, núm. 47 (se sobreentiende 2.^a época), correspondiente al mes de abril de 1999, págs. 1024 y sigs. y en BDA de Jurisprudencia.

un procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que la esposa cotitular del bien ganancial ejecutado, no precisaba ser demandada, por tener idéntica virtualidad el requerimiento de la regla 3.^a y la notificación de la regla 5.^a de dicho artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Así se pronuncia dicha Resolución:

«...Parte el defecto impugnado del presupuesto de que siendo la deuda ganancial, ambos cónyuges deben ser demandados en el procedimiento... que se incoa para la efectividad de la hipoteca que pesa sobre el bien común. Sin embargo, sí se tiene en cuenta:

a) Que ahora se ejercita exclusivamente la acción hipotecaria por el cauce procedimental del judicial sumario...; b) La naturaleza exclusivamente realizadora del procedimiento...; c) La idéntica virtualidad del requerimiento previsto en la regla 3.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y la notificación de la regla 5.^a (como evidencia el carácter sustitutorio de esta última, cuando el tercer poseedor no ha acreditado al acreedor su adquisición); d) La concreción de las hipótesis de nulidad de pleno derecho de los actos judiciales, presuponiéndose la indefensión y la absoluta inobservancia de los principios esenciales del procedimiento para que se produzca aquel efecto; e) Que en la esposa no concurre la condición de titular pasivo de la deuda garantizada (toda vez que la subrogación convenida exclusivamente por el marido no puede producir efectos en la esfera jurídica de su consorte al no tener por ley su representación ni constar en el expediente la existencia del oportuno apoderamiento —art. 1.259 del Código Civil—), sino solamente la de cotitular del propio bien afecto al pago de la deuda (art. 1.370 del Código Civil), y del patrimonio responsable solidariamente de la deuda perseguida por integrarse en él dicho bien (art. 1.362-2 del Código Civil), deberá revocarse el defecto impugnado.»

A) *¿Quién debe realizar la notificación al tercer poseedor?*

Estas notificaciones a que se refiere el apartado 1 del artículo 689, entendemos que deben de ser realizadas por la autoridad judicial que conozca del procedimiento, sin que sea competencia de los Registradores su realización, pues, por una parte, en este primer apartado de dicho artículo 689 no hay remisión al artículo 659, como, sin embargo, sí lo hay en su apartado 2 para los titulares de cargas o derechos reales posteriores a la hipoteca, y, por otra, se trata más bien de un titular registral adquirente de la finca distinto propiamente de aquellos titulares de cargas o derechos reales posteriores a la hipoteca que garantiza el crédito a los que se refiere dicho apartado 2.

B) *Domicilio donde debe efectuarse tal notificación. Su importancia*

En cuanto al domicilio donde deben efectuarse los requerimientos y notificaciones, cabe reiterar lo dicho con anterioridad en el epígrafe relativo a «REQUERIMIENTO DE PAGO»; haciendo especial hincapié en que se notificará la existencia del procedimiento al último titular de la inscripción de dominio practicada, «*en el domicilio que conste en el Registro*» (art. 689.1 de la nueva LEC).

A este respecto cabe afirmar y reiterar que antes, cuando en la inscripción de compraventa constaba un domicilio del tercer poseedor distinto del que resultaba del asiento de hipoteca, el Juez debía atenerse a este último, conforme a lo preceptuado en la regla 5.^a, en relación con lo preceptuado en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, relativo al cambio de domicilio. Así lo entendió, entre otras, una *sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1992* (111). Ahora, tras la reforma, el artículo 683.3 de la nueva Ley Procesal parece haber cambiado tal postura al declarar:

«...A efectos de requerimientos y notificaciones, el domicilio de los terceros adquirentes de bienes hipotecados será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición. En cualquier momento podrá el tercer adquirente cambiar dicho domicilio en la forma prevista en el número anterior».

En relación con el requerimiento de pago al deudor e hipotecante y al domicilio donde debe de practicarse tal requerimiento, la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1998* (112), en recurso interpuesto contra la nota de calificación de un Registrador de la Propiedad que había señalado como defecto, entre otros, el no constar en el testimonio de un auto de adjudicación de un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, el requerimiento de pago a la entidad deudora e hipotecante en el domicilio pactado a estos efectos al constituirse la hipoteca, así como el resultado negativo de tal requerimiento, la dicha Resolución confirmó tal defecto por considerar tal requerimiento trámite esencial, declarando:

«...Dicho requerimiento es trámite esencial a través del cual se garantiza la efectiva intervención de deudor e hipotecante en el procedimiento contra él seguido, siendo preciso que del auto resulte específica e inequívocamente su realización en el domicilio pactado a estos solos efectos; sin que tal omisión pueda suplirse por la genérica afirmación de la práctica de las

(111) *Base de Datos de Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia.*

(112) Resolución de la DGRN de 29 de diciembre de 1998. *BCRE*, núm. 45 (2.^a época); correspondiente al mes de febrero de 1999; págs. 428 a 431, y en *BOE* de 30-1-99.

notificaciones prevenidas en la regla 5.ª, del artículo 131, de la Ley Hipotecaria, pues esta notificación es un trámite diferente de aquel requerimiento y va a dirigido a persona distinta (al tercer poseedor que no ha acreditado la adquisición del inmueble), como se desprende la confrontación de las reglas 3.ª, 4.ª y 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria».

Cabe hacer referencia a la reciente *sentencia del Tribunal Constitucional 222/1999, de 29 de noviembre de 1999* (113), relativa a la vulneración del derecho de acceso a la justicia por denegación injustificada a un tercer poseedor de una finca hipotecada que se personó en un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (aún vigente durante el período de *vacatio legis* de la nueva LEC), al conocer la existencia del procedimiento, y que presentó un escrito ante el Juzgado que conocía del mismo solicitando que se le tuviera por personado y como parte legitimada, al tiempo que dicho tercer poseedor comunicaba la consignación en la entidad bancaria donde el Juzgado tenía abierta una cuenta, de la cantidad que se correspondía con el total del principal de la demanda de ejecución, incluidos los correspondientes intereses, adjuntado copia de la escritura de compraventa de la finca, de fecha anterior a la ejecución, así copia de dicha escritura inscrita en el Registro de la Propiedad. No obstante ello, tal tercer poseedor abonó directamente a la entidad actora el importe total de la deuda reclamada, por haber resuelto el Juzgador de Primera Instancia en cuestión no haber lugar a tenerlo por personado y por parte al no ser su alegación una causa de oposición establecida en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria (aún vigente), ordenando la autoridad judicial mediante mandamiento la devolución de la cantidad consignada. El Tribunal Constitucional estima el recurso interpuesto, entendiendo que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (pero sin indefensión, pues el recurrente ante tan alto Tribunal abonó lo debido al acreedor, habiendo sobreseído el juzgado el procedimiento de ejecución hipotecaria, como consecuencia del desistimiento de la entidad acreedora) y declara:

«...En el presente caso, la vulneración del derecho de acceso al proceso, por parte del órgano judicial, salta fácilmente a la vista, ya que el primer escrito fue presentado en el Juzgado por el recurrente en amparo el día 2 de abril de 1998; esto es, con posterioridad a la constancia en dicho Juzgado, el día 18 de marzo, del escrito de la entidad ejecutante al que se adjuntaba certificación del Registro de la Propiedad donde constaba ya el dominio del quejoso y su esposa sobre el inmueble, de acuerdo con la escritura pública

(113) Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1999, de 29 de noviembre de 1999. BOE, núm. 310, suplemento, de 28 de diciembre de 1999, págs. 49 a 51, inclusive. Reproducida en *Boletín interno de información registral del Centro de Estudios Registrales de Andalucía Occidental «La Buhaira»*, núm. 16, págs. 130 y sigs.

de compraventa que previamente había intentado hacer valer el propio recurrente en amparo. Sin embargo, en lugar de notificar formalmente a este último —conforme a lo establecido en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria— la existencia del procedimiento para que interviniera en la subasta o abonara antes el importe total de la deuda, el Juzgado le denegó de manera injustificada su personación, declarando igualmente no haber lugar a la nulidad de actuaciones solicitada por el quejoso una vez interpuesto dentro de plazo el presente recurso de amparo en un último intento de obtener la paralización del procedimiento por el órgano judicial...»

C) *Intervención del tercer poseedor*

Con respecto a la intervención en la ejecución del «tercer poseedor», se remite el artículo 689.1 al artículo 662 de la nueva LEC. Este último artículo alude a la figura del «tercer poseedor», teniendo tal consideración jurídica la persona a que se refiere dicho artículo 662, cuyo precepto establece:

«1. Si antes de que se venda o adjudique en la ejecución un bien inmueble y después de haberse anotado su embargo o de consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio, pasare aquel bien a poder de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, lo que se acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores.

2. Se considerará, asimismo, tercer poseedor a quien, en el tiempo a que se refiere el apartado anterior, hubiera adquirido solamente el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo...»

Por lo tanto, el tercer poseedor es libre para:

- a) *Intervenir en la subasta, con lo que puede resultar rematante y adjudicatario de la finca o fincas.*
- b) *Pagar antes de que se llegue al remate, el importe del crédito, intereses y costas en la parte correspondiente asegurada con la hipoteca de su propiedad.*

Cabe también, como afirma GARCÍA GARCÍA (114), que no opte ni por una cosa ni por la otra, y espere dicho tercer poseedor a percibir el sobrante, si lo hubiese, una vez satisfechos los titulares de cargas y derechos reales posteriores a la hipoteca inscrita y que se ejecuta.

(114) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 221.

3. NOTIFICACIÓN A LOS TITULARES DE CARGAS O DERECHOS REALES POSTERIORES

A) *Regulación*

A estos últimos alude el apartado 2 del artículo 689, cuando declara:

«...2. Cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se aplicará lo dispuesto en el artículo 659».

Aquí vale lo dicho en cuanto a la necesidad de notificar a los titulares de derechos comprendidos en títulos presentados a Diario y aún no despachados, posteriores a la inscripción de hipoteca, pues dichos documentos deben reflejarse, como ya hemos referido, en la certificación de dominio y cargas.

B) *¿Quiénes son esos titulares posteriores?*

El artículo 225 del Reglamento Hipotecario, que se refiere a la notificación prevenida en la regla 5.^a del —reiteramos—, todavía vigente artículo 131 de la Ley Hipotecaria, nos da una enumeración al decir:

«...deberá hacerse no sólo a los acreedores que la misma expresa (regla 5.^a del art. 131 LH), sino, además, a los acreedores de cargas o derechos reales que hubieren pospuesto, unas u otros, a la hipoteca del actor, a los anotantes posteriores a la inscripción de dicha hipoteca e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros que, por su rango, deben declararse extinguidos al realizarse el crédito y que hubieran inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca, siempre que figuren en la respectiva certificación del Registro de la Propiedad».

Dicho artículo creemos que puede entenderse vigente por no oponerse ni ser incompatible con lo dispuesto en la nueva LEC (ver Disposición Derogatoria única.3).

Entre los que tienen derecho a ser notificados, figura el acreedor hipotecario de una hipoteca unilateral, pendiente de aceptación, como así lo ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de fecha 19 y 20 de noviembre de 1987 (115), al establecer:

«...Este precepto reglamentario (se refiere al art. 225 del Reglamento Hipotecario) evidencia la amplitud con que deben entenderse el círculo de

(115) BCNR, núm. 240 y BOE de 16 de diciembre de dicho año. Y en BDA de Jurisprudencia.

los interesados que deben ser especialmente notificados: No es necesario que del Registro resulte que el derecho real del interesado existe ya perfecto (lo que, por ejemplo, no resulta de un asiento de anotación): basta que del Registro resulte a favor del interesado un asiento que, como la anotación, confiera una situación registral que asegure, al posible derecho, cierta eficacia a partir del asiento (reserva de rango). Además, a falta de reglas especiales, la cancelación de la hipoteca unilateral se regirá por las reglas ordinarias (que exigen, como hemos dicho, la notificación cuestionada), sin otras excepciones que las específicamente señaladas en los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento...»

La razón es lógica, pues, como afirma PAU PEDRÓN (116), «el destinatario de la reserva de rango que implicaría la hipoteca unilateral tiene atribuido un derecho —sin haberlo aceptado—, como lo prueba (entre otros hechos):

- a) Que tiene derecho a ser notificado... en caso de ejecución de una hipoteca anterior...
- b) Que tiene derecho a la subsistencia de la reserva en tanto no se le haya requerido y haya transcurrido el plazo para contestar (art. 237 del Reglamento Hipotecario)...»

Ahonda en los comentarios a la Resolución de 20 de noviembre de 1997, DEL RÍO y GARCÍA DE SOLA (117), quien analiza en idéntico sentido la necesidad de notificación a los acreedores garantizados con hipoteca unilateral no aceptada, resaltando que tal notificación se hace ineludible, a efectos de que dichos acreedores puedan intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de la finca.

C) Remisión del artículo 689.2 al 659 de la LEC

Como antes hemos referido, el apartado 2 del artículo 689, afirma:

«...2. Cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se aplicará lo dispuesto en el artículo 659».

(116) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», en *RCDI*, núm. 631, correspondiente a los meses de noviembre-diciembre de 1995, págs. 2001 y sigs.

(117) DEL RÍO GARCÍA DE SOLA, IGNACIO, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 589, mes noviembre-diciembre: «Comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de noviembre de 1987» (*BOE* de 16 de diciembre), pág. 1949 y sigs.

Por lo tanto, cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, procederá la aplicación del artículo 659 de la LEC, que establece:

«1. 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.

2. A los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas no se les realizará comunicación alguna, pero, acreditando al tribunal la inscripción de su derecho, se les dará intervención en el avalúo y en las demás actuaciones del procedimiento que les afecten.

3. 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. Se harán constar el pago y la subrogación al margen de la inscripción o anotación del gravamen en que dichos acreedores se subrogan y las de sus créditos o derechos respectivos, mediante la presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades indicadas o del oportuno mandamiento judicial, en su caso».

Como vemos, el apartado 2 de dicho artículo reitera lo dispuesto en el número 2.º, *in fine* del artículo 132 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción, cuando afirma que la nota marginal hace las veces de notificación respecto de los acreedores y terceros cuyo derecho conste inscrito o anotado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas de la hipoteca base de la ejecución.

Y el apartado 3 del artículo 659 de la LEC prácticamente reitera lo que preceptuaba el párrafo penúltimo de la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria aún vigente.

D) *Forma de practicar la notificación*

En cuanto a la forma que deben de revestir dichas notificaciones, ciertamente el artículo 689.2 de la nueva LEC no hace remisión expresa al artículo 660, concretamente a su apartado 1; pero entendemos que aquí y respecto de esta forma de notificación, sí cabe aplicar la analogía, por lo que tal notificación debe de hacerse también *por correo o telégrafo con acuse de recibo o por otro medio fehaciente*, haciendo constar expresamente en la certificación que se han remitido dichas notificaciones.

¿Y en el supuesto hipotético de que no conste el domicilio en el Registro de los titulares de derechos o cargas posteriores a la hipoteca que garantiza el crédito del actor? Esto puede ocurrir más bien en sede de anotaciones preventivas de embargo posteriores a la hipoteca que se ejecuta y en el supuesto de que en el mandamiento judicial de embargo en que se decreta la práctica de dicha anotación no se haya hecho constar el domicilio del anotante.

En este caso, por tratarse el procedimiento sobre el que versa el presente trabajo de un procedimiento de ejecución, aunque se ejercite en él, por principio, la acción sobre los bienes hipotecados, debería seguirse tal vez la misma solución que articula el apartado 2 del artículo 660 de la nueva Ley Procesal, consistente en que, si el domicilio no constare en el Registro o que la comunicación fuera devuelta al Registro por cualquier motivo, el Registrador practicará nueva comunicación mediante edicto en el tablón de anuncios del Registro, que se publicará durante un plazo de quince días.

E) *Efectos de la ausencia de la notificación o de la notificación defectuosa*

Obsérvese que la remisión del artículo 689.2 lo es al artículo 659 de la LEC, pero no al artículo 660 de la misma. De ahí que, en cuanto a los efectos que se puedan derivar de la ausencia de comunicaciones efectuadas por el Registro o los defectos de que las mismas puedan adolecer, aquí no cabe aplicar la analogía, como puede ocurrir en una labor de integración de normas ante un posible vacío normativo en lo referente a la forma de hacer las notificaciones en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados.

El artículo 660, en su apartado 2 (no aplicable, entendemos, al procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados) establece:

«2... 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 inmueble en la ejecución».

Dicho apartado ha venido a consagrar la tesis mantenida por SARMIENTO RAMOS (118), el cual entendía en esta materia lo siguiente:

- *«...Que la Ley (se refiere a la anterior LEC aún vigente) se cuida mucho de no utilizar el término "notificaciones" sino el de comunicación...*
- *...Que la cancelación de los asientos posteriores al gravamen que se ejecuta "una vez ultimada su ejecución y efectuado el remate", no puede quedar condicionada a la efectiva realización de las comunica-*

(118) SARMIENTO RAMOS, JUAN, *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, CNRP, Madrid, 1993, págs. 255 a 257.

ciones prevenidas en el artículo 1.490 de la LEC (se refiere a la antigua) bastando el simple mandamiento judicial prevenido en el artículo 1.518 LEC (la antigua).

- *Que cuando por no constar el domicilio, no puede el Registrador realizar tales comunicaciones, no cabe desplazar tal cometido al Juez, pues ni así lo prevé la nueva Ley (se refiere a la reforma de la LEC anterior), ni tal notificación era exigida al Juez en la anterior normativa (antes de la reforma de la anterior LEC, salvo para las cargas intermedias entre la constitución del gravamen hipotecario anterior y el comienzo de su ejecución).*
- *Que si la cancelación de los asientos posteriores al del gravamen que se ejecuta ha de practicarse en cumplimiento de un mandato judicial, y al Juez no le corresponde efectuar tales notificaciones, es obvio que las mismas no pueden obstaculizar la cancelación ordenada por el Juez.*
- *Téngase en cuenta, además, que a los titulares de esos asientos posteriores ya se les advierte del proceso "si bien de forma genérica" mediante los anuncios de subasta; y que tales titulares, al tiempo de obtener sus asientos, pudieron comprobar la existencia del gravamen anterior, no estando de más la exigencia de un cierto deber de diligencia...»*

Seguía también esta postura RIVAS TORRALBA (119), quien mantiene, al igual que SARMIENTO, que dichas comunicaciones de ningún modo alcanzan la consideración de trámite procedimental, sino que representan «una ampliación individualizada de la publicidad de la ejecución respecto de determinadas personas». Se trata, en definitiva, «de un plus de información que permanece ajeno a la tramitación del proceso...» En igual sentido se pronunciaba OCAÑA RODRÍGUEZ, citado por RIVAS TORRALBA.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de fecha 1 de julio de 1997 (120), ha seguido la postura mantenida por SARMIENTO RAMOS en cuanto a la consideración de este trámite como no afectante en sí al procedimiento ejecutivo ordinario, y ha manifestado lo siguiente:

«...que sólo puede sostenerse respecto del titular de una segunda hipoteca o gravamen cuando se ejecuta la primera, habiéndose constituido aquéllos antes del inicio de la ejecución de ésta (a efectos de esa notificación —que no de la posición en el proceso— razones de analogía determinan que al titular de esa hipoteca o gravamen ha de asimilarse al tercer poseedor de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria); mas, tratándose de titulares de

(119) RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *ob. cit.*, págs. 465 y 466.

(120) Base de Datos Aranzadi de Jurisprudencia.

derechos adquiridos sobre el bien a ejecutar cuando ya está practicado y anotado el embargo, habrá de entenderse que tales comunicaciones (a las que del art. 1.490 de la LEC antigua, aún vigente por poco tiempo) constituyen simplemente una forma activa e individualizada de publicidad registral para facilitar el conocimiento por esos titulares de cargas posteriores del embargo, del comienzo de la vía de apremio a fin de que, si conviene a su derecho, puedan pagar el crédito del actor con los efectos legales pertinentes (...). Las consideraciones anteriores armonizan además con el criterio restrictivo que la Ley Orgánica del Poder Judicial adopta en sede de nulidad de las actuaciones judiciales (cfr. 238 y siguientes), pues, sobre no poder ser considerados como trámites sustanciales del procedimiento aquéllos que derivan de una actuación unilateral del ejecutado realizada de espaldas al proceso una vez iniciado éste y practicada y anotada la traba, que se establecen a favor de personas que, por tanto, son ajenas a la inicial relación jurídico-personal, y que además, son trámites que no integran propiamente el procedimiento judicial, aunque sean actos colaterales (en ningún caso, salvo el del pago, pueden tener como consecuencia el impedir la ejecución), difícilmente puede alegarse indefensión, toda vez que, como ya señalara el preámbulo del Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, cuando estos titulares de cargas adquieren su derecho pudieron conocer perfectamente, por el Registro de la Propiedad, la concreta situación jurídico-re al del bien adquirido y es a ellos a quienes incumbe “estar alerta para intervenir oportunamente en las actuaciones de ejecución...”»

Pero dicho apartado 2 no es aplicable en sede de la ejecución directa sobre bienes hipotecados seguida conforme al Título IV, Capítulo V de la nueva Ley Procesal, pues, como ya hemos dicho, el nuevo artículo 132 de la Ley Hipotecaria, redactado por la Disposición Final novena, número 7 de dicha Ley, establece que la calificación del Registrador se extenderá a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados:

«...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, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá efectos de la notificación».

Piénsese, además, como ya hemos dicho en otra parte de este trabajo, que la anotación preventiva de embargo implica y presupone siempre que hay un proceso de ejecución en marcha; sin embargo, respecto de la hipoteca, sólo la nota marginal extendida al margen de su inscripción relativa a haberse expedido la certificación de dominio y cargas es la que anuncia y «publica»

que la hipoteca ha entrado en fase ejecución. De ahí la suma trascendencia de las notificaciones que, en su caso, hayan de practicarse a los titulares de asientos comprendidos dentro de dicha certificación.

Todo ello supone que el Registrador tendrá que calificar, entre otros, dicho extremo. Ahora bien, ¿bastará con la afirmación que de ello resulte del testimonio del auto de adjudicación relativa a que el Registrador practicó las notificaciones pertinentes, o bien habrá de comprobar dicho extremo el Registrador que califique la inscripción del testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento cancelatorio (o el documento omnicomprendivo de ambos), mediante la certificación de cargas expedida en su día y que conste archivada en el legajo correspondiente o incluso acudiendo a las propias notificaciones efectuadas? Lo que sí creemos más que dudoso es que el Registrador deba entrar en cuanto a la forma de haberse hecho en su día las notificaciones a los titulares de cargas o derechos reales comprendidos en la certificación de dominio y cargas.

Ciertamente, en esta materia, ¿se podría hablar de autocalificación o, en su caso, de volver nuevamente a calificar, no ya un extremo relativo a una actuación judicial sino a una actuación del mismo Registrador (o de otro, si el que expidió en su día la certificación ya no sirve el Registro en cuestión)? Parece ser que el Registrador se convierte aquí, sorprendentemente, en Juez y parte. Además, ¿es conveniente hacer constar por nota al margen de la inscripción de hipoteca la práctica efectiva de las notificaciones, como nota complementaria a la de constancia de expedición de la certificación de cargas, y una vez las mismas hayan sido practicadas?

F) *Derechos de los acreedores posteriores si pagan en lugar del ejecutante*

La posición de los acreedores posteriores es la de poder subrogarse, si pagan, en el lugar del ejecutante, esto es, del actor del procedimiento. Dicha subrogación, por lo tanto, tiene un carácter procesal con trascendencia sustantiva o civil, pero para ello es necesario que tengan inscrito su derecho en el Registro. Por eso, la constancia registral de tal subrogación se efectúa por medio de nota al margen de la respectiva inscripción.

Cabría la posibilidad de que un acreedor de un derecho real posterior a la certificación de cargas se subrogase en el lugar del actor, pues si han quedado enterados del procedimiento por cualquier medio, pueden comparecer en autos y subrogarse.

En el supuesto de que sean varios titulares posteriores que se pretendan subrogar, entendemos, con GARCÍA GARCÍA (121), que debería aplicarse el principio de prioridad registral.

(121) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 225.

G) *Comunicación registral de ulteriores asientos que pudieran afectar a la ejecución*

Decir también que el nuevo artículo 135 de la Ley Hipotecaria ha sufrido una nueva redacción por la reiterada Disposición Final novena, concretamente por su número 10, que establece:

«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».

El precepto es muy semejante al anterior artículo 1.453 de la antigua LEC, sólo que también se alude ahora al procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, refiriéndose a la comunicación de «ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución» y en el anterior artículo 1.453 de la LEC derogada se aludía a «que pudieran afectar al embargo anotado». En sentido semejante al antiguo artículo 1.453 se pronuncia el artículo 253.2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril. En esta materia, *¿se podría aplicar el artículo 143 del Reglamento Hipotecario en sus tres últimos párrafos*, con referencia no sólo a los asientos de anotación preventiva de embargo, sino a la existencia de otra hipoteca o hipotecas distintas de la hipoteca que se ejecuta?

A este respecto, ya GÓMEZ GÁLLIGO (122) declaró en su día lo siguiente:

«...En definitiva, en el procedimiento judicial sumario tan sólo deberá comunicarse la cancelación de anotaciones de embargo posteriores a la hipoteca que se ejecuta, pero no la expedición de certificación de cargas en el citado procedimiento.

Y en rigor, no es necesario hacer comunicaciones a los órganos judiciales que dictaron algún mandamiento distinto del embargo en el juicio ejecutivo de la LEC, pero creo que existe la misma razón de ser (analogía) para practicar tales comunicaciones, verbigracia:

- a) de la cancelación de anotaciones de demanda;*
- b) o de la cancelación de hipotecas posteriores a la hipoteca que se ejecuta, a cuyo margen constase la nota marginal de expedición de certificación de cargas.*

Por otra parte, el artículo 434 RH... tan sólo obliga al Registrador a advertir en los títulos presentados a inscripción que existe discrepancia de

(122) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, *ob. cit.*, págs. 106 y 107.

cargas y que consta la nota marginal de expedición de certificación de cargas del artículo 1.489 LEC (antiguo) en algún procedimiento ejecutivo que no se haya tenido en cuenta en la escritura.

Pero, a mi entender, también existe la misma razón de ser —aunque no creo que sea exigible por no existir ninguna norma que lo imponga—, de advertir no sólo que hay una hipoteca que no se ha tenido en cuenta, sino también —en su caso—, que se ha expedido certificación de cargas en el procedimiento correspondiente...»

X. ADMINISTRACION DE LA FINCA O FINCAS HIPOTECADAS

1. REGULACIÓN

En relación con el procedimiento judicial sumario, regulaba esta materia la regla 6.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y el artículo 133 de dicha Ley, antes de la nueva redacción de que han sido objeto los mismos, como ya hemos dicho.

Los preceptos guardan mucha similitud con el nuevo artículo 690 de la LEC, recientemente publicada, que se titula de la «Administración de la finca o bien hipotecado», si bien se observan diferencias, algunas de tipo semántico, como el predominio de la palabra «acreedor» o «acreedores» en lugar de «actor» o «actores», término este último que también emplea en el apartado 2 de dicho artículo, y otras que son más sustanciales. Reza el primer párrafo del apartado 1 de dicho artículo lo siguiente:

«Transcurrido el término de diez días desde el requerimiento de pago o, cuando éste se hubiera efectuado extrajudicialmente, desde el despacho de la ejecución, el acreedor podrá pedir que se le confiera la administración o posesión interina de la finca o bien hipotecado. El acreedor percibirá en dicho caso las rentas vencidas y no satisfechas, si así se hubiese estipulado, y los frutos, rentas y productos posteriores, cubriendo con ello los gastos de conservación y explotación de los bienes y después su propio crédito...»

2. ¿OBLIGATORIEDAD DE SU PACTO EN LA ESCRITURA?

En primer lugar, se afirma que el actor podrá pedir que se le confiera la administración o posesión interina de la finca, pero sin alusión alguna a que así se hubiese pactado previamente en la correspondiente escritura de constitución de hipoteca, circunstancia ésta que sí contemplaba el artículo 131 de la Ley Hipotecaria en su regla 6.^a Es decir, *que tal requisito que se configuraba como necesario, relativo al pacto expreso en tal sentido en la escritura constitutiva*

de la hipoteca, parece haber desaparecido, pues, como es sabido, «donde la ley no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir». Dicho pacto tenía —y tiene todavía— una clara trascendencia real, pues era un pacto básico para que luego se pudiera interesar la administración y posesión interina de la finca.

3. NATURALEZA

Su *naturaleza* es la de un *pacto anticrético* a favor del actor, que se convertía en verdadera anticresis cuando lograba plena efectividad. Tal pacto no implicaba —ni implica— cierre del Registro a los actos dispositivos ni a los de administración, pero ello no supone que tal pacto no afectase a los adquirentes de la finca o fincas hipotecadas con tal pacto. La famosa sentencia de nuestro *Tribunal Supremo de 26 de junio de 1965* (123) así lo afirma, consagrando los caracteres del derecho a la administración o posesión interina de la finca o fincas hipotecadas cuando declara:

«...establece un derecho de naturaleza mixta, por ser a un tiempo cautelar y ejecutivo y cuyos caracteres pueden precisarse diciendo que es facultativo en su ejercicio, limitado en su objeto, alternativo en su finalidad y condicionado en sus efectos...»

Siguiendo a GARCÍA GARCÍA (124), podemos decir, en síntesis, que *tal derecho es*:

- a) «Facultativo en su ejercicio», porque el actor podrá pedirlo o no.
- b) «Limitado en el objeto», pues el objeto es conferir al actor la administración o posesión interina, o las dos cosas, pese a la conjunción disyuntiva que se emplea, pues el apartado 3 del artículo 690 de la nueva LEC, habla de la «duración de la administración y posesión interina que se conceda al acreedor», empleando aquí, sin embargo, la conjunción copulativa, como así hacía igualmente el antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria aún vigente.
- c) Dicho derecho tiene un carácter «alternativo en su finalidad», pues mientras no se celebre la primera subasta y tenga lugar el remate, el acreedor hipotecario se mantendrá en tal administración y/o posesión interina de la finca hipotecada.
- d) Además, dicho derecho está «condicionado en cuanto a sus efectos», pues hay que desempeñar efectivamente la función de administrador,

(123) *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Tomo XXXII. Referencia 3940.*

1.^a Edición, Pamplona, 1965.

(124) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 234 y sigs.

no bastando con el mero nombramiento, pues si no se ejerce tal derecho, no se podrá impugnar los actos que a este respecto hayan sido realizados por el propietario del inmueble en el período anterior a aquél en que efectivamente se haya hecho eficaz la administración, y ello por exigencias lógicas del principio de la buena fe.

Pues bien, como veníamos afirmando, la alusión expresa a tal pacto de administración y/o posesión interina en la escritura de hipoteca, no aparece contemplado ya en la reforma operada, con lo cual puede entenderse que la petición de concesión por parte del acreedor hipotecario de la administración o concesión interina de la finca hipotecada no descansa ya en tal pacto, sino en la propia ley, que contempla directamente tal petición sin necesidad de tal estipulación.

Sí contempla dicho apartado la percepción por el acreedor hipotecario de *las rentas vencidas y no satisfechas*, «*si así se hubiese estipulado*». Aquí sí hay referencia expresa a un pacto, que también lo contemplaba la regla 6.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. *Este pacto es distinto del anterior anticrético*, pues es el pacto de extensión de la hipoteca a las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada, a que alude el artículo 111.3.º de dicha Ley Hipotecaria.

El contenido, pues, de tal derecho, será dichas rentas vencidas y no satisfechas, en su caso, y los frutos, rentas y productos (término este último que no aparecía reflejado en la regla 6.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria) posteriores, debiendo imputarse primero a los gastos de conservación y explotación de los bienes, y sólo después, a su propio crédito.

El apartado 1 del artículo 690 de la LEC, se completa también con dos párrafos relativos a la notificación del ocupante del inmueble y al supuesto de que la finca se encuentre desocupada:

«...A los efectos anteriormente previstos, la administración interina se notificará al ocupante del inmueble, con la indicación de que queda obligado a efectuar al administrador los pagos que debieran hacer al propietario.

Tratándose de inmuebles desocupados, el administrador será puesto, con carácter provisional, en la posesión material de aquéllos...»

4. ORDEN DE PREFERENCIA ANTE LA PLURALIDAD DE ACTORES

El apartado 2 del nuevo artículo 690 de la LEC, alude a la pluralidad de actores y cuál es el orden de preferencia a la hora de ejercitar dicho derecho de administración y/o posesión interina de la finca hipoteca. Y así establece, en términos semejantes al último párrafo de la regla 6.^a del aún vigente artículo 131 de la Ley Hipotecaria:

«...Si los acreedores fuesen más de uno, corresponderá la administración al que sea preferente, según el Registro, y si fueran de la misma prelación podrá pedirla cualquiera de ellos en beneficio común, aplicando los frutos, rentas y productos según determina el apartado anterior, a prorrata entre los créditos de todos los actores. Si lo pidieren varios de la misma prelación, decidirá el tribunal mediante providencia a su prudente arbitrio...»

Aquí establece expresamente la Ley que la forma que debe de adoptar la resolución judicial en caso de que soliciten tal derecho varios acreedores de la misma prelación, es la de «providencia», aludiendo expresamente a la aplicación de «frutos, rentas y productos», cuyo último término («productos»), como ya hemos dicho, no aparecía expresado en la regla 6.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

5. DURACIÓN

Por lo que se refiere a la duración del derecho de administración y/o posesión interina de la finca o fincas hipotecadas, aparece contemplado en el artículo 690, apartado 3 de la LEC, en términos semejantes al anterior artículo 133 de la Ley Hipotecaria:

«...La duración de la administración y posesión interina que se conceda al acreedor no excederá, como norma general, de dos años, si la hipoteca fuera inmobiliaria... A su término, el acreedor rendirá cuentas de su gestión al tribunal, quien las aprobará, si procediese. Sin este requisito no podrá proseguirse la ejecución».

Obsérvese que el precepto reitera la expresión «como norma general». ¿Ello significa que puede haber casos en que supere tal duración? En el anterior artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en su regla 12.^a, último párrafo, sí podía suceder cuando hubiesen quedado desiertas las tres subastas, pues entonces podría reiterarse la misma tantas veces como lo solicitase el dueño de la finca, continuando mientras tanto el acreedor en la administración interina de la finca hipotecada. Y todo ello podría conllevar, en algunos casos, que se superase el plazo referido de dos años previsto como regla general. Pero ahora, la realización de la subasta de los bienes hipotecados se efectuará conforme a las reglas previstas para la subasta de inmuebles en la propia LEC. Y aquí no se contempla ya una posibilidad semejante a la que aparecía contemplada en la dicha regla 12.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Por último, prevé el artículo 690, en su apartado 5, la forma de proceder en lo referente a la administración y/o posesión interina de la finca hipotecada, en caso de que concurra la ejecución hipotecaria con un proceso concursal:

«...5. Cuando la ejecución hipotecaria concorra con un proceso concursal, en materia de administración o posesión interina se estará a lo que disponga el tribunal que conozca del proceso concursal, conforme a las normas reguladoras del mismo.»

XI. SUBASTA

La Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su apartado XVII, ya declara que se establece una única subasta, a diferencia de lo que establecía el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Y así dice dicha Exposición de Motivos en referido apartado:

«...No son pocos los cambios y, sobre todo, el orden y previsión que esta Ley introduce en el procedimiento de apremio o fase de realización, previo avalúo, de los bienes afectados a la ejecución, según su diferente naturaleza. Además de colmar numerosas lagunas, se establece una única subasta, con disposiciones encaminadas a lograr, dentro de lo posible, según las reglas del mercado, un resultado más satisfactorio para el deudor ejecutante, procurando, además, reducir el coste económico...»

Así pues, cabe, en primer lugar, afirmar que a partir de la entrada en vigor de la Ley en este procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados, sólo cabe la posibilidad de la celebración de una única subasta.

Ya este criterio de subasta única fue defendido por algunos autores. Así, RAMOS MÉNDEZ (125) quien afirmaba:

«...Hay que acabar con el sistema de las tres subastas. Esto es una cosa farisaica. Evidentemente hoy, salvo contadísimas excepciones, todo el mundo espera a la tercera subasta, porque es la subasta sin sujeción a tipo. He estado reflexionando y estado mirando si había algún inconveniente o si se producía alguna quiebra en el sistema de defensa de derechos o de los intereses, sea del acreedor, sea del propio ejecutado, porque esto fuera así. Yo no lo veo...»

Y el mismo autor (126) se mostraba partidario de la unificación de la regulación de las subastas, criterio este al que ha puesto especial énfasis la nueva LEC.

(125) RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, «Reflexión sobre el sistema de subasta en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», en *Práctica Hipotecaria. Procedimiento Judicial Sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Jornadas sobre Ejecución Hipotecaria)*, núm. 2. Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Editorial Marcial Pons, Barcelona, 1994, págs. 125 y 126.

(126) RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *ob. cit.*, pág. 125.

1. PERSONAS QUE PUEDEN INSTARLA

Establece el artículo 691.1:

«Cumplido lo dispuesto en los artículos anteriores y transcurridos treinta días desde que tuvieron lugar el requerimiento de pago y las notificaciones antes expresadas, se procederá a instancia del actor, del deudor o del tercer poseedor, a la subasta de la finca o bien hipotecado...»

Por lo tanto, rige aquí el principio dispositivo o de rogación procesal, pues la celebración de la subasta se deja a la iniciativa del actor, del deudor o del tercer poseedor. No se cita para nada al «hipotecante» (no deudor), como así sucedía, sin embargo, en la regla 7.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en su reforma operada por la Ley 19/1986, de 14 de mayo, por lo que queda «en el aire» (por no decir que no es posible, pues la ley no lo contempla expresamente) que dicho «hipotecante», ni otras personas que pudieran resultar interesadas —v.gr., acreedores posteriores—, pueden solicitar la celebración de la subasta.

2. PLAZO PARA LA SUBASTA

El plazo, como resulta de dicho apartado, es de treinta días desde que tuvieron lugar el requerimiento de pago (v. art. 686 nueva LEC) y las notificaciones antes expresadas (v. art. 689 y concordantes de la LEC), y una vez cumplido lo dispuesto en los artículos anteriores al 691 de la LEC.

3. ANUNCIO DE SUBASTA

A) Plazo para efectuar el anuncio

En cuanto al plazo para efectuar el anuncio de subasta, se efectuará con veinte días de antelación, por lo menos, a su celebración, debiendo notificarse el señalamiento del lugar, día y hora para el remate al deudor, con la misma antelación, en el domicilio que conste en el Registro. Así lo preceptúa el apartado 2, del artículo 691 de la Ley Procesal.

El contenido del anuncio no aparece previsto expresamente en dicho artículo 691, si bien hay una remisión en cuanto a la realización de la subasta en su apartado 4, como más adelante veremos.

B) *Forma de la publicación del anuncio de subasta*

En cuanto a la forma del anuncio de subasta creemos aplicable el artículo 645 de la nueva Ley Procesal, que establece la garantía de la publicidad de la subasta al establecer en su apartado 1, que *«a toda subasta se dará publicidad por medio de edictos, que se fijarán en el sitio destacado, público y visible en la sede del tribunal y lugares públicos de costumbre...»*, y ello sin perjuicio de que, como prevé el apartado 2 de tal precepto, *«mediante providencia se dé a la subasta la publicidad que resulte razonable, utilizando los medios públicos y privados que sean más adecuados a la naturaleza y valor de los bienes que se pretende realizar»*.

C) *Contenido del anuncio de subasta*

Respecto del contenido del anuncio de la subasta, el artículo 668 declara en un principio que *«la subasta se anunciará con arreglo a lo previsto en el artículo 646»*. Dicho artículo dice literalmente:

«En los edictos a que se refiere el apartado primero del artículo anterior se incluirá pliego con todas las condiciones de la subasta, generales y particulares, si las hubiere, y cuantos datos y circunstancias sean relevantes para el éxito de la subasta.

El contenido de la publicidad que se realice por otros medios se acomodará a la naturaleza del medio que, en cada caso, se utilice, procurando la mayor economía de costes, y podrá limitarse a los datos precisos para identificar los bienes o lotes de bienes, el valor de tasación de los mismos, su situación posesoria, si fueran inmuebles, conforme a lo dispuesto en el artículo 661, el lugar y fecha de celebración de la subasta y la indicación del lugar o lugares en que se encuentren publicados los edictos».

El artículo 668 establece la expresión obligatoria en los edictos de la identificación de la finca (lo que se efectuará en forma concisa), la valoración inicial para la subasta (v. núm. 1.º, del aptdo. 1, del art. 682, relativo a la tasación de la finca en la escritura de constitución de hipoteca) y los extremos siguientes:

«1.º *Que la certificación registral y, en su caso, la titulación sobre el inmueble o inmuebles que se subastan están de manifiesto en la Secretaría.*

2.º *Que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación existente o que no existan títulos.*

3.º *Que las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el solo hecho de participar en*

la subasta, el licitadorlos admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos, si el remate se adjudicare a su favor».

En relación con este último número 3.º de dicho artículo 668, establece el artículo 670.5:

«5. Quien resulte adjudicatario del bien inmueble, conforme a lo previsto en los apartados anteriores, habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos».

Pues bien, teniendo en cuenta dichos preceptos 668.3.º y 670.5, se plantea la interrogante de si es de aplicación a este procedimiento lo dispuesto en el artículo 666, relativo a la valoración de inmuebles para subasta, cuyo artículo se remite al artículo 657 de la nueva LEC, relativo a «información de cargas extinguidas o aminoradas».

Dicho artículo 666 establece lo siguiente:

«1. Los bienes inmuebles saldrán a subasta por el valor que resulte de deducir de su avalúo, realizado de acuerdo con lo previsto en los artículos 637 y siguientes de esta Ley, el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado la ejecución cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas.

Esta operación se realizará por el Secretario Judicial, descontando del valor por el que haya sido tasado el inmueble el importe total garantizado que resulte de la certificación de cargas o, en su caso, el que se haya hecho constar en el Registro con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 657.

2. Si el valor de las cargas o gravámenes iguala o excede del determinado para el bien, el tribunal alzaré el embargo».

Y, por su parte, el 657 al que se remite el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 666, reza:

«1. A petición del ejecutante, el tribunal se dirigirá a los titulares de los créditos anteriores que sean preferentes al que sirvió para el despacho de la ejecución para que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía. Los acreedores a quienes se reclame esta información deberán indicar, con la mayor precisión, si el crédito subsiste o se ha extinguido por cualquier causa y, en caso de subsistir, qué cantidad resta pendiente de pago, la fecha de vencimiento y, en su caso, los plazos y condiciones en que el pago deba efectuarse. Si el crédito estuviera vencido y no pagado, se informará también de los intereses moratorios vencidos y de la cantidad a la que asciendan los intereses que se devenguen por cada día de

retraso. Cuando la preferencia resulte de una anotación de embargo anterior, se expresarán la cantidad pendiente de pago por principal e intereses vencidos a la fecha en que se produzca la información, así como la cantidad a la que asciendan los intereses moratorios que se devenguen por cada día que transcurra sin que se efectúe el pago al acreedor y la previsión para costas.

Los oficios que se expidan en virtud de lo dispuesto en el párrafo anterior se entregarán al procurador del ejecutante para que se encargue de su cumplimiento.

2. A la vista de lo que los acreedores, a que se refiere el apartado anterior, declaren sobre la subsistencia y cuantía actual de sus créditos, el tribunal, a instancia del ejecutante, expedirá los mandamientos que procedan a los efectos previstos en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria».

Como vemos, la propia LEC establece un procedimiento para determinar la suma de las cargas subsistentes con la mayor exactitud posible. Incluso va más lejos al decretar el alzamiento del embargo, y ello porque el importe de las cargas preferentes puede ser superior al valor de la finca en cuestión, por lo que entonces se pondría de manifiesto la inoperancia de la ejecución iniciada, ya que nadie va a ofrecer más de la suma a que ascienden las cargas.

Asimismo, se infiere del artículo 666 que el precio que el rematante tendrá que satisfacer incluye el pago de la suma de las cargas hipotecarias preferentes, en aplicación analógica del descuento regulado en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria, que regula, además de la asunción en la responsabilidad personal, la retención o descuento de la finca hipotecada.

Obsérvese, no obstante, como más adelante veremos, que el legislador ha perdido la oportunidad de pronunciarse abiertamente y de una manera expresa sobre el tema consistente en que el rematante o adjudicatario no asume el débito personal y sí solo el compromiso de pagar las cargas hipotecarias preferentes.

Se plantea la cuestión de si es de aplicación a este procedimiento lo dispuesto en el artículo 657 de la nueva LEC, relativo a «información de cargas extinguidas o aminoradas», dada la remisión que el apartado 4 del artículo 691 de dicha Ley hace, en cuanto a la realización de la subasta, a las normas de la subasta de bienes inmuebles, que aparece regulada en la expresada sección 6.^a, que es donde se encuentra incardinado dicho artículo 657. Así, en lo relativo al procedimiento a seguir en la realización de la subasta, establece dicho artículo 691 en su apartado 4:

«...La subasta de bienes hipotecados, sean muebles o inmuebles, se realizará con arreglo a lo dispuesto en esta Ley para la subasta de bienes inmuebles».

Y el citado artículo 655 de dicha Ley establece en su apartado 1, que *«las normas de esta sección se aplicarán a las subastas de bienes inmuebles y a las de bienes muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar al de aquéllos»*. Tal sección, a que se refieren dichos preceptos, es la sección 6.^a, del Capítulo IV, del Título IV de la nueva LEC.

Pues bien, dada la remisión que, a su vez, el apartado 4 del artículo 691 de dicha Ley hace, en cuanto a la realización de la subasta, a las normas de la subasta de bienes inmuebles que aparece regulada en la expresada sección 6.^a, que es donde se encuentran incardinados dichos artículos 666, 657 y concordantes, ¿serían de aplicación dichos artículos al procedimiento de ejecución directa sobre inmuebles hipotecados regulados en la nueva LEC? Ya sabemos que el artículo 682.2.1.º establece como requisito, además del domicilio (núm. 2.º de dicho apartado artículo), que *«en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado para que sirva de tipo en la subasta»*. ¿Puede entenderse, además, sustituido el avalúo a que se refieren las normas generales sobre la subasta de inmuebles por el valor de tasación fijado por las partes según dicho artículo 682.2.1.º, en el ámbito del procedimiento que estamos analizando? El legislador pudo y debió haber sido más claro a este respecto. ¿Qué ha pretendido, que se descuenten las cargas anteriores, o bien hay que suponer su previo descuento o bien no se ha pretendido nada de ello?

Igual interrogante se ha planteado MIQUEL GONZÁLEZ (127) en lo relativo al descuento de las cargas preferentes que nos lleva a la llamada, según dicho autor, «asunción de cumplimiento», basada en el importe de la carga o cargas preferentes, llegando a decir dicho autor:

«...Según la famosa sentencia de 7 de febrero de 1942, en el procedimiento de ejecución ordinario, del avalúo efectuado por los peritos se debían deducirlas cargas por aplicación del anterior artículo 1.511 de la LECiv, que esta sentencia consideraba subsistente en parte, mientras que en el sumario los interesados las habrían descontado o debido descontar ya al establecer el tipo en la escritura de la hipoteca. Por lo tanto, en el procedimiento ordinario del precio del remate se debía restar el importe de las cargas, mientras que en el sumario debían sumarse. Pero la opinión de esta sentencia no fue aceptada por todos. En cualquier caso se parte de que el rematante debe de pagar las cargas porque forman parte del precio total de la finca. El precio al contado se determina de manera distinta según los procedimientos. En el procedimiento ordinario, del precio del remate se restan las cargas por haberse partido de un avalúo del valor del total de la finca, y la cantidad

(127) MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, «Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior». Trabajo publicado en la *Revista de Derecho Patrimonial*, Editorial Aranzadi, Navarra, año 1999, págs. 32 y 63 y sigs.

resultante es la que el rematante debe de pagar en el juzgado. En el sumario, como al fijar el tipo, se supone que los interesados han descontado ya del valor de la finca el importe de las cargas preferentes, el precio del remate sería sólo el importe a pagar al contado. El precio total resultaría de la suma del precio del remate y el importe de las cargas.

La reforma de la LECiv en 1992 ha suprimido el artículo 1.511 y así el trámite de liquidación de cargas, de esta manera se habría adoptado la misma solución para todos los procedimientos de ejecución. Veremos como el Proyecto de LECiv establece que la finca saldrá a la subasta por el importe que resulte de descontar las cargas preferentes del avalúo de la finca. Para la ejecución sobre bienes hipotecados sigue exigiendo que los interesados tasan la finca en la escritura de la hipoteca. Lo que no queda claro es si en este caso hay que descontar las cargas anteriores, se supone que ya se han descontado o ninguna de las dos cosas...»

Una cosa está clara: que las partes ignoran, cuando tasan la finca al tiempo de la constitución de la hipoteca, cuáles serán las cargas o derechos preferentes que podrán subsistir en caso de que haya ejecución y, en su caso, cuál será el importe por el cual subsisten. Por lo que difícilmente podrán fijar una tasación correcta cuando se vaya a formalizar la escritura de hipoteca, si atienden a la suma a que ascienden las cargas preferentes. ¿Se podría entender aplicable el artículo 639.3 en el sentido de que las partes fijan la tasación para subasta —que como ya dijimos tenía como finalidad reconocida en el debate de la Ley Hipotecaria de 1909 de ahorrar los costes de los peritos—, por el valor que tenga el inmueble en el mercado, sin tener en cuenta las cargas y gravámenes que pesan sobre ellos, conforme preceptúa dicho artículo; mas una vez llegado el momento de la ejecución, tal tasación —que no es otra cosa que un avalúo inicial convenido por las partes— se deducirán las cargas preferentes? ¿Cabe entender aplicables las normas sobre deducción de las cargas preferentes, de manera que el rematante o adjudicatario sólo tendrá que pagar el importe restante, pues con respecto al de las cargas preferentes ha asumido el compromiso de pago frente al deudor?

D) Publicidad de la situación posesoria en el anuncio de subasta

Se puede plantear la cuestión de qué ocurre en el supuesto de que el inmueble hipotecado esté ocupado por persona distinta del ejecutado y así resulte de los autos del procedimiento. El artículo 661 de la nueva LEC, incardinado igualmente dentro de las normas de subasta de bienes inmuebles, prevé la comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho, así como la publicidad de la situación posesoria en el anuncio de la subasta.

Y sabido es, lógicamente, que el anuncio de subasta afecta claramente a la realización de la misma. A este respecto la Exposición de Motivos de la nueva LEC declara:

«...otra importante novedad en materia de enajenación forzosa de inmuebles se refiere al régimen de audiencia y eventual desalojo de los ocupantes de los inmuebles enajenados en un proceso de ejecución. Nada preveía al respecto la Ley de 1881, que obligaba a los postores, bien a realizar costosas averiguaciones por su cuenta, bien a formular sus ofertas en condiciones de absoluta incertidumbre sobre si encontrarían ocupantes o no; sobre si los eventuales ocupantes tendrían derecho o no a mantener su situación y, en fin, sobre si, aun no teniendo los ocupantes derecho a conservar la posesión de la finca, sería necesario o no acudir a un quizá largo y costoso proceso declarativo para lograr el desalojo. Todo esto, como es natural, no contribuía precisamente a hacer atractivo ni económicamente eficiente el mercado de subastas...»

Y así el artículo 661 establece lo siguiente:

«1. Cuando por la manifestación de bienes del ejecutado, por indicación del ejecutante (actor) o de cualquier otro modo, conste en el procedimiento la existencia e identidad de personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble embargado (aquí hipotecado), se les notificará la existencia de la ejecución, para que, en el plazo de diez días, presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación.

En el anuncio de la subasta se expresará, con el posible detalle, la situación posesoria del inmueble o que, por el contrario, se encuentra desocupado, si se acreditase cumplidamente esta circunstancia al tribunal de la ejecución.

2. El rematante podrá pedir que, antes de anunciarse la subasta, el tribunal declare que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en el inmueble, una vez que éste se haya enajenado en la ejecución. La petición se tramitará con arreglo a lo establecido en el apartado 3 del artículo 675, y el tribunal accederá a ella y hará, por medio de auto no recurrible, la declaración solicitada, cuando el ocupante u ocupantes puedan considerarse de mero hecho o sin título suficiente. En otro caso, declarará, también sin ulterior recurso, que el ocupante u ocupantes tienen derecho a permanecer en el inmueble, dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder al futuro adquirente para desalojar a aquéllos.

Las declaraciones a que se refiere el párrafo anterior se harán constar en el anuncio de la subasta.»

Así pues, de este artículo se infiere que el legislador ha querido dar publicidad anticipada a las situaciones posesorias de la finca antes de la celebra-

ción de la subasta, a fin de que quienes vayan a licitar, puedan conocer dicha situación posesoria, lo cual se reflejará en los oportunos edictos.

Cabe decir que el apartado 2 de dicho artículo 661 no figuraba recogido en el proyecto de ley, lo que planteó la duda relativa a si debería tener publicidad en los edictos cualquier título que opusiese el poseedor u ocupante de la finca o sólo aquel título que, por subsistir a la hipoteca, diese estabilidad a la situación posesoria del inmueble después de la adjudicación. Ello hizo que se vertieran críticas al respecto, entre ellas, las del magistrado GÓMEZ SALCEDO (128) quien sostuvo la tesis de que «hubiese sido más convincente exigir, o al menos permitir, que estas situaciones previas a la subasta puedan ser aceptadas o rechazadas por el Juez de forma que todo licitador pueda acudir a subasta sin incertidumbres, conociendo las cargas que efectivamente asume si resulta rematante. La mera publicidad de cualquier situación posesoria de la finca que impone el proyecto, lejos de fomentar la participación en la subasta, puede tener el efecto inverso, creando confusión entre los eventuales licitadores, puesto que se puede conceder publicidad a situaciones que en nada deben de interferir en la futura entrega de la finca...»

La Ley parece haber enmendado el criterio que, en principio, imperó en el proyecto, y así en el apartado 3 del artículo 675 se refiere al *procedimiento que sigue la petición del lanzamiento de quienes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 661, puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente*. Tal petición se notificará a dichos ocupantes, con citación a una vista en el plazo de diez días, en la que podrán alegar y probar lo que consideren oportuno respecto de su situación; y el tribunal, por medio de auto, sin ulterior recurso, resolverá sobre el lanzamiento, que decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes citados no comparecen sin justa causa. Dicho auto dejará a salvo, cualquiera que fuera su contenido, los derechos de los interesados, que podrán ejercitarse en el juicio que corresponda.

Este artículo aclara, pues, que el hecho de publicarse la situación posesoria del inmueble no impedirá al adjudicatario que el mismo pueda solicitar en su día el lanzamiento del deudor y de los eventuales ocupantes de la finca. En cuyo caso, el Juez procederá a citar a los ocupantes a una vista en el plazo antes referido, y cuyo trámite deberá ajustarse a los preceptos que comprende la sección 2.^a del capítulo VII del Título V, relativo a «las vistas». Con dicha vista nos hallamos ante un incidente del procedimiento en el que se plantea la conveniencia de la presencia del adjudicatario.

(128) GÓMEZ SALCEDO, AGUSTÍN MANUEL, «El procedimiento judicial sumario en primera instancia. Problemática de arrendamientos y ocupaciones del inmueble ante la ejecución: notificaciones, retractos, etc.», pág. 25. Publicada por «AUSBANC (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios)», en *Jornadas sobre operaciones bancarias: Conceptos matemáticos, aspectos jurídicos y malas prácticas bancarias. 21-24 de febrero de 2000. Mesa Redonda sobre Ejecución Hipotecaria*.

Hay que reconocer que este incidente procesal podrá facilitar la cuestión cuando exista un evidente fraude en el arrendamiento concertado o cuando se vea meridianamente que el arrendamiento no subsistirá a la hipoteca.

A colación de lo dicho está, como antecedente de la nueva regulación, la sentencia de nuestro *Tribunal Constitucional* 69/1995, de 9 de mayo de 1995 (129), que empezó a matizar la doctrina anterior del mismo Tribunal (ver sentencia 6/1992, de 16 de enero) y que declaró:

«...no puede ser aplicada (la doctrina anterior) indiscriminadamente a todo poseedor u ocupante afectado por la ejecución hipotecaria, y así, en el ATC 309/1994, negamos ya el amparo en un supuesto en el que el arrendatario lo era en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con posterioridad al inicio del procedimiento del artículo 131 LH, que por el excesivo tiempo de duración (quince años) y por el importe antieconómico del alquiler pactado, fue estimado por los órganos judiciales como fraudulento...»

La misma sentencia (que versaba, no sobre la ocupación por un arrendatario de la finca hipotecada, sino por una usufructuaria), admitió la facultad del propio juez conocedor de la ejecución para rechazar aquellas situaciones que fueran opuestas por los ocupantes cuando *prima facie* llegase al convencimiento de que no ostentaban algún derecho que le permitiera permanecer en el disfrute de la finca adjudicada.

Y más recientemente el propio *Tribunal Constitucional* en sentencias 158/1997, de 2 de octubre; 174/1997, de 27 de octubre; 223/1997, de 4 de diciembre; 227/1997, de 15 de diciembre; 42/1998, de 24 de febrero, y 6/1999, de 8 de febrero (130), han consagrado más claramente este criterio de la anterior sentencia. Así, a modo de ejemplo, la 158/1997, declara:

«...que lo único que se requiere es que esos terceros puedan, antes del desalojo y lanzamiento, exhibir su título ante el juez, el cual, a la vista de ello, tomará la decisión conveniente en orden a proseguir con el lanzamiento...»

«...el proceso de la Ley Hipotecaria no impide que los poseedores, en el momento de ser requeridos para el desalojo y ulterior lanzamiento, puedan exhibir un título cuya eficacia, sólo a efectos de la ejecución, habrá de valorar el Juez, pero sí se opone, por su propia naturaleza, a que en el mismo proceso se agregue como apéndice final otro procedimiento contradictorio no previsto en la Ley»...

Dicha sentencia concluye afirmando que no se vulnera el artículo 24.1 de nuestra Constitución, porque el ocupante «al tener conocimiento de la ejecu-

(129) Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia.

(130) En Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia.

ción mediante los obligados requerimientos, tiene la posibilidad de aducir la existencia de derecho que en apariencia pueda subsistir...»

Por lo tanto, la síntesis en esta materia sería la siguiente, teniendo en cuenta las sentencias del Tribunal Constitucional, antes aludidas, y los preceptos al respecto de la nueva LEC, y siguiendo a GÓMEZ SALCEDO (131):

1.º El derecho a la tutela judicial efectiva del ocupante de la finca hipotecada que se puede ver afectado por el lanzamiento queda a salvo mientras el mismo tenga la posibilidad de exhibir ante el Juez el título por el que pretende permanecer usando y disfrutando el inmueble.

2.º Es competencia del Juez, en el mismo procedimiento de ejecución, valorar y decidir si el derecho invocado por el ocupante plasmado en el título que se le exhibe determina o no su subsistencia en relación con la hipoteca y a la adjudicación de la finca hipotecada, correspondiendo decidir a la autoridad judicial sobre la continuación del trámite de apremio, siendo lo razonable que la decisión que se adopte deberá ser razonada y adoptará la forma de auto (como así lo ha consagrado la nueva LEC).

3.º La decisión del Juez aceptando o rechazando los derechos del ocupante no son recurribles dentro del mismo procedimiento de ejecución.

4.º Los criterios en esta materia pueden extenderse a cualquier procedimiento de apremio en que se persigan fincas, bien sea el juicio ejecutivo, bien se trate de otro procedimiento de ejecución (así parece consagrarlo la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 6/1999, de 8 de febrero).

5.º Lo que se resuelva en el proceso de ejecución, bien admitiendo o rechazando las pretensiones del ocupante, no produce cosa juzgada material. De ahí que quien se considere perjudicado pueda acudir con posterioridad a la vía ordinaria en la cual se dilucidará la controversia. Así lo entendió la aludida sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 6/1999, que declaró:

«...la desestimación de las peticiones de la interesada, efectuada por el Juzgado competente en el procedimiento ejecutivo, no supone una denegación definitiva de su derecho de acceso a la jurisdicción en defensa de su alegada condición de arrendataria...»

«...Nada impide, en efecto, que en procedimiento diferente pueda pretender la declaración de su derecho arrendaticio, al igual que pudo, pues así lo hizo, efectivamente, formular demanda de retracto con fundamento en los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos...»

Como ya sabemos, la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado ya sobre la necesidad de la constancia de la situación

(131) GÓMEZ SALCEDO, AGUSTÍN MANUEL, Trabajo citado, pág. 21 y sigs. de dicho trabajo.

arrendaticia de la finca o fincas adjudicadas en los procedimientos de ejecución forzosa, cuestión esta que será objeto de un análisis posterior más minucioso y detallado.

4. CONDICIONES ESPECIALES DE LA SUBASTA

El artículo 669 se refiere a las condiciones especiales de la subasta, estableciendo lo siguiente:

«1. Para tomar parte en la subasta los postores deberán depositar, previamente, el 30 por 100 del valor que se haya dado a los bienes con arreglo a lo establecido en el artículo 666 de esta Ley. El depósito se efectuará conforme a lo dispuesto en el número 3.º del apartado 1.º del artículo 647.

2. Por el mero hecho de participar en la subasta, se entenderá que los postores aceptan como suficiente la titulación que consta en autos o que no exista titulación y que aceptan, asimismo, subrogarse en las cargas anteriores al crédito por el que se ejecuta, en caso de que el remate se adjudique a su favor».

5. REALIZACIÓN DE LAS POSTURAS

El artículo 670 prevé la realización de las posturas por importe igual o superior al 70 por 100 o por un importe inferior, distinguiendo según dicha postura la haga el propio actor o el mejor postor.

Establece dicho precepto lo siguiente:

«1. Si la mejor postura fuera igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, el tribunal, mediante auto, el mismo día o el día siguiente, aprobará el remate a favor del mejor postor. En el plazo de veinte días, el rematante habrá de consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate.

2. Si fuera el ejecutante quien hiciese la mejor postura igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, aprobado el remate, se procederá por el Secretario Judicial a la liquidación de lo que se deba por principal, intereses y costas y, notificada esta liquidación, el ejecutante consignará la diferencia, si la hubiere.

3. Si sólo se hicieran posturas superiores al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, pero ofreciendo pagar a plazos con garantías suficientes, bancarias o hipotecarias, el precio aplazado, se harán saber al ejecutante quien, en los veinte días siguientes, podrá pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 del valor de salida. Si el ejecutante no

hiciere uso de este derecho, se aprobará el remate a favor de la mejor de aquellas posturas, con las condiciones de pago y garantías ofrecidas en la misma.

4. *Cuando la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, podrá el ejecutado, en el plazo de diez días, presentar tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 70 por 100 del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.*

Transcurrido el indicado plazo sin que el ejecutado realice lo previsto en el párrafo anterior, el ejecutante podrá, en el plazo de cinco días, pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura.

Cuando el ejecutante no haga uso de esta facultad, se aprobará el remate a favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por 100 del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el tribunal, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. Cuando el tribunal deniegue la aprobación del remate, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente...»

6. SUBROGACIÓN EN LAS CARGAS O GRAVÁMENES PREFERENTES POR EL ADJUDICATARIO

En todo caso, el adjudicatario del bien, conforme a lo antes dicho, se deberá subrogar en la responsabilidad de las cargas o gravámenes preferentes, aceptando su subsistencia. Así se pronuncia el apartado 5 de dicho artículo 670, que guarda paralelismo en esta concreta materia con las reglas 8.^a, 10.^a y 13.^a del todavía vigente artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Dice dicho artículo 670.5:

«5. *Quien resulte adjudicatario del bien inmueble, conforme a lo previsto en los apartados anteriores, habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos.»*

No aclara este precepto, como hubiera sido deseable, la siguiente cuestión, que es objeto de discusión desde hace largo tiempo:

A) Si la «subrogación» en las cargas o gravámenes anteriores por parte del adjudicatario o rematante implica asunción personal de las mismas o

B) Si, por el contrario, no hay asunción de deuda frente a los acreedores que son preferentes, sino que sólo hay subrogación en la responsabilidad real de la hipoteca, en cuanto que en ella se subroga necesariamente el rematante o adjudicatario por el simple hecho de haber adquirido la finca y subsistir las cargas anteriores y preferentes.

La doctrina civilista e hipotecarista se ha mostrado dividida en esta materia. Así, *partidarios de la primera postura* de la asunción automática sin necesidad de consentimiento del acreedor, fueron GUASP y JERÓNIMO GONZÁLEZ, en sendos trabajos publicados en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de 1945 y 1929, respectivamente. También ROCA SASTRE (132) es defensor de esta postura, al afirmar rotundamente:

«...El artículo 131 de la Ley Hipotecaria no sólo establece el sistema de subsistencia de las hipotecas anteriores o preferentes, sino que impone la subrogación de la persona del adjudicatario en el débito personal garantido... Respecto del débito personal asegurado por la hipoteca que se mantiene subsistente a pesar de la enajenación forzosa, se planteaba al legislador un problema que no podía darse en materia de cargas o gravámenes intrínsecos como, por ejemplo, censos y servidumbres. Ante ello podía elegirse entre dos fórmulas: o dejar intocada la relación obligacional, tratando al adjudicatario como cualquier otro tercer poseedor, al igual que cuando se vende voluntariamente la finca hipotecada sin asumir el comprador la deuda garantizada, o bien establecer que la finca pasaba al adjudicatario no sólo con la carga de la hipoteca, sino que el mismo se subrogaba en el débito personal respectivo. Esta segunda fórmula fue la adoptada por el artículo 131 de la ley...»

Frente a dichos autores, hay otro sector doctrinal en el que militan BLÁZQUEZ (artículo publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* en 1944), RUIZ ARTACHO (artículo publicado en la misma Revista, en 1947), REZA (ídem en otro publicado en 1950), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS O MIQUEL GONZÁLEZ, entre otros, que afirman que es inconcebible que el adjudicatario de una finca rematada tenga que soportar estoicamente el cambio de deudor con la consiguiente asunción de deuda en cuanto adjudicatario

(132) ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, en obra antes citada. *Derecho Hipotecario*. Tomo IV-2.º, séptima edición. Editorial Bosch, Barcelona, pág. 1160.

del inmueble por el simple hecho de la adjudicación de un crédito hipotecario ulterior, pues ello iría en contra de lo preceptuado en el artículo 1.205 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria, pues el cambio de deudor debe de ser consentido por el propio acreedor y porque la hipoteca no altera la responsabilidad patrimonial universal del primitivo deudor, y por consiguiente, la subrogación en ella no implica la asunción en el débito personal si no se pacta o lo contempla la Ley de manera expresa, categórica e indubitable.

Así, PEÑA (133) en el análisis que hace de si existen o no casos de transmisión automática de la deuda al adquirente por la simple transmisión del bien hipotecado, cuando estudió la enajenación judicial (en ejecución forzosa) de la finca hipotecada por ejercicio de cualquier acción real o personal, declara:

«...aquí no hay asunción. Ocurre de modo forzoso lo que es frecuente, en la práctica, en la venta ordinaria de la finca hipotecada. El comprador o rematante por la finca que adquiere: 1) paga un precio inferior al total de la finca; y además, y para completar su prestación, 2) asume un compromiso de pago, de la obligación garantizada (cfr. sentencia de 20 de junio de 1997). Pero esto no afecta, por sí solo, a las relaciones entre el acreedor y el deudor originario (sea éste o no el hipotecante). De ahí que el artículo 231 RH haga aplicación, en relación con la finca rematada (o adjudicada) y para el caso de pago por el deudor originario, de lo dispuesto en el artículo 118-II LH para el supuesto de venta sin que el comprador asuma la obligación garantizada...»

Y MIQUEL GONZÁLEZ (134) se pronuncia en términos semejantes, entre otras ocasiones, cuando analiza la sentencia de 20 de junio de 1997 de nuestro Tribunal Supremo:

«...La cuestión decisiva es determinar el precio por el que se adquiere el bien, porque es obvio que el precio ha de ser pagado por el comprador. Por tanto, lo importante es precisar si al fijarlo se descontaron o no dichas cargas del importe de tasación de la finca. Si se descontaron... es obvio que el rematante ha asumido un compromiso de pago de las mismas frente al deudor, quien no por ello queda liberado frente al acreedor. Sencillamente el importe

(133) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II, págs. 223 y 224.

(134) MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, «Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior». Trabajo publicado en la *Revista de Derecho Patrimonial*, Editorial Aranzadi, año 1999, antes citado. A lo largo de todo ese trabajo sostiene la no asunción de la deuda personal por el adjudicatario de finca adquirida en procedimiento de ejecución hipotecaria.

de las cargas preferentes es parte del precio que el rematante se ha comprometido a pagar. En ese caso, si las paga el rematante, no tiene ninguna acción contra el deudor. Si las paga el deudor, tendrá acción contra el rematante conforme al artículo 231 RH, que responde al mismo criterio que el artículo 118 LH. Incluso si se diera el supuesto de que cargas preferentes estuvieran extinguidas, pero no canceladas como, por ejemplo, si pagado el crédito garantizado con una hipoteca preferente, no obstante, ésta no se hubiera cancelado y se tuviera en cuenta su importe a la hora de fijar el precio de la finca, si esto estuviera claro, el rematante debería hacerlo efectivo, porque sería parte del precio (art. 231 RH). Este ejemplo, que se da en la realidad, explica bastante bien dónde está el problema. No se trata de una asunción de deuda, no se puede tratar de asumir una deuda inexistente, sino de si el importe del crédito preferente forma parte del precio que ha de pagar el rematante...»

Esta opinión, contraria a la asunción del adjudicatario en la obligación personal garantizada, es igualmente seguida por GARCÍA GARCÍA (135), quien alega fundamentalmente:

- a) La «ratio» de la reforma hipotecaria de 1909, que no fue crear ninguna asunción de deuda fuera del sistema del Código Civil, sino innovar el sistema de subsistencia de las cargas anteriores, frente al anterior de purga de las mismas.
- b) La propia terminología que utiliza la Ley Hipotecaria, pues la misma habla de «responsabilidad» y no de «asunción de la deuda personal» (cfr. Reglas 8.^a, 10.^a y 13.^a del todavía vigente art. 131 de la Ley Hipotecaria).
- c) El artículo 1.205 del Código Civil y los artículos 231 y 232 del Reglamento Hipotecario. Este último precepto es también argumento para sostener la subrogación en la responsabilidad hipotecaria total de la hipoteca preferente aunque ya estuviese extinguida extrarregistralmente, lo que viene avalado también por la circunstancia de que el precio de subasta es líquido, pues la adjudicación se hizo tomando como base la subsistencia de los gravámenes o cargas preferentes, pues si no, se produciría un claro enriquecimiento injusto a favor del adjudicatario.
- d) *La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de agosto de 1926*, la cual declaró que el deudor personal de un préstamo hipotecario sigue siéndolo a pesar de la adjudicación del remate. Así, dicha Resolución en su penúltimo Considerando afirma:

(135) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, págs. 330 y sigs.

«...Considerando que la citación hecha al Sindicato de Fomento Agrícola de Torres de Segre (deudor)... se halla justificada, tanto por la circunstancia de aparecer con el carácter de deudor en la inscripción de la hipoteca constituida a favor de doña M. R., como por las dificultades técnicas que presentaría la afirmación de que el deudor personal de un crédito hipotecario deja de serlo por la adjudicación en subasta del predio hipotecario con la carga de la hipoteca...»

Creemos como más fundamentada esta segunda posición de los autores referidos, de los que forma parte REY PORTOLÉS, fundamentalmente porque no hay ningún precepto que expresa, indubitada y claramente, establezca que el rematante o adjudicatario se subroga no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación o deuda personal garantizada, con la consiguiente liberación del primitivo deudor, si no ha mediado el consentimiento necesario de la parte acreedora. Así se infiere de los artículos 1.205 del Código Civil, 105 y 118 de la Ley Hipotecaria, 231 y 232 del Reglamento para su ejecución y demás preceptos concordantes. No puede olvidarse la ventaja que supone para el acreedor gozar de la responsabilidad *ultra vires* del artículo 1.991 del Código Civil frente al deudor que pactó con él. Hay, pues, que entender la necesidad, por identidad de razón, de la aplicación analógica del referido artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

La posición de la jurisprudencia ha sido contradictoria, si bien parece inclinarse últimamente, con argumentos no demasiado convincentes —a juicio de no pocos—, por la tesis de que el rematante o adjudicatario se subroga también en la deuda personal garantizada.

Así la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 27 de enero de 1990 (136), estimó que no procedía la asunción en el débito personal por el adjudicatario que asumía las cargas preferentes (si bien el supuesto no era de ejecución hipotecaria, sino que versaba sobre un juicio ejecutivo ordinario), estableciendo, entre otras cosas, dicha sentencia:

«...Esta subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores, hace surgir para los posteriores adquirentes el deber de soportar o tolerar la ejecución forzosa para la efectividad de los créditos preferentes, en este caso del crédito garantizado con la repetida anotación preventiva de embargo, pero ello no comporta que se produzca una asunción de deuda por vía judicial, ocupando la posición del deudor, dada la naturaleza jurídica de la anotación preventiva de embargo que no puede asimilarse a estos efectos al derecho real de hipoteca; ...la anotación preventiva de embargo no crea ni constituye

(136) Sentencia del TS de 27 de enero de 1990. *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*. Textos completos e índices, desde 1 de enero de 1979 hasta 12 de noviembre de 1999.

un derecho real de garantía sobre el bien anotado, ya que "la traba de embargo, a diferencia de la hipoteca, no produce vinculación exclusiva del bien afecto al crédito que la determina...", por lo que no puede ser aplicada a ella la llamada subrogación judicial que se origina, según un importante sector de la doctrina científica, en los casos de enajenación judicial de bienes gravados con hipoteca por el juego del artículo 131, reglas 8.ª, 10.ª y 13.ª, en relación con el párrafo 2.º del artículo 133, ambos de la Ley Hipotecaria, ya que tal subrogación se fundamenta en el carácter real, ejercitable erga omnes, de la hipoteca, carácter real que no se da, según la citada doctrina legal, en la anotación preventiva de embargo...»

La expresada sentencia incurre en un error de apreciación: nada tiene que ver con el tema que nos ocupa el que la anotación preventiva de embargo no tenga carácter constitutivo y sí lo tenga la inscripción de hipoteca con la cuestión de la subrogación en la deuda u obligación personal por parte del rematante o adjudicatario. Y ello por la sencilla razón de que la problemática de la subsistencia de las cargas o gravámenes preferentes es común tanto para la ejecución forzosa llamada ordinaria como para la que se sigue directamente sobre bienes hipotecados. Hacer depender que el adjudicatario no se subrogará o sí se subrogará en el débito personal en función de que la ejecución sea de un tipo (anotación preventiva de embargo) o de otro (hipoteca) implica desenfocar la cuestión.

*La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1997 (137) se pronuncia en el sentido de que no se puede estimar la pretensión del actor adjudicatario de la finca rematada que pretende ser reembolsado por la parte deudora de la suma de las cargas preferentes que había satisfecho; y ello porque como se infiere de la sentencia, el importe de las cargas preferentes había sido descontado del precio de tasación que se había fijado *ab initio*. Y así declara dicho Tribunal:*

«...se han de resaltar las circunstancias que la Juez a quo subraya: que los demandantes adjudicatarios de la finca subastada conocían que estaba gravada con cargas anteriores, no obstante lo cual, se subrogaron en las mismas, y que el valor de dichos gravámenes ascendente a....se tuvo en cuenta a la hora de minorar el precio inicialmente fijado...».

Sin embargo, la *sentencia del mismo Tribunal de 30 de enero de 1999 (138)*, comentada recientemente por MIQUEL GONZÁLEZ (139), que igualmente comenta la anterior, parece llevar hasta sus últimos extremos la tesis de la asunción automática y liberatoria de los débitos garantizados hipoteca-

(137) Sentencia del TS de 20 de junio de 1997. En *Base de Datos antes citada*.

(138) Sentencia del TS de 30 de enero de 1999. En *BDA de Jurisprudencia*.

(139) MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, págs. 45 y sigs.

riamente con hipotecas preferentes. El caso, siguiendo a dicho autor, se puede sintetizar de la manera siguiente: un acreedor doble (el mismo acreedor) se adjudica en dos procedimientos judiciales sumarios distintos dos fincas diferentes. Una de dichas fincas había sido previamente hipotecada a favor de la entidad bancaria ejecutante, habiendo segregado posteriormente la propietaria de dicha finca una porción de terreno, sin haber distribuido la responsabilidad hipotecaria que primitivamente gravaba la finca matriz de la que la finca posterior se formó por segregación. Más tarde se vuelve a hipotecar el resto de la finca matriz. Ulteriormente, la entidad acreedora promueve el procedimiento judicial sumario por el impago del crédito garantizado sobre la finca resto, adjudicándose la finca la propia actora. Y la misma entidad crediticia promovió asimismo procedimiento del mismo tipo por el impago del crédito garantizado con la hipoteca primeramente constituida sobre la finca matriz antes de su segregación y que gravaba —por no haberse distribuido la responsabilidad hipotecaria—, la finca segregada, dirigiéndose precisamente contra esta última finca que se formó por segregación. Había recaído auto desestimando la petición de suspensión del procedimiento por estimar el Juez que las fincas eran distintas y que subsistía la hipoteca sin cancelar que gravaba la finca segregada (recordemos que respecto de la hipoteca que gravaba la finca matriz no se había distribuido su responsabilidad, continuando el gravamen, pues, en su totalidad sobre la segregada).

La entidad deudora instó la nulidad de la adjudicación de la finca segregada, siendo desestimada su pretensión, y el Tribunal Supremo, posteriormente, sí la estima, entendiendo que procede la extinción por confusión de derechos, por no caber la hipoteca sobre cosa propia, *«al confluir en el mismo titular los conceptos de dueño y acreedor hipotecario... el resultado es extintivo: la hipoteca se extingue por confusión de derechos»*. Y para ello en el fundamento de derecho siguiente, que es el cuarto, fundamenta tal confusión en la asunción del débito personal por el acreedor adjudicatario, declarando:

«...este básico precepto se refiere a la regla 10.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, tiene una redacción imperativa que no permite alentar vacilaciones hermenéuticas... la doctrina más autorizada insiste... en que el primitivo deudor (el propietario de la finca enajenada) es reemplazado en el débito por el acreedor adjudicatario, que se subroga en la deuda, que le sucede en ella. Aquí está el germen de la confusión de derechos. Si el acreedor-adjudicatario se ha subrogado en la obligación de pago es que pasa a ser el nuevo deudor, liberando al anterior... En efecto, según... la regla 10.^a, el acreedor adjudicatario se subroga en la obligación de satisfacer la hipoteca anterior. Pero A. (entidad actora y adjudicataria) pasa a convertirse en deudor de ese mismo crédito garantizado. Y conforme al artículo 1.156 del Código Civil debe producirse (por confusión de derechos) la extinción de a obligación...»

Y continúa la sentencia estableciendo que «...si la regla 10.^a preconiza la subsistencia de las cargas anteriores y de las preferentes, tal supervivencia parece, en principio, incompatible con la extinción de la obligación por confusión de derechos...» Y para salir al paso en el callejón que se ha metido el Tribunal Supremo en esta sentencia afirma: «...el acreedor ejecutante "acepta" la subsistencia temporal de esas hipotecas preferentes. Lo indican los anuncios de la subasta y sin esa aceptación no podría incorporarse al procedimiento ejecutivo. Además esa aceptación meramente temporal es básica para evitar desagradables sorpresas económicas. El desencadena la virtualidad ejecutiva del artículo 131, pero debe ser prudente y tomar en consideración que el precio de la subasta debe ser un tipo neto, del que deberá descontar el valor de los gravámenes a los que, en su día, habrá de hacer frente. Esta es la filosofía que subyace en el artículo 131"...»

Aparte de incurrir en el error de hablar de «tipo neto», del que deberá descontar el valor de los gravámenes... (cuando el neto en que consiste se obtiene descontando y no aplicando un nuevo descuento), el error de esta sentencia, a nuestro entender es —como afirma también el citado autor—, considerar que el acreedor adjudicatario asumió la deuda que garantizaba la primera hipoteca, y que quedó liberado el deudor, así como aplicar el principio de la indivisibilidad de la hipoteca en contra del acreedor hipotecario, cuando en virtud de ese principio la hipoteca se extiende a toda la finca (pues no hubo distribución de responsabilidad, como vimos), por lo que no hubiese sido procedente estimar liberada y extinguida la hipoteca en cuanto a la finca segregada. Es más, es contradictoria la expresión que alude «a la subsistencia temporal de las hipotecas preferentes», porque eso es tanto como que el acreedor acepta la subsistencia de dichas cargas anteriores y al mismo tiempo da por aceptado que se extinguirán (recordemos que se tratan de fincas distintas). Y es que lo que no debería haberse admitido por el Tribunal Supremo es que la adjudicataria del resto de la finca matriz, pretendiese que con el precio de esa finca quedase pagado el débito garantizado con la hipoteca primeramente constituida sobre la finca matriz antes de su segregación (y de la que posteriormente quedó igualmente respondiendo, lógicamente, la finca segregada), fundamentalmente porque la adjudicación en subasta se hizo con la constancia expresa de que lo fue para el pago del crédito garantizado con la hipoteca de la finca ejecutada.

En relación con la problemática de la cancelación de hipoteca por *confusión de derechos*, cabe resaltar la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1999* (140) que declaró que no

(140) Resolución de 16 de julio de 1999. *BCRE*, núm. 51 (2.^a época) correspondiente al mes de agosto-septiembre de 1999, págs. 2398 a 2404.

se daba la confusión cuando la finca subastada no había estado nunca inscrita a favor del titular de la hipoteca que se pretendía, declarando, además, que la operatividad registral de la confusión exige como presupuesto la constancia simultánea en el Registro de la persona que tenga inscrito a su favor el dominio de la finca y el derecho real de hipoteca. Así rezaba el fundamento de derecho segundo de la dicha Resolución:

«...No ha de debatirse ahora si la confluencia en una misma persona de la propiedad de un inmueble y de la titularidad de un derecho real de hipoteca sobre él constituido produce en toda hipótesis la extinción de este último derecho (piénsese en el supuesto del heredero acreedor hipotecario de su causante, propietario del bien gravado que acepta a beneficio de inventario o del acreedor hipotecario que adquiere la finca gravada en la ejecución de un gravamen posterior al suyo existiendo otros intermedios). En cualquier caso, es lo cierto que, en función del juego del principio de legitimación registral, para que dicha consolidación pueda operar registralmente es preciso que conste simultáneamente inscritos a favor de la misma persona el dominio del inmueble gravado y el derecho real de garantía (cfr. art. 38 de la Ley Hipotecaria), lo que no ocurre en el caso debatido, en el que el inmueble en cuestión no ha estado nunca inscrito a favor del titular de la hipoteca que se pretende cancelar. Y no se alegue en contra que basta con que se acredite, aunque no se inscriba, la realidad de la adquisición operada en su día a favor de ese acreedor hipotecario, pues ni puede producir efectos registrales un negocio que ha permanecido al margen del Registro ni es razonable prescindir ahora de la inscripción de esa adquisición a favor del acreedor hipotecario cuando precisamente tal inscripción podrá determinar, por el juego del principio de prioridad (cfr. arts. 17, 131, regla 17.ª, y 133-2 de la Ley Hipotecaria), la cancelación de la anotación de embargo intermedia acordada en el procedimiento en el que el recurrente adquirió su dominio o la de la inscripción dominical ya practicada a su favor, con lo cual desaparecería el interés del recurrente en la consolidación pretendida...»

A propósito de la cancelación de hipoteca por confusión de derechos, GÓMEZ GÁLLIGO (141) plantea el peligro que se puede producir en materia de confusión de derechos si el rematante es titular de algún otro derecho real anterior, y pone por ejemplo el siguiente problema:

- a) Un titular registral en garantía de una deuda, hipoteca la finca a favor de un acreedor (primera hipoteca).

(141) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, «La extinción del crédito hipotecario», en *Libro homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva. Tomo II*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1998, págs. 955 a 959.

- b) Luego, en garantía de otra deuda, hipoteca de nuevo la finca a favor de otro acreedor (segunda hipoteca).
- c) Posteriormente, y por otros débitos distintos del hipotecario, el primer acreedor traba embargo de la finca anteriormente hipotecada, practicándose anotación preventiva de embargo.
- d) Y, en fin, se ejecuta el embargo, y la finca se adjudica al propio acreedor anotante del embargo (y titular de la primera hipoteca).

¿Se extingue la primera hipoteca por confusión de derechos al reunirse en la misma persona la condición de propietario y de acreedor hipotecario? La cuestión es de especial trascendencia, pues de ser así, la segunda hipoteca ganaría prioridad.

Dicho autor estima que no debe de proceder la extinción y consiguiente cancelación, por confusión, en síntesis, por los siguientes motivos:

- a) Porque la confusión exige que se reúnan en la misma persona los conceptos de acreedor y deudor y de que se trate de un mismo crédito (arts. 1.192 y 1.194 del Código Civil). Y aquí no sucede esto, pues no se identifican las personas del deudor y del acreedor adjudicatario, ya que el deudor de la obligación garantizada con la hipoteca sigue siendo el primitivo deudor, no tratándose, además del mismo crédito, no existiendo, además, subrogación en la responsabilidad personal del crédito garantizado (cfr. Resolución de la DGRN de 29-X-1912).
- b) Que si bien es cierto que existe identidad entre el titular propietario de la finca y el de la hipoteca, no quiere ello decir que siempre que se reúnan en un mismo propietario derechos reales se produzca la extinción de los mismos, ni siquiera en caso de la hipoteca, si bien hay que reconocer que en principio no pueden coexistir el derecho de dominio y el derecho de hipoteca en un mismo titular, pues nos encontraríamos ante la hipoteca de propietario.
- c) Que la figura de la confusión de derechos no puede producir la extinción de otros derechos distintos del acreedor, ni puede afectar a posibles derechos de terceros que no han consentido, pues la identidad entre acreedor y deudor, para que opere la confusión, ha de ser plena y absoluta, y sólo referirse a la obligación afectada por tal confusión.

Y concluye dicho autor entendiendo que «sólo cuando quede inefectiva la segunda hipoteca por pago al acreedor hipotecario segundo, existirá una plena identidad entre propietario y titular real de la hipoteca que sí podrá operar a instancia expresa del acreedor la extinción de la hipoteca».

7. HIPOTECABILIDAD DEL DERECHO DEL REMATANTE

Por otra parte, la Disposición Final novena de la nueva LEC, en su número 3, ha introducido en el artículo 107.12.º, un nuevo caso de derecho susceptible de ser hipotecado, cual es el derecho del rematante sobre el inmueble subastado en un procedimiento judicial. Así, dicho nuevo número 12.º queda con la siguiente redacción:

«Podrán también hipotecarse:

12.º El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio a favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados».

La *ratio legis* de este artículo tal vez obedezca al deseo del legislador de la posibilidad de acudir al crédito para financiar la adquisición del inmueble en una enajenación forzosa seguida directamente contra el bien inmueble hipotecado, en especial para aquellos que necesitan del crédito para alcanzar la adquisición de la finca subastada.

Obsérvese que el precepto habla «del derecho del rematante sobre los inmuebles subastados», con lo que parece excluir vías de enajenación forzosa alternativa previstas en la LEC (v. arts. 640 y 641 LEC).

Relacionado con dicho artículo 107.12 de la Ley Hipotecaria, establece el artículo 670.6 de la LEC:

«6. Cuando se le reclame para constituir la hipoteca a que se refiere el número 12º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, el Secretario Judicial expedirá inmediatamente testimonio del auto de aprobación del remate, aun antes de haberse pagado el precio, haciendo constar la finalidad para la que se expide. La solicitud suspenderá el plazo para pagar el precio del remate, que se reanudará una vez entregado el testimonio al solicitante.»

Quiere esto decir que para que pueda constituirse la hipoteca sobre el derecho del rematante sobre la finca o fincas subastadas (sobre el derecho del rematante, no sobre el dominio de las fincas mismamente), es necesario que a la entidad crediticia se le acredite documentalmente la aprobación del remate a favor de quien interesa la constitución de hipoteca sobre su derecho, para lo cual deberá solicitarse por el rematante al Secretario Judicial la expedición inmediata del testimonio del auto aprobatorio del remate, auto en que se hará constar de manera expresa que el testimonio que se expide del mismo es para la referida finalidad. Y puesto que aún no se ha satisfecho el precio, es por eso que la solicitud interrumpe el plazo para su pago, si bien dicho plazo se reanudará cuando se haya entregado el testimonio al solicitante.

Y es en virtud del testimonio del auto aprobatorio del remate como se hace constar registralmente el derecho del rematante, sobre el cual recaerá la hipoteca que garantizará tal derecho. Y en consonancia con lo expuesto, establece el artículo 674 de la nueva LEC, en el último párrafo de su apartado primero, lo siguiente:

«...El testimonio expresará, en su caso, que el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo, a los efectos previstos en el artículo 134 de la Ley Hipotecaria...»

Como el rematante debe dejar depositado el importe del precio del remate, ello obligará al Banco a asegurarse de que dicho precio ha quedado consignado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, para lo cual lo más seguro es que la misma entidad acreedora, concedente del préstamo, lo deposite directamente, pudiendo pactarse, incluso, un apoderamiento específico al respecto entre el rematante-deudor y la entidad crediticia.

Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito ya el dominio de la finca o fincas a favor del rematante, se opera una conversión sobre el objeto hipotecado, pues el derecho del rematante queda concretado sobre la finca o fincas adjudicadas, subsistiendo la hipoteca, pero recayendo ya la garantía de forma directa sobre el inmueble.

Para esto último, deberá presentarse ya en el Registro de la Propiedad el oportuno testimonio del auto de adjudicación de la finca en el que se haga referencia expresa al auto de aprobación del remate que sirvió de base para hipotecar previamente el derecho del rematante sobre el inmueble o inmuebles subastados.

8. SUBASTA SIN POSTORES

Puede suceder que se celebre la subasta y no concurra a su acto ningún postor. En ese caso, el artículo 671 de la LEC establece:

«Podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos; y si el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, se procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado».

Aquí no podemos hablar de «embargo». Salvando las distancias, lo lógico sería que, a instancia del ejecutado, se sobresea el procedimiento. Y ello debería de conllevar la expedición del oportuno mandamiento cancelatorio de la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas.

Obsérvese que no contempla la nueva Ley Procesal la posibilidad de la celebración de segunda o tercera subasta, o si ésta quedara desierta, la posibilidad de reproducirse tantas veces como lo solicite el dueño de la finca, como así, en cambio, lo preveía la regla 11.^a y 12.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en su antigua redacción. Por lo que no cabe tal reiteración en la subasta, dado el carácter tasado de las normas procedimentales, cuyas normas no pueden ser alteradas en ningún modo por convenio entre las partes. A este respecto, es clara y concluyente, como ya dijimos con anterioridad, la propia Exposición de Motivos de la Ley, en su apartado XVII, al establecer categóricamente:

«...Además de colmar numerosas lagunas, se establece una única subasta, con disposiciones encaminadas a lograr, dentro de lo posible, según las reglas del mercado, un resultado más satisfactorio para el deudor ejecutante procurando, además, reducir el coste económico...»

De lo dicho se desprende que *sólo puede haber una única subasta.*

9. SUBASTA SIMULTÁNEA

Contempla la Ley que, a solicitud de cualquiera de las partes, se pueda decretar judicialmente el anuncio y celebración de subasta en forma simultánea en la sede del juzgado ejecutor, esto es, del que conoce directamente del procedimiento y, mediante exhorto, en uno o varios Juzgados de distintos partidos judiciales, donde radiquen, total o parcialmente, los bienes inmuebles subastados. En tales supuestos, el Juez, mediante resolución judicial, que adoptará la forma de providencia, así lo decretará, tal como lo prevé el artículo 673, que asimismo dispone lo siguiente:

«...los postores podrán acudir libremente a cualquiera de las sedes de celebración y el tribunal ejecutor no aprobará el remate hasta conocer, por cualquier medio de comunicación, las posturas efectuadas en todas ellas, citando personalmente a los postores que hubiesen realizado idéntica postura, para que comparezcan ante él a celebrar licitación dirimente entre ellos, si dicho empate no hubiese podido salvarse mediante comunicación telefónica, o de cualquier clase, durante la celebración de las subastas simultáneas».

10. REALIZACIÓN DE LA FINCA HIPOTECADA MEDIANTE CONVENIO O ENTIDAD ESPECIALIZADA

Por último, contempla el artículo 691.5 de la LEC el que se pueda utilizar también la realización mediante convenio y la realización por medio de per-

sona o entidad especializada, remitiéndose a las secciones 3.^a y 4.^a, del capítulo IV, del Título IV de dicha Ley, concretamente en sus artículos 640 a 642 de la misma. Argumento, pues, que, salvando las distancias, no hace sino reforzar la posibilidad de venta extrajudicial que expresamente permite el artículo 129 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción, pues si cabe la realización mediante convenio o entidad especializada, con más motivo el legislador ha tenido la necesidad de contemplar dicha venta extrajudicial tramitada ante un fedatario público tan acreditado como es el notario.

El desarrollo de dicha realización es merecedor de un estudio aparte y, dada la extensión del presente trabajo, su análisis exhaustivo se difiere a un momento posterior, si hay lugar y tiempo para ello y capacidad. No obstante, veamos la regulación legal de esta especialidad en la realización de los bienes inmuebles hipotecados.

La propia Exposición de Motivos alude a esta forma de enajenación forzosa alternativas, al decir en su apartado XVII, entre otras cosas:

«...Con independencia de las mejoras introducidas en la regulación de la subasta, la Ley abre camino a vías de enajenación alternativas que, en determinadas circunstancias, permitirán agilizar la realización y mejorar su rendimiento. Así, se regulan los convenios de realización entre ejecutante y ejecutado y la posibilidad de que, a instancia del ejecutante o con su conformidad, el Juez acuerde que el bien se enajene por persona o entidad especializada, al margen, por tanto, de la subasta judicial...»

A) Realización mediante convenio

En efecto, el artículo 640 se refiere al convenio de realización judicialmente aprobado.

a) Quién puede instarlo

Pueden instar dicho convenio, conforme al artículo 640.1 de la LEC, el ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución, pidiendo al tribunal que convoque una comparecencia con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados frente a los que se dirige la ejecución.

b) Resolución judicial acordando la comparecencia

Y continúa el artículo 640.2 estableciendo:

«2. Si el ejecutante se mostrare conforme con la comparecencia y el tribunal no encontrare motivos razonables para denegarla, la acordará mediante providencia, sin suspensión de la ejecución, convocando a las partes y a quienes conste en el proceso que pudieren estar interesados» (v.gr., terceros adquirentes, titulares de cargas o derechos reales posteriores comprendidos en la certificación de cargas o que no estando comprendidos, se hubiesen personado y conociesen la existencia del procedimiento).

c) Celebración de la comparecencia

En cuanto a la celebración de dicha comparecencia, el párrafo segundo del expresado apartado 2 del indicado artículo 640, establece lo siguiente:

«...En la comparecencia, a la que podrán concurrir otras personas, por invitación del ejecutante o del ejecutado, los asistentes podrán proponer cualquier forma de realización de los bienes sujetos a la ejecución y presentar a persona que, consignando o afianzando, se ofrezca a adquirir dichos bienes por un precio previsiblemente superior al que pudiera lograrse mediante la subasta judicial. También cabrá proponer otras formas de satisfacción del derecho del ejecutante».

Puede ocurrir que se llegue o no se llegue a un acuerdo entre ejecutante y ejecutado.

d) Supuesto en que medie acuerdo entre ejecutante y ejecutado en cuanto a la forma de realización

En el supuesto de que exista acuerdo, establece el apartado 3 del artículo 640:

«3. Si se llegare a un acuerdo entre ejecutante y ejecutado que no pueda causar perjuicio para tercero cuyos derechos proteja esta Ley, lo aprobará el tribunal mediante auto y suspenderá la ejecución respecto del bien o bienes objeto del acuerdo. También aprobará el acuerdo, con el mismo efecto suspensivo, si incluyere la conformidad de los sujetos, distintos del ejecutante y ejecutado, a quienes afectare.

Cuando el convenio se refiere a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, 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.»

Ello es lógico, pues en ningún caso pueden verse vulnerados ni desprotegidos los derechos de los titulares registrales posteriores a la hipoteca que se

ejecuta. Cabe preguntarse, no obstante, en un principio, si también se hallan en tal situación los titulares de cargas o derechos reales que no se encuentren comprendidos en la certificación del artículo 688 de la nueva LEC. Estos, como es bien sabido, se dan por notificados de la existencia del procedimiento precisamente por la constancia registral mediante la oportuna nota al margen de la inscripción de la hipoteca que se ejecuta. El problema es que el precepto en cuestión no distingue que dichos titulares estén comprendidos o no dentro de la referida certificación. Obsérvese que el párrafo primero de dicho apartado tercero habla de «...que no pueda causar perjuicio para tercero cuyos derechos proteja esta Ley», y que el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción, al hablar de la calificación registral a efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar este tipo de procedimiento de ejecución directa, alude a la notificación de la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación. En parecidos términos, se pronuncia el artículo 659.2 de la nueva LEC, que hace, no obstante, la salvedad que si los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la certificación de cargas acreditan ante el Juzgado la inscripción de su derecho, se les tendrá que dar intervención en el avalúo y en las demás actuaciones del procedimiento que les afecten.

De todas maneras, dada la prontitud de este comentario, tiempo habrá de aquilatar con más detenimiento una opinión más fundamentada al respecto.

e) Efectos del cumplimiento o incumplimiento de tal acuerdo

Una vez acreditado el cumplimiento del acuerdo, establece el artículo 640.4 que *«se sobreseerá la ejecución respecto del bien o bienes a que se refiere. Y si el acuerdo no se cumpliere dentro del plazo pactado o, por cualquier causa, no se lograra la satisfacción del ejecutante en los términos convenidos, podrá éste pedir que se alce la suspensión de la ejecución y se proceda a la subasta, en la forma prevista en esta Ley»*.

f) Falta de acuerdo entre ejecutante y ejecutado en cuanto a la realización

Puede ocurrir, sin embargo, que no se logre acuerdo entre el ejecutante y el ejecutado, en cuyo caso dispone el apartado 5 del artículo 640:

«Si no se lograra el acuerdo a que se refiere el apartado 3 de este artículo, la comparecencia para intentarlo podrá repetirse, en las condicio-

nes previstas en los dos primeros apartados de este artículo, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, a juicio del tribunal, para la mejor realización de los bienes».

Queda, pues, al prudente arbitrio de la autoridad judicial la determinación sobre la conveniencia de repetir la expresada comparecencia.

- g) Aprobación judicial de las enajenaciones producidas por convenio y subsistencia y cancelación de cargas

En todo caso, es de aplicación lo preceptuado en el artículo 642 que establece:

«1. Las disposiciones de esta Ley sobre subsistencia y cancelación de cargas serán aplicables también cuando, de acuerdo con lo dispuesto en esta sección y en la anterior, se transmita la titularidad de inmuebles hipotecados...

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, las enajenaciones que se produzcan con arreglo a lo previsto en los dos artículos anteriores deberán ser aprobadas por el tribunal de la ejecución, mediante providencia, previa comprobación de que la transmisión del bien se produjo con conocimiento, por parte del adquirente, de la situación registral que resulte de la certificación de cargas.

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».

B) *Realización por persona o entidad especializada*

Por su parte, el artículo 641 de la nueva LEC regula *la realización mediante persona o entidad especializada.*

- a) *Quién puede instarla. Determinación de la persona o entidad a la que se le encomienda la realización: Requisitos que ha de reunir la misma*

Prevé el apartado 1 de dicho artículo quién pueda instar tal realización, a saber, el ejecutante o el ejecutado con el consentimiento de aquél:

«A petición del ejecutante o del ejecutado con consentimiento del ejecutante y cuando las características del bien... lo aconsejen, el tribunal podrá

acordar, mediante providencia, que el bien lo realice persona especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden esos bienes y en quien concurren los requisitos legalmente exigidos para operar en el mercado de que se trate.

También podrá acordar el tribunal, cuando así se solicite en los términos previstos en el párrafo anterior, que el bien se enajene por medio de entidad especializada pública o privada. Cuando así se disponga, la enajenación se acomodará a las reglas y usos de la casa o entidad que subasta o enajene, siempre que no sean incompatibles con el fin de la ejecución y con la adecuada protección de los intereses de ejecutante y ejecutado.»

Para la realización de este tipo, no basta con la petición aludida, pues se exige otro requisito para que el tribunal, discrecionalmente, pueda acordarla, a saber: que las características del bien lo permitan y aconsejen, debiendo reunir, en todo caso, la persona especializada y conocedora del mercado (v.gr., sociedades de tasación, ¿agentes de la propiedad inmobiliaria?) los requisitos legales para poder actuar en el mercado inmobiliario. Idem sucede con respecto a entidad especializada.

- b) Clases de entidades especializadas que pueden realizar el bien.
Caución a prestar

Dichas entidades pueden ser dos clases:

- Públicas.
- Privadas.

En el caso de que dicha persona o entidad especializada sea de carácter privado, prestará caución en la cuantía prudencial que la autoridad judicial determine para responder del cumplimiento del encargo, no exigiéndose tal caución si se trata de entidad especializada de naturaleza pública. Así lo declara el artículo 641.2.

Respecto de bienes inmuebles hipotecados, que aquí nos ocupan, el párrafo segundo del apartado 3 de dicho artículo establece:

«...Cuando los bienes a realizar sean inmuebles, la determinación de la persona o entidad a la que vaya a confiarse la realización y la de las condiciones en que ésta deba efectuarse, será realizada previa comparecencia a la que serán convocadas las partes y quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados. El tribunal resolverá, por medio de providencia, lo que estime procedente, a la vista de las manifestaciones de quienes asistan a la comparecencia, pero no podrá autorizar que la ena-

jenación se realice por precio inferior al 70 por 100 del valor que se haya dado al inmueble con arreglo a lo previsto en el artículo 666, salvo que conste el acuerdo de las partes y de todos los interesados, hayan asistido o no a la comparecencia.»

c) Ingreso del importe procedente de la realización

¿Dónde se ingresa el importe procedente de tal realización? El apartado 4 del referido artículo 641, establece lo siguiente:

«...el ingreso lo efectuará la persona o entidad especializada en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, descontando los gastos efectuados y lo que corresponda a aquéllas por su intervención, debiendo el tribunal aprobar la operación o, en su caso, solicitar las justificaciones oportunas sobre la realización y sus circunstancias. Una vez aprobada la operación, se devolverá la caución cuando se trate, como ya hemos dicho, de persona o de una entidad especializada de carácter privado, a la cual se le hubiese encomendado la realización».

d) Consecuencias de la falta de cumplimiento de la realización encomendada: Regla general. Excepción

Puede ocurrir, no obstante, que pase el tiempo y la realización encomendada no se hubiese efectuado. La LEC prevé para tal supuesto, un plazo de seis meses desde tal encargo, transcurrido el cual, el tribunal, conforme declara el artículo 641.5, «dictará auto revocando el encargo».

Hay una excepción: *«que se justifique por la persona o entidad a la que se hubiera efectuado éste (el encargo) que la realización no ha sido posible en el plazo indicado por motivos que no le sean imputables y que, por haber desaparecido ya dichos motivos o por ser previsible su pronta desaparición, el encargo podrá cumplimentarse dentro del plazo que se ofrezca y que no podrá exceder de los siguientes seis meses».*

¿Y qué ocurre si transcurre dicho último plazo y el encargo aún no se ha llevado a efecto? Pues entonces, se revocará definitivamente éste: Y una vez revocado el encargo, la caución prestada se aplicará a los fines de la ejecución, salvo que la persona o entidad especializada que la hubiese prestado acredite que la realización del bien no ha sido posible por causas que no le sean imputables (art. 641.5 de la LEC).

Se establece, pues, en este último párrafo, como penalización y sólo para el caso de que se trate de persona o entidad especializada de carácter privado que no cumple sin motivos su encargo de realización y que ha dilatado el

procedimiento de manera innecesaria, la pérdida por la misma de la caución que prestó.

- e) Aprobación judicial de las enajenaciones realizadas a través de persona o entidad especializada

Por último, decir que es aplicable el artículo 642 antes transcrito a esta realización por persona o entidad especializada.

XII. PAGO DEL CREDITO Y DESTINO DEL SOBRANTE

1. REGULACIÓN

El artículo 692 de la nueva Ley Procesal regula esta materia. Con anterioridad, la misma venía regulada en el artículo 131, regla 16.^a de la Ley Hipotecaria, cuya regla establecía que el precio del remate se destinaría, sin dilación, al pago del crédito hipotecario del actor y que el sobrante se entregaría a los acreedores posteriores o a quien correspondiese, constituyéndose entretanto en depósito en el establecimiento público destinado al efecto.

Sin embargo, el artículo 692 introduce una serie de novedades. Así no habla ya de destinar al pago del crédito del actor el precio del remate, sino que establece lo siguiente en su apartado 1:

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

2. EL PRECIO DEL REMATE Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD O DETERMINACIÓN

Así pues, y en aras del *principio de especialidad o determinación*, el precio del remate se destinará a pagar al acreedor ejecutante lo que proceda por el principal, intereses y costas causadas, pero sin sobrepasar la respectiva cobertura hipotecaria. Fijémonos que el precepto habla de «*respectiva*», esto es, que no cabe trasvase de cantidades de uno a otro concepto y que las cantidades correspondientes a las distintas definiciones que componen la responsabilidad hipotecaria deben estar individualizadas y netamente diferenciadas unas de otras; porque si no, ¿para qué la exigencia de la especificación individualizada

de principal, intereses ordinarios, intereses de demora, en su caso, y costas y gastos del procedimiento, si luego no se exige tal individualización en lo que se entrega al acreedor por dichos conceptos con el importe del precio del remate? Por idéntico motivo, si son varias las fincas hipotecadas, debería imputarse respecto de cada finca la parte correspondiente de las cantidades reclamadas para así poder especificar el sobrante, en su caso, en relación con cada una de ellas. Piénsese que, incluso, los derechos reales o cargas posteriores, pueden ser distintos respecto de las diversas fincas hipotecadas.

Reiterar lo antes dicho respecto de la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de marzo de 2000, dictada a propósito de un procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, como más adelante veremos.

Puede ocurrir que alguien se considere con derecho al remanente que pudiera resultar después de haber pagado a los acreedores posteriores. En tal supuesto el artículo 692.2 contempla la posibilidad de que el interesado promueva el incidente previsto en el apartado 2 del artículo 672. Según dicho apartado:

«2. *Cualquier interesado podrá solicitar al tribunal que se requiera a los titulares de créditos posteriores para que, en el plazo de treinta días, acrediten la subsistencia y exigibilidad de sus créditos y presenten liquidación de los mismos.*

De las liquidaciones presentadas se dará traslado a quien haya promovido el incidente para que alegue lo que a su derecho convenga y aporte la prueba documental de que disponga en el plazo de diez días. El tribunal resolverá a continuación, por medio de auto no recurrible, lo que proceda, a los solos efectos de la distribución de las sumas recaudadas en la ejecución y dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder a los acreedores posteriores para hacer valer sus derechos como y contra quien corresponda.

Transcurrido el plazo indicado sin que ningún acreedor haya presentado la liquidación de su crédito, se dará al remanente el destino previsto» (anteriormente).

3. EL SUPUESTO CONTEMPLADO POR EL ARTÍCULO 692.1, PÁRRAFO 2.º

Prevé, no obstante, el párrafo segundo de dicho artículo 692.1, el caso en que el propietario del bien hipotecado sea, a la vez, el propio deudor y no un tercer poseedor, y se hayan satisfecho ya los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca. En tal supuesto, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, pero con el requisito concurrente de que dicho deudor no se en-

cuentre incurso en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra. Lo cual es lógico, por otra parte, pues se debe de evitar vulnerar los posibles derechos de la masa de acreedores.

En relación con esto último, establece el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 692, que *«lo dispuesto en este apartado (esto es, quien se considere con derecho al remanente que pudiera quedar tras el pago a los acreedores posteriores), y en el anterior (que hace alusión, como ya hemos dicho, al destino del precio del remate para pago al acreedor y destino del remanente al propietario del bien hipotecado, según sea o no el propio deudor), se entiende sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se hubiera ordenado su retención en alguna otra ejecución singular o en cualquier proceso concursal.»*

Cabe decir en relación con esta materia, que ya la Dirección General de los Registros y del Notariado, en *Resolución de 8 de febrero de 1999* (142), declaró inscribible el testimonio del auto de adjudicación en un procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, aunque se hubiese despachado la ejecución por una cantidad superior a la garantizada por la hipoteca, entregando el sobrante al acreedor ejecutante por economía procesal, cuando no existen otros titulares de derechos posteriores, siguiendo un criterio distinto al separarse de la *Resolución de 27 de noviembre de 1961* (143), que versaba sobre un caso en que la certificación de cargas de la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria expresaba como único titular registral al propio deudor, por lo que entendía el Registrador que el Juez debería haber decretado que una vez satisfechas las cantidades reclamadas dentro de la cobertura hipotecaria, se consignara el sobrante a disposición del propietario y no a disposición de acreedores posteriores, como así se expresaba en el mandamiento de cancelación de cargas, y así declaraba dicha última Resolución lo siguiente:

«...el Juez, al disponer la consignación del sobrante del precio del remate en un establecimiento idóneo, a favor de los acreedores posteriores, una vez satisfechos los pagos legítimos, cumplió con lo dispuesto en la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley sustantiva, porque tal medida no desconoce el derecho del propietario al resto del precio del remate, una vez acreditada la inexistencia de dichos acreedores».

Ciertamente la expresión del mandamiento objeto de calificación que dio lugar a la Resolución referida (ya superada en vista de lo expuesto) no fue lo

(142) BCRP, núm. 47 (2.^a época), correspondiente al mes de abril de 1999, págs. 990 y sigs., y BOE de 3-3-99.

(143) ROCA SASTRE-MOLINA JUYOL, *Jurisprudencia Registral Tomo IX, 1951-1963*. Editorial Bosch, Barcelona, 1967, págs. 888 y sigs.

suficientemente explícita, y como muy bien dice GARCÍA GARCÍA (144) debería haber dicho «queda a disposición de acreedores o titulares posteriores o de quien corresponda».

En cambio, la dicha Resolución de 8 de febrero de 1999 ha declarado:

«...Sin entrar en el tema de cuál ha de ser el destino que se dé al sobrante en una ejecución hipotecaria, y como dicen las Resoluciones de esta Dirección General de 11 de febrero de 1998 y 15 de enero de 1999, si bien es cierto que la debida extensión de la reclamación inicial crea ambigüedad sobre la cantidad que el propietario de la finca hipotecada debe desembolsar para conseguir el sobreseimiento del procedimiento o la que los terceros titulares de cargas posteriores han de abonar si quieren subrogarse en la posición jurídica del acreedor satisfecho y continuar o paralizar las actuaciones, no lo es menos que si se tiene en cuenta: a) Que en el caso debatido una parte de la cantidad incluida en la reclamación inicial (el principal y los intereses remuneratorios garantizados) es fundamento suficiente para el ejercicio de la acción hipotecaria; b) que, pese a la ambigüedad referida, el propietario de la finca hipotecada o los terceros titulares de las cargas posteriores pueden exigir desde el principio (que deben ser requeridos o notificados al inicio del procedimiento) la concreción de la ejecución a la cantidad garantizada o la paralización de las actuaciones, abonando exclusivamente esta última cantidad; c) que el Registrador no podrá acceder a la cancelación de los asientos posteriores a la hipoteca ejecutada si no consta que el exceso del precio de remate sobre la cantidad garantizada ha sido debidamente depositado; d) la posición restrictiva de la Ley Orgánica del Poder Judicial en torno a la nulidad de las actuaciones (confróntese art. 238), debe rechazarse el criterio del Registrador, pues, en definitiva, la relevancia de la cuestión no trasciende a la eficacia de la enajenación realizada, sino al destino del precio obtenido, lo que obstaculizaría la actuación registral cancelatoria, que no existe en el presente caso...»

XIII. INSCRIPCION DE LA ADJUDICACION Y CANCELACION DE CARGAS

La regla 17.^a del todavía vigente artículo 131 de la Ley Hipotecaria establece:

«Verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las

(144) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 290.

inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla cuarta, despachándose al efecto el oportuno mandamiento, en el que se hará constar que se hicieron las notificaciones expresadas en la regla quinta, que el valor de lo vendido o adjudicado es igual o inferior al importe total del crédito del actor, y en el caso de haber superado, que se consignó el exceso en el establecimiento público destinado al efecto, a disposición de los acreedores posteriores.

Todas estas circunstancias deberán expresarse en el asiento de cancelación.

Será título bastante para la inscripción el testimonio expedido por el actuario, con el visto bueno del Juez, comprensivo del referido auto y de las circunstancias necesarias para verificar aquélla.

También se pondrá en posesión judicial de los bienes al adquirente, si lo solicitase».

1. TÍTULO INSCRIBIBLE

Del párrafo tercero de este artículo se deduce cuál es el *título formal causante de la oportuna inscripción*: el testimonio del auto de adjudicación expedido por el Secretario Judicial, con el visto bueno del Juez. *El título material* lo será la propia adjudicación judicial, que supone un acto traslativo del dominio de aquéllos a los que se refiere el artículo 2.1.º de la vigente Ley Hipotecaria.

Así, FERNÁNDEZ SEIJÓ (145) afirma que la doctrina mayoritaria acepta que la adquisición de la titularidad se produce por el acto de remate en la subasta, no por el auto de adjudicación. Y recoge, como sentencias más significativas, entre otras, la del *Tribunal Supremo de 24 de junio de 1997*, que declara:

«...Consta en autos que el demandante presenta como título de su propiedad, el acta de subasta celebrada en el procedimiento sumario hipotecario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en los que se aprobó el remate a su favor. Consta, asimismo, que completó el pago del precio del remate. No se ha dictado auto de la aprobación del remate o de la adjudicación como previene la regla 17.ª de la Ley Hipotecaria, ni se han liquidado cargas, ni inscrito el dominio en el Registro de la Propiedad (...). El referido auto es necesario para poder acceder al Registro (art. 131.17 de la Ley Hipotecaria) no para acreditar el tan repetido dominio, y, al no ser constitutiva la inscripción en el sistema español de transmisión inmobiliaria, la referida venta (acta de remate), pese a su no inscripción, es válida a todos los efectos...»

(145) FERNÁNDEZ SEIJÓ, JOSÉ M.^a, *ob. cit.*, pág. 468.

Y la propia sentencia antes referida indica:

«...El problema jurídico planteado ha sido resuelto ya por esta Sala en sentencias que especifican el valor del remate y del pago del precio respecto de los bienes enajenados en subasta judicial pública y su eficacia sobre la transmisión de la titularidad dominical, aun antes de la expedición del testimonio que sirve para la inscripción. En efecto, ya la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1946, apunta en esta dirección, no obstante, referirse a créditos, pues anticipa la transmisión al tiempo del remate "por haberse hecho el pago del precio..." Con mayor claridad y, refiriéndose a inmuebles, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1985, considera "suficiente para justificar su título dominical", "el acta de remate que tuvo lugar en el procedimiento judicial sumario, aunque no sea bastante para efectuar la inscripción registral, para lo que la regla 17.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, exige el consiguiente auto judicial, indispensable para llevar a cabo dicha inscripción, pero no para acreditar la titularidad que se cuestiona, habida cuenta el sistema español vigente de transmisión y adquisición del dominio de bienes inmuebles y cuyo retraso en la expedición no puede perjudicar al interesado..."»

Asimismo, cabe decir que el artículo 133 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada por la Disposición Final novena, número 8 de la recientemente publicada nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a consagrar que basta que el testimonio esté expedido por el Secretario Judicial, no siendo necesario el visto bueno del Juez correspondiente. En efecto, comienza dicho artículo afirmando: *«...El testimonio expedido por el Secretario Judicial comprensivo del auto de remate o adjudicación...»*

Ello no hace sino confirmar lo preceptuado en el artículo 145.1 de la nueva LEC, relativo a la fe pública judicial, y en el artículo 317.1.º de dicha Ley que, a efectos de prueba en el proceso, considera documento público los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones expidan los Secretarios Judiciales. Ya no es necesario, pues, el visto bueno del Juez.

Dicho testimonio no es necesario que se presente por duplicado. La razón es muy simple: es título de inscripción que, una vez inscrito, quedará en manos del dueño de la finca, como título adquisitivo de su dominio, y no se remitirá una copia al Juzgado como, sin embargo, ocurre con el pertinente mandamiento cancelatorio de cargas (146). A este respecto, hay que recordar lo establecido en el artículo 257 de la Ley Hipotecaria que sólo alude a que el Juez o Tribunal expedirá duplicado del mandamiento correspondiente (uno de cuyos ejemplares conservará el Registrador en su oficina) cuando en virtud

(146) En tal sentido se decanta también GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 273.

de resolución judicial deba hacerse cualquier asiento registral, pero exceptúa expresamente las «ejecutorias» (el art. 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha sido derogada por la nueva Ley Procesal, pero aún en vigor hasta que concluya el período de *vacatio legis* de esta última, define la «ejecutoria», como «el documento público y solemne en que se consigne una sentencia firme»). En igual sentido de la innecesariedad de presentar por duplicado este tipo de documentos se pronuncia PAU PEDRÓN (147) con base en dicho artículo 257 de la Ley Hipotecaria.

En definitiva, el título hábil y bastante para la práctica de la pertinente inscripción a favor del rematante o adjudicatario será dicho testimonio del auto de expresada adjudicación, pero siempre y cuando se acompañe al mismo el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas, como resulta del propio artículo, en su párrafo primero, que literalmente dice:

«El testimonio expedido por el Secretario Judicial comprensivo del auto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...»

Y es que se venía discutiendo por un sector doctrinal relativamente amplio la conveniencia —más bien necesidad—, de que no se debería practicar el asiento pertinente de cancelación de cargas motivado por la presentación del oportuno mandamiento cancelatorio de las mismas, si no iba precedido o acompañado para su inscripción del correspondiente testimonio del auto de adjudicación, por una razón muy sencilla: tratarse de un «complejo unitario de asientos» que obedecen y traen causa indisoluble de un mismo procedimiento.

En la práctica, no obstante, se venía despachando el mandamiento de cancelación de cargas, aunque no hubiese accedido aún al Registro el testimonio del auto de adjudicación de la finca. A tal respecto se venía invocando una *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 30 de abril de 1936* (148), que fundamentándose en el principio de voluntariedad o rogación, establecía la posibilidad de practicar la cancelación de la hipoteca, base de la ejecución y de las cargas posteriores a la misma, sin que fuese preciso inscribir previamente el testimonio del auto comprensivo de la

(147) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, pág. 224. Fundación para la formación de altos profesionales (FUFAP). Colección Administrativa y Tributaria, Madrid, 1996.

(148) ROCA SASTRE-MOLINA JUYOL, *ob. cit.*, págs. 806 y sigs.

adjudicación, a pesar de la conveniencia de que tal inscripción debiera preceder a aquella cancelación. Se alegaba también por el Centro Directivo en dicha resolución que el propio artículo 131 de la Ley Hipotecaria establecía una dualidad de títulos: uno, el testimonio expedido por el actuario, con el visto bueno del Juez, para inscribir la adjudicación de la finca o fincas; y otro, el mandamiento, extendido por duplicado ejemplar, suscrito por el Juez y refrendado por el Secretario, para practicar las cancelaciones de cargas; por lo que se podría dar el supuesto de que pese a solicitarse la registración de los dos documentos, se pudiese suspender o denegar el acceso al Registro de alguno de los dos, por contener algún defecto subsanable o insubsanable.

Razones prácticas, entre otras, además de jurídicas, no aconsejaban tal dualidad. Piénsese que la presentación del mandamiento cancelatorio sin que se hubiese presentado previamente el testimonio del auto de adjudicación, podría conllevar la cancelación de los asientos, tanto el de hipoteca base de la ejecución como la de las cargas o derechos reales posteriores, con lo que la finca hipotecada quedaba libre de toda carga; pero al no haberse inscrito todavía el dominio a nombre del adjudicatario, quedaba abierta la puerta del Registro a eventuales actuaciones dirigidas contra el vigente titular registral, a pesar de pertenecer ya el dominio al adjudicatario que no inscribió su título adquisitivo.

GARCÍA GARCÍA (149), en tal supuesto, propugnó la idea de la calificación desfavorable del Registrador, por falta de congruencia, y, por tanto, que no se procediese a la práctica de las cancelaciones decretadas en el mandamiento sin la presentación del testimonio del auto de adjudicación. Incluso la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en *Resolución de 22 de febrero de 1993* (150), en una enajenación judicial que era culminación de una ejecución ordinaria (se había practicado en el Registro la correspondiente anotación preventiva de embargo), entró a examinar conjuntamente la titulación presentada y afirmó que «la cancelación pretendida forma parte del mismo complejo unitario de asientos que provoca la culminación del procedimiento de apremio». La Dirección General no abordó esta materia en relación con un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, si bien dejó planteado el problema en su *Resolución de fecha 15 de enero de 1999* (151), cuando en su fundamento de derecho 4, declaraba:

«...al no haber sido expresado en la nota de calificación que se recurre, no se entra, pese a sus importantes consecuencias jurídicas, en el problema

(149) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 279.

(150) Resolución de la DGRN de 22 de febrero de 1993. *BCRE*, núm. 298, correspondiente al mes de marzo de 1993, págs. 806 a 813.

(151) Resolución de 15 de enero de 1999. *BCRE*, núm. 46 (2.^a época), correspondiente al mes de marzo de 1999, págs. 753 a 755.

de si, para cancelar las inscripciones posteriores a una ejecución hipotecaria, es necesario que se haya inscrito el auto de adjudicación, o si la suspensión o denegación de éste impide las expresadas cancelaciones...»

Legalmente ha prosperado, pues, tal tesis de manera que, como resulta del precepto transcrito y así hemos dicho, se podrá inscribir el testimonio siempre que vaya acompañado del correspondiente mandamiento de cancelación de cargas.

Dicho mandamiento judicial de cancelación de cargas y el testimonio del auto de remate o adjudicación *podrán constar también en un solo documento —lo que no quiere decir que sea obligatorio*, pudiendo presentarse como documentos distintos, siempre y cuando se presenten conjuntamente—. En el caso de que consten en un solo documento se consignará, en todo caso (esto es, de forma terminantemente obligatoria), el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior y las demás circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción de la adjudicación y la cancelación o cancelaciones pertinentes. Así se pronuncia el artículo 133, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción.

Ahora bien, ¿qué sucede si el documento presentado como único para inscripción, en el que se recoge tanto la adjudicación como la consiguiente cancelación de cargas, contiene defectos? ¿Qué ocurre si se presenta por separado el testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento cancelatorio de cargas y contiene defectos uno de esos dos documentos?

MENA y SAN MILLÁN (152), a propósito de la calificación registral de los documentos judiciales, entienden que si en el mandamiento cancelatorio no consta que se han efectuado las preceptivas notificaciones, ello impediría la inscripción del testimonio del auto de adjudicación. Y RIVAS TORRALBA (153), a propósito del procedimiento ejecutivo ordinario, manifiesta que deben resultar las notificaciones del propio auto, porque es una cuestión que afecta a la regularidad de la subasta y no sólo a las cancelaciones derivadas de la adjudicación, alegando a este respecto la Resolución de 28 de enero de 1987, con referencia a un auto de adjudicación derivado de procedimiento judicial sumario.

Por su parte, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de febrero de 1998 (154), a propósito de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, declaró inscribible la enajenación realizada, si bien afirmó que no se podían cancelar los asientos posteriores si no

(152) MENA Y SAN MILLÁN, *Calificación registral de documentos judiciales*. Editorial Bosch, Barcelona, 1985, pág. 130.

(153) RIVAS TORRALBA, RAFAEL, *ob. cit.*, pág. 458 y sigs.

(154) BCRE, núm. 36 (2.ª época), correspondiente al mes de abril de 1998, págs. 825 a 829.

constaba el depósito del exceso del precio a disposición de los titulares de dichos asientos.

La cuestión, por lo tanto, dista de ser clara, porque si presentados como documento distintos el testimonio del auto de adjudicación acompañado del mandamiento cancelatorio, alguno de ellos contuviese defectos, se podría estar vulnerando, tal vez, la finalidad pretendida al respecto por el nuevo artículo 133 de la Ley Hipotecaria. Más claro aún resultaría si el único documento omnicomprendivo que se presenta y en el que se recoge tanto la adjudicación como la cancelación de cargas, tuviese defectos, pues en tal supuesto sería muy dudosa la inscripción parcial del título, por la misma razón, antes expuesta, de que el legislador ha querido configurar un tratamiento unitario de la documentación presentada por su vinculación causal.

2. CIRCUNSTANCIAS

Y ¿cuáles son esas circunstancias?

A) *Auto de adjudicación (testimoniado)*

Respecto del testimonio del auto de adjudicación, en síntesis, son, aparte de tener que venir autoliquidado del pago del impuesto correspondiente y que sea expedido en el mismo procedimiento en el que se dictó el mandamiento por el que se ordenó la certificación de cargas (por lo que dicho testimonio debe recoger el número de autos al respecto), podemos señalar las siguientes:

A) *Auto de aprobación del remate o adjudicación a favor del rematante o adjudicatario, con expresión de sus circunstancias* [art. 51, regla 9.^a, apartado *a*), si se trata de persona o personas físicas, y apartado *b*), si se trata de persona o personas jurídicas].

B) *Descripción completa de la finca o fincas adjudicadas* (art. 51, reglas 1.^a a 4.^a, inclusive, en su nueva redacción dada a dichas reglas por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre).

C) *Expresión separada de las cantidades que sean objeto de reclamación y sus respectivos conceptos*, por la sencilla razón de que la acción directa y real contra los bienes hipotecados se basa en una hipoteca en que lo reclamado por el actor debe de estar garantizado dentro de la respectiva cobertura hipotecaria, pues de lo contrario se pueden conculcar posibles derechos de terceros. En este sentido cabe destacar la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1998* (155), la cual no

(155) Resolución de 29 de diciembre de 1998. *BCRE*, núm. 45 (2.^a época), correspondiente al mes de febrero de 1999, págs. 428 a 431, y *BOE* de 30-1-1999.

entró en el examen de esta problemática por la sencilla razón de que fue confirmada, en cuanto a tal extremo, la nota de calificación del Registrador por el Tribunal Superior de Justicia correspondiente, no siendo después recurrido tal punto (aunque sí otros) ante la Dirección General. Dicho auto viene a consagrar la necesidad de expresar las cantidades objeto de reclamación en el testimonio del auto de adjudicación, y de forma separada, como afirmaba el Registrador en su nota, que hablaba de «*separación de lo adeudado por cada uno de esos tres conceptos, puesto que cada uno de ellos está garantizado respecto de terceros, hasta una cantidad máxima por la finca hipotecada*». En idéntico sentido se pronuncia CORRAL DUEÑAS, quien afirma que no se puede pedir más de lo garantizado por la cobertura hipotecaria, según resulte del asiento correspondiente de hipoteca, «*...siendo necesario especificar las distintas cantidades que se piden para cada uno de los conceptos de capital, intereses y costas... Dado que este procedimiento tiene su base en el Registro y que en la inscripción de hipoteca figuran por separado esos conceptos en aras del principio de especialidad prescrito por el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, la consecuencia natural es que deben también especificarse por separado en él*» (156).

Efectivamente, por lo que se refiere al capital, no cabe pedir más de lo garantizado hipotecariamente; en cuanto a los intereses, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y que si se garantizan intereses variables, no se puede superar el máximo asegurado dentro de los límites legales, debiendo estar perfectamente diferenciados de los intereses de demora garantizados, en su caso, en la cobertura hipotecaria, dada su distinta naturaleza; idem en cuanto a las costas, cuya cuantía sólo puede determinarse al concluir el procedimiento y que no pueden superar el límite fijado en la cláusula de constitución de hipoteca.

Ya la *Resolución de 27 de julio de 1988* incide en esta doctrina a propósito de la práctica del asiento de cancelación en virtud del oportuno mandamiento de cancelación de cargas cuando las cantidades aseguradas por la hipoteca han sido superadas, como más adelante veremos.

Aquí, y respecto del cómputo conjunto de los intereses ordinarios y de demora, hay que resaltar la importante *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 18 de diciembre de 1999* (157), relativa a la cobertura hipotecaria por intereses.

Dicha Resolución versa sobre la inscripción de cierta cláusula de una escritura de constitución de hipoteca en garantía de un préstamo, habiendo denegado parcialmente el Registrador la inscripción de la garantía hipotecaria

(156) CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO, «La calificación registral en el procedimiento del artículo 131 de la LH», en *BCRE*, núm. 15 (2.^a época), correspondiente al mes de mayo de 1996, págs. 1108 y 1109.

(157) Resolución de la DGRN de 18 de diciembre de 1999. *BOE*, núm. 29, de 3-2-1999, págs. 5067 a 5069.

por intereses moratorios, en cuanto al exceso de cinco anualidades de intereses al tipo inicial de los remuneratorios, tipo inicial que dicho Registrador estimaba aplicable para el cómputo del máximo legal. La Dirección revoca la nota al estimar que no hay razón convincente para que la cobertura hipotecaria de los intereses moratorios no pueda superar la cantidad que resulte de aplicar al préstamo durante tres años el tipo de interés ordinario inicial, pues el tipo que debe de tenerse en cuenta es el máximo pactado en la cláusula de constitución de hipoteca, pues los intereses que hayan sido impagados pueden corresponder a períodos distintos del inicial, en cuyos períodos puede estar vigente el tipo máximo que se pactó para la hipoteca por intereses moratorios.

Además, declara la Dirección General que no es argumento en contra de tal doctrina la computación conjunta de los intereses remuneratorios y moratorios, pues la misma no significa otra cosa, sino que no se pueden devengar simultáneamente ambos tipos de intereses sobre la misma cantidad impagada; pero si eso no se conculca, se pueden reclamar todos los intereses, de uno y otro tipo devengados y cubiertos por sus respectivos conceptos, dentro de los máximos legales, de la garantía hipotecaria.

Esto último lo ha pretendido aclarar la propia *Dirección General en una muy reciente Resolución de fecha 14 de marzo de 2000* (158) (pero, a nuestro entender, creo que no con la debida claridad que sería deseable), y así ha establecido en su fundamento de derecho 2:

«...En el segundo de los defectos a considerar se deniega la inscripción de la estipulación sexta, en la que se pacta que las cantidades vencidas y no satisfechas a sus respectivos vencimientos, devengarán día a día, el interés vigente en cada momento incrementado en ocho puntos, y ello por exceder la cantidad que garantiza el pago de tales intereses en la cláusula octava, junto con la fijada por razón de intereses ordinarios, del máximo permitido por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, esto es: Cinco anualidades de intereses ordinarios.

A la hora de constituir la hipoteca se garantiza con ella el pago, aparte del principal del préstamo —1.500.000 pesetas—, los intereses de dos años al tipo inicial pactado —10,481 por 100—, esto es, 314.430 pesetas y hasta un límite de 831.645 pesetas por intereses moratorios de tres años. Tampoco este defecto puede confirmarse. La doctrina de esta Dirección General, contenida en Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 y 22 de julio de 1996, entre otras, una vez sentada la distinta naturaleza y régimen de los intereses remuneratorios y moratorios, diverso origen y título para lograr su efectividad, ha admitido la posibilidad de extender la garantía hipotecaria a

(158) Resolución de la DGRN de 14 de marzo de 2000, publicada en el BOE, núm. 76, de 29 de dicho mes y año, págs. 13274 y 13275.

los segundos siempre que, por exigencias del principio de especialidad (cfr. art. 12 de la Ley Hipotecaria), se precise claramente en qué medida lo están, con independencia de la garantía prevista para los primeros, de suerte que no pueda aplicarse la cobertura establecida para unos a los otros. Por lo demás, la doctrina, también de este Centro Directivo, sobre la computación conjunta de uno y otro tipo de intereses tampoco es argumento para rechazar la inscripción pretendida, pues tal doctrina, como precisara la Resolución de 18 de diciembre de 1999, no pretende afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, mas, respetada esta exigencia, ninguna dificultad hay para poder reclamar todos los intereses, sean remuneratorios o moratorios, realmente devengados y cubiertos por las respectivas definiciones de la garantía hipotecaria —dentro de los máximos legales—, aun cuando esa reclamación lo sea de intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios del mismo período, si así procediera, por ser distintas y de vencimiento diferente las cantidades que devengarán unos y otros y, por tanto, a ambos puede extenderse la garantía hipotecaria dentro de dichos límites...»

A este respecto, cabe recordar que previamente a dichas Resoluciones, se han dictado los siguientes autos por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: el número 44, de 14 de diciembre de 1998 (159); el número 8, de 10 de febrero de 1999 (160), y el número 18, de 27 de julio del mismo año de 1999 (161), en los que se resolvió que la limitación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria se refiere al total de las anualidades garantizadas con intereses ordinarios y de demora que, en conjunto, no podrán exceder de cinco años; pero el tope no se determina por el tipo de interés ordinario, sino que cada interés, remuneratorio y de demora, en su caso, podrán tener como tope el máximo respectivo.

Pero toda esta cuestión que incidentalmente hemos planteado, relativa a la garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios y moratorios, debería ser objeto de un estudio específico, lo que desborda las pretensiones de este trabajo.

Por otra parte, y volviendo a la problemática de la individualización de las cantidades objeto de reclamación, el artículo 132 de la nueva Ley Hipoteca-

(159) Auto núm. 44/98, de 14 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, publicado en el *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 82, correspondiente a enero-febrero de 1999, págs. 122 a 125.

(160) Auto núm. 8/99, de 10 de febrero, del mismo Tribunal Superior de Justicia antes citado, publicado en el mismo Boletín antes expresado, en su núm. 83, correspondiente a los meses de marzo-abril de 1999, págs. 313 a 315.

(161) Auto núm. 18/99, de 27 de julio, también del mismo Tribunal Superior, publicado en la reiterada Revista en su número 85, págs. 222 a 224.

ria, en su número 3.º, parece seguir la doctrina expuesta de la separación o especificación de las distintas cantidades por los distintos conceptos de la cobertura hipotecaria, al extender la calificación del Registrador al extremo de que «lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no excedan del límite de la respectiva cobertura hipotecaria».

¿Y qué ocurre si en el mandamiento de cancelación de cargas se expresa, v.gr., que no existe sobrante, pero no se expresan las respectivas cantidades que son objeto de reclamación? Creemos que esto último debe de figurar en el título, pues la calificación de tal extremo compete al Registrador (v. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, de 15 de enero y 8 de febrero de 1999) (162), y la muy reciente de 2 de marzo de 2000, como inmediatamente veremos.

D) El auto debe de contener también otros extremos calificables por el Registrador, conforme al nuevo artículo 132 de la Ley Hipotecaria, que expresamente establece:

«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 en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.

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, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación...

4.º Que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, o en caso de haberlo superado, que se consignó el exceso en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores».

Esta última circunstancia de dicho artículo 132 de la Ley Hipotecaria, la debe contener más bien el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas cuando se presente el mismo en forma separada, pero en unión del correspondiente testimonio del auto de adjudicación, debiendo recoger dicho mandamiento lo relativo a haberse practicado las notificaciones a que se refiere el número 2.º de dicho artículo (sin perjuicio de la necesidad de que figure en el testimonio del auto de adjudicación).

(162) BCRE, núm. 46 y 47 (2.ª época), correspondientes a los meses de marzo y abril de 1999; págs. 753 y sigs., y 990 y sigs., respectivamente.

Ya hemos aludido con anterioridad a dichos dos números de indicado precepto. No obstante, conviene resaltar que dicho número 4 está íntimamente ligado con la existencia o no del sobrante, debiendo resaltarse al respecto una recientísima *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de marzo de 2000* (163), ya citada con anterioridad, en la que el Centro Directivo confirma la nota de calificación del Registrador que suspende la cancelación de las cargas posteriores recayentes sobre una finca hipotecada ejecutada por el procedimiento extrajudicial del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y 234 y siguientes de su Reglamento, por haber cobrado el acreedor ejecutante con cargo al importe del remate una cantidad muy superior a la que reclamó en el procedimiento e intereses que exceden del tope garantizado con la hipoteca.

En efecto, la Dirección General hace especial hincapié en la trascendencia que para todos los interesados en el procedimiento tiene la fijación exacta, desde su inicio, de lo reclamado por todos los conceptos (para el deudor, para el acreedor, para los titulares de cargas posteriores), de tal manera que del precio del remate no puede detraerse para pagar al actor cantidades que excedan de las fijadas al definir la respectiva cobertura hipotecaria (por capital, por intereses remuneratorios, por intereses de demora, por costas y gastos...), debiendo el acreedor depositar la cantidad que exceda de la dicha respectiva cobertura hipotecaria. Expresado de otro modo, no puede excederse por ninguno de los conceptos reclamados, de la cantidad que como tope figura en la respectiva cobertura hipotecaria por cada una de las definiciones (capital, intereses ordinarios, intereses moratorios), y no siendo posible el trasvase de uno a otro concepto.

Además, incide la Dirección General en la cuestión de que esta materia del posible sobrante sí entra dentro del ámbito de la calificación del Registrador, con lo que esta Resolución no hace sino reiterar, a nuestro entender, el criterio que a este respecto sienta el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto de los demás números de dicho artículo 132 de la Ley Hipotecaria, ya los hemos analizado en sus respectivos apartados.

E) *Firmeza del auto*, pues sin tal requisito no cabe practicar la inscripción de dominio a favor del rematante o adjudicatario. No hay que olvidar que los «asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales» (art. 1 de la Ley Hipotecaria), y si el auto no firme se inscribe, el titular registral que figura como adquirente, en base a los principios de legitimación y de tracto sucesivo, puede transmitir el bien adjudicado, y poder originar la figura de un tercero hipotecario, dejando entonces en manifiesta

(163) Resolución ya citada anteriormente, publicada en *BOE*, núm. 77, de 29 de marzo de 2000.

indefensión al posible recurrente de la resolución judicial todavía no firme. Y sabido es que en el Registro los títulos materiales (art. 2 de la Ley Hipotecaria), deben estar consignados para poder inscribirse en escritura pública, «ejecutoria», o documento auténtico expedido por la Autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos (art. 3 de dicha Ley Hipotecaria). Y la ejecutoria no es otra cosa que una «sentencia firme».

Por último decir que, en cuanto a la firmeza, el artículo 207.2 de la LEC establece:

«...Son resoluciones judiciales firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno, si bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado».

F) En cuanto a los demás trámites del procedimiento, es conveniente su constancia, como todo lo relativo a la realización y celebración de la subasta, si bien tal extremo no entra dentro del ámbito de la calificación del Registrador, al no estar expresamente recogida en el referido artículo 132 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción. Tal postura ya la mantuvo la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución antes expresada de 29 de diciembre de 1998, en la que el Registrador consignó como defectos en su nota de calificación, entre otros extremos, los relativos a la falta de expresión en el testimonio del auto de adjudicación de la fecha acordada para la celebración de la subasta y su notificación al deudor, la fecha de publicación de los correspondientes edictos, y la fecha en que efectivamente se celebró la correspondiente subasta en que se remató la finca hipotecada y, en su caso, las fechas en que se celebraron las anteriores y la circunstancia de haber quedado desiertas por falta de licitadores, resolviendo el Centro Directivo en el sentido de que tales extremos escapan a la calificación registral, declarando lo siguiente:

«...no puede el Registrador revisar la legalidad de aquellos trámites procesales prevenidos para el concreto procedimiento seguido que no estén directamente encaminados a hacer efectivo ese derecho de intervención conferido a los titulares registrales... respecto de los cuales, y al efecto de posibilitar la inscripción registral, ha de ser suficiente la genérica afirmación contenida en el auto calificado del cumplimiento de todos los requisitos legalmente previstos; y ello sin perjuicio de la repercusión que su omisión o indebida realización tengan en el procedimiento seguido, omisiones o defectos que habrían de ser hechos valer no por el Registrador, sino por la parte a quien incumbe y a través de los medios procesales al efecto previstos...»

Conviene recordar aquí que el artículo 691.5 prevé la posibilidad de que en este tipo de proceso de ejecución se utilice también la realización mediante convenio y la realización por medio de persona o entidad especializada reguladas en las secciones 3.^a y 4.^a del Capítulo IV, del Título IV, y tal forma de realización debería constar en el testimonio del auto de adjudicación.

G) Otra circunstancia que debería contener el auto de adjudicación testimoniado es la relativa a la **SITUACION ARRENDATICIA** de la finca; esto es, si la finca enajenada judicialmente se encuentra o no arrendada.

En relación con esta materia y en íntima conexión con ella, se encuentra la problemática de la hipoteca constituida sobre finca ya arrendada y la del arrendamiento posterior a la hipoteca inscrita, esto es, y en relación con esto último, el problema de la subsistencia o no de los arrendamientos posteriores a la hipoteca, centrándose la cuestión en si procede o no la purga de tales arrendamientos.

a) Constancia de la situación arrendaticia

A propósito de la constancia de la situación arrendaticia, cabe reiterar lo expuesto con anterioridad al tratar la problemática de la subasta en el que hacíamos referencia al artículo 661 de la nueva LEC, en relación con el apartado 3 del artículo 675 de la misma (comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho y publicidad de la situación posesoria en el anuncio de la subasta).

Cabe decir en esta materia que el apartado 5 del artículo 25 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, lo mismo que hiciera el artículo 65 de la Ley de 1964, declara lo siguiente:

«Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones previstas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos».

Ello ha supuesto que en el ámbito de la calificación registral se exija la acreditación del extremo referente a la situación arrendaticia de la finca adjudicada.

A este respecto, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado varias Resoluciones relativas a la constancia en el título inscribible del requisito relativo a la manifestación de la situación arrendaticia de la finca adjudicada, a fin de cumplir la garantía fundamental de los derechos, en su caso, de adquisición preferente que los arrendatarios tienen en relación con dicho tipo de transmisiones; máxime cuando, por regla general, no existe normalmente en los autos una declaración expresa y específica relativa a la

libertad de arrendamientos del inmueble. Cabe citar así las *Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987 y de 5 de noviembre de 1993* (164). La propia Dirección General ha reiterado ante el problema formal de cómo hacerse constar la libertad de arrendamiento de la finca para que la inscripción pueda realizarse que, dadas las peculiaridades de la adquisición en virtud de ejecución forzosa, no debe exigirse estrictamente que sea el transmitente el que haga esa declaración, pues la adquisición del adjudicatario no se verifica por un acto de voluntad del que hasta entonces era propietario de la finca, sino por un acto de autoridad; debiendo bastar en estos supuestos la declaración de que el inmueble no está arrendado, realizada por el nuevo propietario, «bien en las actuaciones judiciales, bien en acto posterior» (a través de acta notarial, o bien mediante instancia con firma legitimada notarialmente o firmada y ratificada ante el Registrador).

Ese problema de la dificultad de la manifestación sobre la situación arrendaticia de la finca adjudicada, fue puesta ya de manifiesto en una mesa informativa que se celebró en la Audiencia Territorial de Valencia entre varios Jueces, Magistrados y Registradores de la Propiedad, en la que, entre otros acuerdos, se adoptó, de una parte, por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial la remisión de dichos acuerdos a las distintas Audiencias Territoriales y, de otra, por el Colegio de Registradores de la Propiedad, su remisión a sus entonces Delegados Territoriales; acuerdos que eran en total catorce, siendo la undécima cuestión la relativa, entre otros extremos, a la manifestación de no estar arrendada la finca, pues su omisión suspendía la inscripción de la —entonces— escritura de venta judicial en procedimiento de apremio, llegándose a la conclusión de que «únicamente se haría constar que el adquirente, si así lo dice, pone de relieve que no le consta la existencia de arrendamientos». El contenido de dichas conclusiones «no tenía carácter vinculante, pero sí claramente orientativo con respecto a la forma de resolver los muchos asuntos que se producen a diario entre la Administración de Justicia y los Registros de la Propiedad y Mercantiles» (165).

La conclusión a la que allí se llegó no era muy convincente, a nuestro entender, pues parecía ser que se dejaba al arbitrio del adquirente manifestar o no la situación arrendaticia de la finca. Ya RUIZ ARTACHO, citado por VENTOSO ESCRIBANO (166), propuso en su día de que se permitiese al adquirente

(164) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*.

(165) *BCRE*, núm. 232, correspondiente al mes de marzo del año 1987, págs. 516 a 518.

(166) VENTOSO ESCRIBANO, ALFONSO, «El artículo 55.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en las ventas judiciales» (se refiere a la antigua LAU), en volumen IV del *Libro homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, publicado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pág. 867 de dicho volumen IV.

o «comprador» hacer tal manifestación, bien en la misma escritura, bien en otra separada o en acta notarial o incluso en documento judicial.

En todo caso, es necesario hacer dicha manifestación o declaración relativa a la situación arrendaticia del inmueble enajenado en ejecución forzosa, y, como muy bien afirma la *Resolución de 22 de marzo de 1999* (167), esa manifestación debe de ser incondicionada y ajustarse a los términos legales sobre la inexistencia de arrendamientos, toda vez que la transmisión forzosa en juicio ejecutivo de una vivienda está sujeta, en su caso, a retracto arrendaticio, no siendo suficiente la mera disposición a formular una manifestación al respecto ni siquiera una manifestación en la que tan sólo se declare que del procedimiento no se desprende que la finca esté arrendada. Así se pronuncia, en cuanto al extremo que aquí nos interesa, dicha Resolución:

«...Por todo lo anterior debe confirmarse el defecto señalado por el Registrador, al no poderse considerar realizada la manifestación de que se trata, ...mediante el escrito aportado por el representante de la entidad adjudicataria que, como se ha señalado, no contiene manifestación alguna sobre la situación arrendaticia, sino sólo una disposición a formular una manifestación que, además, no sería la exigida legalmente, esto es, afirmación incondicionada de inexistencia de eventuales arrendatarios, y no una mera alegación de que del procedimiento no resulta tal existencia...»

Se ha discutido sobre la conveniencia de que en el procedimiento de ejecución se articulase el ejercicio por el arrendatario de su derecho de preferente adquisición. FUENTES LOJO es partidario de que se suspenda la aprobación del remate o de la adjudicación hasta que transcurra el plazo para el ejercicio del tanteo. En cambio GARCÍA GARCÍA (168), se manifiesta en sentido contrario, por entender que ello debería ser objeto de pacto entre el arrendatario y adjudicatario y si no, debería acudir este último al pertinente juicio declarativo o al especial de retracto.

En esta materia cabe destacar la importante *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de octubre de 1999* (169): el supuesto de hecho de la misma es un rematante en un procedimiento judicial sumario que reconoce que la finca estaba arrendada y solicita del Juez se requiera a la inquilina a fin de que pueda ejercer el retracto de la vivienda antes de proceder al auto de adjudicación, la cual manifiesta su intención de ejercer dicho derecho por el precio de adjudicación de la vivienda, adjuntado

(167) Resolución de la DGRN de 22 de marzo de 1999. *BCRE*, núm. 48, correspondiente al mes de mayo de 1999, págs. 1234 a 1236.

(168) GARCÍA GARCÍA, J. M., Obra antes citada, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, págs. 295 y 296.

(169) *BOE*, núm. 257, de 27 de octubre de 1999, págs. 37570 y 37571.

el correspondiente contrato de arrendamiento, consignándose dicho precio. El Juez dicta auto teniendo por bien hecha la consignación y por subrogada a referida inquilina en los derechos dominicales sobre la finca, decretando la expedición del testimonio del auto de adjudicación a favor de la misma. El Registrador deniega la inscripción de dicho testimonio por no ser el procedimiento judicial sumario el adecuado para ventilar las cuestiones relativas al retracto arrendaticio.

La Dirección General resuelve en el sentido siguiente:

«...es claro que la cuestión debatida no está incluida en el ámbito de la calificación registra!, pues, ni hay incumplimiento de trámites esenciales establecidos en beneficio de titulares registrales, ni cabe hablar de inadecuación del procedimiento, toda vez que en virtud del retracto arrendaticio hay una subrogación en la posición jurídica del adquirente (cfr. arts. 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 1.521 y 1.521 del Código Civil), y por ende, nada obsta a que el auto de aprobación del remate se otorgue directamente a favor del retrayente, previa constancia del ejercicio del retracto que, por lo demás, ha sido aceptado por el retraído.»

b) Hipoteca constituida sobre finca ya arrendada

Siguiendo la distinción que hace PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (170), podemos diferenciar entre arrendamientos sujetos al Código Civil y arrendamientos sujetos a la legislación especial.

En cuanto a los sujetos al Código Civil, rige la regla general del principio «venta quita renta», por lo que el rematante o adjudicatario tendrá derecho a que concluya el arrendamiento vigente. Pero hay una excepción: que ese derecho deja de ser tal si el arrendatario ha inscrito su título de arrendamiento con anterioridad a la hipoteca, en cuyo supuesto continuará la situación arrendaticia por el tiempo que se hubiere estipulado.

En el supuesto de que se trate de arrendamientos sujetos a leyes especiales, cabe distinguir:

Que el arrendamiento esté concertado al amparo de lo dispuesto en la antigua Ley de Arrendamientos Urbano de 1964 o a la Ley de Arrendamientos Rústicos: en tales supuestos el rematante o adjudicatario, como adquirente que es, se subrogará en los mismos derechos y obligaciones que tenía el arrendador, incluso, como afirma a propósito de los arrendamientos rústicos el artículo 74 de su Ley reguladora, «aun cuando el adquirente estuviere amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

(170) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *ob. cit.*, págs. 181 y sigs.

En el supuesto de que se trate de arrendamientos sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, la regla general es que el arrendamiento anterior a la hipoteca continúa subsistente. Pero tenemos que distinguir según sean arrendamientos de vivienda o para uso distinto del de vivienda, y según se hallen inscritos o no.

Si es para uso de vivienda y el arrendamiento es anterior tanto en el tiempo como en su inscripción a la inscripción del derecho real de hipoteca, el rematante o adjudicatario derivado de la enajenación directa del bien hipotecado no será tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y por lo tanto, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada en el arrendamiento, aun cuando la misma fuese superior a cinco años (v. art. 14 LAU). Y si el arrendamiento, aun siendo posterior en el tiempo, se inscribe antes que la hipoteca (principio de prioridad registral), no cabe que el titular registral posterior alegue preferencia de su derecho sin dirigirse antes contra las titularidades derivadas de la relación arrendaticia —v.gr., por posible fraude o estafa— (v. art. 13 LAU). Si se dirige, pues, contra el asiente o adjudicatario, salvo que el arrendamiento se hubiese concertado por plazo no superior a cinco años y dicho plazo hubiese ya expirado.

Si se trata de arrendamiento de vivienda por plazo inferior a cinco años o por plazo superior, pero no se ha inscrito el mismo en el Registro, el adquirente por enajenación forzosa deberá soportar el arrendamiento con dicha limitación temporal (cinco años), pero no por más.

Si es para uso distinto del de vivienda, y el arrendamiento se ha inscrito en el Registro con anterioridad a la hipoteca, entendemos, con DE LA PUENTE ALFARO (171), que el adquirente en enajenación judicial de la finca hipotecada se verá subrogado en la posición jurídica del arrendador porque al ser anterior la inscripción del arrendamiento a la hipoteca de que trae causa su adquisición, se le opone con la fuerza que resulta de los propios asientos del Registro (v. art. 29 LAU). Por lo tanto, puede ocurrir que el adquirente, en tal caso, deba de soportar el arrendamiento inscrito con anterioridad y cuya duración puede, incluso, ser superior a cinco años.

A este respecto, PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS (172) critica este agravio comparativo que va en detrimento del arrendamiento de uso distinto del de vivienda en comparación con el arrendamiento de vivienda. Y así afirma:

«...Ciertamente, tratándose de arrendamientos de vivienda, los términos del artículo 13.1 LAU podrían dar la impresión de que la ejecución hipote-

(171) DE LA PUENTE ALFARO, FERNANDO, *El arrendamiento urbano frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento. Los artículos 13, 14 y 29 de la LAU*. Editorial Bosch, Barcelona, 1996, págs. 216 y 217.

(172) PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, MANUEL, *ob. cit.*, pág. 182.

caria produce, como regla —que es confirmada por la excepción que el mismo precepto señala—, la extinción del arrendamiento de vivienda (si bien continuará hasta cumplir el mínimo de los cinco años de vigencia). De este modo, la Ley especial se aproximaría a las soluciones que el Derecho común (el del Código Civil), da para el caso de enajenación de finca arrendada. Ahora bien, la debida interpretación del artículo 13.1 LAU descarta esta solución. ¿Por qué había de tener el arrendatario de vivienda como regla peor trato —se produce la extinción—, que el arrendatario de local para uso distinto —no se produce la extinción— (comp. art. 29 LAU)?...»

Cabe precisar, por último, como muy bien afirma PAU PEDRÓN (173), en cuanto a los arrendamientos que figuran inscritos, que el adquirente de la finca cuyo arrendamiento figura inscrito anteriormente en el Registro, se subroga propiamente en el mismo, pero con la extensión que resulta de los asientos registrales correspondientes. Como dice PAU:

«...como consecuencia del principio de oponibilidad, el adquirente de un inmueble arrendado se subroga en el arrendamiento con la extensión que figura en el Registro. O, para decirlo con terminología más precisa: el adquirente no se subroga en sentido estricto en el arrendamiento, sino que el arrendamiento le es oponible. La subrogación se produce en los términos del contrato; la oponibilidad se produce en los términos del asiento. Este criterio lo confirma la LAU: habla de “...subrogación en los derechos y obligaciones del arrendador”, cuando se trata de arrendamiento no inscrito, y utiliza las expresiones “soportar el arrendamiento” y “continuará el arrendamiento cuando se trata de arrendamiento inscrito”...»

c) Subsistencia o no del arrendamiento de finca hipotecada con anterioridad

En un principio, había autores como AVILA NAVARRO, LASARTE ALVÁREZ, GARCÍA GARCÍA que defendían la purga respecto de estos arrendamientos. En idéntico sentido había jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo: así, entre otras, la de 31 de octubre de 1986 (174), que se basaba para sostener la extinción de la relación arrendaticia en la regla 8.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria interpretado *a contrario sensu*, pues si el licitador ha de subrogarse en todas las cargas o gravámenes preferentes a la hipoteca, no debe de correr igual suerte respecto de las cargas o gravámenes que sean posteriores;

(173) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *La protección del Arrendamiento Urbano*. Cuadernos Civitas. 1995, pág. 56. Opinión que es recogida igualmente por DE LA PUENTE ALFARO, en *ob. cit.*, pág. 27.

(174) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*.

la de 23 de diciembre de 1988 (175), que declaró que «...al cancelarse en el auto de adjudicación con eficacia *erga omnes* todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, no debe hacerse de mejor condición un mero derecho personal...». En idéntica dirección apuntan la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1989 (176).

Frente a esta línea argumental, había también algunos autores que mantenían la subsistencia de la situación arrendaticia, como VICENTE TORRALBA, y sentencias de dicho Tribunal Supremo. Dicha línea jurisprudencial se inicia con la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1968, y continúa con la de 9 de junio de 1990, defensora de la subsistencia de un arrendamiento rústico posterior a la hipoteca. Con posterioridad se han dictado por dicho Tribunal en igual sentido argumental las de 23 de febrero de 1991, 6 de mayo del mismo año, la de 23 de junio de 1992 y la de 9 de mayo de 1996 (177). La sentencia mencionada del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1968 (178) se expresaba de la siguiente forma:

«...la legislación especial de alquileres no es un derecho positivo normal, sino excepcional y de emergencia, cuya finalidad es la de proteger en el grado máximo posible al inquilino o arrendatario y, al efecto establece como principio fundamental y más importante de todos la prórroga forzosa para el arrendador, principio que no puede quedar enervado por la consideración de aquellos otros que son propios del derecho privado tradicional, ni por lo tanto en este caso, por la aplicación de la regla 17 del artículo 131 de la LH, la interpretación contraria conduciría a un resultado diametralmente opuesto al querido por la Ley Especial...»

Por su parte, las sentencias aludidas de 23 de febrero de 1991 y 9 de mayo de 1996 sostienen la naturaleza del arrendamiento como derecho personal, por lo que el mismo debe de estar excluido de la cancelación de aquellas inscripciones y anotaciones posteriores a que se refiere la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, aún vigente. Consecuencia de ello: el arrendamiento goza de mayor protección que un derecho real, por lo que si el arrendamiento no se inscribe está más protegido que aquel otro que sí se inscribe. Exponen dichas sentencias:

«...a tenor del artículo 131 de la LH, regla 17, afecta solamente, según dicha norma, a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado; pero de ahí no deriva que haya de afectar

(175) BDA de Jurisprudencia.

(176) BDA de Jurisprudencia.

(177) Sentencias del TS de 23 de febrero y 6 de mayo de 1991, y 23 de junio de 1992 y 9 de mayo de 1996, en BDA de Jurisprudencia.

(178) Sentencia del TS de 19 de febrero de 1968. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, año 1968. Tomo XXXV. Aranzadi, 1.^a edición. Referencia 1153.

a derechos personales que no hayan tenido acceso al Registro de la Propiedad como es el derecho de arrendamiento litigioso...»

Cabe citar en toda esta problemática la famosa sentencia del *Tribunal Constitucional* de 16 de enero de 1992 (179) en materia de colisión del derecho de hipoteca con arrendamiento posterior, que declaró que el arrendatario de la finca hipotecada no puede ser privado de su derecho al arrendamiento sino por los trámites del juicio declarativo correspondiente, recogiendo en tal sentencia la doctrina del Tribunal Supremo favorable a la subsistencia de la relación arrendaticia, si bien no entra en cuestiones de legalidad ordinaria, proponiendo la reforma del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Entre otras cosas, dice dicha sentencia:

«...que en este concreto supuesto la resolución judicial dictada en el trámite último del procedimiento sumario hipotecario, en cuanto impone el desalojo y lanzamiento de la actual arrendataria, sin que ésta haya podido hacer valer sus derechos e intereses ante los órganos jurisdiccionales vulnera la garantía constitucional contenida en el artículo 24.1 de la CE, dando lugar a un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa de la demandante...»

No se trata aquí de terciar en la cuestión que corresponde dirimir a la jurisdicción ordinaria de saber si la ejecución hipotecaria extingue el arrendamiento que se concertó con posterioridad a la constitución del derecho real de hipoteca o, si por el contrario, la relación arrendaticia es compatible y mantiene su eficacia frente al adjudicatario de la finca es... cuestión ésta de legalidad ordinaria en la que, por cierto, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por realzar la fuerza del vínculo arrendaticio...

...lo que corresponde a este Tribunal, sin lugar a dudas, es la tutela del derecho fundamental de quien, sin poder defender sus derechos en un procedimiento en el que no está expresamente prevista su intervención, resulta gravemente perjudicado al verse despojado, sin posibilidad de contradicción...

...El desalojo y lanzamiento de la recurrente de la vivienda que ocupa requiere, pues, como exigencia constitucional, que sea oída y vencida en un procedimiento contradictorio... No ocurrió así en el presente caso, porque el procedimiento especial y sumario, según razonan las providencias impugnadas, no lo permitía, y de ahí que no fuera tenido como parte en el mismo...

En consecuencia la cuestión del lanzamiento de la arrendataria por el nuevo propietario deberá ser resuelta en un nuevo proceso ordinario en la que la hoy recurrente de amparo sea parte y tanto ella como la entidad adjudicataria hagan valer sus derechos... El legislador podrá (y quizá convenga que lo haga) introducir una nueva previsión en el proceso del artículo

(179) Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia.

lo 131 de la Ley Hipotecaria que permita la comparecencia en él con igualdad de armas procesales del arrendatario de la finca hipotecada...»

A este respecto, hemos de decir que la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, no ha colocado la ejecución hipotecaria del bien arrendado en el párrafo segundo de su artículo 13, de manera que todo arrendamiento inscrito con posterioridad a la hipoteca se cancela. Por el contrario, el legislador ha preferido declarar, si bien limitadamente, la subsistencia del arrendamiento posterior a una hipoteca previa. En este sentido, DE LA PUENTE ALFARO (180), con base en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, distingue entre los arrendamientos de vivienda y los arrendamientos de uso distinto del de vivienda. Por su interés, reproducimos su opinión al respecto:

En relación a los primeros, declara:

«Hipotecariamente el efecto de la ejecución de la hipoteca llevará a la cancelación o no del arrendamiento inscrito con posterioridad si del Registro resulta o no que han transcurrido los cinco primeros años de vigencia del derecho con la salvedad respecto a los arrendamientos con comienzo diferido del artículo 9 y a aquéllos con plazo suspendido del artículo 26 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, siempre que en el Registro consten ambas circunstancias...»

Y sigue opinando este mismo autor en cuanto a la oponibilidad frente a todos del arrendamiento de vivienda urbana y su subsistencia a pesar de la ejecución hipotecaria:

«...La Ley de Arrendamientos Urbanos ha resuelto el tema de la subsistencia del arrendamiento a la ejecución hipotecaria, siquiera en los limitados términos del artículo 13.1 de su articulado. La cuestión se centra, por tanto, en si subsiste o no el derecho del arrendatario a permanecer en la vivienda frente al adjudicatario de la subasta, siendo la respuesta negativa para el caso de que haya transcurrido el plazo de cinco años a que hace referencia el artículo 131 de la Ley de 1994 y positiva en caso contrario...»

Si el arrendamiento inscrito no ha cumplido el plazo de cinco años, el Juez no entregará más posesión que la mediata y salvará la cancelación del asiento del Registro.

Si el arrendamiento posterior se inscribió en el Registro de la Propiedad y queda extinguido por transcurso del plazo, no ha lugar a discutir sobre su subsistencia o no, porque tal circunstancia es directamente apreciable por el juzgador confrontando los asientos del Registro de la Propiedad y la fecha del auto de adjudicación. En tal circunstancia no hay posibilidad de alegar indefensión porque, como expresan las sentencias... de 24 de enero y 9 de

(180) DE LA PUENTE ALFARO, FERNANDO, *ob. cit.*, págs. 113 y sigs.

mayo de 1995, el juez puede apreciar prima facie la inoponibilidad del derecho dentro de la propia providencia de entrega de posesión del artículo 131 de la Ley Hipotecaria sin necesidad de acudir a ningún otro procedimiento. El Juez decretará la cancelación en el Registro de la Propiedad y así lo hará constar el Registrador.

Al estar inscrito, además, habrá recibido las notificaciones previstas en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por lo que podrá haber realizado ante el Juzgado las alegaciones que estime oportunas. Dichas alegaciones no están previstas en el articulado de la ley y son contrarias a la naturaleza sumaria del proceso pero... el Tribunal Constitucional admite sin reservas su existencia cuando de ellas puedan derivarse efectos contrarios al principio de tutela judicial efectiva.

Puede que en este caso el arrendatario se persone... para afirmar que el arrendamiento no debe extinguirse como consecuencia de la adjudicación al estar en prórroga, por estar o haber estado en suspensión o por haberse demorado la entrega de la vivienda...

...Si está en prórroga por encima de los cinco años, tal manifestación debe de ser obviada por el Juez... toda vez que del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos resulta que la prórroga no puede oponerse a tercero frente a quien la duración máxima del arrendamiento es la legal del propio precepto.

Si alega... que el arrendamiento ha estado en suspensión, como consecuencia de darse alguno de los supuestos del artículo 26 de la Ley, el Juez debe de abstenerse de entregar la posesión inmediata al adjudicatario, pues entonces de los propios autos resultará que no es posible una determinación inmediata de si el arrendamiento debe subsistir o no remitiéndose para ello al procedimiento correspondiente.

Si alega que el plazo no se ha cumplido, el Juez no debe entregar la posesión y remitir al procedimiento correspondiente.

Si el arrendamiento posterior nunca llegó a inscribirse, el funcionamiento de la ejecución hipotecaria se verá afectado por dicha circunstancia en el sentido de que el Juez no tendrá constancia de la existencia del arrendamiento, ni mucho menos de su duración, circunstancias que tendrán que ser alegadas por el arrendatario en el momento que conozca la existencia del procedimiento sumario y que aquél deberá valorar en los términos vistos; señaladamente deberá tener en cuenta la existencia del arrendamiento si del título presentado resulta su subsistencia y no tenerla en caso contrario. La falta de inscripción del arrendamiento puede producir una situación más ventajosa al arrendatario, pues ya no existirá un pronunciamiento tabular que especifique el día del comienzo del cómputo del arrendamiento.

Desgraciadamente es un efecto derivado de la oponibilidad del arrendamiento, esté o no inscrito, que ya se producía en relación a los arrendamien-

tos sujetos a la Ley de 1964, y que no tiene solución, pues los jueces, ante la falta de datos incuestionables, deberán remitirse casi siempre al procedimiento declarativo obviando la entrega de la posesión...»

Respecto de los arrendamientos de uso distinto del de vivienda, manifiesta (181):

«...La Ley de Arrendamientos Urbanos al no establecer privilegio alguno para los arrendamientos para uso distinto del de vivienda en relación a la ejecución hipotecaria, no permite albergar dudas sobre si el derecho del arrendatario debe subsistir o no a la ejecución, aplicándose el principio general de purga. Intimamente ligado con lo anterior y de conformidad con la doctrina de las sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 24 de enero y 9 de mayo de 1995, el Juez puede apreciar, sin necesidad de ulterior procedimiento, si el arrendamiento para uso distinto del de vivienda ha de subsistir o no a la ejecución, por lo que puede entregar directamente la posesión al adjudicatario... con sólo comprobar que el arrendamiento no está inscrito o que su inscripción es posterior a la de la hipoteca.

Como respecto de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda no existe precepto alguno que los haga oponibles frente a titulares de hipoteca anteriores no debe existir duda alguna en la aplicación de las reglas generales del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (se refiere a la antigua, todavía vigente hasta la entrada en vigor de la nueva) relativos a la purga y a la entrega de la posesión (en igual sentido se pronuncia PAU PEDRÓN) (182).

Únicamente puede subsistir la duda en relación con los arrendamientos anteriores a la inscripción de la hipoteca que son inscritos con posterioridad o bien, sin ser inscritos, pretenden hacerse valer en el procedimiento... al solo efecto de evitar la entrega de la posesión.

Si el arrendamiento llegó a inscribirse, el arrendatario será notificado de la existencia del procedimiento y no podrá alegar indefensión, como tampoco podrá impedir la entrega de la posesión, pues su situación es exactamente igual a la de cualquier titular que inscribe «con retraso»: Cualquier alegación deberá ser hecha en el procedimiento declarativo que corresponda... sin que en ningún caso se suspenda la tramitación del procedimiento hipotecario.

(181) DE LA PUENTE ALFARO, FERNANDO, *ob. cit.*, págs. 223 y 224.

(182) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996, págs. 311 y 312. Esta cita a PAU PEDRÓN es del autor de este trabajo y no se encuentra en el texto transcrito por DE LA PUENTE ALFARO.

Si el arrendamiento para uso distinto del de vivienda no llegó a inscribirse, la situación es idéntica con la salvedad de que el arrendatario no puede alegar indefensión, ya que sólo a él puede achacársele tal situación...»

En relación con el arrendamiento inscrito, estimamos que si el arrendamiento se inscribió, una vez expedida la certificación de cargas de la hipoteca base de la ejecución, al igual que todo titular de derechos o cargas posteriores a dicha hipoteca, la nota marginal despliega los efectos propios de la notificación, por lo que no cabe alegar indefensión.

Entendemos, con GÓMEZ SALCEDO (183), que a la luz de la nueva regulación se pueden distinguir los siguientes casos:

a') *Arrendamientos de vivienda que tiene su origen después de la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, es decir, a partir de 1 de enero de 1995:* Se aplicaría el artículo 13.1 de la LAU, por lo que el arrendamiento no inscrito continuaría hasta que se cumpliesen los cinco años, pero si hubiese transcurrido dicho plazo entonces el arrendamiento se extinguiría.

b') *Arrendamientos para uso distinto del de vivienda posteriores a la entrada en vigor de la nueva LAU:* algunos autores piensan que lo procedente es la aplicación del artículo 29 de la LAU, que establece la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que ese adquirente sea un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; pero la generalidad de la doctrina entiende que ese precepto se refiere a los casos de enajenación voluntaria; además, el título III, relativo a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, no regula consecuencia alguna para los casos de resolución en caso de ejecución forzosa, ni siquiera hay remisión al respecto, por lo que procede aplicar supletoriamente la normativa del Código Civil (v. art. 4.3 de la LAU).

c') *Arrendamientos de vivienda o local de negocio suscrito con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985 (Decreto «Boyer»):* conforme a la Disposición Transitoria primera de la nueva LAU, producida la tácita reconducción del arrendamiento bajo la vigencia de la nueva Ley, ya el arrendamiento que ha sido renovado cae bajo su régimen, quedando, pues, sometido dicho arrendamiento al régimen antes expuesto bajo los números 1.º y 2.º inmediatamente anteriores. ¿Y si no se ha producido la tácita reconducción? Entonces la solución dista de ser sencilla y clara. El criterio jurisprudencial avalaría por la subsistencia de tales arrendamientos (si bien tales sentencias se dictaron sobre supuestos de arrendamientos anteriores a dicho Real Decreto-ley, y estaban sujetos al régimen de prórroga forzosa, y eso no ocurre ahora).

(183) GÓMEZ SALCEDO, AGUSTÍN MANUEL, Trabajo ya citado en *Mesa Redonda sobre Ejecución Hipotecaria organizada por AUSBANC*, págs. 6 y sigs. de su trabajo.

En relación con los arrendamientos concertados al amparo del llamado «Decreto-Ley Boyer» (Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985), entiende PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (184) que cuando menos debería regir la doctrina de la resolución respecto de dichos arrendamientos, ya que se pudo pactar el arrendamiento en cuestión sin esa «supervivencia posterior» a la resolución del derecho del arrendador.

d') *Arrendamientos de vivienda o local de negocio anteriores a la entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley*: dejando a salvo las excepciones que prevén las Disposiciones segunda y tercera, el arrendamiento se regirá por la LAU antigua de 1964 y, por tanto, subsistirá a la adjudicación, por lo que el adquirente de la finca ejecutada se subrogará en la posición jurídica del arrendador.

e') *Arrendamiento de finca rústica*: el artículo 28 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, de 4 de julio de 1995, ha modificado los plazos que preveían los artículos 25 a 30 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, siendo ya la duración mínima de tales arrendamientos de cinco años, y rigiendo supletoriamente la LAR. Pero el artículo 78 de la LAR faculta, sin embargo, al adjudicatario de finca hipotecada para instar a resolución del arrendamiento de la finca hipotecada. Por lo tanto, a la luz de este precepto, parece ser que la ejecución extingue el arrendamiento con más de cinco años de vigencia. ¿Y si tiene menos duración? Entonces parece ser que el adjudicatario podrá pedir la resolución judicial del arrendamiento. Ahora bien, ¿en qué procedimiento? ¿en el mismo de la ejecución directa de los bienes hipotecados?

No obstante, hay que tener en cuenta la recientísima *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de febrero de 2000* (185), que trata sobre si deben o no cancelarse, en virtud del correspondiente mandamiento cancelatorio, los arrendamientos sobre fincas rústicas inscritas posteriormente a la hipoteca ejecutada en un procedimiento judicial sumario.

La Dirección General confirmó la nota de calificación, si bien en los términos de que no puede imponerse la subrogación prevista en el artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos al adquirente posterior a la celebración del contrato de arrendamiento, cuando deriva su adquisición de una enajenación forzosa del derecho del arrendador en virtud de una hipoteca anterior al mismo arrendamiento (arts. 13 y 78 de dicha Ley). Pero ello no quiere decir en modo alguno que la adjudicación produzca automáticamente la extinción de la relación arrendaticia, pues el artículo 78 de la Ley de Arrendamientos

(184) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *ob. cit.*, pág. 184.

(185) Resolución de la DGRN de 24 de febrero de 2000, publicada en el *BOE*, núm. 71, del día 23 de dicho mes y año, págs. 12290 a 12293.

Rústicos ofrece al adjudicatario la posibilidad de optar entre la extinción o subsistencia del arrendamiento, y de ahí que no sea bastante para la cancelación del arrendamiento posterior a la hipoteca, el simple mandamiento cancelatorio, pues debe de mediar la declaración de voluntad del nuevo dueño de resolver tal vínculo obligatorio.

f') *Resto de arrendamientos de fincas no sujetos a ninguna legislación especial* (v. art. 5 de la nueva LAU y 2 y 3 de la LAU de 1964): son los casos de plazas de garaje, solares: estarán sujetos al Código Civil, viniendo en aplicación lo establecido en su artículo 1.571.

Relacionado con lo anteriormente expuesto, cabe reiterar lo dicho al tratar la problemática de la subasta en el que hacíamos referencia al artículo 661 de la nueva LEC, en relación con el apartado 3 del artículo 675 de la misma.

B) *Circunstancias del mandamiento cancelatorio*

Por lo que se refiere al mandamiento cancelatorio, deberá contener las circunstancias antes referidas, en especial, los extremos antes aludidos consignados en el número 4.º del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, y creemos que también el de su número 2.º, pues si vamos a cancelar las cargas o gravámenes e inscripciones no preferentes de terceros posteriores a la hipoteca comprendidos en la certificación (pues los posteriores a la misma se entienden notificados por la nota marginal de su expedición) en virtud de dicho mandamiento, lo lógico es que también en dicho título se haga constar que se ha notificado la existencia del procedimiento a dichos acreedores y terceros cuyo derecho haya sido inscrito o anotado con posterioridad a la hipoteca.

Por eso declara el artículo 134 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada por la Disposición Final novena, número 9, de la nueva LEC, en su párrafo primero:

«El testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, incluso las que se hubiesen verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento...»

Una duda que surge es la siguiente: *¿Se entenderá vigente el artículo 233 del Reglamento Hipotecario en cuanto a la referencia individualizada de las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que se ejecuta comprendidas en la certificación de dominio y cargas?* No olvidemos que las notificaciones a esos titulares las va a realizar el propio Registrador, el cual debe

de hacer constar a la hora de expedir la certificación de cargas que ha efectuado dichas notificaciones, debiendo especificar que han quedado notificados los titulares de cargas o derechos reales posteriores a la hipoteca que se relacionan en la aludida certificación de cargas. ¿Será, por tanto, un requisito innecesario la exigencia individualizada en el mandamiento de los asientos a cancelar cuando es el propio Registrador el obligado a efectuar las expresadas notificaciones y no la autoridad judicial? La verdad es que no son pocas las ocasiones en que se produce alguna fricción jurídica con los Juzgados sobre esta materia.

El artículo 233 del Reglamento Hipotecario se refería a la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, regulador del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, cuyo último artículo citado desaparecerá a la entrada en vigor de la Ley, quedando derogado dicho artículo al que se le ha dado, además nueva redacción, referente a la cancelación de las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras no basadas en las causas de suspensión del procedimiento. Lo que está claro es que el nuevo artículo 134 de la Ley Hipotecaria no exige referencia individualizada de tales inscripciones o anotaciones (número o letra, folio o tomo donde consten).

El último párrafo de dicho artículo 134 de la Ley Hipotecaria consagra, sin embargo, una *excepción a las inscripciones o anotaciones posteriores a la hipoteca que deberán cancelarse: las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores*, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones. Lo que está en íntima conexión con los artículos 109 a 112 de la Ley Hipotecaria.

Por lo demás, deberán expresarse en el correspondiente mandamiento cancelatorio las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exige para el despacho de la cancelación (v. art. 674.2, último párrafo de la nueva Ley Procesal).

Por último, y en relación con la cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca respecto de las cuales se plantea su cancelación, sólo apuntaremos aquí, por no tener este trabajo las pretensiones de un estudio exhaustivo sobre la materia, que toda inscripción posterior a la hipoteca que no perjudique a la misma no debe de ser cancelada. Así lo afirma GARCÍA GARCÍA (186), y entre cuyos casos se cita:

- a) La inscripción de un exceso de cabida (art. 215, párrafo primero del Reglamento Hipotecario).
- b) La edificación realizada por tercer poseedor, incluso con pacto de extensión de la hipoteca a tal edificación, pues en tal supuesto viene

(186) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, págs. 287 y 288.

en aplicación lo preceptuado en el artículo 113 de la Ley Hipotecaria, de tal modo que el rematante hace suyo incluso lo edificado, y el tercer poseedor sólo tendrá derecho a cobrar el crédito que existe a su favor por la edificación que el mismo realizó, con preferencia del importe del remate.

- c) La inscripción de modificación de una hipoteca anterior, practicada después de la hipoteca ejecutada, pues o bien se ha practicado con consentimiento del acreedor hipotecario que ejecuta la hipoteca posterior, o bien esa modificación no perjudicaba en nada, a criterio del Registrador, esa hipoteca ulterior que posteriormente se ha ejecutado.
- d) No podrán ser cancelados los asientos posteriores a la hipoteca, pero que deriven o traigan causa de otros asientos anteriores a la misma. Así ocurre en el caso de ejercicio de opción o condición resolutoria pactados e inscritos antes de la inscripción de hipoteca y ejercitados con posterioridad a la misma.
- e) Respecto de 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 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Así se pronuncia abiertamente el nuevo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada por la Disposición Final novena, número 6, de la LEC. *A contrario sensu*, por tanto, no se podrá cancelar dicha anotación de demanda si se encuentra comprendida dentro de la expedición de certificación referida. Profundizaremos un poco más en esta materia a continuación, al tratar las causas de suspensión del procedimiento y la posibilidad de reclamaciones en el correspondiente juicio declarativo ordinario.

Se podría aludir a la quiebra y a los créditos singularmente privilegiados, pero ello desbordaría con creces (como así está ocurriendo incluso con lo hasta ahora expuesto), el ámbito y pretensiones de este trabajo.

Decir tan sólo, con respecto a esta última materia, lo siguiente:

A') Quiebra

Que la regla general, y por razón del principio de accesoriedad, es que quedan paralizados y acceden a la quiebra todas las acciones y procesos que se estuviesen ejercitando de forma individual o que estuviesen promovidos por los acreedores contra el quebrado. Así lo ha declarado el *Tribunal Supremo* en diversas sentencias, como la de 26 de mayo de 1984, en que se decla-

raba acumulable a la quiebra un juicio ejecutivo, aunque ya hubiese recaído sentencia firme y se encontrase en apremio (v. *sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1971 y 30 de enero de 1978*). Sin embargo, también dicho Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que no procede la acumulación si los juicios ordinarios están concluidos para sentencia, como así lo ha manifestado en su sentencia de 5 de febrero de 1976, y con mucha más razón cuando dicha sentencia se ha dictado y es firme, como reconocen las sentencias de tan Alto Tribunal de 27 de septiembre de 1971 y 26 de marzo de 1985; sentencias todas ellas citadas y que aparecen recogidas por JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL, en su trabajo «El procedimiento judicial en relación con las quiebras» (187).

Sin embargo, cuando la ejecución es la hipotecaria, tal regla general no rige, y algún sector doctrinal distingue dos supuestos, según citado autor FERRÁNDIZ GABRIEL:

1.º *Que el procedimiento de ejecución hipotecaria se encuentre ya iniciado en el momento de dictarse el auto de declaración de quiebra del deudor o del tercer poseedor*: en tal caso no hay acumulación, puesto que el acreedor hipotecario tiene reconocida su facultad para ejecutar separadamente, y por lo tanto, no queda sujeto a las normas de la *pars conditio creditorum*.

No obstante ello, nos encontramos con el artículo 878 del Código de Comercio, relativo a la retroacción de la quiebra y que declara nulos «todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra». La jurisprudencia, en un principio, vino a declarar la nulidad absoluta de tales actos, no sólo frente al quebrado y a quien contrató con él, sino también frente a los acreedores (*sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1969, 21 de junio del mismo año, 25 de mayo de 1961, 22 de febrero de 1963, 7 de marzo del mismo año, 28 de enero y 22 de marzo de 1985, 15 de noviembre de 1991, 19 de diciembre de 1991, 12 de marzo de 1993*). Incluso tal nulidad ha afirmado el Tribunal Supremo que se extiende a los préstamos hipotecarios concertados por el quebrado afectados definitivamente por la retroacción (*sentencias de 20 de febrero de 1974 y 24 de octubre de 1989*).

Pero lo expuesto tiene sus matizaciones. Así, una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 1985, negó la acumulación del procedimiento de ejecución de la hipoteca al de la quiebra, a pesar de afectarle la retroacción, dado el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca y su fuerza legitimadora, lo que determina la subsistencia de tal asiento mientras en el pertinente proceso no se declara su nulidad con citación de su titular

(187) FERRÁNDIZ GABRIEL, JOSÉ RAMÓN, *El procedimiento judicial en relación con las quiebras. Problemas derivados del privilegio de ejecución aislada*. Trabajo publicado en la obra antes citada, *Práctica hipotecaria*, núm. 2, págs. 90 y 91.

registral. Ello no hace sino confirmar el criterio de la propia *Dirección General de los Registros y del Notariado* en sus *Resoluciones* de 7, 8 y 14 de noviembre de 1990, comentadas por GÓMEZ GÁLLIGO (188), y cuyo resumen es el siguiente:

«Son requisitos para que proceda la cancelación de los asientos registrales como consecuencia de la declaración de quiebra, los siguientes:

- a) Acción de nulidad en juicio declarativo con demanda al titular registral (RDGRN de 7/11/1990).
- b) Que el titular registral no sea subadquirente protegido por la fe pública registral (RDGRN de 26/1/1986).
- c) Que la sentencia sea firme (RDGRN de 24/1/1979).
- d) Que el asiento solicitado sea de cancelación, no siendo viable la anotación preventiva de la fecha de retroacción de modo autónomo, dado el criterio de *numerus clausus* en materia de anotaciones preventivas (RDGRN de 24/1/1979).
- e) Que se aporte como documento complementario el mandamiento ordenando la cancelación, un testimonio de la sentencia de la declaración de quiebra, sin que sea suficiente la referencia a la misma en el mandamiento de cancelación (RDGRN de 28/2/1977).
- f) Que se ordene expresamente la cancelación de los asientos registrales afectados por la retroacción por referencia al número de finca, tomo y libro del Registro (RDGRN de 28/2/1977 y 7/11/1990).

Entre tanto, la inscripción del auto de declaración de quiebra con fijación del período de retroacción no tiene otro alcance que hacer constar registralmente tal declaración de quiebra “pero con la cualidad de por ahora y sin perjuicio de tercero” (RDGRN de 14/11/1990), ya que:

- a) No impedirá la ejecución de hipotecas anteriores —aunque comprendidas en el período de retroacción— (RDGRN de 8 y 14/11/1990).
- b) Tal ejecución quedará afectada, en su caso, si se declara la nulidad de la hipoteca (STS 1/2/1974).
- c) Mientras tanto, la adjudicación derivada de la ejecución hipotecaria se inscribirá con arrastre de la carga de la declaración de quiebra por ser carga posterior preferente (RDGRN 14/11/1990)».

2.º Que la quiebra se haya declarado antes de la iniciación del procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados:

(188) Dichas Resoluciones aparecen comentadas por GÓMEZ GÁLLIGO en la *RCDI*, núm. 611, correspondiente a los meses de julio-agosto de 1992, págs. 1930 y sigs.

La doctrina discrepa. Así ROCA SASTRE y GARRIGUES, cuya opinión aparece recogida por FERRÁNDIZ GABRIEL (189), entienden que no cabe aquí la facultad de ejecución separada, entrando los bienes hipotecarios a formar parte de la masa de la quiebra, si bien los acreedores hipotecarios, una vez efectuado el reconocimiento y graduación, cobrarán según el orden de fechas de la inscripción de sus respectivos títulos, con los intereses pertinentes devengados hasta donde alcance la garantía. En cambio, RAMÍREZ y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, opinan en sentido contrario: así el primero dice que sólo se integrarán en la masa de la quiebra cuando resultando insuficiente la ejecución hipotecaria, pretendan los acreedores hipotecarios cobrar el resto; y el segundo, opina que el acreedor hipotecario, al ser titular de un crédito y a la vez de un derecho real de hipoteca, puede optar por integrarse en la masa de acreedores o bien ejecutar separadamente.

Lo cierto y evidente es que esta distinción entre procedimientos de ejecución hipotecaria anteriores o posteriores a la declaración de quiebra en los términos planteados es sumamente artificiosa. Y lo importante es que si una hipoteca consta inscrita en los términos que hemos dicho, hará que seguir la doctrina sentada por la Dirección General en los términos anteriormente relacionados.

Decir, por último, que la Disposición Final decimonovena establece que en el plazo de seis meses desde la fecha de entrada en vigor de la LEC, el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales un proyecto de Ley Concurzal; materia esta que parece dormir el «sueño de los justos» a la hora de que se afronte legislativamente su nueva regulación, y cuya publicidad registral había sido estudiada magistralmente, entre otros, por nuestro añorado compañero CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO (190).

B') Cancelación de anotaciones preventivas de embargo posteriores a la hipoteca, aunque el crédito garantizado sea privilegiado

La Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 22 de noviembre de 1988 (191), abordó esta materia: se trataba de un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, en el cual, dictado el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas, el Registrador denegó la cancelación de anotaciones posteriores, por ser de créditos salariales. Y el Centro Directivo resolvió revocando la nota de calificación, considerando inscribible

(189) FERRÁNDIZ GABRIEL, JOSÉ RAMÓN, *ob. cit.*, págs. 93 y 94.

(190) HERNÁNDEZ CRESPO, CARLOS, «Publicidad registral de la suspensión de pagos». *RCDI*, núm. 604, correspondiente a los meses de mayo-junio de 1991.

(191) Dicha Resolución aparece recogida por GÓMEZ GÁLLIGO, en su *ob. cit.*, *Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria*, pág. 110.

el testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento cancelatorio, pues la preferencia de créditos debe dilucidarse ante los tribunales de justicia y no en el procedimiento de ejecución del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, prevaleciendo la prioridad registral mientras no se haya sustanciado la correspondiente tercería, por lo que la ejecución hipotecaria determinará la cancelación de toda carga o derecho posterior no preferente.

Por último, precisar que cuando se presente en un solo documento el testimonio del auto de adjudicación y el correspondiente mandamiento cancelatorio, en ese caso, todas las circunstancias exigibles para el auto y el mandamiento por separado, deberán confluir, lógicamente, en dicho documento omnicomprendivo. En la práctica, ya con anterioridad al expedir el mandamiento, se reproducía en el mismo el testimonio del auto y se añadía a su pie las circunstancias exigidas en la anterior regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, con lo que así quedaba configurado el mandamiento. Como documento aparte y normalmente previo o simultáneo a la presentación del mandamiento cancelatorio, se expedía el correspondiente testimonio del auto de adjudicación de la finca.

XIV. CAUSAS DE SUSPENSION A LA EJECUCION. POSIBILIDAD DE RECLAMACIONES EN EL CORRESPONDIENTE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO

Dice la Exposición de Motivos de la nueva LEC, entre otras cosas, en su apartado XVII:

«...La nueva regulación de la ejecución sobre los bienes hipotecados... supone un avance respecto de la situación precedente ya que... —entre otras razones—, se ordenan de manera más adecuada las actuales causas de suspensión de la ejecución, distinguiendo las que constituyen verdaderos supuestos de oposición a la ejecución (extinción de la garantía hipotecaria o del crédito y disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor), de los supuestos de tercería de dominio y prejudicialidad penal, aunque manteniendo, en todos los casos, el carácter restrictivo de la suspensión del procedimiento».

1. CAUSAS DE SUSPENSIÓN Y CAUSAS DE OPOSICIÓN

El artículo 132 de la Ley Hipotecaria contemplaba (y aún contempla mientras el mismo esté vigente) las causas de suspensión del procedimiento judicial sumario, aludiendo, en su primer párrafo, a que el procedimiento judicial sumario no se suspenderá ni por la muerte del deudor o tercer posee-

dor, ni por la declaración de quiebra ni por el concurso de cualquiera de ellos, ni por medio de incidentes que los mismos pudieran promover o por quien o quienes se presentasen como interesados, para, a continuación, hacer relación de los casos de suspensión, a saber:

- 1.º Procesamiento criminal por querrela o auto de procesamiento sobre falsedad del título hipotecario.
- 2.º Interposición de tercería de dominio.
- 3.º Cancelación de la hipoteca en que se basa la ejecución, y
- 4.º Cuando la hipoteca estuviese constituida en garantía de cuentas corrientes y la libreta que presentase el deudor arrojase un saldo distinto del que resulte de la presentada por el actor.

El precepto concluye regulando la duración de la suspensión y la posibilidad de formular las demás reclamaciones a través del juicio declarativo pertinente, previendo la oportuna garantía y el modo de hacerse efectiva.

Pues bien, la nueva LEC dedica a esta materia los artículos 695 a 698 de su articulado. Así, el artículo 695 lleva por título «Oposición a la ejecución»; el artículo 696, «Tercería de dominio»; el artículo 697, «Suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal», y el artículo 698, que se encabeza, «Reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores».

En cuanto a la muerte del deudor y la declaración de quiebra del mismo, no se contemplan especialmente dichos supuestos como causas de suspensión. Pero ello no quita ni añade nada a la regulación anterior, pues sino se contemplan específicamente como tales causas de suspensión es porque, evidentemente, no lo han sido antes ni tampoco lo son ahora.

Sin entrar en un análisis exhaustivo de dichas causas, la regulación de las mismas no deja de ser lo suficientemente clara, como así hubiera sido deseable. En efecto, dicho articulado rezuma cierta confusión entre las posibles causas de suspensión del procedimiento, que siempre son y deben de ser tasadas, y las causas de oposición que, por el contrario, no son tasadas, sino que deben de ser ilimitadas. En efecto, el artículo 695 parece confundir las causas de oposición con dos de las causas de suspensión; causas de suspensión que se ven luego ampliadas en el artículo 696 (interposición de tercería de dominio) y en el artículo 697 (prejudicialidad penal), todo lo cual denota cierta confusión en la materia que no se ve soslayada en la Exposición de Motivos, como hemos transcrito al comienzo de este epígrafe.

En igual sentido se pronuncia GARCÍA GARCÍA (192), quien declara:

(192) GARCÍA GARCÍA, J. M., Trabajo antes citado, *El Registro de la propiedad y los procedimientos de realización de la hipoteca. Dos enmiendas imprescindibles al proyecto de ley de enjuiciamiento civil*, pág. 21.

«...*Por una parte, se confunden en el texto (se refiere al proyecto de ley) las causas de suspensión del procedimiento, que deben de ser, efectivamente, tasadas, para evitar que se dé al traste con el mismo; y por otro lado, las posibilidades de oposición, que deben de ser ilimitadas, pero que han de plantearse ante la jurisdicción civil ordinaria. Aquí, como resulta del vigente artículo 132 de la Ley Hipotecaria, que no se ha trasladado debidamente al texto del proyecto, no debe haber límite, pues si lo hubiera, el nuevo artículo 131 sería inconstitucional (ahora regulado como procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados con sus particularidades). Una vez más habría que recordar a los parlamentarios de 1909 y, sobre todo, a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981, que salvó el procedimiento judicial sumario de la inconstitucionalidad, precisamente porque no había límite alguno en el planteamiento de cualquier cuestión ante la jurisdicción civil...*»

Luego, sin embargo, el artículo 698 se refiere a las reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores, que son, en realidad, las posibilidades o causas propiamente dichas de oposición, en su esencia ilimitadas.

En relación con las causas de suspensión, cabe decir que, según sentencia de nuestro *Tribunal Constitucional de 2 de abril de 1986* (193), de la que fue ponente DÍEZ-PICAZO, sólo puede corresponder a la jurisdicción ordinaria conocer de la cuestión relativa a si el Juez puede paralizar el procedimiento sumario de ejecución sobre finca hipotecada por causas distintas de las previstas en el entonces artículo 132 de la Ley Hipotecaria, y si dichas causas —en caso negativo— son de interpretación estricta o pueden ser interpretadas extensivamente por los Tribunales, no siendo competencia del Tribunal Constitucional decidir sobre tal cuestión, por lo que no puede prosperar la petición de amparo basada en una interpretación de la tutela judicial efectiva que englobe, como dice dicho autor al comentar dicha sentencia, «*en el mismo derecho a ejercer las acciones legales por cauces procedimentales concretos, ...siendo suficiente desde la perspectiva constitucional que el ciudadano tenga libre acceso a la justicia, y que pueda instar ante ella las pretensiones que más estime convenientes*» (para la defensa de sus intereses legítimos).

(193) *Base de Datos Aranzadi de Jurisprudencia*. Se recoge también dicha sentencia por DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, en su trabajo «La constitucionalidad del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Jornadas sobre ejecución hipotecaria)», en el libro ya antes referenciado, *Práctica hipotecaria*, núm. 2, pág. 144.

2. REGULACIÓN

El artículo 695 establece:

«1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo 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 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 el 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...»

A) Extinción de la garantía o de la obligación garantizada

Por lo que se refiere al número 1.º del apartado 1 de dicho artículo, cabe decir que si la hipoteca está cancelada en el Registro, no cabe su ejecución. De ahí que el primer inciso de dicho artículo se dará muy raramente, pues en la certificación de cargas que expida el Registrador, el juez podrá apreciar si la hipoteca se encuentra subsistente o no, y si, por lo tanto, es procedente o no continuar con el procedimiento.

Respecto de la escritura de carta de pago o cancelación de la garantía, ello es lógico, porque extinguida la obligación principal garantizada con el derecho real de hipoteca o extinguida la propia garantía hipotecaria (v.gr., por renuncia a la misma del acreedor), pierde su virtualidad la hipoteca inscrita. A este respecto, cabe reiterar lo dicho en el artículo 131 *in fine* de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción que declara que «no se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal (la de certificación de cargas), mediante mandamiento judicial al efecto».

B) *Error en la cantidad exigible, cuando se garantice el saldo al cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado*

En relación con el número 2.º, del referido apartado, parte de la base de que la deuda garantizada sea «el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado».

A') *La discrepancia en el saldo puede resultar:*

- a) De la diferencia que arroje la libreta del ejecutado en la que consten los asientos de la cuenta en relación con la presentada por el ejecutante.
- b) De certificación bancaria cuando la obligación que se garantice sea el saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles.

a) *Doble libreta*

El artículo 132, número 4 de la Ley Hipotecaria aún vigente (hasta la entrada en vigor de la nueva LEC), preveía como causa de suspensión cuando la hipoteca estuviese constituida en garantía de cuentas corrientes y la libreta que presentase el deudor arrojase un resultado distinto de la presentada por el actor. La Ley prevé esta causa de error con base en la discrepancia dicha; pero obsérvese que estamos ante una causa de suspensión, hablando, sin embargo, la nueva Ley, no de causa «suspensión» (cuyas causas son tasadas) sino de causa de «oposición» (cuyas causas deben de ser ilimitadas, pues podrán ventilarse en el juicio declarativo pertinente).

- b) Certificación bancaria cuando así se hubiese convenido y se trate de obligación garantizada con hipoteca consistente en el saldo resultante del cierre de las cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación

Cabe remitirnos, en lo referente a cuáles son dichas entidades, a lo dicho anteriormente en el epígrafe «Documentos que se acompañan a la demanda». Lo importante aquí es que cabe también que el ejecutado alegue error en la certificación expedida por la entidad acreedora, pero en tal supuesto deberá el mismo precisar con detalle los puntos discrepancia respecto de la liquidación efectuada por la entidad ejecutante.

Puede ocurrir, según PRETEL SERRANO (194), que la obligación que se garantice no sea el saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u opera-

(194) PRETEL SERRANO, J. J., Trabajo pendiente de publicación.

ciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por las referidas entidades, o bien, que siéndolo, no se haya estipulado la certificación bancaria. Entiende dicho autor que habrá que aplicar el régimen establecido en general para los casos de ejecución dinerada, y entonces por aplicación del artículo 558.2 (que se remite a los arts. 572 y 574) podrá oponerse pluspetición y el tribunal, a solicitud del ejecutado, designará, mediante providencia, perito, el cual emitirá dictamen sobre la cuantía de la deuda, dándose traslado de dicho dictamen a ambas partes y la vista no se celebrará hasta que hayan pasado diez días a contar desde el siguiente al referido traslado.

¿Qué se entiende por «operaciones similares»?

La doctrina ha intentado ampliar el ámbito de aplicación del artículo 153 de la Ley Hipotecaria a otros supuestos distintos del contemplado en dicho precepto. Incluso se podría decir que el que fuera innovador artículo 245 del Reglamento Hipotecario intenta crear un precedente al hablar de «operaciones cambiarias y crediticias». Así lo entendió DE LA RICA Y ARENAL (195), quien afirmó que «esas operaciones cambiarias y crediticias se concretarán en una "cuenta especial" que equivale a la cuenta corriente de crédito abierta al deudor; y en ella se consignarán no sólo las partidas de cargo y de abono a que alude el Reglamento, sino todas las de esa especie que sean procedentes contabilizar con arreglo a lo estipulado...»

PRETEL SERRANO (196), por su parte, hace un recorrido por los distintos autores que han pretendido aplicar el sistema de la certificación bancaria a otros supuestos, citando así a REY PORTOLÉS (quien defendió su aplicación a la «hipoteca flotante» mediante la técnica de acudir a la figura de la hipoteca futura, con efecto novatorio de la cuenta corriente sólo en el momento de la fijación definitiva del saldo); CORDERO LOBATO (quien ha defendido la aplicabilidad de dicha certificación a la llamada «hipoteca global», en la que se garantizan hipotecariamente un número ilimitado de obligaciones *ab initio* no determinadas, pero que son susceptibles de determinación por ciertos criterios integradores estipulados por las partes), y GARCÍA GARCÍA, que ha defendido su aplicación a la liquidación de los intereses de demora. En el mismo sentido de GARCÍA GARCÍA se ha pronunciado también respecto de la liquidación de los intereses de demora por el sistema de la certificación bancaria el magistrado SÁNCHEZ GÁLVEZ (197).

(195) DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN, Extractado del *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal. Tomo I*, pág. 434. Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1976.

(196) PRETEL SERRANO, J. J., Trabajo ya citado, pendiente de publicación.

(197) SÁNCHEZ GÁLVEZ, FRANCISCO, «La ejecución judicial sumaria de la indemnización moratoria», publicado en *BCRE*, núm. 5 (2.^a época), correspondiente al mes de junio de 1995, págs. 1130 a 1133.

La nueva LEC parece ensanchar el campo del sistema de la certificación bancada como así se desprende de su artículo 572.2. Ahora bien, ello debe tener su límite en el ámbito que vino, en cierto modo, a marcar la sentencia de nuestro *Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992* (198), relativa a la constitucionalidad del artículo 1.435, párrafo cuarto, primera fase de la antigua LEC, cuya sentencia en el fundamento de derecho quinto vino a declarar que «*el precepto restringe su alcance a los contratos mercantiles que además de documentarse mediante formas que garanticen su autenticidad, implican la existencia de una cuenta corriente entre las partes, único contexto en el que cobra sentido de regulación de operaciones de liquidación y verificación de saldos...*»

Dicha apreciación ha sido seguida posteriormente por la jurisprudencia, pudiendo citarse a título de ejemplo la de AAP de Asturias de 15 de mayo de 1994 (199).

Como afirma PRETEL SERRANO (200):

«...la expresión “operaciones similares”, no englobará a cualesquiera operaciones financieras o crediticias que no supongan una concesión de crédito, unida a una situación de cuenta corriente que vaya más allá de ser un instrumento contable». Este es el ámbito de las obligaciones respecto de las cuales puede utilizarse la certificación de la Entidad de crédito a las cuales se aplica directamente el artículo 695.1.

En la nueva Ley se encuentran también argumentos para esta distinción. En el artículo 558.2 se habla de “saldos de cuentas e intereses variables” mientras que en el artículo 695.1 se dice expresamente «saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares...”»

Es importante resaltar que el artículo 695.1.2.^a en su último párrafo exige que el «ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad». Y ello es lógico porque no cabe una desvirtuación genérica, global e indeterminada de la liquidación. Así se pronunció la *sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de 17 de junio de 1993* (201):

(198) Sentencia de 10 de febrero de 1992 del TC. Publicada en la *RCDI*, núm. 611, de julio-agosto de 1992, págs. 1897 a 1915.

(199) Citada la AAP Asturias, de 15 de mayo de 1994, en la pág. 243 de *Monografía para la práctica: El juicio ejecutivo*, por FERNÁNDEZ, MIGUEL ANGEL; RIFA, JOSÉ M.^a, y VALLS, JOSÉ FRANCISCO. Editorial La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.

(200) PRETEL SERRANO, J. J., *ob. cit.* Pendiente de publicación.

(201) Sentencia que aparece recogida por FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, MIGUEL ANGEL; RIFA SOLER, JOSÉ M.^a, y VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO, en trabajo antes referenciado, *Monografías para la práctica: El juicio ejecutivo*. Editorial La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pág. 254.

«...sin que pueda estimarse para enervar la acción ejecutiva una descalificación global e indeterminada de las cuentas que la acreedora llevó a cabo para establecer el saldo definitivo, cuando entre las condiciones de la póliza aceptaron expresamente que pasaban por el saldo establecido unilateralmente por la entidad acreedora y que, interviniendo por fedatario mercantil, ha de estimarse cierto, en tanto no se acredite lo contrario...»

C) *Procedimiento a seguir en caso de «oposición» fundada en alguna de las causas del artículo 695.1*

La nueva LEC regula el procedimiento que ha de seguirse con posterioridad en el caso de que se alegue alguna de las causas contempladas en el apartado 1 del artículo 695. Dice dicho artículo 695 en su apartado 2:

«Formulada la reclamación 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.»

Dicho auto que estime la ejecución basada en el número 1.º... del apartado 1 de este artículo, mandará sobreseer la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2.ª fijará la cantidad por la que ha de seguirse la ejecución.»

La causa 1.^a (extinción de la garantía o de la obligación garantizada) impide, pues, seguir adelante la ejecución, por la sencilla razón que si la acción hipotecaria es de base estrictamente registral, y la hipoteca o la obligación que garantiza se ha extinguido, no puede continuar el procedimiento.

Por lo que se refiere al error en la determinación de la cantidad exigible, queda en el aire la duda de si dicho procedimiento deroga al contemplado en los cuatro últimos párrafos del artículo 153 de la Ley Hipotecaria al que se remite el número 4 del artículo 132 de dicha Ley (aún vigente durante el período de *vacatio legis* de la Ley 1/2000) para el caso de que el saldo se debiera acreditar mediante certificación bancada de la entidad acreedora. Lo cierto y evidente es que la redacción del procedimiento a seguir varía en relación con la anterior (cfr. art. 153 de la Ley Hipotecaria, párrafo antepenúltimo con el art. 695 de la nueva LEC, en lo referente a los plazos y la susceptibilidad de interponer recurso frente al auto que se dicte).

Por último, decir que el auto que se dicte y por el que se decrete el sobreseimiento de la ejecución (causa 1.^a) es apelable. En los demás casos, no cabe recurso de apelación.

En efecto, termina el indicado artículo 695 estableciendo en su apartado 4 que sólo contra el auto que ordene el sobreseimiento cabe recurso de apelación, no pudiendo, pues, interponerse tal recurso en el caso de que la causa alegada haya sido error en la determinación de la cantidad exigible.

Claramente así se infiere de indicado precepto al establecer el mismo:

«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».

C) Tercería de dominio

El artículo 696 de la nueva LEC versa sobre el supuesto de que se interponga tercería de dominio, estableciéndose en su apartado 1, los presupuestos para la admisión de dicha tercería, y en su apartado 2, los efectos de su admisión. Reza dicho artículo:

«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.»

¿Y cuándo puede tener lugar dicha tercería de dominio?

Los supuestos en que se pueden dar no son muy frecuentes en la práctica: entre otros, puede ser el de la existencia de una doble inmatriculación, en que el tercerista alegue que su título es anterior a la inscripción de hipoteca. En los demás casos posibles, obedecen más bien a errores del Registrador. Así GARCÍA GARCÍA (202) pone como ejemplos, errores en la aplicación del prin-

(202) GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, ya referenciado, ob. cit., págs. 340 y sigs.

cipio de prioridad o de tracto sucesivo: no haberse aplicado correctamente el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, o bien porque erróneamente se hubiese invertido el orden de despacho, al inscribir primero el presentado en segundo lugar (hipoteca constituida por una persona) y luego el presentado en primer lugar (venta efectuada por esa misma persona).

D) *Prejudicialidad penal*

El artículo 697 contempla la suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal, y ello sólo puede tener lugar *«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 del despacho de la ejecución»*.

El artículo 569, al que se remite el precepto antes citado, alude a tal suspensión por prejudicialidad penal:

«1. La presentación de denuncia o la interposición de querrela en que se expongan hechos de apariencia delictiva relacionados con el título ejecutivo o con el despacho de la ejecución forzosa no determinarán, por sí solas, que se decrete la suspensión de ésta.

Sin embargo, si se encontrase pendiente causa criminal en que se investiguen hechos de apariencia delictiva que, de ser ciertos, determinarían la falsedad o nulidad del título o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución, el tribunal que conozca de ella, oídas las partes y el Ministerio Fiscal, acordará la suspensión de la ejecución.

2. Si la causa penal a que se refiere el apartado anterior finalizare por resolución en que se declare la inexistencia del hecho o no ser éste delictivo, el ejecutante podrá pedir indemnización de daños y perjuicios, en los términos del apartado séptimo del artículo 40 (que versa sobre la prejudicialidad penal).

3. No obstante lo dispuesto en el apartado primero de este artículo, la ejecución podrá seguir adelante si el ejecutante presta, en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529, caución suficiente para responder de lo que perciba y de los daños y perjuicios que la ejecución produzca al ejecutado.»

Dicho artículo 529, en su último párrafo, prevé la caución en dinero efectivo, mediante aval bancario solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

3. POSIBILIDAD DE RECLAMACIONES POR LA VÍA ORDINARIA

A) Regulación

Por último, el artículo 698 contempla las reclamaciones no comprendidas en los artículos 695 a 697 de la dicha Ley Procesal. A dichas reclamaciones en el juicio declarativo ordinario pertinente hacía referencia también el antiguo —todavía vigente— artículo 132 de la Ley Hipotecaria. El nuevo artículo 698 declara:

«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...»

Este es, precisamente, como ya hemos dicho, uno de los motivos que llevó al Tribunal Constitucional a no declarar inconstitucional el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, todavía vigente hasta la entrada en vigor de la nueva Ley, relativo al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. La razón es obvia: se dejaba y se deja abierta la puerta a cualquier interesado legitimado activamente (deudor, hipotecante no deudor, acreedores posteriores, cualquier persona con interés legítimo...) para poder acudir a los tribunales ordinarios competentes.

Prevé, en fin, el apartado 2 y 3 de dicho artículo 698 de la nueva LEC, la prestación de unas garantías de carácter recíproco al disponer:

«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 bastante 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.»

B) *Referencia a la cancelación de las anotaciones preventivas de demandas previstas en el nuevo artículo 131 de la Ley Hipotecaria*

Por último, cabe resaltar que el artículo 131 en su párrafo primero, después de la nueva redacción dada por la Disposición Final novena de la LEC, prevé la cancelación de 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, cuando las mismas sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, lo que se efectuará en virtud del oportuno mandamiento cancelatorio.

Parece ser que el legislador ha querido que el interesado muestre mayor diligencia y celeridad a la hora de interponer la oportuna demanda en tales supuestos, así como en el acceso registral de la misma a través de la pertinente anotación. De ahí que decreta la cancelación de las anotaciones dichas si son posteriores a la aludida certificación.

En relación con lo dicho, el precepto en cuestión (art. 131 de la Ley Hipotecaria) ha sufrido un retoque, pues en el proyecto de ley se establecía en dicho artículo: que «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...» Ello suponía una limitación clara a la práctica de la anotación de demanda con las consecuencias de una efectiva indefensión para el interesado. Así lo entendió GARCÍA GARCÍA (203).

En su última redacción, sí cabe la posibilidad de practicar dichas anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la hipoteca o cualesquiera otras que pongan en tela de juicio el propio procedimiento, pero distinguiendo:

- a) Si las mismas no se basan en alguno de los casos determinantes de la suspensión, se cancelarán, siempre y cuando sean posteriores a la nota marginal de constancia de la expedición de la certificación de cargas.
- b) *A contrario sensu*, si dichas anotaciones son anteriores a referida nota marginal y no se basan en alguno de los supuestos determinantes de la suspensión de la ejecución del procedimiento, no se cancelan, al igual que no deberán cancelarse aquellas anotaciones de demanda de nulidad de la misma hipoteca o cualesquiera otras basadas en alguno de los supuestos que diera lugar a la suspensión de la ejecución, tanto

(203) GARCÍA GARCÍA, J. M., Trabajo citado en la revista «*Lunes Cuatro Treinta*», núm. 257, pág. 21.

si son anteriores como posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

Así pues, en cualquier tiempo se podrá tomar la correspondiente anotación preventiva de la demanda entablada, pero haciendo depender la virtualidad de la anotación de demanda en el supuesto de que lo sea de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras dichas no basadas en algunos de los casos de suspensión de la ejecución, de que la misma sea anterior o no a la nota marginal de certificación de cargas. Ello puede ser peligroso: piénsese en el supuesto de que, por ser posterior a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas, se cancela en virtud del oportuno mandamiento cancelatorio una anotación de demanda de nulidad de hipoteca no basada en una de las llamadas por la LEC causas de suspensión y, sin embargo, luego en el juicio declarativo ordinario pertinente, prospera dicha demanda y se declara la nulidad de todo el procedimiento de ejecución de hipoteca, siendo así que el adjudicatario ya ha vendido o hipotecado o, en definitiva, ha surgido ya en el Registro la figura de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. ¿De qué sirvió al interesado la interposición de la demanda y su correspondiente anotación preventiva? No hay que olvidar que la sentencia que declare la nulidad del procedimiento «no afectará a los titulares registrales de las fincas que tienen la condición de terceros» (sentencia del TS de 17 de febrero de 1997) (204).

Frente a ello, el espíritu de la LEC parece ir encaminado a evitar la paralización de la ejecución hipotecaria por el interesado que no mostró la diligencia debida en la defensa de sus derechos y en el reflejo registral de los mismos.

Cabe citar en toda esta materia la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 1995* (205), que admitió una anotación preventiva de demanda sobre nulidad de un juicio ejecutivo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que se encontraba en curso, demanda que era entablada por el propio deudor no hipotecante contra el acreedor hipotecario, habiendo entendido la Dirección General que la exigencia del artículo 20 de la Ley Hipotecaria aparecía satisfecha por haberse entablado la dicha demanda con el titular del crédito hipotecario, sin necesidad de dirigirse también contra los propietarios de la finca hipotecada.

Finalizar diciendo que el estudio de este epígrafe relativo a «Causas de suspensión a la ejecución. Posibilidad de reclamaciones en el juicio declarativo ordinario» podría ser más denso, pero ello desbordaría las pretensiones de

(204) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*.

(205) *BCRE*, núm. 5 (2.^a época), correspondiente al mes de junio de 1995, págs. 1178 a 1180.

este trabajo. Es por ello que prácticamente nos hemos limitado a sistematizar el articulado, planteando algunos interrogantes sobre determinadas cuestiones.

Hasta aquí, pues, un primer análisis aproximativo al nuevo procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados regulado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Muchas más consideraciones merece su articulado, pero en un primer intento de acercamiento a su regulación no es posible profundizar demasiado en muchos aspectos que han quedado «en el aire» o en la duda de quien suscribe. Tiempo habrá de hacer un estudio más reposado de la nueva LEC, y de modificar, ¿porqué no?, criterios que aquí se mantienen, así como resolver dudas que ahora cuesta trabajo disipar.

Las pretensiones de este trabajo no han sido otras que un intento de sistematizar los artículos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, con el propósito de reflejar los criterios doctrinales sobre la materia que puedan ser de aplicación, así como suministrar también la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (alguno de cuyos criterios ya consagra el nuevo texto procesal), la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y la de nuestro Tribunal Constitucional que sean aún, por su vigencia, perfectamente aplicables, dada la identidad esencial de caracteres entre el anterior procedimiento judicial sumario y el nuevo procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero.

Cuando se asienten los conceptos, y una vez que expongan y viertan sus opiniones otros autores y compañeros con mayor experiencia y conocimientos sobre las cuestiones tratadas, podremos adentrarnos más profundamente en los perfiles y detalles de este procedimiento regulado en esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que, en alguno de los aspectos de la materia que nos ha ocupado así como en otras, no es un arquetipo jurídico a seguir.

Muchos nos tememos que haya de acudir, en no pocas ocasiones, a la normativa que todavía continúe vigente del llamado a desaparecer dentro de poco, procedimiento judicial sumario, y cuyas normas no hayan quedado derogadas en virtud de la aplicación de la Disposición Derogatoria única, número 3 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

JUAN JOSÉ JURADO JURADO
Registrador de la Propiedad

BIBLIOGRAFIA

AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, publicados en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario durante los años 1969 a 1982*. Editado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1987.

- AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, y PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Jurisprudencia Registral*, 1978-1985. Editorial Tecnos. Madrid, 1996.
- ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia*, Tomo XXXII, año 1965, Pamplona, año 1965.
- *Repertorio de Jurisprudencia*, Tomo XXXV, año 1968, Pamplona, año 1968.
- ARANZADI BASE DE DATOS (BDA) DE JURISPRUDENCIA, *Textos completos e índices*, Navarra. Comprende desde 1 de enero de 1979 a 12 de noviembre de 1999.
- ARANZADI BASE DE DATOS (BDA). TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y AUDIENCIAS PROVINCIALES. Primera entrega del año 2000. Comprende desde 1992 a 1999.
- BOLETÍN DEL CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE CATALUÑA, núms. 82, 83 y 85. Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Año 1999.
- CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO, «La calificación registral en el procedimiento del artículo 131 de la LH», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, núm. 15 (2.^a época), correspondiente a mayo de 1996.
- DE LA PUENTE ALFARO, FERNANDO, *El arrendamiento urbano frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento. Los artículos 13, 14 y 29 de la LAU*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996.
- DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN, *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal (donde se recogen comentarios que hizo el mismo a diversas Resoluciones)*, Tomo I. Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1976.
- DEL RÍO Y GARCÍA DE SOLA, IGNACIO, «Comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de noviembre de 1987», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 589.
- DÍAZ FRAILE y DE LA PUENTE ALFARO, JUAN MARÍA y FERNANDO, «El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 535, correspondiente a los meses de julio-agosto de 1996.
- DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, «La constitucionalidad del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Jornadas sobre ejecución hipotecaria)», en *Práctica Hipotecaria*, núm. 2. Procedimiento Judicial Sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Jornadas sobre ejecución hipotecaria). Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Editorial Marcial Pons, Barcelona, 1994.
- DÍAZ MORENO, ALEJANDRO, «El alcance de la doctrina de la Sala 1.^a del TS ante el "Procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria"», en *Revista de Derecho Patrimonial*. Aranzadi del año 1999. Navarra, 1999.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL; RIFA SOLER, JOSÉ MARÍA y VALLAS GAMBOU, JOSÉ FRANCISCO, *Monografías para la práctica: El Juicio Ejecutivo*, Editorial La Ley-Actualidad. Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ SEJO, JOSÉ MARÍA, «Procedimientos de ejecución sobre inmuebles», en *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*. Consejo General del Poder Judicial en colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Estudios de Derecho Registral, núm. 13, de 1998. Edita Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999.
- GALLARDO CORREA, CONRADO, *Intereses, costas y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria*, Conferencia pronunciada en «Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución y Registro de la Propiedad», organizadas por

el Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España a través de su Centro de Estudios Registrales, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, los días 19, 20 y 21 de enero de 2000. Se publicó dicha conferencia en el Boletín Interno de Información Registral «La Buhaira» de dicho Decanato de Andalucía Occidental, núm. 17.

GARCÍA CONESA, ANTONIO, «Comentarios al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 19, de 9 de septiembre de 1999» (calificación de la competencia territorial), en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 85.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*. Editorial Civitas. Madrid, 1994.

— «El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización de valor de la hipoteca. Dos enmiendas imprescindibles al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en revista «*Lunes Cuatro Treinta*», núm. 257.

— «El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización de valor de la hipoteca», en revista «*Lunes Cuatro Treinta*», núm. 257.

— «Los llamados "pactos de vencimiento anticipado de hipoteca" como condición resolutoria explícita del préstamo hipotecario. Lo positivo y lo negativo de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999», en revista «*Lunes Cuatro Treinta*», núm. 264.

GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER, «Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la LH (procedimiento judicial sumario)», en *Práctica Hipotecaria*, núm. 2. Procedimiento Judicial Sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Jornadas sobre ejecución hipotecaria). Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Editorial Marcial Pons. Barcelona, 1994.

— *La extinción del crédito hipotecario*, en Libro homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y Luis Selva. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1998.

GÓMEZ SALCEDO, AGUSTÍN MANUEL, «El procedimiento judicial sumario en primera instancia. Problemática de arrendamientos y ocupaciones del inmueble ante la ejecución: notificaciones, retractos, etc.», en *Mesa redonda sobre Ejecución Hipotecaria en «Jornadas sobre Operaciones Bancarias: Conceptos matemáticos, aspectos jurídicos y malas prácticas bancarias»*, organizada por Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC), días 21-24 de febrero de 2000.

GUASP, JAIME, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Editorial Bosch, Barcelona, 1951.

GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *Comentario al Código Civil* (donde comenta varios de sus preceptos). Tomo II. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993.

HERNÁNDEZ, CRESPO, CARLOS, «Publicidad registral de la suspensión de pagos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 604, correspondiente a los meses de mayo-junio de 1991.

JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*. Editorial Comares, Granada, 1999.

LARRONDO LIZÁRRAGA, JOAQUÍN MARÍA, *Jurisprudencia Patrimonial Comentada 1995-1998 (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Jus-*

- ticia y Audiencias Provinciales). Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1999.
- «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria: Exposición sistemática», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 86, noviembre-diciembre de 1999. Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Barcelona.
- LEYES HIPOTECARIAS Y REGISTRALES DE ESPAÑA, *Fuentes y evolución*. Tomo II, Volumen I. Leyes de 1909. Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Editorial Castalia. Madrid, 1989.
- LOIS PUENTE, JOSÉ MANUEL, «Análisis de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo y en especial en los préstamos hipotecarios. Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999», en *Mesa redonda sobre Ejecución Hipotecaria en «Jornadas sobre Operaciones Bancarias: Conceptos matemáticos, aspectos jurídicos y malas prácticas bancarias»*, organizada por Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC).
- LÓPEZ LIZ, JOSÉ, «Perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipotecas», en *La Ley*.
- MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO, «El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. Su viabilidad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 641, correspondiente a los meses de julio-agosto de 1997.
- MENA Y SAN MILLÁN, *Calificación registral de documentos judiciales*. Editorial Bosch, Barcelona, 1985.
- MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, «Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior», en *Revista de Derecho Patrimonial*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1999.
- MONTERO AROCA, JUAN, «Las ejecuciones hipotecarias y la tutela judicial privilegiada. La constitucionalidad de algunas tutelas judiciales efectivas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 633, correspondiente a los meses de marzo-abril de 1996.
- MORELL Y TERRY, J., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria (de 1909)*. Tomo Cuarto. Artículos 118 a 264. Editorial Reus. Madrid, 1918.
- O'CALLAGHAN XAVIER, «La jurisprudencia del artículo 131 de la LH: Doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», en *Mesa redonda sobre Ejecución Hipotecaria en «Jornadas sobre Operaciones Bancarias: Conceptos matemáticos, aspectos jurídicos y malas prácticas bancarias»*, organizada por Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC).
- PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*. Fundación para la formación de altos profesionales. Colección Administrativa y Tributaria. Madrid, 1996.
- *La protección del arrendamiento urbano*. Cuadernos Civitas, 1995.
- *El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1996.

- «La constitución unilateral de hipoteca», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 549, correspondiente a noviembre-diciembre de 1995.
- *El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1996.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999.
- PRETEL SERRANO, JUAN JOSÉ, *Comentario al artículo 153 de la Ley Hipotecaria*. Pendiente de publicación en *Comentarios a la Ley y Reglamentos Hipotecarios*.
- RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, «Reflexión sobre el sistema de subasta en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», en *Práctica Hipotecaria*, núm. 2. Procedimiento Judicial Sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Jornadas sobre ejecución hipotecaria). Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Editorial Marcial Pons. Barcelona, 1994.
- RIVAS TORRALBA, RAFAEL, A., *Anotación de embargo II*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1994.
- ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*. Tomo IV-1.º y 2.º Editorial Bosch. Barcelona, 1979.
- ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y MOLINA JUYOL, JUAN DE, *Jurisprudencia Registral*, Tomo VII, años 1930 a 1939. Editorial Bosch. Barcelona, 1953.
- *Jurisprudencia Registral*, Tomo VIII, años 1940 a 1950. Editorial Bosch. Barcelona, 1953.
- *Jurisprudencia Registral*, Tomo IX, años 1951 a 1963. Editorial Bosch. Barcelona, 1967.
- *Jurisprudencia Registral*, Tomo XI, años 1964 a 1977. Editorial Bosch. Barcelona, 1980.
- ROCHE NAVARRO, ALEJANDRO, «Análisis de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo y en especial en los préstamos hipotecarios. Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999», en *Seminario sobre controversias sobre la ejecución hipotecaria*, en Mesa Redonda de AUSBANC antes citada.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, «Comentarios a la Resolución de 31 de diciembre de 1981», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 556.
- SÁNCHEZ GÁLVEZ, FRANCISCO, «La ejecución judicial sumaria de la indemnización moratoria», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, núm. 5 (2.ª época), correspondiente al mes de junio de 1995.
- SARMIENTO RAMOS, JUAN, *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1993.
- VENTOSO ESCRIBANO, ALFONSO, «El artículo 55.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en las ventas judiciales», en *Libro homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Tomo IV. Editado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado. Madrid, 1988.
- VILLAPLANA GARCÍA, CONSTANCIO, *Fichero hipotecario (Jurisprudencial y doctrinal, cerrado a 31-12-1995)*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1996.

ADDENDA BIBLIOGRÁFICA: Asimismo, se han consultado diversos números, tanto del Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, en su primera y segunda época, como de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y de la Revista Lunes Cuatro Treinta.

Del mismo modo se han tenido a la vista, lógicamente, los correspondientes textos legales.