

El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (*)

SUMARIO: I. PRIMERA PARTE: 1. INTRODUCCION.—2. DESARROLLO HISTÓRICO DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EXTRAJUDICIAL.—3. ESENCIA DE LA HIPOTECA. SU FORMACIÓN HISTÓRICA.—4. CARACTERES DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.—5. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL: 5.1. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY. 5.2. EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL Y EL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 5.3. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS.—6. REQUISITOS O PRESUPUESTOS PARA LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL. ARTICULO 234 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO: 6.1. ESTIPULACIÓN ESPECIAL Y SEPARADA. 6.2. VALOR A EFECTOS DE SUBASTA. 6.3. DETERMINACIÓN DEL DOMICILIO. 6.4. DESIGNACIÓN DEL REPRESENTANTE. 7. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL. EXEGESIS DEL ARTICULO 235.1 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.—II. SEGUNDA PARTE: 8. SEGUNDA INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS DE LOS JUECES EN EL CONOCIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.—9. BREVE ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL: 9.1. REQUISITOS. 9.2. FASE DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. 9.3. FASE DE FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.—10. CONEXIONES CON LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES SEGÚN LA REGULACIÓN DEL REGLAMENTO: 10.1. FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR FRUSTRACIÓN DEL REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR. 10.2. LAS SUBASTAS DESIERTAS. 10.3. ENTREGA DE LA POSESIÓN AL ADJUDICATARIO DE LA SUBASTA. 10.4. LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL EN LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 236.ñ). 10.5. LAS DEMÁS RECLAMACIONES QUE PUEDEN FORMULARSE. 10.6. LA PURGA DE LOS ASIENTOS POSTERIORES.—11. OTRAS POSIBLES INTERVENCIONES JUDICIALES NO CONTEMPLADAS EN EL REGLAMENTO: 11.1. EL SOBRANTE DE LA SUBASTA. 11.2. LA CONCURRENCIA DE OTROS PROCEDIMIENTOS.

(*) El texto del presente estudio está integrado por sendas conferencias pronunciadas por sus autores en el marco del Seminario de Formación de Jueces y Magistrados —primer semestre de 1995— que bajo la organización del Consejo General del Poder Judicial se celebraron en la sede del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalidad de Cataluña (Barcelona) los días 7 y 14 de marzo de 1995.

I. PRIMERA PARTE

1. INTRODUCCIÓN

1. La *hipoteca inmobiliaria* es un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles y que asegura el cumplimiento y la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor, enajenando los bienes y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido y cualquiera que sea en tal momento el poseedor o propietario de los mismos.

2. La *acción* en virtud de la cual el acreedor promueve la enajenación del bien hipotecado, puesto que se dirige especialmente contra éste, se denomina *acción real hipotecaria*; junto a la cual el acreedor cuenta con la acción personal derivada del crédito garantizado, como reconoce el artículo 105 LH al señalar que la hipoteca no limita la responsabilidad universal del deudor. De esta suerte, se le reconoce al acreedor una acción para dirigirse contra el *resto del patrimonio del deudor*, salvo que por pacto expreso se limite la responsabilidad a la hipotecaria, en cuyo caso la acción del acreedor «quedará limitada al importe de los bienes hipotecados y no alcanzará a los demás bienes del patrimonio del deudor».

3. Pues bien, centrándonos en la *acción real* nacida de la hipoteca, en nuestro Ordenamiento se prevén *cuatro procedimientos* diferentes para su ejercicio:

- El juicio declarativo ordinario, regulado en los artículos 481 y siguientes LEC.
- El juicio ejecutivo ordinario de los artículos 1.429 y siguientes LEC, con las especialidades de los artículos 126 y 127 LH.
- El procedimiento judicial sumario de los artículos 129 a 135 LH.
- Y el procedimiento extrajudicial ante Notario previsto en el artículo 129 LH y regulado en los artículos 234 a 236 RH, en cuyo último procedimiento hemos de centrar nuestra atención por razón del tema objeto del presente estudio.

2. DESARROLLO HISTÓRICO DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EXTRAJUDICIAL

1. El Código Civil al permitir la realización de la prenda mediante su enajenación en pública subasta ante Notario y sin necesidad de pacto previo, como acertadamente pone de manifiesto MAGARIÑOS BLANCO, recogió lo

que constituye la *esencia de los derechos de garantía*: la posibilidad que se otorga al acreedor de cobrar su crédito sin la colaboración del deudor mediante la realización del valor del bien gravado, procurándose por acto propio el reintegro de la cantidad que se le adeudaba.

2. Ahora bien, es lo cierto que la *evolución histórica* de las distintas figuras de garantía real se desenvuelve en un doble sentido:

- a) Por un lado, en el de alcanzar un medio que otorgue al acreedor seguridad suficiente en el cobro de su crédito; y
- b) Por otro lado, limitar el exceso de poder de sus facultades que pudiera derivar en abusos de su ejercicio a través, a su vez, de una doble vía:
 - prohibición de pacto comisorio;
 - control de la enajenación o realización de la cosa que permita la obtención de un precio justo.

A través de esta doble vía se llega, por influencia del Derecho germánico, a limitarse la posibilidad de la realización hipotecaria a la vía de la ejecución judicial.

3. La *influencia germánica* en este aspecto en nuestro Derecho es evidente, ya que el *Derecho Romano* si bien conserva la prohibición del pacto «*commissorium*», no obstante facultaba al acreedor para proceder por sí a la venta de la cosa pignorada caso de impago del crédito garantizado, e incluso se permitió que el mismo acreedor quedara dueño de la cosa por el valor estimado en el momento del vencimiento del débito y abonando la diferencia, fórmula que pasó a las Partidas; frente a ello el Derecho germánico sólo contemplaba la posibilidad de la ejecución judicial, fórmula que se traslada al artículo 133 de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 que sólo admite la misma posibilidad de ejecución judicial.

4. Por ello, *antes de la promulgación del Código Civil* a nadie se le había ocurrido pactar un procedimiento de ejecución extrajudicial. Pero publicado dicho Cuerpo legal, como advierte ROCA SASTRE, comenzó a estipularse en las escrituras de hipoteca este último procedimiento. La *validez* de dicho pacto fue muy discutida, pero tanto el TS como la DGRN terminaron por aceptar el pacto y el procedimiento. En sus primeras Resoluciones la DG acostumbraba a decir que lo que resulta justo para la cosa pignorada no puede resultar injusto para la cosa hipotecada.

5. No obstante, el *procedimiento extrajudicial no alcanzó rango normativo* hasta el *Reglamento Hipotecario de 1915* que consagró su artículo 201 a regular los trámites esenciales del proceso, si bien con carácter subsidiario de la autonomía de la voluntad, que no tenía otros límites que los del artículo 1.255 CC al que expresamente se remitía. Los únicos requi-

sitos de orden imperativo eran uno de carácter positivo (necesidad de que se pactara expresamente) y otro de tipo negativo (que no tendría aplicación cuando existieran terceros con título inscrito antes de la **sustanciación** del procedimiento). Este último extremo fue objeto de crítica doctrinal por considerar que permitía al deudor, mediante una venta o hipoteca simulada, neutralizar un derecho consagrado a través de un pacto, que de este modo surtían exclusivamente efectos personales y no frente a terceros. Parecía obedecer ello a la fuerte prevención que experimentaba el legislador frente al pacto comisorio y a la usura.

6. Por su parte, la *Ley Hipotecaria de 1944-1946* consagra expresamente la validez del procedimiento y también su eficacia frente a terceros en el artículo 129.2, remitiendo al Reglamento la regulación de los trámites.

El *RH de 1947* reguló, en virtud de tal remisión normativa, todos los trámites del procedimiento de forma minuciosa e imperativa en sus artículos 234-236.

7. Lo cierto, no obstante, es que la *innovación pasó prácticamente inadvertida* en la doctrina y los autores que repararon en ella lo hicieron de forma crítica. Fue el caso de LA RICA, quien criticó negativamente la posibilidad de aplicación del procedimiento en caso de existir terceros por considerar que implica un riesgo de desnaturalizar la función notarial obligándola a invadir campos propios de la función judicial.

8. En la *realidad práctica*, el desinterés de la doctrina acerca del procedimiento **extrajudicial** fue acompañado por una *falta de éxito* dada su infrecuente utilización o empleo. Las *causas de este fracaso* fueron básicamente dos:

1. Las facilidades que concedía el RH al deudor para la suspensión del procedimiento (el **art.** 236 establecía que se suspendería no sólo por las causas del art. 132 LH, sino también cuando con anterioridad a la subasta se anotara preventivamente la oposición al procedimiento formulada en juicio declarativo ordinario, oposición que podía proceder del deudor o de cualquier tercero).

2. El rígido sistema de doble subasta con sujeción al mismo tipo, lo que dificultaba la enajenación.

Por tanto, el procedimiento extrajudicial quedó arrinconado en la práctica, frente a la generalización del procedimiento judicial sumario, y cayó en el olvido de la doctrina.

9. Esta **inoperatividad** del procedimiento extrajudicial y la necesidad de aliviar la congestión de la Administración de Justicia, sobre todo en un sector necesitado de un gran dinamismo por razón de la intensidad del tráfico jurídico que opera en el mismo, como es el de la vivienda, motivó una profunda

reforma del procedimiento **extrajudicial** mediante *RD de 27 marzo 1992*, cuyo propósito —**según** se lee en la **EM**— es el de arbitrar un dispositivo viable, equilibrado y seguro que ofrezca un cauce alternativo para la satisfacción del acreedor. Para ello se da nueva redacción a los artículos 234-236 RH.

3. ESENCIA DE LA HIPOTECA. SU FORMACIÓN HISTÓRICA

1. Para comprender correctamente el significado del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria resulta *conveniente*, a mi juicio, aclarar cuál es la *esencia de la hipoteca* a través del seguimiento de las distintas fases de su formación histórica.

Como sabemos, junto al principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, surgen las *garantías* de las obligaciones como modos específicos de reforzar la posición jurídica del acreedor, añadiendo un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que se yuxtapone al derecho de crédito. Entre tales garantías figura la hipoteca, que constituye su forma más evolucionada y eficaz.

2. Sin embargo, en un *primer momento histórico* se acude a la transmisión de la propiedad con fines de garantía («**fiducia** cum **creditore**»), facilitando con ello el abuso del acreedor que cuenta con facultades desproporcionadas.

3. Tales inconvenientes se corrigen mediante *la prenda*, de forma que la garantía se apoya en la entrega de la posesión —**no** de la propiedad—. Pero con la prenda se debilita la posición del acreedor. Se pretende, por ello, corregir este debilitamiento mediante la concesión al acreedor de medios de **autosatisfacción** del crédito a través de dos vías: el pacto comisorio y el pacto «de **vendendo**».

El primero encerraba el peligro de un enriquecimiento injusto del acreedor, y por ello el emperador Constantino lo prohibió. Por contra, el pacto que establecía el *ius vendendi* a favor del acreedor pignoraticio se hizo tan frecuente que la jurisprudencia romana (fines s. II d.C.) terminó por considerarlo como un elemento natural de la prenda.

4. Pero, a su vez, el *desplazamiento posesorio* planteaba serios *inconvenientes* para el deudor —**al** que debilita su posición económica por la pérdida de la posesión de la cosa **pignorada**—, por lo que se introdujo la posibilidad de la prenda sin posesión (*pignus conventum* o «hipoteca»), en la que la entrega de la posesión se aplaza hasta que la obligación se incumpla a fin de proceder a su venta. La garantía quedaba reducida, pues, al derecho concedido por el pacto «de vendendo» y la esencia de la hipoteca fijada en el *ius vendendi* que el acreedor podía ejercitar, si bien debía devolver el «**superfluum**» del precio obtenido.

5. En esta evolución el último paso se produce por la sustitución de la posesión necesaria para la *venta por la publicidad registral*, que permite la enajenación sin entrega de posesión, a través de los mecanismos registrales de publicidad y mediante el control estatal de aquella enajenación.

6. Así pues, la hipoteca aparece ya en la actualidad conformada sobre la base del «*ius vendendi*», como claramente queda reflejado en el artículo 1.858 CC, según el cual: «Es la esencia de los contratos de prenda e hipoteca que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor».

Con ello el acreedor no necesita acudir a la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor; le basta realizar la garantía, vendiendo la cosa. El acreedor realiza así una «ejecución» pactada, que no forzosa.

7. Ahora bien, paralelamente, en la evolución de la hipoteca se manifiesta una tendencia clara a *establecer cautelas* en torno a la realización del bien hipotecado tendentes a evitar abusos por el acreedor y que, en suma, concluyen en la exigencia de someter la venta a control público, de forma que ha de realizarse con intervención del Estado. ¿Cuál es la forma que reviste dicha intervención?

8. La *LH de 1861 no estableció ningún procedimiento especial* de ejecución. La Reforma de 1909 implantó el procedimiento judicial sumario y en su artículo 126 aludía además al ejecutivo ordinario. Y el RH de 1915 reguló a su vez, como vimos, el procedimiento extrajudicial, a través de cuyo último procedimiento la intervención estatal del «*ius vendendi*» del acreedor no reviste forma judicial sino notarial.

4. CARACTERES DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

1. **Mayoritariamente**, la doctrina considera el procedimiento extrajudicial como un *proceso de ejecución pura*, de análoga naturaleza que el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, si bien sustanciado ante Notario.

— El procedimiento judicial sumario fue introducido por la LH de 1909 con la finalidad de facilitar al acreedor un medio fácil de lograr la efectividad del crédito hipotecario, evitando el juicio ejecutivo ordinario, que era largo y antieconómico, y apoyándose para ello en la idea de que el derecho real de la hipoteca, como derecho de constancia registral que es, cuenta con la seguridad jurídica que la inscripción proporciona.

— En el procedimiento extrajudicial, al igual que en el judicial sumario, se produce una *simplificación del procedimiento ejecutivo ordinario*, prescindiendo de la fase de cognición y conservando sólo la fase de apremio o ejecución en sentido estricto y eliminando varios trámites de esta última.

Se trata, pues, de un proceso especial de apremio, sin fase de contención, oposición o controversia entre partes. No se trata tanto de «un juicio» cuanto de un proceso de ejecución dirigido a la realización del valor en cambio de la finca hipotecada y que entraña una acción directa contra los bienes hipotecados (SSTS de 24 marzo 1983 y 12 noviembre 1985; STC de 17 enero 1991: «Este procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de **excepciones**»). Cuya caracterización jurisprudencial, si bien se ha realizado respecto del procedimiento judicial sumario, es claramente extrapolable al extrajudicial.

— Todo ello ha hecho pensar a parte de la doctrina que la verdadera sede del procedimiento extrajudicial es el ámbito de la jurisdicción voluntaria o bien que no hay ejercicio de una acción en juicio, sino simplemente efectuación de una relación jurídica.

— De forma muy gráfica y acertada, en mi opinión, algún autor (**VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO**) ha llegado a afirmar que no estamos ante una acción canalizada a través del correspondiente juicio, sino ante una modalidad notarial del control estatal del ejercicio del «*ius vendendi*» en que consiste la hipoteca.

2. El procedimiento extrajudicial, en tanto que modalidad notarial del control estatal de la realización hipotecaria, *no implica ni exige ejercicio de actividad jurisdiccional alguna*.

En efecto:

a) Para que el procedimiento se inicie basta que se compruebe la certeza y exigibilidad del crédito garantizado con la hipoteca, cuya comprobación se apoya únicamente en datos fehacientes: escritura de constitución de hipoteca (fe pública notarial) y certificación registral (fe pública registral).

— Después, el Notario, si estima cumplidos todos los requisitos para la viabilidad del procedimiento extrajudicial, solicitará certificación registral en la que conste, entre otros extremos, inserción literal de la hipoteca en los términos en que esté vigente.

— Por tanto, el apoyo básico del procedimiento extrajudicial, como del judicial sumario, está en la legitimación registral que genera una serie de presunciones jurídicas que sólo pueden destruirse fuera del propio proceso de ejecución, pero sin suspenderlo (**art. 132 LH**), pues éste sigue su curso apoyado en los datos **registrales**, razón por la cual —al dejar a salvo las posibles cuestiones de fondo para que no se discutan en juicio **ordinario**— ni el judicial sumario ni, menos aún, el extrajudicial producen efectos de cosa juzgada.

3. Por otra parte, los actos y *trámites* en que se desarrolla el procedimiento *encajan en el ámbito de las funciones notariales*, ya que o bien se trata de actos de carácter fehaciente propios de la intervención notarial (requerimientos, notificaciones, comunicaciones) o bien se trata de actos que presentan un cierto contenido negocial (pago, subrogación, cesión del remate, subasta, adjudicaciones, otorgamiento de la escritura de transmisión a favor del rematante).

Por el contrario, se *han evitado* en la regulación del procedimiento **extrajudicial** la inclusión de *trámites que exijan coactividad* o «**imperium**» jurisdiccional. Así, la rebeldía del dueño de la finca se ha salvado mediante la técnica típica del Derecho Privado, que es el **apoderamiento** irrevocable; la entrega de la posesión al adjudicatario, remitiéndose a tales efectos al Juez. Y por último, en los casos en que pueda existir oposición o contradicción, o bien se suspende el procedimiento o bien se desvía la oposición al cauce judicial. Y, además, la posible colisión entre los derechos del acreedor y los de los terceros se resuelve con el exclusivo criterio de la prioridad **registral**, de sencilla constatación por parte del Notario.

5. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

Básicamente han sido cuatro los aspectos discutidos del procedimiento extrajudicial desde la perspectiva de su constitucionalidad, relativos respectivamente al principio de reserva de Ley, al de unidad jurisdiccional, al de tutela judicial efectiva y al de **irretroactividad** de las normas desfavorables.

5.1. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

1. Comenzando por el primer aspecto, se ha entendido por alguna doctrina que el *rango de la norma* por la que se ha procedido a la reforma **del** procedimiento extrajudicial es insuficiente, es decir, que el RD de 1992 no llega a cubrir la exigencia de rango normativo legal en la materia.

— Se argumenta a estos efectos que la LH vigente fue aprobada por el Gobierno haciendo uso de la autorización concedida por la disposición adicional 2.^a de la Ley de 30 diciembre 1944. Se trató, por tanto, de una delegación legislativa.

— La técnica de la delegación fue muy empleada durante el siglo **XIX** y el propio Código Civil tuvo este origen. En la actualidad está plenamente aceptada en el moderno Estado de derecho y se halla expresamente recogida en el artículo 82 de la Constitución.

2. Pues bien, el artículo 729.2 LH *no regula directamente el procedimiento de ejecución extrajudicial*, sino que se limita a prever su válida constitución mediante pacto expreso, remitiéndose en la regulación de sus trámites al RH. Respecto de tal situación se han decantado dos posturas interpretativas:

a) Para unos, como MEZQUITA DEL CACHO, el artículo 129.2 LH no estableció por sí el procedimiento de ejecución extrajudicial, sino que adoptando la estructura de «norma en blanco» recurrió a la fórmula de la delegación legislativa, de modo que los artículos 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario de 1947 pasarían a tener un rango legal delegado o comunicado, por lo que de seguir esta tesis la reforma del RH en sede de procedimiento de ejecución extrajudicial debería haberse abordado por una disposición de rango legal.

Generalmente, esta tesis se ha de rechazar desde la perspectiva del moderno Derecho constitucional, puesto que al ser la LH de 1946 una Ley delegada, no puede acudir a una nueva delegación. Así, el artículo 82 de la Constitución declara que la delegación se agota por su propio uso y no puede entenderse concedida ni de modo implícito ni por tiempo indefinido, ya que se confiere de modo expreso y por tiempo limitado.

b) La *segunda interpretación* parte de la idea de que el artículo 129.2 LH establece el procedimiento de ejecución extrajudicial y encomienda la regulación de sus trámites al Gobierno, que en uso de dicha remisión hace un ejercicio normal de su potestad reglamentaria (art. 97 Constitución). El Tribunal Constitucional (SS. 4 mayo 1982 y otras) tiene declarado que el alcance del Reglamento depende de la mayor o menor **pormenorización** del texto legal y de la mayor o menor habilitación concedida por este último, lo que pone de manifiesto una concepción amplia o permisiva de nuestra Constitución al respecto. Otra cosa es que se pueda censurar la técnica jurídica empleada por el artículo 129.2 LH, que carece de contenido normativo propio al haber prescindido, incluso, de sentar las líneas maestras o básicas de la regulación del procedimiento de ejecución extrajudicial.

Desde la perspectiva de esta interpretación, está claro que la reforma del procedimiento de ejecución extrajudicial está realizada con suficiente rango normativo al haberse abordado a través de un RD.

5.2. EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL Y EL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. Con ocasión de la reforma se ha planteado el tema de la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial tanto desde la perspectiva

del principio de unidad jurisdiccional como el de la tutela judicial efectiva.

En relación con el primero, el *artículo 117.3 de la Constitución* establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes (exclusividad de jurisdicción en sentido positivo), y el *artículo 117.4*, por su parte, dispone que aquéllos no ejercerán más funciones que las señaladas anteriormente y las que expresamente les sean atribuidas por la Ley (exclusividad en sentido negativo).

2. Es necesario, por tanto, saber *en qué consiste lo jurisdiccional* y si el procedimiento extrajudicial es o no una variante de aquel concepto.

3. Ya dijimos, sin embargo, que la *realización hipotecaria* no es más que la activación de un derecho privado que constituye la *esencia de la hipoteca*. Esta realización está sometida a un control de legalidad que tradicionalmente se ha realizado por la autoridad judicial, pero que igualmente puede realizarse por otras autoridades o funcionarios legalmente habilitados para ello. Por ello, y aunque históricamente se hayan utilizado las vías típicas del proceso para realizar tal control, la LH desde su Reforma de 1909 ha creado un trámite abreviado y especial, que es el judicial sumario, y que no es más que un control judicial de la realización hipotecaria.

4. *No se trata*, pues, de una *ejecución forzosa*, como ya dijimos, que tendría que realizarse a través de los órganos jurisdiccionales puesto que el fundamento de la hipoteca radica en la idea de eludir precisamente la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor mediante la atribución al acreedor de la facultad de enajenar la cosa hipotecada no a través de un acto coactivo de «*imperium*», sino a través de un acto propio, bajo control de legalidad ejercido por el Estado, y ello en virtud del pacto de sujeción al procedimiento judicial o extrajudicial incorporado a la escritura de constitución de hipoteca y de la propia naturaleza y esencia del derecho real de hipoteca.

5. Desde el punto de vista del principio constitucional de *tutela judicial* efectiva de los derechos, también se han suscitado dudas de constitucionalidad del procedimiento de ejecución extrajudicial. Así, se afirma que la posibilidad de que por pacto expreso se puede prescindir no sólo de la fase judicial de cognición (como sería el caso del arbitraje), sino también de la ejecución procesal, con lo que normalmente conlleva de coactividad e imposición, vulnera el citado principio de tutela judicial efectiva.

Y es que, en efecto, en el caso del *arbitraje*, como aclara el Preámbulo de su Ley reguladora de 5 diciembre 1988, el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, pues se regula el recurso de anulación del laudo, sin perjuicio de las medidas

cautelares mientras se tramita la anulación y, además, la ejecución judicial del laudo con un sistema suficientemente completo como para encauzar la pretensión de ejecución y la oposición a la misma con garantías suficientes para ambas partes impide que se pueda especular sobre una supuesta vulneración del principio de tutela efectiva. Por el contrario, se afirma, en el caso del procedimiento de ejecución extrajudicial, un pacto equivalente desviaría la intervención del Juez, dando a la escritura el valor de sentencia firme, y por tanto ejecutable, en el campo de la ejecución pura, y no sólo en el terreno de la decisión de la cuestión litigiosa, con remisión de la ejecución al Juez, como en el arbitraje.

6. Sin embargo, frente a esta tesis se alza el *concepto que del principio de tutela judicial efectiva* ha construido la doctrina del *propio Tribunal Constitucional*, según el cual el derecho de tutela judicial consagrado por el artículo 24 equivale al «derecho que tienen todas las personas al acceso a los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, formulando cualesquiera pretensiones, y a obtener de los mismos una resolución fundada en Derecho, tras un proceso en que se garantice adecuadamente el derecho de defensa de los afectados y se respete el principio de contradicción y de igualdad de armas procesales»; pero dicho acceso, según subraya el TC, ha de tener lugar en todo caso «con arreglo a las normas de competencia y procedimiento legalmente establecidos», y, por consiguiente, el debate que podrá existir sobre si ciertas pretensiones o excepciones pueden esgrimirse en el seno del propio procedimiento extrajudicial o, por el contrario, han de hacerse valer en el declarativo ordinario que contempla el artículo 132 LH, es un debate de legalidad ordinaria, sin que, por consiguiente, dicha cuestión haya de venir predeterminada o prejuzgada por razón del concepto constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, al que le basta la posibilidad de acceso a los órganos jurisdiccionales con respecto a los principios de audiencia, contradicción y defensa, y con obtención de una resolución fundada en Derecho, a lo que se da cumplimiento por el RH privando ~~del~~ efecto de cosa juzgada material al procedimiento extrajudicial mediante la remisión efectuada por el artículo 236 (en cuanto a las reclamaciones que puedan formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados distintos de los que causan la suspensión del procedimiento, esto es, falsedad del título hipotecario y cancelación de la hipoteca) a lo dispuesto por el artículo 132 LH, que prevé que tales reclamaciones se ventilarán por los trámites del juicio declarativo ordinario que corresponda.

Esta es la doctrina sentada por el **Tribunal Constitucional** en su Sentencia de 17 enero 1991, reiterada por otras posteriores, en relación con el procedimiento judicial sumario, y que es plenamente aplicable o extrapolable al procedimiento de ejecución extrajudicial.

Por tanto, *recapitulando*, se puede afirmar que la tutela efectiva queda salvada en base a lo siguiente:

- a) Que el contenido propio de la hipoteca lo constituye la facultad atribuida al acreedor de enajenar la cosa, consintiendo el deudor mediante pacto que su defensa esté momentáneamente disminuida y que la realización se efectúe privadamente;
- b) Que el abuso por el acreedor se evita mediante la prohibición del pacto comisorio (art. 1.859 CC) y con la regulación detallada de un procedimiento a través del que la intervención notarial garantiza la legalidad de la enajenación;
- c) Que se eluden los aspectos que requerirían una intervención judicial por su contenido coactivo inmediato (toma de posesión) y se resuelven otros con mecanismos propios del Derecho Privado (apoderamiento, escritura pública, etc.).
- d) Por último, se deja vía libre a la protección judicial al quedar abierto el juicio declarativo ordinario al no producirse efecto de cosa juzgada.

5.3. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS

1. Por último, en cuanto al *principio constitucional de irretroactividad* de las normas sancionadoras y no favorables, hay que significar que, según la disposición adicional del RD 27 marzo 1992, «las disposiciones del RH modificadas e introducidas por el presente RD se aplicarán exclusivamente a las ejecuciones extrajudiciales que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, cualquiera que fuere la fecha en que se hubiera otorgado la escritura de constitución de hipoteca».

— Este precepto, aparte de la crítica recibida por regular problemas de Derecho transitorio a través de una disposición adicional, ha despertado una viva polémica doctrinal desde la perspectiva del citado principio constitucional al considerar que al dotar a la Reforma del procedimiento de ejecución extrajudicial de efecto retroactivo, aunque sea de grado medio, podría vulnerar el artículo 9.3 de la Constitución que garantiza la irretroactividad de las normas sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales.

— Habrá que determinar, pues, si las normas que reforman el procedimiento de ejecución extrajudicial pertenecen a alguna de las citadas categorías.

2. Parece evidente que en caso de incumplimiento por el deudor de la prestación debida, el acreedor pueda reaccionar mediante el ejercicio de

la acción que corresponda para reclamar el cumplimiento, sin que dicha acción participe de la naturaleza jurídica de las «*sanciones*», pues deriva de la naturaleza propia de las obligaciones, siendo una consecuencia consustancial a las mismas. Al deudor que no cumpla voluntariamente se le puede imponer la ejecución forzosa de la obligación, no consistiendo ésta en una prestación personalísima.

— Pero es que, además, en el caso del procedimiento de ejecución extrajudicial, como hemos visto, no se trata tanto de imponer una ejecución forzosa de la obligación cuanto de realizar el contenido propio del derecho de hipoteca mediante el ejercicio de la facultad de enajenar la cosa gravada, lo que nos sitúa todavía más lejos del ámbito sancionador a que se refiere el artículo 9.3 de la Constitución.

3. Por otra parte, tampoco se puede considerar la nueva regulación del procedimiento de ejecución extrajudicial *como norma restrictiva de derechos individuales*, a los que será igualmente predicable el principio de irretroactividad del artículo 9.3.º de la Constitución.

— En efecto, el procedimiento de ejecución extrajudicial está integrado por un conjunto de trámites que tratan de asegurar la legalidad y la interdicción del abuso del acreedor en el proceso de enajenación de la cosa gravada, y dichos trámites están regulados por normas que presentan carácter de objetivas o de procedimiento. En ellas, pues, no se establecen derechos subjetivos, sino mecanismos de defensa o control de un derecho, y, por tanto, participan de la naturaleza de las normas procesales, que como tales presentan carácter imperativo y de orden público (art. 235.2 RH).

— Pues bien, como es sabido, la doctrina y la jurisprudencia consideran que las normas objetivas y ordenadoras del proceso tienen eficacia retroactiva por cuanto que suponen una mejor protección de los derechos. Esta es la tesis más extendida entre los procesalistas y es la asumida igualmente por el propio Tribunal Constitucional, que ha sostenido la tesis de la eficacia inmediata en relación con la propia Constitución en su papel de nueva Ley procesal (S. 20 octubre 1982) y también en el caso de sucesión entre leyes procesales ordinarias (S. 29 junio 1987).

— Por su parte, la misma LH en su DT 5.^a dispuso que los procedimientos ejecutivos por razón de hipotecas iniciados con posterioridad al 1 de enero de 1945, aunque se refieran a hipotecas inscritas con anterioridad a dicha fecha, se regirán por la presente Ley, «incluso aquellos en los que se hubiera pactado cualquier procedimiento especial para su ejecución».

4. Aun con todo, hay que destacar que *algunos autores* sostienen el carácter no meramente objetivo o procesal de las normas reguladoras del procedimiento de ejecución extrajudicial. Este es el caso de MEZQUITA

GARCÍA-GRANERO, quien considera que lo alterado por la Reforma de 1992 no es simplemente el marco procesal en que el deudor podía esperar **defender** su posición sustantiva frente a las pretensiones del acreedor en caso de impago, sino que se ha modificado esa misma posición sustantiva, pues se trata de realización privada de derechos por vía notarial y no de solución judicial de los mismos.

— En el mismo sentido se pronuncia MEZQUITA DEL CACHO, para quien la infracción al principio de la **irretroactividad** es plenamente perceptible, ya que en las hipotecas constituidas con anterioridad hay una relación jurídica estable, basada no sólo en el contrato, sino también en la legalidad imperativa externa que en aquel momento fuera aplicable; y aquella legalidad incluía la posibilidad de que el deudor o el hipotecante antes de la subasta anotara preventivamente una demanda en juicio ordinario en la que formulara oposición al trámite notarial con efecto suspensivo sobre éste, posibilidad que desaparece tras la Reforma, por lo cual hay que considerar que desde la perspectiva del deudor la Reforma no es favorable al haberse producido una reducción de sus derechos defensivos.

5. No obstante, frente a lo anterior se puede redargüir que la extensión de la *irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución* no alcanza a cualesquiera derechos individuales. A este respecto, el TC ha dejado claro que por derechos individuales no se puede entender cualesquiera derechos adquiridos (S. 20 julio 1981) y trata de reducir su ámbito a los derechos fundamentales y las libertades públicas o, a lo más, a la esfera global de la protección de la persona, pues la expresión «restricción de derechos individuales» del artículo 9.3 —ha llegado a afirmar en su S. de 10 abril 1986— ha de equipararse a la idea de sanción, por lo que el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a aquellos derechos y libertades mencionados, por lo que en ningún caso cabría **subsumir** en tal grupo el derecho del deudor a oponerse a la tramitación del procedimiento de ejecución extrajudicial por la vía de la anotación preventiva de demanda anterior a la subasta.

6. REQUISITOS O PRESUPUESTOS PARA LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL. ARTICULO 234 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

1. Se puede decir que el *artículo 234 RH* contiene un solo mandato, el de que haya una estipulación expresa en la escritura de constitución de la hipoteca que prevea ciertas circunstancias, que ha de controlar el Notario requerido para la ejecución, y que, a su vez, se puede dividir en dos requisitos diferentes (JUAN ROMERO GIRÓN):

- a) De carácter formal: que exista una estipulación especial pactando el procedimiento formalizada separadamente de las demás estipulaciones;
- b) Y de carácter sustantivo: que se determine el valor de la finca hipotecada a los efectos de la subasta, el domicilio del deudor a efectos del requerimiento y la designación de la persona que haya de otorgar en su día la escritura de adjudicación en representación del deudor ejecutado.

6.1. ESTIPULACIÓN ESPECIAL Y SEPARADA

1. La estipulación especial es el único requisito establecido directamente por el artículo 129.2 LH y del que, por tanto, el RH no podía prescindir, por mucho que contraste esta exigencia con la omisión de tal requisito para el mismo procedimiento extrajudicial en la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954.

— El punto 2 del artículo 234 RH exige, además, que dicha estipulación conste separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura. Sobre el alcance de esta exigencia de constancia separada, incorporada al Proyecto en el último momento de su tramitación, surgieron ciertas dudas, que fueron resueltas por la DGRN en su Resolución de 16 junio 1992 sentando la conclusión de que la constancia separada es una simple exigencia de técnica notarial, ya recogida en el artículo 176 del Reglamento Notarial (se han de hacer constar separadamente cada uno de los pactos relativos a los diferentes derechos creados, modificados, transmitidos o extinguidos), y no uno de los requisitos de validez del procedimiento que se hallan contenidos exclusivamente en el punto 1 del propio artículo 234, de modo que la infracción de aquella exigencia carece de trascendencia sustantiva y puede originar únicamente la responsabilidad del fedatario infractor.

2. La DGRN ha hecho en este punto una *interpretación amplia*, la más favorable para que produzca efecto el pacto, como dispone el artículo 1.284 CC cuando la cláusula de un contrato admita distintos sentidos.

Sin embargo, lo cierto es que dicha interpretación ha despertado numerosas reacciones críticas en la doctrina, que, por lo general, ha entendido que el precepto es lo suficientemente claro y taxativo como para permitir interpretaciones en sentido alguno que no coincida con su literalidad, y ello en base a la idea de que el pacto es del suficiente alcance y trascendencia como para que la Ley procure que el deudor logre una plena conciencia sobre su significado (realización de la finca por ante Notario en caso de incumplimiento), para lo cual ordena su constancia separada, lo que hará

que el Notario en el acto de lectura de la escritura le da un énfasis especial, evitando que pueda pasarle inadvertido al deudor.

— Conectando esta idea de constancia separada del pacto con el principio de *protección al consumidor* que consagra el propio artículo 51 de la Constitución, la Resolución de 16 junio 1992 afirma que al pacto de sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial —*esté* o no reflejado en cláusula *separada*—, en caso de estar redactado sin la concreción, claridad y sencillez que impone el artículo 10 de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984, le será de aplicación la grave consecuencia sustantiva de nulidad del mismo que establece el apartado 4.º de dicho precepto.

3. Tanto la LH como el RH exigen que el pacto de sujeción conste en la escritura de constitución de la hipoteca, pero en realidad nada impide que se haga constar en un *momento posterior*, de igual modo que en cualquier momento puede novarse o modificarse cualquier otra estipulación de la hipoteca (arts. 144 RH y 240 RH). Ello se entiende, no obstante, sin perjuicio de los titulares intermedios (art. 1.219 CC).

— Lo que sucede es que no resulta fácil determinar cuál es el *perjuicio* que se sigue para los *terceros* del pacto de sumisión al procedimiento de ejecución extrajudicial toda vez que su posición procesal en el mismo es semejante a la que se le reconoce en el procedimiento judicial sumario. Quizá la diferencia más importante a estos efectos entre uno y otro procedimiento es que en el extrajudicial no se reconoce como causa de suspensión de la tramitación del mismo la interposición de la tercería de dominio a que se refiere el artículo 132.2 LH, si bien, en realidad, la tercería de dominio que prevé el artículo 132 LH es de difícilísima aplicación en la práctica, pues sólo resulta posible en caso de doble *inmatriculación* o de error del Registrador que inscribe una hipoteca en el folio *registral* de un titular distinto del deudor.

— Concluiré este apartado diciendo que, por su generalización en la práctica, el pacto de sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial se ha convertido en una *cláusula de estilo* común en las escrituras de constitución de hipotecas.

6.2. VALOR A EFECTOS DE SUBASTA

1. El artículo 234.1 RH exige que en la escritura de constitución de hipoteca se establezca el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta, **que** no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento judicial sumario.

— *La finalidad de tal requisito* es evitar el trámite de valoración pericial del procedimiento ordinario (art. 1.494 LEC), costoso y dilatorio; pero

presenta el inconveniente de una posible alteración de la valoración de la finca de forma sobrevenida entre el momento de la constitución de la hipoteca y el de su ejecución.

2. Se trata de un valor que *fijan libremente los interesados* sin necesidad de someterse a criterios fijos de valoración, pues no se trata tanto de una tasación del bien hipotecado cuanto de la fijación de un tipo de licitación. Ahora bien, ante el riesgo de que el tipo queda influido por la depreciación monetaria sufrida entre el momento de la constitución de la hipoteca y su ejecución, se admite comúnmente que el valor a efectos de subasta se conecte a un índice de estabilización, siempre que por su simplicidad no sea susceptible de generar controversión que no puedan ventilarse en el propio procedimiento extrajudicial.

— No obstante, cuando se trata de hipotecas sujetas al *mercado secundario* de cédulas, bonos o participaciones hipotecarias, el tipo de la subasta no podrá ser, en ningún caso, inferior al de la tasación pericial de la finca.

3. Por «*interesados*» hay que entender el acreedor y el hipotecante, sea o no el deudor, lo cual es lógico pues la ejecución se dirige contra la finca.

4. Si la finca tiene *cargas o gravámenes* se habrían de descontar si han de subsistir al tiempo de la ejecución. Dada la **aleatoriedad** de situaciones posibles se podrían prever diversos tipos para subasta, según que subsistan o no las cargas.

5. En cuanto a la posibilidad de *modificar el valor inicialmente fijado*, no hay nada previsto al respecto, a diferencia de lo que se prevé para el domicilio. Sin embargo, parece claro que si bien no se podrá modificar dicho valor unilateralmente, sí cabrá su alteración por acuerdo recíproco de los interesados, que podrá estar incluso justificado por razones objetivas, como sería la subsistencia de una carga que era previsible se hubiera extinguido al tiempo de la ejecución. Pero, indudablemente, puesto que en tal hipótesis la reducción del valor puede perjudicar a acreedores o titulares de derechos reales posteriores, que pueden ver reducido el sobrante, se ha de exigir su conformidad para tal modificación, y en caso de que no medie podrá formular su correspondiente impugnación judicial, que en caso de constar **registralmente** antes de la iniciación del procedimiento puede determinar la paralización del mismo por falta de certeza en uno de sus presupuestos esenciales.

6.3. DETERMINACIÓN DEL DOMICILIO

1. El artículo 234.1 RH establece como otro de los requisitos del procedimiento de ejecución extrajudicial que en la escritura de constitución

de la hipoteca se fije el domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de requerimientos y notificaciones. Añade que «la determinación del domicilio, que no podrá ser distinto del fijado para el procedimiento judicial sumario, podrá modificarse posteriormente como sujeción a lo previsto en el artículo 130 de la Ley».

— Este requisito es una *novedad de la reforma*, pues el RH de 1947 omitía la mención del domicilio, lo que había sido interpretado por la doctrina como una prohibición de fijar domicilio en base a que el artículo 235 RH se remitía a la LEC en cuanto a la forma de practicar el requerimiento al deudor o tercer poseedor.

— El requisito del domicilio en la nueva regulación es *imprescindible*, de modo que su omisión no puede sanarse mediante la notificación posterior en el domicilio real. Otra cuestión es que, fijado en la escritura un domicilio, se verifique la notificación en otro distinto con el consentimiento del notificado. En el primer caso falta un presupuesto de derecho necesario, en tanto que en el segundo se trata del cumplimiento irregular de una formalidad.

2. Según el artículo 234, el domicilio *lo fija el hipotecante*, lo que contrasta con el artículo 130 LH, según el cual lo fija el deudor. En el caso común de coincidir ambas figuras en la misma persona no hay problema alguno, en tanto que en caso contrario surgen importantes problemas de interpretación.

— Puede pensarse que la expresión del artículo 234 RH es errónea, puesto que el hipotecante no es requerido de pago, sino que como titular de la última inscripción de dominio será notificado a los diez días del requerimiento de pago dirigido al deudor. Sostiene esta opinión JUAN ROMERO-GIRÓN pensando que el hipotecante puede transmitir la finca, en cuyo caso se desentiende del procedimiento.

— Puede argumentarse, por el contrario, que la expresión hipotecante, más precisa que la de deudor, parece deliberadamente utilizada; que el artículo 130 LH al referirse sólo al deudor es poco técnico y contempla la hipótesis frecuente de que sea al tiempo el dueño de la finca hipotecada; que el artículo 236 RH sólo se refiere como sujeto pasivo del requerimiento de pago al deudor, pero hace abstracción del supuesto del hipotecante no deudor, que en caso de existir también habrá de ser requerido de pago (art. 87 LHM). Sostiene esta tesis REY PORTÓLES, por razón de que el hipotecante es el sujeto afectado por el «*ius distrahendi*». Esta es igualmente la tesis defendida por LANZAS GALVACHE en base a la remisión que hace el artículo 234.1, regla 2.^a, RH al artículo 130 LH, en cuyo último párrafo se atribuye a todo posterior adquirente de la finca gravada la facultad de cambiar el domicilio determinado en la escritura de constitución de la hipoteca.

— Esta discusión, no obstante, en la práctica es más académica que real, toda vez que dada la exigencia reglamentaria de que el domicilio ha de ser el mismo para el procedimiento judicial y para el extrajudicial, si deudor e hipotecante son personas distintas, habrán de ponerse de acuerdo para la fijación del domicilio si quieren pactar el procedimiento de ejecución extrajudicial.

3. El domicilio se fija a *efectos de requerimientos y notificaciones*. Esta última expresión parece debida a un error producido por la copia mimética de lo dispuesto para el procedimiento judicial sumario, en el que el domicilio se fija para realizar en él el requerimiento de pago al deudor y al tercer poseedor (art. 131.3.º LH), así como para la notificación a este último en caso de no haber sido previamente requerido de pago (art. 135, regla 5.ª, punto 1). Ambos se practican «en el domicilio que resulte vigente en el Registro».

4. En cuanto a la *naturaleza de este domicilio*, se sostiene comúnmente que se trata de un domicilio paccionado o convencional, que no tiene por qué coincidir con el domicilio real, pues el precepto no habla «del» domicilio, sino de «un» domicilio cualquiera. A este respecto, la DGRN en Resolución de 15 diciembre 1925 señala en relación con el domicilio del procedimiento judicial sumario que es indiferente que se trate de una designación equivocada o falsa que las calles o edificios hayan desaparecido o que hayan variado su nombre y numeración, pues añade: «de otro modo, será facilísimo burlar los mandatos de la Ley y fundar los intereses del deudor en su propia torpeza». El Tribunal Supremo, por su parte, sostiene (cfr. S. 4 febrero 1992) que en caso de que el domicilio pactado resulte inexistente, procede la aplicación supletoria del artículo 269 LEC, realizando el requerimiento de pago al deudor por edictos (no por cédula).

— Sin embargo, en el procedimiento extrajudicial no se puede aplicar tan benigna consecuencia, puesto que se prevé en el artículo 236.c) RH que si el requerimiento de pago no puede practicarse en la forma establecida (personalmente por el Notario en el domicilio pactado, bien mediante cédula entregada al pariente más próximo o dependiente mayor de catorce años que se encontraran en el mismo domicilio, y en su defecto a un vecino o al portero), el «Notario dará por terminada su actuación y por conclusa el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda», en lo que, sin duda, constituye uno de los puntos más débiles de la regulación del procedimiento de ejecución extrajudicial. Esto exige que la fijación del domicilio se realice con la máxima cautela, eludiendo la designación de domicilios impropios (solares, fincas rústicas sin edificación, etc.) o de difícil localización.

5. La exigencia de fijar «un» domicilio parece imponer no tanto domicilio único como domicilio «cierto», lo que excluye los domicilios alter-

nativos, pero no el domicilio subsidiario para el caso de frustración del primero. Igualmente, en opinión de autores como ROMERO-GIRÓN o MAGARIÑOS, resulta aceptable el domicilio múltiple sucesivo —como ocurre en casos de hipoteca concedida al promotor en la que se subrogan los **adquirentes**—, así como el domicilio múltiple simultáneo si se hipotecan varias fincas en garantía del mismo crédito y se fijan como domicilio el de las fincas hipotecadas, o cuando existan varios deudores y se fije como domicilio el personal de cada uno de ellos.

6. *Variación del domicilio.* El artículo 234 RH dispone que el domicilio inicialmente fijado podrá modificarse posteriormente con sujeción a lo previsto en el artículo 130 LH. No obstante, la regulación del artículo 130 LH sobre modificación del domicilio en el ámbito del procedimiento judicial sumario es común para deudor y para tercer poseedor, en tanto que en el ámbito del procedimiento **extrajudicial** tan sólo parece aplicable al domicilio del deudor.

— En cuanto a los *requisitos*, la modificación del domicilio podrá ser unilateral si el nuevo domicilio se halla dentro del mismo término municipal en que radican las fincas y que sirva para determinar la competencia del Juzgado; si no es así se requiere la conformidad del acreedor. En el ámbito del procedimiento de ejecución extrajudicial la referencia hecha a la competencia del Juzgado por razón del lugar en que radique la finca habrá que entenderla hecha a la competencia del Notario.

La comunicación de la modificación al acreedor —**cuando** no sea necesaria su **conformidad**— y la aceptación del mismo —**en** caso de ser necesaria— se harán constar en acta notarial, de la que se dejará constancia en el Registro por nota marginal. Conforme al artículo 226.1 RH, la modificación no producirá efecto alguno en el procedimiento mientras no se haga constar dicha nota marginal.

— En cuanto al *domicilio fijado por el tercer poseedor* y por los titulares de derechos reales, cargas y gravámenes posteriores a la hipoteca ejecutada, cuentan con un régimen de modificación más liberal, ya que, según el artículo 236.3.d) RH, dichos titulares «podrán hacer constar en el Registro un domicilio en territorio nacional en el que desee ser notificado en caso de ejecución». Esta circunstancia se hará constar por nota al margen de la inscripción de su respectivo derecho. La lógica del carácter más riguroso del sistema de modificación del domicilio del deudor radica en que la frustración del requerimiento de pago diferido a éste conduce a la paralización del procedimiento, efecto que no se produce en el caso de las notificaciones dirigidas a los demás interesados.

6.4. DESIGNACIÓN DEL REPRESENTANTE

1. El artículo 234 RH dispone que en la escritura de constitución de la hipoteca habrá de constar igualmente la designación de la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante. A tal efecto, añade, podrá designarse al propio acreedor.

— Parece advertirse en este precepto un *deliberado cambio de orientación* respecto de su redacción anterior, en la que se empleaba el calificativo del mandatario, ya que su naturaleza había sido discutida.

— La designación del representante —al igual que el valor a efectos de subasta y el **domicilio**— es *requisito inexcusable* para la iniciación del procedimiento.

— La «*ratio iuris*» de esta exigencia es evidente, puesto que si el dueño de la finca se negare a otorgar la escritura y no hubiera designado representante no existiría instrumento jurídico hábil para formalizar y consumar la adjudicación, pues el Notario —a diferencia del **Juez**— carece del «*imperium*» y de las facultades necesarias para actuar en representación por rebeldía del ejecutado.

2. En cuanto a las *características* propias de esta representación, han sido configuradas a lo largo del tiempo por las Resoluciones de la DGRN:

- a) es irrevocable (Resolución 2 junio 1914);
- b) no se extingue por muerte del poderdante (Resoluciones 6 octubre 1915 y 3 julio 1920);
- c) si el representante es el propio acreedor, al fallecimiento de éste el poder se transmite a sus herederos;
- d) la persona designada se mantiene en el poder aunque la finca hipotecada sea transmitida (lo que significa, como señaló LA RICA, que cuando se otorgue la escritura se producirá una excepción al tracto, ya que el titular registral habrá variado);
- e) en caso de designación a favor del acreedor, debe entenderse transmitida la designación al cesionario «*Inter vivos*» del crédito hipotecario, ya como derecho accesorio (art. 1.528 CC), ya a través de la teoría general de la sustitución en el mandato (art. 1.721 CC).

3. El representante lo es del hipotecante y *puede designarse al propio acreedor*, con lo que en el supuesto de que sea el propio acreedor el adjudicatario de los bienes nos encontraremos ante un caso de autocontratación, ya que otorgará la escritura en el doble concepto (art. 1.459.2 CC).

— Y si bien, como decimos, la designación corresponde al hipotecante, realmente exigirá un acuerdo entre hipotecante y acreedor, ya que éste no

carece en absoluto de interés en tal designación, que a la postre será decisiva al tiempo de la consumación del procedimiento.

4. *Otros problemas* que se pueden presentar en la práctica son los siguientes:

- a) Si el hipotecante actúa a través de representación voluntaria, ¿es necesario que el poder faculte expresamente para designar representante conforme al artículo 234 RH?
- b) ¿Puede designarse más de un representante solidaria o **mancomunadamente**, simultánea o sucesivamente?
- c) ¿Es necesario acreditar la aceptación o, al menos, la existencia del representante? ¿Cabe un representante falso o imaginario?
- d) ¿Cabe admitir la renuncia con o sin justa causa?
- e) ¿Cómo se articula la designación de una persona jurídica?

Pensemos, como criterio interpretativo inspirador, como con un sentido finalista señala **ROMERO-GIRÓN**, que la razón de ser de este requisito es evitar la frustración de la adjudicación por falta de persona hábil para formalizarla.

7. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL. EXEGESIS DEL ARTICULO 235.1 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

1. Dispone el artículo 235 RH en su párrafo 1.º que «la ejecución extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y de los gastos de ejecución a que se refiere el artículo 236.K». Pues bien, si tenemos en consideración que, según los artículos 105 LH y 1.861 CC, la hipoteca puede constituirse en seguridad y garantía de toda clase de obligaciones, resulta clara la consecuencia de que aquellas obligaciones que carezcan de la determinación inicial cuantitativa que reclama el artículo 235 RH serán en todo caso susceptible de aseguramiento hipotecario, pero adolecerán de ineptitud jurídica para ser ejecutadas a través del expeditivo procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

2. En términos genéricos puede afirmarse que la *inaplicabilidad del citado procedimiento* es predicable de todas aquellas cantidades en que se cifren las correlativas obligaciones pecuniarias no líquidas o que no puedan exigirse sin una previa determinación por consentimiento del deudor o por declaración de derechos. *La justificación de esta exclusión* es doble. Por un lado, la inadmisibilidad de determinaciones cuantitativas hechas unilateral-

mente por uno de los contratantes —lo cual sobre vulnerar el fundamental precepto de que la validez y el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes (art. 1.256 CC), puede generar una situación de indefensión en disfavor de la otra parte **contratante**—; pero, además, por otro lado, se trata con ello de eludir la necesidad de que el Notario, en trámite de ejecución, haya de adoptar decisiones que supongan declaración de derechos no reconocidos previamente por los contratantes, con el consiguiente riesgo de invasión de la esfera judicial.

3. La *concreción de esa esfera de exclusión* o inaplicabilidad del procedimiento extrajudicial, *desde el punto de vista de la obligación garantizada*, presenta ciertas dificultades. Así, parece existir un criterio uniforme en la doctrina respecto de la exclusión de este particular procedimiento respecto de las hipotecas en garantía de cuenta corriente de crédito concedido por entidad financiera (*vid.* art. 153 LH), como exponente más claro de hipoteca de máximo en garantía de una obligación con cuantía inicialmente indeterminada (REY PORTÓLES, LANZAS GALVACHE, ROMERO-GIRÓN DELEITO, etc.). Como caso paradigmático que es el apuntado, pone de manifiesto que el legislador parece haber sido guiado por la intención de circunscribir el procedimiento extrajudicial a las llamadas hipotecas de tráfico en las que la obligación se halla perfectamente determinada en todos sus elementos desde su misma constitución, con exclusión de las hipotecas de seguridad que presentan algún elemento de indeterminación. Sin embargo, la referencia a la «cuantía» de la obligación contenida en el artículo 235 RH, como extremo al que se refiere la indeterminación, hace que algún autor (ROMERO-GIRÓN), en un intento de matizar la cuestión, entienda que el procedimiento extrajudicial no se halla vetado a toda hipoteca de seguridad, sino tan sólo al **subgrupo** de éstas conocido como hipotecas de máximo en las que la indeterminación se centra precisamente en el «quantum» obligacional.

La generalidad de la doctrina considera igualmente excluidas las hipotecas en garantía de rentas o prestaciones periódicas (*vid.* art. 157 LH) por razón de no conocerse inicialmente la cuantía total asegurada, que depende aleatoriamente de la mayor o menor longevidad del pensionista; igualmente, suele excluirse de la ejecutabilidad por la vía del procedimiento extrajudicial las hipotecas en garantía de títulos endosables o al portador (*vid.* art. 154 LH), ya que aunque su indeterminación no afecta a la cantidad generalizada sino al titular de la obligación, el artículo 155 LH, con carácter de norma de orden público, parece establecer como único procedimiento por el que conducir la ejecución el judicial sumario del artículo 131 LH, así como las hipotecas en garantía de créditos hipotecarios que actúen de soporte o cobertura a la emisión de bonos y participaciones hipotecarias. Este es el sentido, por ejemplo, de LANZAS GALVACHE, quien argumenta su postura

en base a la inadecuación del sistema de notificaciones al régimen propio de tales créditos hipotecarios. Discrepa de tal posición, sin embargo, RODRÍGUEZ-ADRADOS, para quien en el caso de los bonos, si se ejecuta una de las hipotecas se habrá de **notificar** dicha ejecución a los bonistas como a cualquier otro acreedor, lo que se practicará a través del comisario o presidente del Sindicato de Tenedores, cuyo domicilio figura en el Registro. En cuanto al caso de las participaciones hipotecarias, es claro que las mismas incorporan un derecho de participación en un determinado crédito hipotecario, y el derecho de ejecutar dicho crédito, afirma el autor citado, está perfectamente regulado en la legislación específica del mercado hipotecario, de forma que si bien la ejecución corresponde a la entidad emisora, el titular de la participación —**en** su calidad de cesionario parcial del crédito hipotecario— puede ejercitar subsidiariamente la acción si el emisor no inicia el procedimiento dentro de los sesenta días naturales desde la diligencia notarial del requerimiento de pago de la deuda que el partícipe debe efectuarle (*vid.* arts. 65 y 66 RMH de 17 marzo de 1982, reformado por RD 1289/1991, de 2 de agosto).

Por el contrario, es criterio doctrinal **mayoritario** el de admitir la aplicación del procedimiento extrajudicial en relación con los siguientes grupos de hipotecas:

- a) Hipotecas en garantía de obligaciones futuras o condicionales, ya que aun cuando nacen bajo el signo de la indeterminación en cuanto a su efectiva existencia, puesto que cumplido el plazo o la condición y hecho constar **registralmente** este dato por nota marginal (arts. 143 LH y 238 RH) la hipoteca se consolida y deviene de modalidad ordinaria. Y ello únicamente sometido al requisito de que dicha conversión o consolidación opere antes de la iniciación de la ejecución;
- b) Hipotecas en garantía de una obligación cifrada en moneda extranjera, en cuyo caso aun cuando la cantidad equivalente en signo monetario nacional por la que en efecto se haya de despachar la ejecución se encuentre sometida a la fluctuación del tipo de cambio oficial de la divisa, la determinación de la equivalencia al día del vencimiento de la obligación garantizada se puede acreditar por el simple medio previsto para el caso del procedimiento ejecutivo ordinario por el artículo 1.436 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, mediante aplicación del cambio oficial, según precio vendedor, del día del vencimiento publicado en el *Boletín Oficial del Estado*;
- c) Hipotecas de amortización, puesto que si bien es cierto que su funcionamiento se aproxima al de las hipotecas de seguridad en el sentido de que la cuantía **reclamable** por el acreedor dependerá de la cantidad ya amortizada a través de los pagos de cuotas **periódi-**

cas, sin embargo la justificación de tal extremo es de sencilla constatación documental, diferenciando las cuotas devengadas y amortizadas de las impagadas y, dentro de cada cuota, diferenciando la parte de capital y de intereses. Por lo demás, sostener una tesis negativa respecto de estas hipotecas, dada su extensión en la práctica, equivaldría a dejar de nuevo inoperante el procedimiento extrajudicial, en esta ocasión por lo exiguo de su campo de aplicación.

4. Por otro lado, en lo que se refiere a los *intereses garantizados por la hipoteca*, los mismos gozan de la cobertura del procedimiento extrajudicial en sus diversas modalidades, esto es, tanto los ordinales o remuneratorios, aun en el caso de que sean variables, y los de demora, ya que en todo caso se trata de cantidades accesorias de la propia obligación principal garantizada. La ejecutabilidad de estos intereses por la vía del extrajudicial, sin embargo, ha despertado ciertas críticas por cuanto que, sin perjuicio de las limitaciones que veremos, el postulado general aplicable a las obligaciones conforme el artículo 235.1 RH de encontrarse determinadas **inicialmente** en su cuantía (es decir, dar lugar a hipotecas de tráfico) no se extiende paradójicamente a las cantidades accesorias devengadas en concepto de intereses. Así resulta del hecho de que tanto los intereses ordinarios, en caso de haberse pactado cláusula **de** variabilidad, como los intereses moratorios dan lugar a hipotecas de máximo, según las ha conceptuado en numerosas ocasiones la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado (*vid.* Resoluciones de 26 de octubre de 1984, 23 de octubre de 1987, etc.).

Desde un punto de vista práctico, destaca esta incongruencia REY PORTÓLES indicando que la liquidación de una obligación de cuantía inicialmente determinada, pero sujeta al propio tiempo a amortización según fórmulas financieras divergentes, o la de una obligación por razón de intereses variables, no es más simple que la de una cuenta corriente.

El contrasentido es particularmente llamativo en el caso de los intereses de demora, ya que por su propia naturaleza no constituyen remuneración a la presentación del acreedor, sino sanción a la conducta de incumplimiento o cumplimiento tardío del deudor. Destaca este carácter de sanción, en términos civiles, PEDRO AVILA, quien infiere dicha **caracteriología** de la práctica bancaria extendidísima de fijar unos intereses de demora muy superiores a los ordinarios del préstamo y que, por tanto, no buscan la mera compensación o retribución por el lapso de tiempo en que se ha producido el retraso en la restitución del capital prestado. El siguiente paso en este camino **argumental** es el de la consideración de los intereses de demora como cláusula penal y por tanto sujeta a la facultad de moderación judicial prevista por el artículo 1.154 CC, de forma que aunque el devengo de los intereses sea claro por no haber duda en el plazo y en el tipo aplicable, no

pueden considerarse como deuda líquida hasta que medie el reconocimiento del deudor o la confirmación o moderación del Juez.

Mejor defensa tiene el caso de los intereses variables, ya que respecto de éstos se imponen obligaciones documentales y límites que en la práctica vienen a suavizar el problema. En efecto, el acreedor que inste el procedimiento del Notario ha de aportar los documentos que permitan determinar con exactitud el interés, bien directamente, bien a través de simples operaciones aritméticas [cfr. art. 236.a).2.b)]. Además de ello, contribuye a eliminar dudas respecto de los intereses de demora el dato de que la calificación registral ha venido exigiendo, a los efectos de su inscribibilidad, que tales intereses presentasen carácter objetivo, de forma que las oscilaciones que se pudieran producir en los mismos de aplicar la cláusula de variabilidad no incidiese en una infracción del artículo 1.256 CC por su puesta en práctica unilateral. Este requisito ha sido incluido con toda precisión en la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, cuyo artículo 6 declara que las entidades financieras únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia en sus cláusulas de intereses variables aquellas que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito ni sean susceptibles de ello en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

5. Parece claro, incluso, que podrán llevarse a la ejecución notarial los *intereses ordinarios devengados con posterioridad al vencimiento de la obligación garantizada*, según se infiere «a sensu contrario» del artículo 236.5.j) RH, según el cual, siendo el propio acreedor ejecutante el rematante o adjudicatario, de no consignar la diferencia entre el precio del remate o de la adjudicación y el importe del crédito y de los intereses asegurados en el plazo reglamentario, se declarará sin efecto el remate, pero responderá el acreedor de los gastos producidos por las subastas posteriores «y no tendrá derecho a percibir intereses de su crédito durante el tiempo que se emplee en verificarlos».

6. Por último, en cuanto al capítulo de las *costas y gastos*, el artículo 235.1 RH se refiere a los gastos de ejecución previstos por el artículo 236.K RH, es decir, «exclusivamente los honorarios de su actuación [del Notario] y los derivados de los distintos trámites seguidos». Dentro de estos gastos se entienden comprendidos los honorarios devengados a favor del Notario actuante por razón del procedimiento, así como los devengados a favor de los restantes Notarios que hayan realizado alguna actuación en el marco del procedimiento (por ejemplo, requerimientos dirigidos a personas residentes fuera del distrito notarial del Notario ante el que se sigue el procedimiento), así como los gastos generados por los diversos trámites seguidos, como publicación de edictos, celebración de subastas, información registral, etc.

Por el contrario, quedan fuera del procedimiento los gastos de otorgamiento de la posterior escritura de venta a favor del rematante o adjudicatario —*vid.* art. 236.L— (aun cuando algún autor como LANZAS GALVACHE sostiene que quedarían incluidos los honorarios devengados por la autorización de la escritura, no los de las copias), los honorarios registrales devengados por la inscripción de la escritura de venta, así como los generados por la cancelación de la hipoteca ejecutada y de las cargas posteriores.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad y Mercantil
Letrado en Comisión de la Dirección
General de los Registros y del Notariado

II. SEGUNDA PARTE

8. SEGUNDA INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS DE LOS JUECES EN EL CONOCIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

El procedimiento de ejecución **extrajudicial** se caracteriza, como su propio nombre indica, por carecer de la figura del Juez a lo largo de su tramitación; de ahí que sólo pueda hablarse del mismo como procedimiento en un sentido no procesal.

A primera vista, el interés que para los Jueces pueda tener un procedimiento que no están llamados a dirigir debe ser bastante escaso, pero se trata sólo de una apreciación **apriorística**, pues en cuanto llamados como poder del Estado a hacer justicia y dada la especialísima naturaleza del procedimiento en cuestión, tendrán que resolver en todas aquellas cuestiones relativas a la impugnación del procedimiento y sus consecuencias.

La relación de los Jueces con el procedimiento no se limita exclusivamente a la revisión jurisdiccional del mismo, sino también se proyecta en determinados puntos en los que, por carecer de jurisdicción la persona encargada de llevarlo a cabo, es preciso acudir al Juez competente. Incluso habrá, como veremos, algún supuesto no previsto en el Reglamento que no podrá llevarse a cabo sin la intervención del Juez.

Aunque no es objeto de la presente el estudio detallado del contenido del RD 290/1992, de 27 de marzo, considero de ineludible interés hacer un breve repaso de su contenido con el fin de fijar la cuestión y hacer más fáciles las remisiones que posteriormente se puedan realizar.

9. BREVE ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

9.1. REQUISITOS

Para que el procedimiento extrajudicial pueda llevarse a cabo es preciso que concurran una serie de circunstancias, algunas de las cuales afectan a la propia inscripción de la hipoteca y otras sólo al momento de iniciación del procedimiento:

9.1.1. Pacto expreso de sometimiento al procedimiento extrajudicial, sin el cual no constará en la correspondiente inscripción y, por tanto, dada la naturaleza sumaria del procedimiento, no podrá llevarse a cabo.

9.1.2. Necesidad de que el pacto de sujeción contenga las menciones relativas al tipo de subasta y al domicilio para la práctica de notificaciones (que no pueden diferir de los establecidos para el procedimiento sumario)

y mención relativa a la persona que en nombre del propietario deba otorgar la escritura de adjudicación.

9.1.3. Que el Notario tenga competencia territorial para dirigir el procedimiento. Es de tener en cuenta que el Reglamento no permite sumisión alguna más que cuando haya varias fincas hipotecadas, en cuyo caso se permite pactar cuál de ellas determinará la competencia territorial, sin que alcance, empero, a la designación del Notario. Se trata de un requisito que pondrá de manifiesto en el momento de iniciación del procedimiento.

9.1.4. La obligación garantizada con la hipoteca ha de ser de las previstas reglamentariamente como hábiles para poder ser ejecutadas extrajudicialmente. Es un requisito que debe ser apreciado por el Registrador en el momento de inscripción de la hipoteca, de modo que de no ser uno de los supuestos permitidos se considere como no válido el pacto de sumisión al procedimiento extrajudicial y, en consecuencia, no inscribible. Dada la enorme trascendencia de este requisito, merece la pena que nos detengamos en él, siquiera someramente. Dice el artículo 235 que la ejecución extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y de los gastos de ejecución a que se refiere el artículo 236.k).

En consecuencia, es la determinación inicial de la cuantía de la obligación la que permite o no la sujeción al régimen del procedimiento extrajudicial, exigencia que excluye todas las hipotecas de máximo por ser indeterminadas inicialmente en cuanto a su cuantía, y dentro de las cuales podemos situar las hipotecas en garantía de cuenta corriente o en garantía de cuenta de crédito, las hipotecas en garantía de aval, las hipotecas en garantía de obligaciones de hacer o no hacer, etc.

Por el contrario, serán ejecutables por este procedimiento aquellas hipotecas que aun determinadas inicialmente en cuanto a su cuantía no lo están en cuanto a la obligación misma. Así ocurrirá en cuanto a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, en garantía de obligaciones sujetas a condición, etc. En todas ellas la cuantía de la obligación no ofrece dudas y por ello no está sujeta a máximo, por lo que una vez hecho constar en el Registro la existencia de la obligación o la consolidación de la misma podrá ejecutarse extrajudicialmente la hipoteca.

Del mismo modo podemos considerar de cuantía inicialmente determinada la hipoteca en garantía de obligación expresada en moneda extranjera, pues aun cuando deba fijarse un máximo para evitar que las oscilaciones del tipo de cambio puedan causar un perjuicio indeterminado al tercero, la cuantía inicial está determinada y solamente pendiente de su conversión a pesetas.

9.2. FASE DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

9.2.1. El procedimiento comienza con el requerimiento practicado por el acreedor o su representante (aunque no lo exprese así el Reglamento) por medio de Notario hábil por razón del territorio. El requerimiento deberá comprender las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta objeto de la reclamación, especificando el importe de cada uno de los conceptos. Sólo llamar la atención sobre la correcta redacción del precepto que exige la determinación de cada partida reclamada para evitar que se reclame, por ejemplo, por capital más de lo garantizado con la hipoteca porque cabe en los intereses.

9.2.2. El Notario examinará la documentación y si considera reunidos los requisitos necesarios solicitará del Registro de la Propiedad certificación de dominio y cargas, de la cual quedará reflejo en el Registro por medio de nota marginal.

9.2.3. A continuación el Notario practicará el requerimiento de pago al deudor en el domicilio que conste en el Registro y si transcurrido el plazo no es atendido notificará la iniciación de actuaciones al que resulte titular del dominio según el Registro y a los titulares de derechos posteriores a la hipoteca.

9.2.4. Practicadas las notificaciones y publicados los anuncios correspondientes comienzan las subastas, que pueden ser hasta tres. Si todas ellas quedan desiertas y el acreedor no hace uso del derecho que le concede el Reglamento a adjudicarse la finca en las dos primeras, el Notario dará por cerrado el procedimiento.

9.2.5. Caso de haber postores o de utilizar el acreedor su derecho en las dos primeras subastas se practicará la liquidación de la subasta, momento especialmente crítico como veremos, pese al intento del Decreto de darle una regulación más o menos completa.

9.3. FASE DE FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

9.3.1. Se verifica con el cierre del acta notarial y con el otorgamiento de la escritura pública de transmisión derivada de la adjudicación. La escritura es considerada título hábil no sólo para la inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad, sino también para la purga de los asientos posteriores, con la siguiente excepción: se exceptúan aquellos asientos ordenados por autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca. En esta fase el Reglamento concede al adjudicatario el derecho a pedir la posesión de los bienes adquiridos al Juez de Primera Instancia del lugar donde radiquen.

9.3.2. El Reglamento cierra la regulación con dos normas directamente relacionadas con el ámbito judicial: Primera, señalando que el Notario no suspenderá el procedimiento salvo que se le acredite la presentación del título de cancelación de la hipoteca en el Registro o, cuando se acredite documentalmente la tramitación de un procedimiento criminal, por falsedad del título hipotecario en virtud del cual se proceda, en que se halla admitido querella, dictado auto de procesamiento o formulado escrito de acusación [art. 236.ñ)]. Segunda, afirmando que en cuanto a las demás reclamaciones que pueda formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, se estará en cuanto sea de aplicación en los cinco últimos párrafos del artículo 132 de la Ley Hipotecaria [art. 236.o)].

10. CONEXIONES CON LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES SEGÚN LA REGULACIÓN DEL REGLAMENTO

10.1. FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR FRUSTRACIÓN DEL REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR

El artículo 236.b)A dice lo siguiente: Si no se pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, el Notario dará por terminada su actuación y por concluida el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda.

Los Notarios, en los primeros momentos de vigencia de la modificación del Reglamento y por medio de diversos artículos publicados en su Revista *La Notaría*, editada por el Colegio Notarial de Barcelona, mostraron reiteradamente su temor a que este trámite inicial del procedimiento fuera causa de impugnación e incluso de exigencia de responsabilidad civil. El Notario de Barcelona JOSÉ JAVIER CUEVAS CASTAÑO llegó a hacer la siguiente afirmación: Mucho me temo que nuestro talón de Aquiles como ejecutores hipotecarios va a ser sistemáticamente buscado en este momento crucial del requerimiento de pago. El temor notarial está determinado por las siguientes razones:

1.^a A diferencia del procedimiento sumario el requerimiento notarial es un trámite esencial sin el cual todo el procedimiento carece de base. No hay aquí la posibilidad de que una instancia superior, el Juez, acuerde a falta de requerimiento notarial, que se practique el requerimiento al deudor por los medios ordinarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil (así lo dispone el art. 131.4.^a). Es decir, toda la responsabilidad recae en el propio Notario que realiza el requerimiento.

2.^a La segunda causa es que el Notario ha de emitir un juicio de valor relativo a si puede o no considerar cumplida la diligencia de requerimiento

y, en consecuencia, seguir adelante con el procedimiento, decisión trascendental pues una vez tomada seguirá su curso sin que ninguna alegación posterior del deudor pueda tenerlo y sin que el Notario tenga el recurso legal que para los Jueces contempla el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, consistente en poder declarar *ex officio* nulidad de actuaciones antes de haber recaído sentencia definitiva.

Evidentemente, se trata de una decisión personal del Notario que debe tomar bajo su responsabilidad, pero se trata de una decisión cuyas bases no están claras en la regulación del Reglamento. Y esto es así porque las normas del citado Reglamento y las ~~del~~ Reglamento Notarial que regula la actuación notarial no son del todo concordantes. Por un lado, el Reglamento Notarial en su artículo 206 dispone que «las notificaciones o requerimientos previstos por las Leyes o Reglamentos sin especificar sus requisitos o trámites se practicarán en la forma que determinan los artículos precedentes. Pero cuando aquellas normas establezcan una regulación específica o señalen requisitos o trámites distintos en cuanto a domicilio, lugar, personas con quien deban entenderse las diligencias, o cualesquiera otros, se estará a lo especialmente dispuesto en tales normas, sin que sean aplicables las reglas del artículo 202 y concordantes de este Reglamento». Por otro lado, la regulación del Reglamento Hipotecario en su artículo 236.c).2 y 3 se limita a determinar el contenido del requerimiento de pago, el domicilio y las personas con quien puede entenderse la diligencia, pero sin hacer expresión de las causas por las que el requerimiento puede considerarse incumplido.

Y esto es esencial en la medida que no todo requerimiento notarial por el hecho de no poder llevarse a cabo la diligencia con perfecto conocimiento del requerido puede considerarse frustrado. El Reglamento Notarial en su artículo 202 dispone lo siguiente: si la persona con la que se hubiere entendido la diligencia se negare a dar su nombre, a indicar su relación con el destinatario o a hacerse cargo de la cédula, copia o carta, se hará constar así... En cualquier de las formas expresadas en este artículo quedarán igualmente cumplimentados y se tendrán por hechos la notificación o requerimiento. Esta regulación es plenamente coherente con el principio de la buena fe del cual se deriva que la actuación diligente del requirente no puede quedar a las resultas de una actuación no diligente o incluso claramente **entorpecedora** del requerido.

La cuestión se centra, por tanto, en si puede o no considerarse practicada la diligencia en aquellos supuestos en que personado el Notario en el domicilio registralmente señalado al efecto no puede entregarse la cédula de requerimiento por concurrir negativa del deudor o de otra de las personas que allí encontrare o por no encontrar a persona hábil para entregarla.

El Notario antes citado entiende que sólo puede considerarse el requerimiento practicado cuando habiendo sido hallado el deudor se niegue a

recibirlo, y no considerándolo realizado cuando la negativa provenga de otra de las personas a que se refiere el Reglamento Hipotecario.

A mi modo de ver tal solución es inviable, pues deja en manos del deudor, que no olvidemos ha incumplido su contrato y por tanto ha permitido el despliegue de toda la fuerza del procedimiento de ejecución, la viabilidad del mismo.

Es importante recordar que técnicamente no estamos ante un proceso, que el deudor no es parte y que el requerimiento de pago tiene una finalidad bien concreta: poner en conocimiento del deudor que su acreedor ha comenzado un procedimiento de ejecución, su causa, el importe reclamado y el plazo para pagar, única actuación del deudor que pondrá fin al procedimiento.

Conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (especialmente la Sentencia de 23 de octubre de 1992) y del Constitucional (SSTS de 1 de octubre de 1990, 12 de noviembre de 1990, 17 de enero de 1991...), en materia de notificaciones en el procedimiento sumario no cabe alegar indefensión cuando la situación viene producida por una actitud voluntaria del interesado o por una falta de la precisa diligencia.

Creo, por tanto, que si el requerimiento practicado por el Notario cumpliendo los requisitos de contenido, domicilio y personas no consigue la finalidad de conocimiento por parte del deudor porque el mismo o alguna de las personas con quien se entendió la diligencia no quiso atenderlo, la diligencia está bien practicada y el procedimiento puede seguir adelante. Si el Notario ha hecho saber el motivo de su presencia a una de las personas señaladas en el Reglamento Hipotecario y el objeto de su visita y se le impide continuar el requerimiento, la notificación se da por hecha sin perjuicio del especial supuesto de que haya concurrido mala fe del acreedor, circunstancia que raramente podrá apreciar el Notario actuante.

Uno de los grandes especialistas en materia de actas, el Notario RODRÍGUEZ ADRADOS, considera de forma coincidente con lo hasta ahora dicho que la existencia de deudores especializados en no dejarse notificar no puede frustrar el requerimiento. Llega incluso a afirmar que basta que la persona con la que se entienda la diligencia quede enterada, aun de palabra, del contenido del requerimiento sin que a ello obste el hecho de que se niegue a identificarse. Considera que las exigencias de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a que en la cédula de notificación, practicada conforme a sus reglas, conste el nombre, estado y ocupación de la persona que reciba la cédula y su relación con la que deba ser notificada, no son aplicables a la actuación notarial, pues tales datos no pueden conseguirse sin la colaboración del destinatario que no es rogante del Notario ni éste puede imponerle colaboración alguna; más bien al contrario, su interés radicará en el fracaso de la diligencia. Y es que, en definitiva, es el lugar de práctica de requerimiento lo realmente importante, como demuestra la regulación notarial e

hipotecaria que contemplan el lugar como destino del mismo restando importancia al aspecto personal.

RODRÍGUEZ ADRADOS llega aún más lejos al considerar que, frustrado el requerimiento, el Notario puede y debe notificar por edictos, pues tal es el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 269), el del procedimiento sumario (art. 131.4.ª Ley Hipotecaria) y el de la antigua relación del procedimiento extrajudicial, regulación que entiende no debe entenderse derogada en este punto considerando que la finalidad de la reforma ha sido dotar de eficacia al procedimiento como alternativa al procedimiento-sumario.

Distinto es el caso de los requerimientos frustrados porque el domicilio que consta en el Registro no existe o es de imposible localización, o no le es permitida la entrada al Notario o ninguna persona se hace cargo de la cédula respecto de los cuales ya el Reglamento Notarial considera impracticable la diligencia. El carácter lectivo del domicilio no es suficiente para justificar que el requerimiento se entiende practicado cuando no hay domicilio o es de imposible localización. Esto no significa tampoco cerrar las puertas al acreedor, pues si conoce el domicilio real en él deberá hacerse el requerimiento, siendo doctrina reiterada de la jurisprudencia desde la Sentencia de 30 de mayo de 1947 que el requerimiento practicado en el verdadero domicilio es válido.

Por otro lado, la misma doctrina constitucional que afirma que no existe indefensión material cuando el interesado ha conocido por cualquier medio, incluso ajeno al proceso, su existencia debe despejar las dudas notariales sobre la posibilidad de practicar el requerimiento fuera del lugar designado. La regulación notarial sólo exige que el deudor no se oponga.

Finalmente, el deudor podrá tener conocimiento del estado de la ejecución en cualquier momento posterior al requerimiento acudiendo a la Notaría y solicitando la información que desee. Ciertamente, tal trámite no está previsto en el Reglamento, pero es evidente que personándose en el despacho del Notario se le proporcionará la información a la que indudablemente tiene derecho y de la cual no sólo resultará despejada la duda sobre su efectivo conocimiento de la existencia del procedimiento, sino que podrá resultar la satisfacción del débito, lo que, lejos de perjudicar, beneficiará a las diversas partes interesadas (siempre, claro está, que se produzca antes de la celebración de la subasta).

Es de desear que una actitud temerosa por parte del mundo notarial no desemboque en una sistemática frustración de los procedimientos extrajudiciales por las causas que hemos analizado, pues hemos de recordar que el Notario será responsable no sólo de la continuación del procedimiento si considera que el requerimiento está cumplido, sino también de su cierre si inadecuadamente lo considera incumplido.

El efecto directo de la frustración del requerimiento de pago es la conclusión del acta y dejar expedita la vía judicial que corresponda conforme al artículo 236.c).4. La dicción del precepto ha llevado a algún autor a sostener que fracasado un procedimiento extrajudicial, ya no cabe intentar otro. Creo que es llevar demasiado lejos la literalidad del precepto, que se limita a decir algo evidente: terminado el procedimiento extrajudicial el interesado podrá acudir a los procedimientos judiciales. Pero no dice que no pueda reiterarse un procedimiento extrajudicial, lo cual, además, iría en contra de la finalidad de la reforma. Pensemos en el caso de que el procedimiento ha fracasado porque el domicilio registral para notificaciones está cerrado y el Notario no tiene acceso al mismo (supuesto extraordinariamente frecuente en aquellas hipotecas en garantía de préstamos destinados a la adquisición de segundas residencias en los que se fija la propia finca hipotecada, a la que los prestatarios sólo acuden esporádicamente, como domicilio a efectos de requerimientos). Si posteriormente el acreedor averigua el domicilio real, no creo que haya justificación alguna para que no pueda acudir al Notario de turno para iniciar un nuevo procedimiento extrajudicial con un domicilio real que permita el éxito del requerimiento si el deudor acepta la práctica de la diligencia.

10.2. LAS SUBASTAS DESIERTAS

Dispone el artículo 236.n): Si quedaren desiertas las subastas celebradas y el acreedor no hiciere uso del derecho de adjudicarse los bienes ejecutados, el Notario dará por terminada la ejecución y cerrará y protocolizará el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda. Directamente relacionado con el supuesto anterior, vemos cómo el Reglamento nuevamente abre la vía judicial cuando el procedimiento se frustra, esta vez por la falta absoluta de postores y por la falta de voluntad del acreedor de adjudicarse la finca en pago de su crédito. En realidad el artículo expresado recoge mal el *iter* de sucesos que llevan al cierre del acta y a la finalización del procedimiento: el actor sólo tiene derecho a adjudicarse la finca si no hay postores en la primera o en la segunda subasta, pero no en la tercera. En consecuencia, la finalización del procedimiento vendrá determinada por la falta de postores en la tercera subasta. No lo entiende así RODRÍGUEZ ADRA-DOS, para quien el acreedor **también** tiene este derecho en la tercera subasta.

10.3. ENTREGA DE LA POSESIÓN AL ADJUDICATARIO DE LA SUBASTA

El artículo 236.m) dispone que el adjudicatario podrá pedir la posesión de los bienes adquiridos al Juez de Primera Instancia del lugar donde

radiquen. A diferencia del procedimiento sumario el Notario carece de jurisdicción, por lo que no es persona hábil para entregar la posesión de la cosa objeto del procedimiento, ni durante el mismo (fase durante la cual no existe en absoluto esta facultad que, por tanto, tampoco puede conceder el Juez ni siquiera con carácter transitorio como en el art. 131 de la Ley Hipotecaria) ni tampoco al final del mismo. El propietario de la finca objeto de ejecución conserva su posesión material durante toda la tramitación del procedimiento y aun cuando la misma sea objeto de adjudicación; sólo si la entrega voluntariamente el adjudicatario satisfará su interés, pero como tal cosa no tiene por qué ocurrir, corresponde al Juez hacerlo en su lugar a petición de quien ya será propietario civil del bien subastado en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.462 del Código Civil.

Nada dice el Reglamento sobre cuál será el procedimiento concreto que el adjudicatario haya de seguir para conseguir la posesión material del inmueble, pero la mayoría de tratadistas consideran que, en sede de procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, los trámites a seguir han de ser los contemplados en los artículos 2.056 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (así, GUASP, ROCA, GONZÁLEZ ALEGRE y la práctica totalidad de la doctrina). RODRÍGUEZ ADRADOS y DE CASTRO FERNÁNDEZ consideran que, igualmente, deben aplicarse estos trámites para el procedimiento extrajudicial. Tal solución es la correcta sin duda, pues se enmarca perfectamente en el supuesto legal (que exige que no se haya adquirido por título hereditario), sino también porque la entrega de posesión por los citados trámites está basada en un principio hipotecario esencial: el principio de legitimación recogido en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual: A todos los efectos **legales** se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo, quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.

Siguiendo a GARCÍA GARCÍA, hemos de tener en cuenta que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria establece una presunción de posesión civilísima en favor del titular **registral**, opinión que ya apuntó ENCARNA ROCA en el sentido de que no es tan importante que el titular registral tenga la posesión material, que es una cuestión de hecho, como la circunstancia de que se le reconozca la legitimación para el ejercicio de las acciones posesorias, ya sea la del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, la del artículo 35 sobre usucapión conforme al Registro o la acción de desahucio frente al precarista sin título.

Esta posesión es además presumida conforme al Registro, esto es, en los términos que resulte de la inscripción, como dice el propio artículo. LACRUZ entiende que la presunción posesoria es en concepto de titular

conforme al Registro y por eso su amplitud dependerá del contenido de la inscripción.

Pero, además, la presunción de la Ley Hipotecaria es de una posesión material, presunción fácilmente destruible en la medida que la posesión natural se tiene o no se tiene. Pues bien, si el titular inscrito tiene a su favor la presunción de posesión civilísima y civil y quiere además tener la posesión material o natural, el ordenamiento le reconoce, en ejercicio de esas presunciones, el derecho a obtenerla.

La regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil está basada, por tanto, en el principio de legitimación del Registro y por ello su artículo 2.056 exige que se ha de presentar al Juez el título en que se funde la petición inscrito en el Registro de la Propiedad y un certificado del Registro expedido por el Registrador del cual resulte que el solicitante tiene el carácter con que solicita la posesión. GARCÍA GARCÍA entiende que no será necesaria la presentación de la certificación registral, pues ya en la escritura constará la nota de despacho del Registro correspondiente. Sólo si entre la fecha del título y el momento en que se solicita la posesión judicial media un largo período de tiempo estaría justificado que el Juez exigiera también una certificación registral, supuesto que, según él, es el contemplado por la norma.

Nótese que la Ley procesal no exige la constancia de la condición de dueño como no podía ser de otro modo, pues la hipoteca ejecutada puede ser de usufructo, derecho de superficie u otro cualquiera de los que confieren la posesión. Por tanto, la posesión que adquiera el adjudicatario deberá estar en consonancia con su título y con el contenido del Registro que sirve de base a la entrega.

La entrega de la posesión es de posesión material, pues la civil y/o civilísima ya la tenía el adjudicatario desde que inscribió en el Registro de la Propiedad y por eso la Ley procesal en su artículo 2.058 dispone que la posesión se dará por medio de un Alguacil del Juzgado, asistido del Actuario (que parece se refiere al Secretario).

La entrega de la posesión por el Juez supone la eventual desposesión material de quien ocupe la finca, pero no afecta a los eventuales derechos de terceros, derechos que tendrán que hacer valer en el procedimiento judicial que corresponda.

Por eso, el artículo 2.057 de la Ley **afirma** que si el Juez estima suficiente el título presentado dictará auto mandando dar la posesión sin perjuicio de tercero de mejor derecho. El artículo 2.059 permite al que obtenga la posesión designar los inquilinos, colonos o administradores a quienes el Actuario haya de requerir para que le reconozcan como poseedor.

La justificación de un efecto tan devastador en el procedimiento extrajudicial es que la puesta en posesión al adjudicatario es un trámite más de

la ejecución de la hipoteca y por esa razón no puede detenerse por la oposición de terceros, que habrá de ventilarse en el juicio declarativo que corresponda.

Así, RODRÍGUEZ ADRADOS pone de relieve cómo la entrega de la posesión, en cuanto trámite adicional del procedimiento de ejecución de la hipoteca, sólo será improcedente cuando se oponga a ella el poseedor en virtud de un derecho inscrito con anterioridad a la hipoteca ejecutada.

Hasta aquí el sistema parece traslucir una gran coherencia; sin embargo, la importantísima y conocida Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1992 va por otros derroteros: en un procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria el Juez ordena poner en posesión de la vivienda ejecutada al acreedor que se había adjudicado la misma por falta de licitadores y en pago de su deuda. El arrendatario solicita el amparo del Tribunal Constitucional, el cual se lo concede por entender que el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución impedía el lanzamiento de un arrendamiento que no había sido parte en el procedimiento y sin perjuicio de que el **adjudicatario** lo consiguiera en el procedimiento declarativo correspondiente. Es decir, se llega a una conclusión completamente contraria a la que hasta aquí ha quedado expuesta, **invirtiendo** la carga procesal desde el poseedor al titular registral.

Aunque el Alto Tribunal afirma que la cuestión de fondo, la subsistencia o no del arrendamiento como consecuencia de la ejecución hipotecaria, no es materia del recurso, parte de la base de la subsistencia de los arrendamientos posteriores a la hipoteca y sugiere la oportunidad de que se reforme el procedimiento de ejecución a fin de que se dé audiencia, de un modo u otro, al arrendatario de la finca. Con independencia de cuál debe ser el juicio que merecen los pronunciamientos de la sentencia, lo cierto es que la existencia de un gravamen **extrarregistral** como es el arrendamiento de finca urbana deja en entredicho la eficacia del propio procedimiento, pues al postor no le basta con cumplir escrupulosamente las exigencias de seguridad, leer el contenido de los edictos, leer la certificación registral, sino que debe indagar la existencia de posibles arrendatarios y demandarles en un procedimiento declarativo.

Lo cierto es que el legislador ha desoído las recomendaciones del Tribunal Constitucional, quizá porque en un procedimiento sin fase de cognición no es dable prever una diligencia de audiencia y el artículo 131 de la Ley Hipotecaria no ha sido modificado ni tampoco el procedimiento extrajudicial, aunque la fecha de la sentencia sea suficientemente anterior a la reforma del procedimiento hipotecario. Ciertamente, era demasiada reforma para un simple Reglamento.

La nueva regulación de los arrendamientos urbanos sí que ha sido modificada, pero de poco nos sirve ya que se regula la extinción del **arrend-**

damiento de vivienda en caso de ejecución de la hipoteca cuando, pactado el arrendamiento por un plazo superior a cinco años, al tiempo de la transmisión ya hubieran transcurrido cinco años, con la única excepción siguiente: aunque la duración sea mayor si el arrendamiento está inscrito en el Registro de la Propiedad antes que la hipoteca, subsiste durante todo el tiempo pactado. Si el arrendamiento se concertó por plazo inferior a cinco años, el adjudicatario debe pasar por el mismo hasta que se cumpla dicho plazo (art. 13 de la nueva LAU).

Tratándose de arrendamiento para uso distinto del de vivienda, el artículo 29 determina que el adquirente se subrogará en los derechos y obligaciones del arrendador salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (aunque en realidad debería decir art. 32).

La nueva regulación no resuelve el problema en absoluto, en primer lugar porque sólo es aplicable a los arrendamientos concertados con posterioridad al 1 de enero de 1995, y en segundo lugar porque dejan sin resolver la cuestión principal: Si al tiempo de la adjudicación existe un ocupante en la finca que se opone a la entrega de la posesión con título, no será de aplicación el procedimiento de entrega de la posesión material de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que habrá que acudir a un procedimiento declarativo, pues aunque por aplicación de la Ley el adjudicatario alegue la extinción del arrendamiento por transcurso de los plazos legales o por su condición de tercero, los trámites de dicho procedimiento no permiten a las partes contender sobre tales extremos.

GARCÍA GARCÍA recoge unas afirmaciones de GIMENO BAYÓN relativas al problema que estudiamos que, sin duda, son de gran interés: No cabe ignorar la posibilidad de que el arrendamiento sea vehículo para el fraude. Con independencia de aquellos supuestos en los que la apariencia de veracidad del contrato exija acudir a la rescisión del contrato por vía declarativa y al amparo de la previsión contenida en el artículo 1.291 del Código Civil, es posible rechazar la oposición al lanzamiento por medio de resolución fundada en Derecho, a tenor de lo previsto en el artículo 11 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, que manda a los Juzgados y Tribunales rechazar fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de enero de 1995 considera, sin embargo, nulas la diligencia de entrega de posesión derivadas de un procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en las que ante la pretensión de un actor de oponerse a la misma alegando su condición de arrendatario el Juez rechazó su argumentación negándole tal condición por no acreditar debidamente la existencia del contrato (el interesado sólo presentó una fotocopia de un contrato privado) y remitiéndole al procedimiento declarativo correspondiente. El Tribunal Constitucional rechaza la actúa-

ción del Juez reiterando los argumentos de su Sentencia de 1992 relativos a la vulneración del artículo 24 de la Constitución y concediendo amparo al actor desposeído.

10.4. LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO **EXTRAJUDICIAL** EN LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 236.º)

Dispone dicho artículo que el Notario sólo suspenderá las actuaciones cuando se acredite **documentalmente** la tramitación de un procedimiento criminal, por falsedad del título hipotecario en virtud del cual se proceda, en que se halla admitido querella, dictado auto de procesamiento o formulado escrito de acusación.

Verificada la circunstancia prevista en el apartado anterior, el Notario acordará la suspensión de la ejecución hasta que termine el procedimiento criminal. La ejecución se reanudará, a instancia del ejecutante, si no se declarase la falsedad.

Junto con la suspensión, en caso de presentar en el Registro documento **cancelatorio** de la hipoteca en ejecución éste es el único supuesto de suspensión del procedimiento **extrajudicial**, supuesto que también existe en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria con algunos matices.

Nos interesa destacar que sólo procede la suspensión del procedimiento cuando se trata del ejercicio de una acción penal por delito de falsedad, entendiendo por tal, al decir de la doctrina, no la simple concurrencia de manifestaciones falsas en el documento público, sino de actos de falsificación del mismo por manipulación de su contenido. El simple hecho de contener manifestaciones de las partes o del Notario autorizante de contenido falso puede dar lugar al correspondiente ejercicio de la acción civil de nulidad por falta de requisitos esenciales o contravención de la Ley, pero no abre la vía penal. La parte que alegue el vicio debe interponer la oportuna demanda, que tendrá las consecuencias que veremos a continuación al estudiar las referencias al artículo 132 de la Ley Hipotecaria, pero sin suspender la tramitación del procedimiento.

El Reglamento Hipotecario sólo exige que se halla admitido querella, auto de procesamiento o formulado escrito de acusación. No es, sin embargo, el Juez el que debe dar conocimiento al Notario, no sólo porque no tiene por qué conocer la existencia del procedimiento extrajudicial, sino porque debe ser el interesado el que advierta al Notario la existencia de causa criminal mediante la aportación de la documentación oportuna.

Desde el punto de vista del Notario es especialmente importante que la prueba documental a que se refiere este artículo contenga todos los datos

necesarios para la perfecta identificación del título cuestionado por falsificación. Piénsese que no es extraño en absoluto que ante el mismo Notario y en el mismo día se constituyan dos o más hipotecas entre los mismos acreedores y deudores, con números correlativos o no. El Notario debe exigir una perfecta identidad entre el título objeto de acción penal y aquel cuya ejecución dirige, por lo que parece meridianamente claro que podrá negarse a la suspensión del procedimiento si no está seguro de su identidad.

El efecto suspensorio del procedimiento debe afectar a cualquier diligencia a practicar por el Notario desde el momento en que considere acreditada la causa de suspensión, pero entiendo que no debe suspender los plazos que ya hayan empezado a correr para practicar diligencias determinadas. Así, si la suspensión se acuerda cuando restan cinco días para la celebración de la primera subasta y posteriormente es reanudado el procedimiento, debe iniciarse de nuevo el trámite de convocatoria de subasta y no entender que se celebrará sin más a los cinco días; y esto debe ser así porque la suspensión afecta al procedimiento como tal y no a los plazos concretos para practicar diligencias, amén que la protección de los derechos de los interesados en el procedimiento aconseja sin duda seguir esta postura.

10.5. LAS DEMÁS RECLAMACIONES QUE PUEDAN FORMULARSE

Cierra el Reglamento Hipotecario la regulación del procedimiento extrajudicial con el artículo 236.0), que reza lo siguiente: En cuanto a las demás reclamaciones que pueda formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, se estará a lo dispuesto, en cuanto sea de aplicación, en los cinco últimos párrafos del artículo 132 de la Ley Hipotecaria.

Sabido es que el citado artículo de la Ley, tras regular la suspensión del procedimiento judicial sumario del artículo 131, se limita a reconocer la posibilidad de ejercicio de la acción declarativa que corresponda con solicitud, en su caso, de retención del importe de la subasta. Se trata de uno de los aspectos menos estudiados del procedimiento sumario y, por tanto, del procedimiento **extrajudicial**.

Y si en el procedimiento sumario está plenamente justificado el derecho de las partes a iniciar un declarativo por carecer del efecto de la cosa juzgada, en el procedimiento extrajudicial tal consecuencia se hace evidente por carecer siquiera del carácter de procedimiento judicial. Sin embargo, los efectos son los mismos en ambos casos: la continuación del procedimiento.

Como no suspende el procedimiento nada hay que comunicar al Notario que dirija el procedimiento extrajudicial, que podrá continuar con los trámites propios de éste hasta su final. No obstante lo anterior, hemos dicho que el procedimiento declarativo instado al margen del extrajudicial puede

acarrear la retención del precio del remate, el cual, por tanto, no seguirá el destino previsto en el artículo 236.K) (pago al acreedor, consignación en favor de acreedores y entrega en su caso al dueño). Si el Notario desconoce la incoación del procedimiento dispondrá, en la medida que veremos, del precio de remate, con lo que pueden quedar frustradas las expectativas del actor de la acción civil. Es por tanto esencial que el Notario conozca y aplique la consecuencia inmediata de su conocimiento, que es la dejación de la potestad que le atribuye el Reglamento Hipotecario para disponer el destino del precio del remate en beneficio del Juez que conoce del caso. Nada dice el Reglamento de este supuesto y por tanto de cuáles deban ser los trámites a seguir, lo que hace precisa la aplicación de las normas generales. En primer lugar, la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone en su artículo 17 que todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la Ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto... Más concretamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone en su artículo 297 que se utilizará la forma de mandamiento para... la práctica de cualquier diligencia judicial cuya ejecución corresponda a... Notarios; y más adelante el artículo 299 dispone que los mandamientos, oficios y exposiciones se cursarán, para su cumplimiento, directamente por el Juez o Tribunal que los hubiere librado. Podrán, en su caso, utilizarse los medios de comunicación a que se refiere el artículo 288. El destinatario acusará recibo inmediatamente y dicho artículo permite que en caso de urgencia la petición se haga por **télex**, telégrafo, teléfono o por cualquier otro medio bajo la fe del Secretario, sin perjuicio de confirmarla en despacho ordinario.

Pensemos en el supuesto de que un acreedor posterior haya entablado una tercería de mejor derecho frente al titular ejecutante de la hipoteca. Lógicamente, el procedimiento **extrajudicial** sigue su curso hasta el remate, por lo que si no se quiere que se frustre por completo el objeto de la tercería debe ordenarse al Notario la retención (es decir, la consignación) del precio del remate por los trámites que acabamos de ver para que el Juez que conozca de la tercería, en trámite de ejecución de sentencia, disponga sobre la misma.

El problema surge cuando, como expone ROCA, el acreedor ejecutante se adjudica la finca en pago de su crédito sin que medie entrega alguna de dinero, para cuyo supuesto **entiende** que la vía adecuada es la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad, pero no añade nada más a esta consideración.

Lo cierto es que la anotación preventiva no puede practicarse en el Registro hasta terminado el procedimiento, pues hasta entonces ni el titular registral es el acreedor adjudicatario ni en realidad se puede saber si lo va

a ser o no. Y es que la propuesta de ROCA parte de un momento procesal posterior al previsto por la Ley Hipotecaria. En ésta la acción se entabla antes de hacer la entrega de cantidad, por lo que no hay inconveniente en pedir retención del futuro importe de la subasta. Sin embargo, cuando la finca se entrega al acreedor en pago de su crédito ya existe una resolución judicial frente a la cual no cabe más que su impugnación y su anotación en el Registro, con las consecuencias que posteriormente veremos.

10.6. LA PURGA DE ASIENTOS POSTERIORES

Dispone el artículo 236.1.3 lo siguiente: La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario, así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella. Se exceptúan aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca.

En el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no existe nada igual al último inciso. El artículo 132 expresamente dice que aun cuando la pretensión verse sobre la nulidad del título el demandante no tiene más derecho que solicitar la retención del sobrante como ha quedado dicho.

Ahora bien, en la medida que la acción tenga por objeto la nulidad de la hipoteca y tenga un alcance real debe anotarse en el Registro de la Propiedad. Además la anotación debe practicarse, pues puede darse el caso de que el procedimiento, sin llegar a su fin, finalice por desestimiento del actor, nulidad de actuaciones decretada *ex officio* por el Juez u otra causa cualquiera, con lo que la anotación dejaría a salvo los efectos del procedimiento frente a ulteriores adquirentes de derechos sobre la finca. Tomada la anotación, no resuelve el artículo 132 si deberá ser objeto de purga en caso de ejecución de la hipoteca.

La regulación del procedimiento extrajudicial tampoco prevé la suspensión del procedimiento, pero, y esto es lo importante, con la anotación de demanda no **cancelable**, que admite expresamente, se llega a una limitación de sus efectos que distorsiona por completo el funcionamiento del procedimiento en su fase final.

El artículo 236.1 del Reglamento Hipotecario excluye de la cancelación por purga aquellos asientos que reúnan dos características: Han de ser ordenados por autoridad judicial y de los mismos debe resultar estar en litigio la vigencia misma de la hipoteca. Estos requisitos constriñen a la anotación preventiva de demanda dirigida contra el acreedor hipotecario los

posibles supuestos a que el Reglamento se refiere. Es preciso añadir un requisito más derivado de la legislación hipotecaria: es preciso que el mandamiento llegue al Registro antes de que se halla practicado la cancelación de la hipoteca como consecuencia del procedimiento, pues si ha sido así ya no hay tracto para anotar, y con la excepción de que la demanda se presente después de finalizado el procedimiento de ejecución cuyas consecuencias veremos más adelante.

La deficiente técnica de la norma hace surgir la primera duda relativa a qué debemos entender por estar en litigio la vigencia misma de la hipoteca. RODRÍGUEZ ADRADOS señala que estos asientos son las anotaciones preventivas de demanda de nulidad, resolución, extinción y cualquier otra causa de ineficacia, inicial o sobrevenida, del derecho real de hipoteca que se pretende ejecutar; incluido el litigio sobre el vencimiento anticipado de la misma.

VÍCTOR MAGARIÑOS BLANCO y LÓPEZ LIZ entienden que también se comprenden los litigios que versen sobre el pago de la deuda, validez del procedimiento extrajudicial o vencimiento anticipado.

Realmente, si todo esto puede paralizar la efectividad del procedimiento de ejecución más vale no hablar del mismo como procedimiento sumario, pues cualquier pretensión sobre la deuda puede afectar a sus efectos. Sencillamente no puede ser así.

Debemos dejar fuera, en primer lugar, cualquier pretensión que verse sobre la certeza o cuantía de la deuda por cuanto se trata de cuestiones personales, **extrarregistrales**, respecto de las cuales sólo existe el derecho a exigir la retención del precio de subasta, conforme el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, pero que no detienen de ninguna manera la efectividad del procedimiento.

Pero tampoco es admisible considerar, como hace RODRÍGUEZ ADRADOS, que la disputa sobre la causa de vencimiento anticipado cae dentro del ámbito de las anotaciones no cancelables y ello porque no afectan en absoluto a la validez de la hipoteca, sino sólo a los presupuestos de su ejecución, exactamente igual que la pluspetición del acreedor, la disputa sobre una compensación de créditos, etc.

Queda, por tanto, acotado el campo de esta anotación preventiva no cancelable a aquella que publique la existencia de un litigio sobre la no validez de la hipoteca o nulidad de actuaciones, y aun así rechinan los principios hipotecarios. En efecto, la consecuencia de la anotación preventiva de demanda es publicar la existencia de un litigio frente a terceros que se verán afectados por la misma en función de cuál sea la sentencia; es decir, asegurar la resultas de un juicio congelando la situación registral. Por contra, la finalidad del procedimiento de ejecución es que ésta se produzca sin dilación ni suspensión de sus efectos. Se trata de finalidades antitéticas

de imposible coordinación, sólo susceptibles de relaciones de supeditación de una a otra, que es precisamente lo que hace el artículo 236: supeditar la pretensión del procedimiento sumario a la eficacia del declarativo.

La anotación preventiva no suspende el procedimiento, como queda visto, y reconoce implícitamente el artículo 236.1, que analizamos al excluirla de la purga: por tanto, habrá una ejecución, un adquirente y una cancelación de cargas posteriores a la hipoteca, con excepción precisamente de esta anotación preventiva.

Pero si la acción prospera y es declarada la nulidad de la hipoteca, ¿qué ocurre con el adjudicatario?, ¿qué ocurre con los derechos posteriores que ya han sido cancelados y que tendrían que haber subsistido de no existir la hipoteca?

Respecto del adjudicatario, su situación registral quedaría como sigue: sería el titular registral de una finca en la que consta una anotación preventiva de demanda de nulidad del título en el que basa su adquisición. Como al tratar de inscribir la escritura de adjudicación y cancelación el Registrador pondrá nota al pie de la misma expresiva de quedar hecha la inscripción pero no la de cancelación, podrá tomar conocimiento de la existencia de la anotación y del litigio del que ésta deriva, personarse en el mismo y mantener la vigencia de la hipoteca. Se persone o no, si prospera la acción de nulidad y el Juez ordena la cancelación de su asiento así se hará por aplicación de la regla del artículo 198 del Reglamento Hipotecario al ser posterior a la anotación de la demanda y sin que pueda alegar, como le permite el citado artículo, que su derecho proviene de una inscripción anterior a la demanda, pues ésta tiene precisamente por objeto la destrucción de dicho asiento.

En cuanto a los acreedores posteriores su situación es igualmente mala, pues si sus asientos se cancelan como consecuencia del procedimiento extrajudicial, el Registrador de la Propiedad, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, notificará al Juez que ordenó practicar la anotación la cancelación de la misma, lo que supondrá la finalización del procedimiento ejecutivo en cuanto a tales bienes.

Si en vez de un acreedor posterior es un tercer adquirente, la situación es la misma: se cancela su asiento en virtud de una hipoteca que puede ser declarada nula.

Veamos cuáles son las situaciones concretas que pueden producirse:

Primer caso: Si la demanda se interpone antes de la ejecución de la hipoteca, antes de que nada conste en el Registro, se podrá anotar con toda normalidad, pues todo derecho inscrito es susceptible de contradicción.

Si posteriormente se lleva a ejecución la hipoteca, una de dos: si la sentencia declara la nulidad antes de finalizar el procedimiento extrajudicial y se presenta en el Registro el testimonio de la misma, se suspende el

procedimiento por aplicación del artículo 236.ñ) y, en su caso, se pondrá fin al mismo una vez inscrita la cancelación de la hipoteca. No existirá ningún perjudicado, como tampoco lo habrá si la sentencia es **desestimatoria** y se verifica la cancelación de la anotación de demanda.

Si la sentencia declarativa de la nulidad se produce después de finalizado el procedimiento, el adjudicatario habrá podido conocer la existencia del procedimiento por venir recogida la anotación en la certificación del Registrador, por lo que debe personarse en el mismo aunque sólo sea para solicitar la retención del precio de adjudicación, pues de declararse la nulidad de la hipoteca y cancelarse su derecho sólo tendría acción personal contra el acreedor para reclamar la restitución de aquél.

Ante esta situación caben dos posturas desde el punto de vista del Registro:

La primera, que es la que recoge el artículo 236.1, consiste en cancelar todo lo que haya después de la hipoteca salvo la anotación preventiva de demanda. Tal solución respeta, desde luego, la **sumariedad** del procedimiento pero deja puntos oscuros: Se tendría que cancelar la propia hipoteca ejecutada dejando sin base de referencia registral a la anotación de demanda. Más importante, se cancelan derechos posteriores a la hipoteca a pesar de que en el Registro consta la propia discusión de la hipoteca y de sus efectos. Pensemos que si la sentencia es declarativa de nulidad de la hipoteca la cancelación de ésta supondría el avance de rango de las cargas posteriores existentes. Es difícil de justificar que puedan cancelarse estos derechos posteriores en virtud de una hipoteca cuya nulidad está pendiente de resolución y constando el litigio en el Registro. En realidad no hay más justificación que el derecho del adjudicatario a que la finca se encuentre libre de cargas, aunque pesará sobre su adquisición la espada de Damocles de la demanda de nulidad.

Si la sentencia es desestimatoria se cancelará la anotación de demanda y nada habrá ocurrido. Pero si la demanda es estimatoria y decreta la nulidad de la hipoteca o de las actuaciones, ¿qué ocurrirá con esas cargas posteriores canceladas y cuyos procedimientos quizás se habrán sobreseído al notificar el Registrador a los Jueces que los llevaban que las anotaciones de embargo habían sido canceladas como consecuencia de la ejecución de la hipoteca sin que los acreedores pudiesen señalar otros bienes? ¿Cómo explicarles a esos terceros que en el Registro resucitarán unas anotaciones de embargo que en realidad ya no reflejan la existencia de un procedimiento ejecutivo?

La segunda postura posible habría sido entender que debe compaginarse la sumariedad del procedimiento con los efectos propios de la demanda de nulidad. Desde este punto de vista, si anotada la demanda llega al Registro la escritura de adjudicación no debe cancelarse derecho alguno posterior a

la hipoteca, sino que es preciso esperar al resultado del litigio, de forma que si la demanda se desestima pueda, ahora sí, sin perjuicio para nadie, cancelarse todo lo que exista detrás de la hipoteca. Si la sentencia es *estimatoria* su efecto esencial será la nulidad del derecho real y la subsiguiente cancelación de la hipoteca, con lo que los derechos posteriores a ésta seguirán subsistiendo al no quedar afectados ni por la hipoteca cancelada ni por una demanda en la que no son parte. El legislador ha preferido, como queda dicho, la primera posibilidad a esta última.

Segundo caso: Si la demanda se interpone después de que conste en el Registro la iniciación del procedimiento extrajudicial mediante la nota marginal a que se refiere el artículo 236.b), ya no se recogerá en la certificación expedida por el Registrador, ni en los edictos que anuncien las subastas. Pensemos en el adjudicatario de la subasta que ha sido absolutamente diligente y ha leído los anuncios de subasta, ha consultado la certificación registral de la que no resultará la existencia de la anotación preventiva por ser posterior, que ha acudido a las diversas subastas, que ha realizado el depósito previo, que tras la adjudicación ha completado la diferencia entre el depósito y el precio, que ha acudido al Notario a otorgar la escritura de adjudicación, que ha pagado los impuestos a Hacienda... ¿Cómo explicarle que su adquisición está a las resultas de un procedimiento del cual no sabe nada? ¿Cómo decirle que la fe pública del Registro no sirve para nada? ¿Cómo explicarle que su máxima diligencia no tiene efectos? La única respuesta es que el tercero perjudicado por la hipoteca o por la nulidad del procedimiento también tiene derecho a la tutela judicial.

En este caso los efectos serán similares a los antes vistos: Si la sentencia declarativa es anterior a la finalización del procedimiento o es *desestimatoria* nada ocurrirá: se cancelará la hipoteca o la anotación preventiva alternativamente. Si por el contrario la sentencia no ha recaído al tiempo de la finalización del procedimiento sólo cabe seguir la literalidad del precepto y cancelar todo salvo la anotación.

La situación del adjudicatario es mucho peor en este supuesto, pues al no recoger la certificación la existencia de la anotación preventiva puede desconocer la existencia del procedimiento, con lo que si la demanda prospera y se decreta por el Juez la nulidad de la hipoteca y de su inscripción de adjudicatario sólo tendrá acción personal, sin que haya tenido oportunidad de solicitar del Juez la retención del precio del remate.

Tercer caso: La demanda se interpone y anota después de finalizado el procedimiento extrajudicial. Sólo puede practicarse la anotación si el adjudicatario y cualquier otro titular registral cuyos derechos puedan ser afectados son demandados. El adjudicatario tiene la máxima defensa, pues desde el principio tiene la consideración de parte y puede litigar en absoluta igualdad de condiciones. Si la sentencia es *desestimatoria* no habrá proble-

ma alguno, pero si la sentencia estima la demanda de nulidad se producirá la cancelación de la inscripción del adjudicatario y la cancelación de las cancelaciones practicadas en su día. Si la nulidad es de actuaciones se retrotraerán los autos a la fecha que la sentencia determine, lo que supondrá la cancelación de la inscripción del adjudicatario, la cancelación de la cancelación de la hipoteca y la cancelación de la cancelación de las cargas posteriores. En la práctica, desde el punto de vista del Registrador tales operaciones sólo se pueden llevar a cabo si se acreditan que se han respetado los efectos propios de la nulidad, es decir, la restitución de las prestaciones, que si por parte del adjudicatario se lleva a cabo mediante la destrucción de su título de propiedad, desde el punto de vista del acreedor supondrá la restitución del precio recibido en pago del crédito, sin cuya justificación no se podrán reflejar en el Registro las operaciones citadas. Piénsese que el adjudicatario pagó en su día el precio de remate y que éste ya se habrá entregado al acreedor, a los acreedores posteriores e incluso al propietario desposeído. La situación puede complicarse hasta extremos increíbles, pues en un incidente de nulidad como el que comentamos no será extraño que hayan transcurrido dos o tres años o incluso más si la demanda ha llegado a la superior instancia del Tribunal Supremo.

¿Qué conclusiones podemos sacar de todo esto? En primer lugar, que la nulidad de la hipoteca o del procedimiento producen situaciones tremendamente traumáticas en la medida que la restitución de las cosas a su estado original es difícil, dificultad que aumenta progresivamente con el paso del tiempo, de modo que cuanto más alejada está la demanda de nulidad del procedimiento más complicada es la situación.

Pensemos que la nulidad entre partes no tiene especiales dificultades, pero en la medida que aparecen terceros la complicación aumenta. Si el acreedor ha cobrado con el precio del remate, ¿qué interés pondrá en restituirlo? Si los acreedores posteriores a la hipoteca anulada han cobrado todo o parte de sus créditos del sobrante, ¿qué interés tendrán en restituirlo?

La segunda e inmediata conclusión es que hay que hacer todo lo posible para evitar situaciones como ésta, lo cual implica un reforzamiento de los controles de legalidad a tres niveles:

A un primer nivel, el director del procedimiento debe extremar el cumplimiento de los requisitos establecidos por las normas de procedimiento, especialmente en materia de notificaciones, de modo que no pueda alegarse indefensión por posibles terceros, causa principal de impugnación de los procedimientos sumarios.

A un segundo nivel, la calificación **registral** de la escritura de adjudicación y cancelación debe ser igualmente rigurosa. El artículo 236.1.2 determina: En la escritura se harán constar los trámites y diligencias esen-

ciales practicados en cumplimiento de los artículos anteriores, y en particular que se practicaron las notificaciones prevenidas en los artículos 236.c) y 236.d)... Es preferible que el rigor de una calificación estricta pueda llevar a la anulación de unas actuaciones en un momento inmediato a la finalización de procedimiento, que la posibilidad de que la nulidad se plantee al cabo de un tiempo más o menos largo.

A un tercer nivel, han de ser los Jueces, mediante el ejercicio de su jurisdicción, los que deben sentar los criterios de actuación que impidan el abuso de la demanda de nulidad como medio de impedir la plena eficacia de los procedimientos ejecutivos en aplicación de la doctrina sobre indefensión establecida por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional.

11. OTRAS POSIBLES INTERVENCIONES JUDICIALES NO CONTEMPLADAS EN EL REGLAMENTO

Las seis menciones del Reglamento a la intervención judicial dan mucho de sí, desde luego, pero no agotan las posibilidades de intervención de los Jueces en el procedimiento extrajudicial. Vamos a ver algún supuesto, sin perjuicio de que puedan existir otros que en este momento se me escapan:

11.1. EL SOBRANTE DE LA SUBASTA

El artículo 236.k) determina que el sobrante, si hubiera acreedores posteriores, se consignará en el oportuno establecimiento público, quedando afecto a las resultas de dichos créditos. Esta circunstancia se hará constar en el Registro por nota marginal. Si no hubiere acreedores posteriores el sobrante se entregará al dueño de la finca.

Así como en el procedimiento sumario el Juez, en uso de su jurisdicción, dispone el destino del sobrante con arreglo a la Ley Hipotecaria y puede incluso distribuirlo entre los acreedores posteriores (aunque no es una postura resuelta a nivel legal ni doctrinal), en el procedimiento extrajudicial no hay ejercicio alguno de potestad, por lo que desde el primer momento surgieron importantes dudas sobre cuál sería la actuación correcta del Notario.

Tales dudas llegaron a provocar una consulta del Notario de Barcelona don ENRIQUE ROBLES PEREA a la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual contestó mediante Resolución de 17 de marzo de 1993 en los términos siguientes:

- a) El sobrante del precio de remate debe consignarse por el Notario en la Caja General de Depósitos a disposición de quien corresponda,

- según las determinaciones que en su día harán el Notario o la autoridad competente.
- b) Como el Notario no puede tener conocimiento de todas las posibles cargas que hayan accedido al Registro después de la expedición por éste de certificación de cargas a efecto de iniciar el procedimiento, no puede autorizar reparto del sobrante hasta que el interesado le adjunte nueva certificación del Registro de la que resulte el estado de cargas hasta el momento inmediatamente anterior a la inscripción de la adjudicación.
 - c) Si de la certificación no resultan cargas posteriores el Notario determinará que el sobrante se entregue al dueño del inmueble (debería decir al dueño desposeído por la ejecución).
 - d) Si hay cargas posteriores y los titulares posteriores llegan a un acuerdo, el Notario determinará que la Caja General lo entregue en los términos que resulten del acuerdo.

Por tanto, la actuación del Notario se limita al caso de que no existan acreedores posteriores o al que, existiendo, estén de acuerdo sobre el reparto. Fuera de estos casos la actuación judicial es insoslayable, como reconoce la propia resolución al afirmar que el depósito se hará a disposición de quien corresponda según las determinaciones del Notario o autoridad competente, que no puede ser otra que la judicial.

Al no haber acuerdo de reparto el sobrante queda depositado y afecto, por subrogación real, a los créditos posteriores. Cualquiera de los interesados podrá instar el procedimiento que corresponda para que, con citación de los demás interesados, el Juez le reconozca su derecho al sobrante.

El problema es que nada hay en el Reglamento que nos indique cuál puede ser el procedimiento para que el Juez reparta el sobrante, produciéndose una laguna que estimo muy perjudicial. Efectivamente, en el procedimiento sumario aunque haya sobrante el Juez (aunque ya he dicho que **doctrinalmente** no es una situación superada) hace el reparto del sobrante, aunque tampoco el artículo 131 determine los trámites precisos para hacerlo. ¿Es asimilable esta situación a la que se produce en el extrajudicial?, ¿pueden los terceros acudir al Juez de Primera Instancia del lugar donde esté demarcada la finca para solicitarle el reparto del sobrante? Francamente, no veo cómo.

Hubiera sido deseable que el Reglamento Hipotecario hubiera previsto esta situación, pues no es en absoluto imposible la intervención judicial como complementaria de un procedimiento que se ha tramitado ante Notario. Pensemos en el artículo 280 del Reglamento Notarial que regula el procedimiento de reconstrucción de protocolo destruido en el que interviene el Juez de Primera Instancia con el fin de revisar todo el expediente rea-

lizado hasta entonces. De forma muy similar el artículo 203 de la Ley Hipotecaria regula la intervención judicial en el acta de notoriedad autorizada con el fin de reanudar el tracto interrumpido en el Registro o con el fin de inscribir excesos de cabida.

Lo cierto es que ante el silencio del Reglamento y a falta de una remisión concreta a una norma que permita la intervención judicial, no veo otra posibilidad que la del juicio declarativo ordinario instado por cualquiera de los acreedores posteriores a la hipoteca ejecutada para, con citación de los otros acreedores, contender sobre el reparto del sobrante.

Ahora bien, la oposición al reparto no tiene por qué ser posterior a la finalización del procedimiento de ejecución, puede haberse producido antes mediante la interposición de la correspondiente tercería de mejor derecho ante el Juez competente, tercería que sólo puede interponerse antes de haberse hecho el pago al acreedor ejecutante (art. 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Como la tercería va dirigida contra el acreedor ejecutante el objeto será el mismo precio de la subasta, no el sobrante al que se refiere la Dirección General, lo que incide en un momento anterior del procedimiento que impedirá al Notario hacer la entrega del mismo como recoge el artículo 236.k).l. No está previsto en el procedimiento una situación similar, por lo que el interesado que inste la tercería, si no quiere que se haga la entrega, debe solicitar del Juez que conozca de la misma que oficie al Notario en tales términos, en cuyo caso dicho Notario debe consignar el precio total obtenido a las resultas del procedimiento de conformidad con lo que establece el artículo 1.536 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, por analogía, a lo que dispone el artículo 739 para el procedimiento verbal: «Si resultare competente un Juez distinto del que conociere de la ejecución, entablada la tercería se ordenará al inferior... si fuere de mejor derecho que consigne en la Caja de depósitos el importe de los bienes si se enajenaren».

A diferencia del supuesto anterior existe un procedimiento perfectamente establecido por el que el sobrante se repartirá en la forma que determine el Juez en su sentencia.

Caso especial y que tampoco entra en las previsiones de la resolución de la Dirección General es el supuesto previsto en el artículo 113 de la Ley Hipotecaria, que dice «el dueño de las acciones o mejoras que no se entiendan hipotecadas, según lo dispuesto en el artículo anterior, podrá exigir su importe en todo caso o bien retener los objetos en que consistan, si esto último pudiere hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca».

Si exigiere su importe no podrá detener el cumplimiento de la obligación principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá

de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuando se enajene para pagar el crédito.

Si las accesiones o mejoras no pudieran separarse sin menoscabo de la finca, el dueño de las mismas cobrará su importe, aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario; mas si pudieran ser separadas sin dicho menoscabo y aquél hubiera optado, sin embargo, por no llevárselas, se enajenarán con separación del predio, y su precio, tan sólo, quedará a disposición de dicho dueño.

Resumiendo lo que dice el artículo, hay que distinguir dos situaciones: Si las mejoras son separables sin detrimento del inmueble, el tercer poseedor puede optar entre llevárselas o bien exigir su importe que se conseguirá enajenándolas por separado. En ambos casos se trata de una cuestión que cae fuera del **procedimiento** y que por tanto no altera la regulación hasta ahora analizada. Si por el contrario se trata de mejoras o accesiones no separables y que se han integrado en el inmueble en virtud del principio de accesión, el tercero sólo tiene derecho al importe que se detraerá del precio de la subasta con preferencia incluso al acreedor ejecutante.

No está previsto trámite alguno para esta detracción, con el agravante de que la existencia de estas mejoras o accesiones no constará del Registro de la Propiedad salvo en el caso de edificaciones llevadas a cabo por tercer poseedor. Creo, sin embargo, que las reglas antes analizadas, *mutatis mutandi*, pueden ser de aplicación de la siguiente forma: Si de la certificación del Registro resulta la existencia de construcciones verificadas por tercero, el Notario sólo hará entrega del precio al acreedor si existe acuerdo entre ambos, pues frente al tercero tiene la condición de acreedor posterior. Sólo si de la certificación no resulta derecho alguno en favor del tercero podrá el Notario, sin más, hacer entrega al acreedor.

El problema surge porque la resolución de la Dirección General está pensada para un caso distinto cual es la entrega del sobrante una vez satisfecho el acreedor, y aquí estamos hablando de un período anterior similar al que antes hemos planteado respecto de la tercería de mejor derecho. Considero por la misma razón que sólo si de la primera certificación resulta el derecho del tercer poseedor deberá el Notario paralizar la entrega al acreedor por cuanto corresponde al tercer poseedor hacer valer la preferencia que le reconoce la **Ley Hipotecaria**.

Si resulta que se hace entrega al acreedor sin tener en cuenta la preferencia del tercer poseedor, bien porque no resulte del Registro o porque se entienda que el Notario debe pagar en todo caso al acreedor, el tercero no tendrá más remedio que acudir al declarativo correspondiente solicitando la retención del remate.

11.2 LA CONCURRENCIA DE OTROS PROCEDIMIENTOS

Para terminar, sólo decir que el Notario no está obligado a notificar a Juzgado alguno que tramite un procedimiento posterior en rango la iniciación del procedimiento extrajudicial. No lo impone el Reglamento Hipotecario y así expresamente lo reconoció la aludida Resolución de la Dirección General de 17 de marzo de 1993. La notificación se hace conforme al artículo 236.d) a los titulares posteriores, que serán los que, en su caso, iniciarán las tercerías correspondientes o bien los que ejerciten su derecho a pagar el importe reclamado que le reconoce el artículo 236.e) y a subrogarse o no en la situación del acreedor satisfecho. Por tanto, los procedimientos posteriores seguirán su curso siempre sin perjuicio de la ejecución extrajudicial.

Respecto de los procedimientos universales, la situación derivada del procedimiento extrajudicial no varía en nada a la del procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, pues al igual que en el mismo no se detiene el procedimiento ni hay acumulación de autos, como **expresamente** reconoce el artículo 135 de la Ley Hipotecaria.

Sólo diré, respecto de la quiebra, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es demasiado cambiante en este tema, pues si bien hay Sentencias como las de 11 de octubre de 1985 y la de 20 de septiembre de 1993 que protegen la seguridad del tráfico inmobiliario aclarando que la quiebra no produce *ipso iure* la nulidad de la hipoteca anterior que debe ser declarada en el procedimiento declarativo correspondiente en el que sea parte su titular, existen otras sentencias contradictorias que, interpretando literalmente el artículo 858.2 del Código de Comercio, aplican sin más la nulidad a los contratos realizados en período de retroacción. Personalmente considero que la doctrina acertada es la recogida en las primeras sentencias citadas.

Por su parte, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, expresada en sus Resoluciones de 7, 8 y 14 de noviembre de 1990 y 12 de abril de 1991, considera que la inscripción de la quiebra practicada después de la hipoteca no puede ser cancelada por la ejecución de la misma, doctrina muy criticable por contraria al artículo 132 de la Ley Hipotecaria y porque correspondería a los Síndicos de la quiebra instar la nulidad de la hipoteca y no al adjudicatario instar la cancelación de la quiebra, pues, como acabamos de ver, la hipoteca sólo deberá ser considerada nula si se demuestra en el declarativo correspondiente, lo cual nos lleva, nuevamente, al artículo 236.1 del Reglamento Hipotecario.

FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO
Registrador de la Propiedad y Mercantil.
Notario excedente