

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS

LA ESTAMPACIÓN O NO DE LA NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN DE CARGAS QUEDA AL MARGEN DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y, EN CONSECUENCIA, CUMPLIDAS LAS NOTIFICACIONES PERTINENTES ESTABLECIDAS POR LA LEY SOBRE LA BASE DE DICHA CERTIFICACIÓN, ES CANCELABLE, AUNQUE NO SE HUBIESE CONSIGNADO LA CORRESPONDIENTE NOTA MARGINAL DE LIBRAMIENTO DE AQUÉLLA, LA INSCRIPCIÓN DE VENTA HECHA POR LOS EJECUTADOS A UN TERCERO DESPUÉS DE CELEBRADA LA SUBASTA Y CEDIDO SU REMATE, PESE A NO HABERSE REQUERIDO DE PAGO, DÁNDOLE OPORTUNIDAD DE INTERVENIR EN EL PROCEDIMIENTO, AL REFERIDO TERCERO. HIPOTECAS A FAVOR DEL BANCO HIPOTECARIO DE ESPAÑA: ESPECIALIDADES.

Resolución de 13 de abril de 1982 (B. O. del E. de 3 de junio).

RESOLUCION de 13 de abril de 1982, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Esteban Pérez Alemán, en nombre y representación de don José Bruno Hernández Medina, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santa María de Guía (Las Palmas) a inscribir una escritura de compraventa y mandamiento judicial derivados de un proceso de ejecución hipotecaria, en virtud de apelación del recurrente.

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Esteban Pérez Alemán, en nombre y representación

de don José Bruno Hernández Medina, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santa María de Guía (Las Palmas) a inscribir una escritura de compraventa y mandamiento judicial derivados de un proceso de ejecución hipotecaria, en virtud de apelación del Registrador de la Propiedad;

Resultando que con fecha 7 de agosto de 1975, los cónyuges don Miguel Roca Suárez y doña Rosa Brito Lasso otorgaron escritura de préstamo y constitución de hipoteca sobre una finca de su propiedad, en favor del «Banco Hipotecario de España, S. A.», estableciéndose que los prestatarios quedaban sujetos a la Ley de 2 de diciembre de 1872 al Real Decreto-ley de 4 de agosto de 1928 y a los Estatutos del Banco, que, como consecuencia de la falta de pago de varios plazos, la Entidad acreedora inicia el procedimiento de ejecución; que el día 12 de abril de 1978 se expide por el Registrador de la Propiedad una certificación de cargas de la que resulta hallarse inscrita la finca a favor de don Rafael Dombidáu Santana y su esposa, doña Lucrecia Gil Sánchez, y de don Ramón Naranjo Hernández y su esposa, doña María Rosa Ramírez García, y sin hacerse constar que se ha puesto nota al margen de la inscripción de haberse expedido la certificación de cargas; que cumplidos los demás trámites, se otorga por el Juez de Primera Instancia número 8 de Madrid, el día 28 de mayo de 1980, escritura de venta a favor del rematante don José Bruno Hernández Medina; que el día 30 de junio de 1980 se libra un mandamiento al Registro de la Propiedad de Guía por el que se da cumplimiento al auto de 16 de junio de 1980, en el que se ordenaba la cancelación de la inscripción de hipoteca en favor del «Banco Hipotecario de España, S. A.», así como la de todas las demás inscripciones o anotaciones que hayan podido realizarse con posterioridad a la inscripción de la hipoteca;

Resultando que presentados en el Registro de la Propiedad de Guía el anterior mandamiento judicial y la escritura de compraventa, fueron calificados con las siguientes notas: «No se practica operación respecto al mandamiento que precede, por los siguientes defectos: 1.º No determinarse, con referencia a los datos registrales, las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de hipoteca que deban cancelarse. 2.º No haberse requerido de pago, no interviniendo en el procedimiento de ejecución, el actual titular registral de la finca hipotecada, don Luis Granados Henríquez, el cual la adquirió por compra a don Rafael Dombidáu Santana y a don Ramón Naranjo Hernández, con el consentimiento de sus respectivas esposas, doña Lucrecia Gil Sánchez y doña M.ª Rosa Ramírez García, en escritura autorizada el 24 de abril de 1980, por el Notario de Guía don Francisco Luis Navarro Alemán, cuya primera copia fue presentada a las diez horas del día 6 de mayo de 1980, asiento 1.839, folio 275 del diario 49, que causó la inscripción 4.ª de la finca 5.902, practicada el 8 de julio de 1980, en el tomo 654 del archivo, libro 55 de Mogán, folio 124. Y, siendo subsanable el 1.º de los defectos señalados e insubsanable el 2.º, no se toma anotación preventiva. Santa María de Guía a 4 de diciembre de 1980». Respecto de la escritura de venta, la nota es del siguiente tenor literal: «Se deniega la inscripción del precedente documento al que se acompañó posteriormente copia de la escritura de capitulaciones alegadas en el mismo por el defecto de no otorgarse el título que se califica por sí ni en nombre del actual titular registral, don Luis Granados Henríquez, el cual no fue requerido de pago ni intervino en el procedimiento de eje-

cución hipotecaria conforme consta en el apartado 2.º de la nota de calificación registral del auto dictado el 16 de junio de 1980, por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Madrid, testimonio del cual se acompañó asimismo al título objeto de esta calificación. Defecto que se considera insubsanable no tomándose anotación preventiva. Santa María de Guía, 9 de enero de 1981»;

Resultando que posteriormente se presenta en el Registro de la Propiedad de Guía un mandamiento judicial comprensivo de un auto complementario del de 16 de junio de 1980, por el que se acuerda la cancelación de la inscripción 4.ª en favor de don Luis Granados Henríquez, que se calificó con la siguiente nota: «No se practica operación respecto al documento que precede, mandamiento que libra, por duplicado, el Juzgado de Primera Instancia de este partido, de 24 de diciembre de 1980, en cumplimiento de exhorto del número 8 de los de igual clase de Madrid, dimanante de autos número 1.441 de 1979, al que se adjunta testimonio literal del auto dictado por el exhortante en 9 de diciembre de 1980, dictado por el propio Juzgado exhortante, por subsistir con el mismo carácter de insubsanable el segundo de los defectos señalados en la nota de calificación registral del citado auto de 16 de junio último. Santa María de Guía, 9 de febrero de 1981»;

Resultando que por el Procurador de los Tribunales don Esteban Pérez Alemán, en nombre de don José Bruno Hernández Medina, se interpuso recurso gubernativo contra las anteriores calificaciones, alegando: Que tanto si se atiende a la fecha en que fue expedida la certificación de cargas, como si se atiende a las especiales normas del Banco Hipotecario, se ha de llegar a la conclusión de ser perfectamente inscribible el mandamiento judicial en que ordena la cancelación de la hipoteca y de las sucesivas titularidades registrales, así como la escritura de venta otorgada por el Juez en favor del rematante; que la petición y expedición de la certificación de cargas viene impuesta en todo procedimiento de apremio, sea hipotecario o no, exigencia que se deriva tanto de la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria como del número 1.º del artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el Registrador de la Propiedad tiene además la obligación de hacer constar por nota al margen de la correspondiente inscripción que se ha expedido la certificación de cargas y la fecha de la expedición, tanto para el proceso del artículo 131 de la Ley Hipotecaria como en los demás ejecutivos, según dispone el párrafo 2.º del artículo 143 del Reglamento Hipotecario; que la fecha de la expedición de la certificación de cargas determinará, de una parte, quienes han de ser citados en el procedimiento, y de otra, la cancelación de las inscripciones que se hayan practicado con posterioridad a la misma, que estos efectos procesales y sustantivos derivan del hecho de la expedición de la certificación de cargas, sin que estén vinculados al cumplimiento o no por el Registrador de su obligación de extender la nota marginal; que los preceptos especiales que regulan la ejecución de las hipotecas constituidas en favor del Banco Hipotecario de España determinan la misma solución práctica, tal y como señala el artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, al disponer que «cuando la finca hipotecada cambie de dueño, quedará de derecho subrogado el adquirente en todas las obligaciones que por razón de ella hubiere contraído su causante con el Banco. El adquirente dará conocimiento al Banco de su adquisición dentro de los quince días al en que se consume,

y si no lo hiciese, le perjudicarán los procedimientos que aquél dirija contra su causante para el cobro de sus créditos»; que se acompaña una certificación expedida por el Secretario general del Banco Hipotecario de España de fecha 16 de marzo de 1981, de la que resulta que desde el año 1975 —en que se formalizó el préstamo— hasta su reembolso por venta judicial no se había practicado en dicho Banco ningún asiento de cambio de dueño; que de conformidad con lo expuesto, el procedimiento de venta del inmueble perjudicará a los nuevos adquirentes que no comunicaron al Banco su adquisición;

Resultando que el Registrador de la Propiedad informó: Que los efectos procesales y sustantivos, señalados por los artículos 143, 1.º, del Reglamento Hipotecario y del artículo 131, regla 17, de la Ley, no derivan del simple hecho de la expedición de la certificación de cargas, sino que ésta determina únicamente el momento a partir del cual se producen dichos efectos, lo cual tiene su reflejo registral mediante la correspondiente nota marginal; que con referencia al pretendido incumplimiento por el Registrador de la obligación de extender la nota marginal debe señalarse que del mandamiento en que se ordenaba la expedición de la certificación de cargas no resultaba la certeza del procedimiento de ejecución, y que estando dirigida la nota marginal al tercer poseedor, éste carácter no lo puede tener nunca —dado el artículo 95 de los Estatutos del Banco Hipotecario— el adquirente de finca hipotecada a favor de dicho Banco, ya que asume automáticamente la deuda; que la tesis del recurrente relativa a que el adquirente no comunicó oportunamente al Banco su adquisición, y que, por tanto, le han de perjudicar los procedimientos que éste dirija contra su causante, debe ser también rechazada, ya que se basa en una certificación librada por el Banco Hipotecario con posterioridad a las fechas de las respectivas calificaciones recurridas; que la necesidad del requerimiento de pago al adquirente de la finca hipotecada viene impuesta por el artículo 126 de la Ley Hipotecaria, requerimiento que se ratifica en los artículos 127 y 131 de la Ley, así como en el 235 del Reglamento; que en caso de haber dado conocimiento de la adquisición al Banco, el adquirente no queda privado de su derecho a intervenir en el procedimiento de ejecución; que, por último, la escritura no se otorga por el deudor por sí ni en su nombre, infringiendo de esta manera el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del (*sic*) artículo 20 de la Ley Hipotecaria;

Resultando que el Presidente de la Audiencia dictó auto por el que se revocaba la nota calificatoria, alegando, entre otros fundamentos, el relativo a la imposibilidad de notificar al nuevo adquirente, dada la fecha de su adquisición, que es posterior a la de la aprobación del remate, y en la necesidad de evitar que la culminación del procedimiento de ejecución pueda quedar al arbitrio del deudor;

Resultando que el Registrador de la Propiedad de Guía se alzó de la decisión presidencial;

Vistos los artículos 126, 127 y 131 de la Ley Hipotecaria, 143, 225, 226 y 233 del Reglamento para su ejecución, 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de 2 de diciembre de 1872, el Real Decreto de 3 de noviembre de 1928 y las Resoluciones de 6 de noviembre de 1933 y 22 de mayo de 1943;

Considerando que antes de entrar en el examen del presente expediente se hace necesario advertir el estrecho marco en que se mueve el recurso gubernativo que solamente ha de resolver sobre la práctica o extensión

de los asientos registrales solicitados, y sin que pueda decidir sobre aquellas cuestiones que por muy relacionadas que lo estén sean ajenas a la nota de calificación, sin perjuicio de que los interesados, como indica el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, puedan acudir, si lo desean, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos;

Considerando que inscrito un título de dominio, como es la escritura de venta otorgada por los deudores ejecutados a favor de una tercera persona y que fue autorizada en fecha incluso posterior a la providencia judicial que aprobaba la cesión del remate hecha por el ejecutante a un tercero, el único obstáculo que señala la nota de calificación —y único que puede examinarse— para proceder a la cancelación del asiento registral practicado a favor del actual titular, que impide a su vez la inscripción de la escritura calificada, consiste en determinar si era o no necesario que en el procedimiento de ejecución seguido se le hubiese requerido de pago a dicho actual titular que adquirió después de expedida por el Registrador la certificación de cargas, a que hace (*sic*) referencia los distintos preceptos legales que regulan esta materia;

Considerando que la certificación con la inserción literal de la última inscripción de dominio y con la relación de cargas del inmueble sujeto a ejecución que ha de expedir el Registrador a petición de Juez o Tribunal con arreglo a lo establecido en los artículos 1.489, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 131, regla 4.ª, de la Ley Hipotecaria, y 143, 1.º, de su Reglamento, es de una importancia primordial, ya que determina las personas a las que es necesario, si no hubiesen sido requeridas de pago, el notificarles la existencia del procedimiento por si les conviniese intervenir en el mismo, notificación que no es preciso realizar a todos aquellos que hayan inscrito, anotado o presentado su título en el Registro con posterioridad a la expedición de dicha certificación, en la que como es natural no pueden aparecer mencionados, y todo ello con independencia de que el Registrador, amparado en la libertad de criterio de que goza en su función calificadora, estimara en su día que era o no necesario extender la nota marginal correspondiente, ya que tal obligación queda al margen del procedimiento judicial en el que aparecen cumplidas las notificaciones pertinentes establecidas por la Ley sobre base de la certificación registral expedida,

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 13 de abril de 1982.—El Director general, Fernando Marco Baró.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Las Palmas.

SUMARIO: I. *Cuestiones previas*: 1. ¿Qué proceso de ejecución se siguió?—2. ¿A qué se alude en el considerando primero?—II. *Acotaciones*: 1. A los hechos.—2. Al escrito de interposición del recurso.—3. Al Informe.—4. Al auto del Presidente.—5. A los considerandos.—III. *Cuestiones que debieron esclarecerse para el cabal enfoque del fallo*: 1. Concepto de tercer poseedor: A) En la extensión objetiva de la hipoteca. B) En la limitación por intereses. C) En la limitación por cifra de distribución de la responsabilidad. D) En la ejecución hipotecaria: a) terceros «pre-nota»; b) terceros «post-nota».—2. Momento en que se adquiere el dominio en las ejecuciones hipotecarias.—3. Vigencia e interpretación del artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872.

I. CUESTIONES PREVIAS

1. Uno de los aspectos que queda en la penumbra dentro de la precedente Resolución es el de determinar qué clase de procedimiento (1) de ejecución se ha utilizado en el caso sometido a su consideración, toda vez que se involucran por doquier preceptos relativos al procedimiento ejecutivo ordinario, al especial de que goza el Banco Hipotecario de España, al judicial sumario y hasta al ejecutivo extrajudicial, sin que en ningún momento se discierna con claridad cuándo se citan tales artículos con carácter simplemente analógico o supletorio.

En la rúbrica del Boletín y en el párrafo inicial de encuadre dirigido al Presidente de la Audiencia, se habla simplemente de *proceso (por cierto) de ejecución hipotecaria*; en el resultando primero de que se *inicia el procedimiento de ejecución* y la misma expresión incolora (*procedimiento de ejecución seguido*) se utiliza en el considerando segundo.

Yo me aventuro a suponer que se siguió el procedimiento especial de que disfruta el Banco Hipotecario de España y cuyo fundamento legal, como recuerda la interesante Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981 (2), se encuentra:

(1) Mejor sería decir con la moderna procesalística (GUASP y tantos otros) proceso en lugar de procedimiento, expresión ésta que alude más a los trámites que a la institución-cauce que desenvuelven, pero entre los hipotecaristas está mucho más consagrada esa segunda terminología y no digamos nada entre los vetustos preceptos de la legislación hipotecaria (cfr. art. 126 *fine*; 127, dos últimos párrafos; 131, etc., de la Ley Hipotecaria; 143, 222 a 236 —y sus rúbricas— del Reglamento Hipotecario, etcétera). La palabra procedimiento también tiene la ventaja de poderse predicar sin demasiada inexactitud del ejecutivo extrajudicial, al que ortodoxamente no se puede tildar de proceso. Más consideraciones terminológicas y de naturaleza jurídica en JAIME GUASP: *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 1951, págs. 43 y ss.

(2) *Boletín Oficial del Estado* de 14 de enero de 1982, Suplemento al núm. 12. En dicha sentencia (de la que fue ponente el Magistrado don LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN) el Pleno del Tribunal Constitucional desestimó tres recursos acumulados de amparo, promovidos por dos sociedades prestatarías del Banco Hipotecario de España, S. A., a las que esta Entidad había ejecutado por su procedimiento especial expeditivo al considerar que la inexistencia de fase cognitoria violaba su derecho a la tutela jurisdiccional, a la defensa y a la utilización de medios de prueba protegido, para cualquier clase de procesos, por el artículo 24 de la Constitución. El Tribunal, con consideraciones de inequívoca lectura, declaró que ni el proceso especial a favor del Banco Hipotecario, ni su pariente próximo, el procedimiento judicial sumario, son contrarios a dicho precepto constitucional: 1.º Porque «el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico» (la escritura de constitución de hipoteca), por lo que se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados; 2.º, porque la oposición no está en absoluto suprimida, sino sólo restringida: «hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más» (sólo son oponibles en el proceso especial una demanda de tercera que se funde en título anteriormente inscrito, y en el judicial sumario las excepciones del art. 132 de la Ley Hipotecaria), y 3.º, porque la «ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo». Por lo demás, la sentencia homenajea merecidamente a ROCA SASTRE, citándole nominalmente, como excepción a la costumbre forense de ese y otros tribunales. (Vide un resumen comentado de esta sentencia a cargo de EDMUNDO ÁNGULO RODRÍGUEZ en A. D. C., enero-marzo de 1983, págs. 251 a 256.)

— En el Decreto-ley de 5 de febrero de 1869 que reguló las bases para la actuación de las instituciones de crédito, cuyo objeto fueran operaciones de préstamo hipotecario o de crédito territorial y cuyos artículos 16 y siguientes establecieron, con carácter general, el secuestro y la posesión interina de las fincas y *si la institución de crédito no creyere suficientemente asegurados sus intereses con la posesión y los productos de la finca* se le facultaba para pedir al Juez la enajenación en pública subasta y la rescisión del préstamo (3), vía procedimental que fue respetada por el artículo 1.560 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

— En los artículos 33 a 35 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 que hicieron una aplicación singular de la anterior disposición en favor del Banco Hipotecario de España que por aquella misma Ley se creaba (4).

— En los artículos 10 a 12 del Real Decreto-ley de 4 de agosto de 1928 que acentuó el carácter oficial del Banco y, entre otros aspectos, perfiló su Estatuto Orgánico (5).

— Y en los artículos 91 a 94 del Real Decreto de 3 de noviembre del mismo año 1928 por el que se aprobaron unos nuevos Estatutos del Banco Hipotecario, como consecuencia de la reforma introducida en su organización por el Decreto-ley anterior. Precisamente el último párrafo del artículo 92 del Real Decreto de 3 de noviembre decía: *No obstante lo dispuesto en este artículo y el anterior, que son reproducción exacta de sus correspondientes de la Ley de 2 de diciembre de 1872, en los procedimientos judiciales a que se refieren podrán introducirse, a petición del Banco, las modificaciones pertinentes con arreglo a las Leyes de Enjuiciamiento Civil e Hipotecaria*, permitiendo así, a sorprendente iniciativa de la Entidad actora, una conmixtión procedimental que evidenciaba la parquedad y la obsolescencia de que adolecían, ya para entonces, los privilegios de ese orden concedidos en la hora fundacional.

Me apoyo para cimentar mi hipótesis de que fue ése el cauce procesal seguido, no tanto en el hecho de que se entablara la acción ante un Juzgado de Madrid (cfr. artículo 122 párrafo tercero de los Estatutos citados), pues a la misma consecuencia se llegaría con la habitual cláusula de sumisión expresa en tal sentido, sino más bien:

— En el dato que refiere el primer resultando de que, según la escritura de constitución del préstamo, *los prestatarios quedaban sujetos a la Ley de 2 de diciembre de 1872, al Real Decreto-ley de 4 de agosto de 1928 y a los Estatutos del Banco*, extremo que de otro modo hubiera sido superfluo resaltar.

(3) Orden de facultades, primero comiso y después, en su caso, alienación de la finca, que patetiza el entronque de este procedimiento con la *actio quasi Serviana o hypothecaria* del Derecho romano, sólo que ahora el *ius distrabendi* ha de ejercitarse necesariamente en forma pública y no privadamente. Vide ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 7.ª ed., vol. IV-2.º, pág. 1036.

(4) La Ley, cuyo cometido primordial era el de disponer «la forma en que deberán satisfacerse los intereses de las diferentes clases de deuda del Estado», autorizaba al Gobierno para conceder (¿otroí todavía?) al Banco de París y de los Países Bajos la facultad de crear el Banco Hipotecario de España, que por una parte creaba el artículo 13 fijando su domicilio, capital y duración, y, por otra, decía el artículo 14 que «*su constitución definitiva habrá de realizarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la concesión*». El artículo 1.º de los Estatutos de 1928 pone de manifiesto que el Banco, creado por la Ley de 1872, fue autorizado por Real Decreto de 31 de enero de 1873 y fundado en escritura otorgada en 15 de abril de 1873 ante don MANUEL CALDEIRO (los subrayados son míos).

(5) Este Decreto-ley supuso un paso decisivo en la «oficialización» del Banco, pues, como contrapartida a los privilegios constitutivos que se le confirmaban, se le impuso una participación progresiva del Estado en sus beneficios, una desviación de parte de sus recursos hacia la Caja para el fomento de la pequeña propiedad y una libre designación por el Gobierno del cargo de gobernador del Banco.

— En que, al parecer sin fase cognitoria previa (6), lo que excluye la eventual utilización del ejecutivo ordinario, la ejecución concluye por auto de adjudicación, cuyo testimonio no es lo que se presenta a inscripción, como procedería de haberse utilizado el judicial sumario (art. 131, regla 17 de la Ley Hipotecaria), sino una escritura pública autorizada en cumplimiento de aquél, título que no puede ser otro que el previsto en el artículo 1.514 de la Ley rituarial aplicado supletoriamente para desenvolver las alusiones a la palabra *venta* que se contienen en los preceptos reguladores del procedimiento especial.

— Y en que tanto el escrito de interposición del recurso, cuanto el informe del Registrador arguyen un precepto de la Ley de 2 de diciembre de 1872, el 36, que, si no estrictamente procedimental, tiene un carácter y topografía próximos, y evidencia que las actuaciones, en la mente de todos los intervinientes, se habían desenvuelto probablemente al amparo de los artículos normadores del proceso singular a favor del Banco Hipotecario de España.

2. Pues bien, supuesto lo anterior, no sé si se aludirá a una pretendida inidoneidad de dichas normas especiales (que, considerándolas derogadas, no serían aptas para encauzar la ejecución), tanto en el cabalístico considerando primero, cuanto en el inciso del segundo en que el Centro Directivo autolimita su cognición al único obstáculo que señala la nota denegatoria. En efecto, alcanzando la calificación registral de los documentos judiciales, según el artículo 99 del Reglamento Hipotecario vigente en la fecha de la nota (hoy el art. 100 tiene idéntica redacción), entre otros aspectos, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, si este último se considerara derogado, sería posible desacatar, por incongruente, el mandamiento cancelatorio y tendríamos sentido el que la Dirección sugiriese el que no entraba en el tema por no haberse suscitado.

Pero acontece que la vigencia del procedimiento especial de ejecución a favor del Banco Hipotecario de España es un tema que no se ha cuestionado nadie que yo sepa (7) y acaso no haya porqué cuestionárselo ya que la subsistencia de las normas que lo regulan puede fundarse:

(6) Puede entenderse así la frase del primer resultando «cumplidos los demás trámites», ya que, en rigor, no cabría tildar de meros trámites la posible oposición de los demandados ex artículos 1.463 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la hipotética sentencia de remate (arts. 1.473 y concordantes de la misma Ley adjetiva).

(7) La mayoría de los autores se limitan a citar su existencia y a reproducir, con muy escasas glosas, su regulación: ROCA SASTRE: *Op. cit.*, págs. 1175 a 1177; CAMY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.ª ed., tomo VI, págs. 851 a 854; CHICO: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, II, págs. 991 y 992; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, 2.ª ed., III-3.ª, págs. 243 y 244, etc. Últimamente, en una obra, como ha escrito DÍEZ DEL CORRAL (recensión en A. D. C., cit., págs. 143-6), mucho más densa de lo que permite suponer su volumen (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, ed. por la Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, página 432, nota 25), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS sigue dando por vigentes «las reglas específicas que regulan el procedimiento ejecutivo en favor de las compañías de crédito territorial», si bien, posteriormente (pág. 461 y nota 19 de la misma), al negar que haya casos de asunción automática de la deuda hipotecaria por la simple transmisión del bien hipotecado y examinar el del artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, afirma que «es muy discutible que la norma antes transcrita (dicho art. 36) de la Ley 1872 (que excede del carácter de norma procedimental) esté, por su carácter de norma civil (cfr. art. 1.976 del Código Civil), todavía vigente. La norma se reproduce en el Real Decreto-ley de 4 de agosto de 1928, pero parece que quedó reducida al rango reglamentario tras la II República (cfr. Decreto de 15 de abril de 1931)». Vide, por último, la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981 que en ningún momento se cuestiona la vigencia de las normas expresadas, cuya inconstitucionalidad sobrevenida tampoco aprecia (ANGULO en el comentario citado en la nota 2 hace ver cómo el litigio constitucional «no se plantea desde el prisma de la igualdad —no se trata de determinar cuál sea el privilegio de que dispone el Banco Hipotecario de España—, lo que hubiera obligado a examinar la razonabilidad de la diferente regulación de la ejecución hipotecaria cuando el acreedor es aquella entidad oficial de crédito, extremo no abordado por las partes —al menos según el

— En la disposición final o artículo 2.182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exceptúa de la derogación general de todas las normas reguladoras del procedimiento civil a las *establecidas por la Ley Hipotecaria y demás leyes especiales*.

— En el citado artículo 1.560 de la propia Ley de trámites que específicamente salva la vigencia del Decreto-ley de 5 de febrero de 1869, basamento legal del privilegio ulterior del Banco Hipotecario.

— En el artículo 2.º del Decreto-ley de 15 de abril de 1931 que, dentro de la revisión de la obra legislativa de la Dictadura, redujo al rango de preceptos meramente reglamentarios, sólo válidos y aplicables *en cuanto se conformen con el texto anterior y superior de leyes votadas en Cortes* (cual la de 1872), los titulados Decretos-leyes de la Dictadura que al llegar el día primero de junio del susodicho año 1931 no hubiesen sido objeto de otra distinta y expresa declaración (tal y como aconteció con el Decreto-ley de 4 de agosto de 1928).

— En la disposición transitoria quinta de la vigente Ley Hipotecaria que en su párrafo segundo dispone: *En todo caso podrá utilizarse el procedimiento ejecutivo ordinario o el admitido por leyes especiales cuando proceda*.

— En los artículos 131-6.ª y 133 de la propia Ley Hipotecaria que, como apunta PEÑA, prevén que la administración o posesión interina de las fincas hipotecadas estén conferidas por otra Ley distinta de ella (8).

— Y en el silencio tanto del Decreto-ley 34/1962 de 20 de julio que nacionalizó el Banco Hipotecario de España, al que configuró como una entidad de derecho público incluida en el artículo 1.º de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, cuanto de la Ley 13/1971 de 19 de junio de organización y régimen del crédito oficial que ulteriormente volvió a decretar para él la forma de sociedad anónima (ahora de íntegro capital estatal: artículo 24,2) que hoy ostenta, puesto que estas disposiciones se limitaron a establecer el régimen operativo que en cada coyuntura se ha considerado más idóneo para la Entidad, pero sin alterar, como en las transformaciones sociales (cf. art. 137,1 de la Ley de Sociedades Anónimas), su esencial identidad (arts. 15 del Decreto-ley y 24,3 de la Ley) y, por ende, sus privilegios originarios. No obstante, mientras en el artículo 3.º del Decreto-ley 34/62 se decía que el Banco se regiría en su organización y en su funcionamiento por dicho texto, por su Reglamento y disposiciones oficiales, etcétera, y mientras la disposición transitoria 2.ª añadía que en tanto dicho Reglamento general no se aprobase por Decreto de Consejo de Ministros, *regirán los actuales Estatutos y demás normas de aplicación*, en el artículo 25 de la Ley 13/71 se dispone escuetamente que *Las Entidades Oficiales de Crédito se regirán por las normas de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas y por los Estatutos que apruebe el Consejo de Ministros a propuesta del de Hacienda*.

resumen de sus respectivas posiciones que efectúa la propia sentencia— y en el que tampoco se decide a entrar el Tribunal». Quizá —pienso yo— ese alambicado enfoque de vulneración del artículo 14 de la Constitución Española sea el único desde el que quepa dudar de la vigencia del procedimiento a favor del Banco Hipotecario de España, pues no parece tener hoy su privilegio otro fundamento que una razón de pura reminiscencia histórica, pero de haber sido así lo habría apreciado *ex officio* el Tribunal Constitucional, basado en el principio *iura novit curia*, del que ya ha hecho aplicación en otros fallos —Sentencias de 26 de enero de 1981, R. A. núm. 65/80; 6 de abril de 1983, R. A. núm. 385/82; 11 de mayo de 1983, R. A. núm. 148/82, etc.—).

(8) LA RICA: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, libro homenaje editado por el Centro de Estudios Hipotecarios, I, Madrid, 1976, pág. 94, nota 53, sólo piensa como otra Ley al respecto en la de Enjuiciamiento Civil, cfr. artículos 1.505 y 1.521 y ss.

Como es sabido, de acuerdo con la disposición transitoria 1.^a de aquella Ley, se constituyó el 7 de febrero de 1972 la Sociedad Anónima Banco Hipotecario de España por escritura ante el Notario de Madrid don Félix Pastor Ridruejo (núm. 403 de su Protocolo), y la misma se ha modificado no hace mucho por la de fusión por absorción, previa escisión, del Banco de Crédito a la Construcción autorizada el 7 de junio de 1982 por el también Notario de Madrid don Emilio Garrido Cerdá como sustituto de su compañero de residencia don José Luis Martínez Gil (núm. 1.347 del Protocolo de éste); pues bien, en los Estatutos refundidos aprobados por el Consejo de Ministros en sus sesiones de 9 de diciembre de 1971 y 30 de abril de 1982 no hay una reiteración clara del privilegio procedimental (9) que desarrollara el anterior Estatuto orgánico de 1928. Los rastros más claros de su supervivencia se pueden encontrar a lo sumo en el artículo 1 (*Banco Hipotecario de España, S. A. es una Sociedad Anónima de nacionalidad española, que se regirá por los presentes Estatutos, por las Leyes de Crédito Oficial y de Sociedades Anónimas y por las demás disposiciones que le sean de aplicación*) y al comienzo del artículo 2 (*La Sociedad tiene por objeto la realización de las funciones de todo orden que en relación al fomento del crédito inmobiliario le atribuye la Ley de creación del Banco de 2 de diciembre de 1872; las que la Ley de Crédito Oficial atribuye a las Entidades Oficiales de Crédito, en relación con el crédito hipotecario...*, etcétera). Pero, en todo caso, la voluntad legal de subsistencia del proceso especial yo creo que se desprende del artículo 31 de la propia Ley de Crédito Oficial que prevé que el Gobierno aprobará un Reglamento (*non nato* hasta la fecha que yo sepa) regulador de las condiciones generales de las operaciones activas de las Entidades Oficiales de Crédito con el fin de lograr su adecuada normalización y garantías. *Se autoriza expresamente al Gobierno —añade— para que en este Reglamento se incluyan los procedimientos especiales que tengan reconocidos los Bancos señalados en el artículo 23, singularmente en lo referente a la recaudación ejecutiva de sus préstamos en función de las modalidades específicas de éstos* (9 bis).

Si, pues, el proceso especial de ejecución a favor del Banco Hipotecario de España, S. A., subsiste en los términos de los artículos 33 a 35 de la Ley de 1872, combinable incluso, a voluntad de la actora (Entidad, al fin y al cabo, de crédito oficial y titularidad pública, no se olvide), con

(9) El otro privilegio que la Ley constitutiva le otorgó, el de emisión de cédulas hipotecarias, ha sido renovado, o si se prefiere reatribuido *ex novo*, pero extendiéndolo a otras entidades, por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y disposiciones complementarias.

(9 bis) Del modelo uniforme de demanda de ejecución hipotecaria por impago que utiliza el Banco y que me ha sido facilitado gentilmente por la asesoría jurídica de una de sus sucursales, entresaco las siguientes frases harto significativas para mi propósito de indagar la subsistencia del procedimiento especial y su aplicación práctica: (Del preámbulo) «El Banco... se ve en la necesidad de acudir ante los Tribunales de Justicia entablado la presente demanda de secuestro y posesión interina de la finca hipotecada...»; (De los «Hechos») «4.ª La parte prestataria quedó sometida en la mencionada escritura —la de constitución de la hipoteca— a lo establecido en la Ley de 2 de diciembre de 1872 de creación del Banco y a las prescripciones de la misma Ley y Estatutos, relativas a los préstamos hipotecarios y a los procedimientos a seguir en caso de secuestro y enajenación de los inmuebles hipotecados». 6.ª «... El Banco le requirió —al prestatario— para que, conforme a los artículos 33 y 34 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, satisficiera dichos semestres dentro del término de dos días, con los intereses de demora, costas y gastos ocasionados, bajo apercibimiento que de no hacerlo el Banco Hipotecario de España acudiría al Juzgado competente pidiendo el secuestro y posesión interina de la finca hipotecada, el cual se decretaría a los quince días de presentada la demanda, sin necesidad de nuevo requerimiento, y se procedería en su día a la venta en pública subasta de la misma finca»; (Del «Suplico») «Se sirva dictar providencia accediendo a esta demanda, al solo efecto de que con arreglo al artículo 33 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 empiece a contarse el plazo de quince días desde la presentación de la misma, transcurrido el cual sin que D. ... haya satisfecho los trimestres vencidos... pueda el Banco utilizar cualquiera de los dos procedimientos previstos en su Ley Fundacional...».

preceptos no incompatibles de la ejecución ordinaria o judicial sumaria, y si sus reglas, excluidoras prácticamente de toda cognición, han sido expresamente declaradas compatibles con el artículo 24 de nuestra actual Constitución, no parece que sea la idea de la inidoneidad del procedimiento empleado la que anide en el —para mí— críptico considerando primero. Es más, si su admonición apuntara en esa dirección, no tendría sentido la cita límpida en el Vistos tanto de la Ley de 2 de diciembre de 1872 como del Real Decreto de 3 de noviembre de 1928 (10).

En otro momento he pensado si no se aludiría a la posible declaración de responsabilidad por parte del Registrador que omitió en su día la nota marginal de expedición de la certificación de cargas, de suerte que el considerando primero vendría a manifestar que, naturalmente, no es competencia de la Dirección General el pronunciarse sobre aquel extremo, pero esa otra posibilidad no es congruente con el recordatorio de la legal remisión a los tribunales ordinarios *para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos*, ni con la respetuosa referencia a la libertad de criterio del calificador contenida en la parte final del tercer considerando (11).

Por todo lo dicho hasta aquí, concluyo reconociendo mi incapacidad para vislumbrar el trasfondo que sugieren las referidas frases de la Dirección y sentado esto y que, como avancé al principio, el procedimiento utilizado fue —hipotizo— el especial del Banco Hipotecario de España, estoy ya en condiciones de comentar con cierto pormenor la Resolución de que me ocupo.

II. ACOTACIONES

1. Tratábase de la ejecución de un crédito con garantía de hipoteca constituido en favor del «Banco Hipotecario de España, S. A.» en la que, al expedirse la certificación de cargas (12), se consignó, como ordena el artículo 353 párrafo segundo del Reglamento Hipotecario que la finca perseguida ya no pertenecía a los cónyuges inicialmente hipotecantes, sino a dos matrimonios que parece la habían adquirido de aquéllos; pero, por lo

(10) Se silencia, empero, inexplicablemente, pese a su degradación normativa, el Real Decreto-ley, luego mero Reglamento, de 4 de agosto de 1928, porque aunque la disposición final 2.ª del Decreto-ley de 20 de julio de 1962 lo derogaba expresamente, sólo lo hacía *en cuanto* se opusiese al texto de esta última disposición, en la que, como queda dicho, no se hacía ninguna referencia a los privilegios del Banco.

(11) Otras hipótesis sobre el trasfondo a que pudiera estar aludiendo el considerando primero tampoco armonizan con su enunciado: tal la posible ineficacia del título de venta inscrito por no haber sido aparentemente otorgado por el nuevo propietario real —el adjudicatario definitivo del remate—, pues esa apreciación, además de incorrecta, según espero demostrar, le estaría vedada al calificador del mandamiento por el artículo 1.º, 3, de la Ley Hipotecaria; tal la comisión de un delito de estafa, pues el artículo 101 del Reglamento Hipotecario (hoy, art. 104) no sólo vincula al Registrador, sino también, vía Ley Enjuiciamiento Criminal, a la propia Dirección General; o tal la condición o no de deudor hipotecario del señor Granados, ex artículo 36 de la Ley de 1872, porque sobre esa cuestión sí entra —indirectamente— el Centro Directivo y, además, nada tiene que ver con la validez de los títulos.

(12) Certificación de cargas no prevista explícitamente en el proceso especial, pero sí en el artículo 1.489, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 131, regla 4.ª, de la Ley Hipotecaria, aplicables supletoriamente en aquél, *ex necesse* o ante la probable petición de la Entidad actora (artículo 92 *fine* de los Estatutos de 3 de noviembre de 1928). Repárese en la habilidad del Centro Directivo para no precisar la norma exacta en que se fundamentaba la posibilidad de expedición de la certificación de cargas dentro del proceso especial, ya que aunque en el Vistos cita los artículos 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 131 de la Ley Hipotecaria y 143 de su Reglamento, y luego los reitera, para la ejecución *in genere* o *in abstracto* en el tercer considerando, cuando se trata de referirse a la que *in concreto*, en el procedimiento del expediente, había librado el Registrador, se limita a manifestar que aquélla era la certificación «a que hace(n) referencia los distintos preceptos legales que regulan esta materia».

que fuera, se omitió por el encargado del Registro en aquel entonces, reflejar el hecho de la expedición, mediante la nota al margen de la inscripción hipotecaria, prevenida en el párrafo segundo del artículo 143 del Reglamento Hipotecario (13). La ejecución siguió adelante por todos sus trámites, de suerte que se remató la finca a favor de un postor (parece ser —considerando segundo— que lo fue el ejecutante) quien, además,

(13) Aunque el artículo 143 se ubica bajo la rúbrica «tercer poseedor de bienes anotados» y su párrafo inicial se remite al último del artículo 38 de la Ley, que presupone también una anotación preventiva de embargo, anotación superflua e inusitada cuando se ejecuta una hipoteca, por lo que podría pensarse que la nota marginal que el mismo ordena sólo debe estamparse, en los casos de efectuación hipotecaria, cuando el procedimiento utilizado lo previene específicamente (art. 131, 4.ª, de la Ley Hipotecaria y 235, 3.ª, de su Reglamento) y no en otros, ya destacó ROCA SASTRE (*op. cit.*, pág. 1044 y nota 1 de ella) que la referencia que dicho primer párrafo del artículo 143 del Reglamento hace al artículo 126 e incluso al 134 de la Ley demuestra que también cuando se canaliza la acción hipotecaria por el procedimiento ejecutivo ordinario (o por el singular subjetivo del Banco Hipotecario, puntualizado) debe consignarse la nota marginal. Refuerza esta conclusión el párrafo segundo del susodicho precepto reglamentario que prevé que, en defecto de anotación practicada con arreglo al artículo 1.453 de la Ley procesal, se pondrá la nota «al margen de la correspondiente inscripción». A mi juicio, con esa previsión se abrazan dos hipótesis que ya me han acaecido en mi práctica profesional: 1.ª, que, pese a lo decretado por el artículo 43, 2, de la Ley Hipotecaria, no se hubiese tomado anotación preventiva de embargo en una ejecución por débito no hipotecario (posibilidad admitida por la Resolución de 22 de noviembre de 1929), en cuyo caso la nota marginal se debe estampar al margen de la inscripción de dominio del ejecutado (así lo entiende LA RICA: *Op. cit.*, I, pág. 286, 1; y también, aunque imaginando ilógicamente que el ejecutado sea un tercer poseedor, RAMOS FOLQUÉS: «El tercer poseedor de bienes anotados y la vía de apremio», R. C. D. I., núm. 294, noviembre de 1952, pág. 786; en cambio, RUIZ ARTACHO en «Naturaleza y efectos de la nota marginal del procedimiento judicial sumario y de sus similares de los arts. 235 y 143 del Reglamento Hipotecario. Su importancia en el aspecto procesal y en el hipotecario», R. C. D. I., núms. 302-303, julio-agosto 1953, págs. 532 y ss., opinó que en ese caso de omisión de la anotación preventiva no procedía la estampación de la nota marginal del artículo 143, 2, del Reglamento Hipotecario, pues se dudaría de si por ella afectaría el resultado del procedimiento —venta o adjudicación— al tercer poseedor, siendo así que «las simples notas marginales no disfrutan del privilegio que a las anotaciones concede el artículo 71 de la Ley Hipotecaria». Sin dejar de reconocer que la postura de los dos primeros autores se presta a la corruptela de sustituir la costosa anotación de embargo por la más barata y no muy temporalmente distante nota marginal de expedición de certificación de cargas, coincido con ellos en que debe practicarse esta última incluso en ausencia de la primera, no sólo porque lo ordena un precepto reglamentario —que también podría referirse sólo al otro supuesto a que en seguida aludiré—, sino porque se me hace difícil que su existencia no excluya la buena fe de los adquirentes que saben por ella que se está siguiendo un procedimiento en el que regularmente se ha debido trabar un embargo —derecho real procesal—, cuya cierta mención, exceptuando al art. 29 de la Ley Hipotecaria, se impone así reglamentariamente; siendo prioritaria la sujeción procesal a la adquisición del tercero y avisado indirectamente éste de la traba, debe ceder su titularidad a la disponibilidad judicial previa. Con todo la cuestión es dudosa y su solución no afecta para nada al presente comentario), y 2.ª, que se esté utilizando un proceso de efectuación hipotecaria, donde el embargo —y su anotación— sería reiterativo y anómalo (y, por tanto, no debe practicarse, pero véanse los arts. 42, 43, 45 y 47 de la Ley de hipoteca naval que prevén la extensión del embargo y la Resolución de 22 de noviembre de 1974, aunque precisamente en ella la práctica de la innecesaria anotación hizo surgir dudas sobre si se había ejercitado la acción real o la personal. Claro que puede tener utilidad la anotación en los casos en que se persiga mayor cantidad por principal o accesorios —v. gr., por intereses ultraquinquennales no prescritos, por costas excedentarias de las inicialmente presupuestadas, etc.—, o en que convenga afectar otros bienes del deudor que no hubiesen sido hipotecados, pero entonces, por todas esas extralimitaciones, lo que se está usando es una acción personal y no la acción real hipotecaria, que no puede ir más allá de los confines del gravamen de que luego hablaré. Sobre la problemática acumulación en un mismo proceso de las acciones real hipotecaria y personal, *vide* CAMY: *Ob. cit.*, VI, págs. 681 a 684), en cuyo caso la norma marginal se extendería al margen de la inscripción de hipoteca, tal y como ordenan para el judicial sumario y el ejecutivo extrajudicial sus preceptos específicos y para los demás procesos (el ejecutivo ordinario y, probablemente, el especial del Banco Hipotecario) el propio artículo 143, 2, del Reglamento Hipotecario. Que este precepto reglamentario es aplicable a todo procedimiento de apremio, incluida cualquier variedad de procedimiento hipotecario, lo remacha, por último, su párrafo tercero, que contempla el «desamparo» de los bienes ejecutados, actitud procesal típica y propia, aunque no exclusiva de la ejecución hipotecaria por la vía ordinaria (cfr. art. 126 de la Ley Hipotecaria). No encuentra, pues, clara justificación, a salvo lo que luego diré sobre el alegado artículo 36 de la Ley de 1872, la omisión de la nota marginal en el caso de autos porque, aunque el procedimiento singular del Banco Hipotecario nada dispone directamente sobre ese extremo ni sobre tantos otros, desde el momento en que, vía 92 *fine* de los Estatutos, se integra aquél con la solicitud de la certificación prevenida en el artículo 1.489, 1.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Registrador pasa a estar vinculado por la regla del artículo 143, 2, del Reglamento Hipotecario, de la que, además, y en último caso, se destila por «analogía legis» un criterio de estampación de la nota en cualquier evento.

cedió el remate (14) en favor del definitivo adjudicatario, don José Bruno Hernández Medina (15). En esta fase procesal acaeció que las cuatro personas que seguían apareciendo como titulares *ex tabulis* del inmueble, lo venden a don Luis Granados Henríquez en escritura pública de fecha 24 de abril, que se presenta el 6 de mayo y se inscribe el 8 de julio, todo del año 1980. Mientras que en el otro lugar de la acción, en el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Madrid, se ultiman los trámites subsiguientes a la adjudicación del remate, en concreto:

— Se otorga (no se dice ante quién ni en nombre de quién y el último alegato del Informe tampoco contribuye a esclarecer del todo este último aspecto) escritura de venta a favor del cesionario del remate con fecha 28 de mayo de 1980, es decir, mientras estaba presentada y pendiente de despacho la otra escritura de venta a favor del señor Granados.

— Y se dicta un auto con fecha 16 de junio, siempre del año ochenta, distinto por ello de la resolución aprobatoria del remate, en el que se ordenaba (16) la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada, *así como la de todas las demás inscripciones o anotaciones que hayan podido realizarse con posterioridad a la inscripción de la hipoteca*.

Para la ejecución del anterior auto y por vía de auxilio judicial (art. 165,2 del Reglamento Hipotecario), se libra el oportuno mandamiento que fue objeto, en 4 de diciembre de 1980, de la primera de las tres notas de calificación que se transcriben y que, en síntesis, oponía dos defectos, el primero tildado de subsanable y el segundo de insubsanable:

1.º No aplicación del artículo 233 del Reglamento Hipotecario, al que se remite el párrafo tercero del genérico artículo 175, segunda del mismo.

2.º Omisión del requerimiento de pago, con la consiguiente falta de intervención en el procedimiento del requerible, que a juicio del calificador tenía que haberse hecho al actual titular registral de la finca, señor Granados.

Pocos días después, el 9 de enero de 1981, se califica el otro título presentado, la escritura de venta judicial y, lógicamente, al no haberse

(14) La cesión del remate es una frecuente fórmula que está demandando a gritos su estudio doctrinal, pues las normas se limitan a aceptar su posibilidad (arts. 1.499, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 228 del Reglamento Hipotecario) sin arrojar luz sobre su problemática sustantiva y fiscal, muy ligada al tema de cuándo se produce la traslación dominical en las ejecuciones judiciales, tema este último que sí me veré compelido a abordarlo al final.

(15) Quien probablemente en la escritura ulterior manifestaría estar casado bajo un régimen capitular que hizo conveniente solicitar por el calificador el instrumento en que se contenía, tal y como se desprende de la nota puesta al pie de aquella escritura.

(16) Sin duda al amparo del artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario que desenvuelve con gran amplitud para cualquier «procedimiento de apremio contra bienes inmuebles» los dictados del artículo 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regla 17.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y, en menor medida, regla 10.ª del artículo 235 de su Reglamento. Implícitamente el artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario apoya la cancelación de la propia hipoteca ejecutada y consumida porque no puede decirse que fuera preferente a sí misma, siendo así que sólo las cargas *preferentes* subsisten con arreglo a dicho precepto, aparte de la analogía *legis* con aquellos preceptos más explícitos y con el artículo 206, 2.º, del Reglamento Hipotecario (cfr. también art. 174 del mismo y el párrafo segundo del artículo 92 de los Estatutos de 1928, que prevé que la misma providencia aprobatoria de la subasta declarará «rescindido» el préstamo).

despachado el anterior mandamiento cancelatorio, se le objeta el insubsanable defecto de la falta de tracto (17).

Finalmente, se subsana mediante auto complementario el primero de los defectos señalados al mandamiento calificado inicialmente, de manera que un nuevo mandamiento ordena, ya expresamente y no de un modo genérico, cancelar la inscripción 4.^a de la finca en cuestión practicada a favor del señor Granados (18). Como es natural, subsistiendo el segundo defecto —insubsanable— del primer mandamiento, el Registrador se ve impelido a objetar al nuevamente presentado, el mismo defecto de que, a su juicio, adolecía aquél y que consistía, como he dicho, en *no haberse requerido de pago, no interviniendo en el procedimiento de ejecución, el actual titular registral de la finca hipotecada*.

2. Contra las notas de calificación anteriores se recurre gubernativamente por el rematante de la finca. El escrito de interposición del recurso ensaya, hábilmente, una doble estrategia: el acudir a las normas hipotecarias comunes y el acudir a las especiales del Banco ejecutante.

En la primera dirección va sentando tres premisas concatenadas:

1.^a La petición y expedición de la certificación de cargas viene impuesta en todo procedimiento de apremio, sea hipotecario o no (y cita la regla 4.^a del art. 131 de la Ley Hipotecaria y el apartado 1.^o del art. 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Le faltó ligarlos con el asunto de autos vía art. 92 del Decreto estatutario).

2.^a El Registrador tiene la obligación de hacer constar por nota al margen de la correspondiente inscripción que se ha expedido la certificación de cargas y la fecha de la expedición, en todos los procesos ejecutivos (y aquí sí la generalidad del art. 143,2 del Reglamento Hipotecario está bien apreciada y realizada).

3.^a Los efectos procesales y sustantivos de la expedición de la certificación de cargas, singularmente delimitación de quiénes han de ser citados en el procedimiento y de qué asientos deben ser cancelados genéricamen-

(17) En esta segunda nota se incurre probablemente en una imprecisión, que luego se reitera en la tercera, y que consiste en referirse al otro documento calificado como *testimonio* de un auto judicial, cuando, en puridad, se trata de un *mandamiento* del Juzgado, por más que sea práctica habitual el reproducir íntegramente en los mandamientos la resolución judicial que ejecutan y luego añadirle el apéndice con la oportuna orden, poco más o menos así: «... y para que pueda llevarse a efecto lo acordado en el precedente (auto, providencia), dirijo a V. S. el presente, por duplicado, etc.».

(18) La parquedad expositiva de la Resolución impide apreciar si se ordena también cancelar específicamente el asiento a favor de los dos matrimonios que transmitieron al último titular o si se produjo desde ellos y en nombre de ellos una transferencia judicial al rematante, como opina la mejor doctrina, desarrollando el artículo 143, 3, del Reglamento Hipotecario que se debe hacer en todos los procesos de ejecución con finca transferida a un nuevo sujeto conocido en autos. El Registrador, al final de su Informe, reprocha, por último, el que «la escritura no se otorga por el deudor por sí ni en su nombre, infringiendo de esta manera el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 20 de la Ley Hipotecaria», pero es muy dudoso, por la cita de estos preceptos y por el singular «deudor», que se esté refiriendo a los cónyuges hipotecantes o a los dos matrimonios intermedios; más bien parece denotar ese resumen de su Informe que acepta el efecto y consecuencia del artículo 95 de los Estatutos del Banco (idéntico al art. 36 de su Ley constitutiva que se cita de adverso: al final diré dos palabras sobre ambos), de suerte que denomina deudor, por asunción *ex lege* de la obligación hipotecaria —en su opinión—, al último titular registral, señor Granados, en cuyo nombre no se efectúa la alienación judicial. De ser así, no estaría sino reafirmando y argumentando el defecto, también recurrido, opuesto a la escritura de venta. Por su parte, la Dirección, en el considerando segundo, denomina «deudores ejecutados» a los dos matrimonios que hicieron de puente entre los hipotecantes y el último titular registral, con lo cual evidencia que, en su sentir o en el del Juzgado, los deudores por asunción (¿automática?, ¿voluntaria?, no se sabe) de la obligación hipotecaria eran ellos y nunca lo llegó a ser el último eslabón de la cadena. Pero lo que ahora me importa destacar es que si le atribuimos toda su significación a esas dos palabras («deudores ejecutados») es fácil que el procedimiento se hubiera dirigido *ab initio* o desde la incorporación del certificado de cargas contra los dos matrimonios- puente y que la venta forzosa se hubiera otorgado en nombre de ellos, con la consiguiente improcedencia de la cancelación de su asiento.

te, derivan del hecho mismo de su expedición sin que estén vinculados al cumplimiento o no por el Registrador de su obligación de extender la nota marginal expresiva del trámite. Solo que esta tercera premisa, quizá por la aparente evidencia lógica de su enunciado, casi se presenta en el resumen del escrito como una *petición de principio*, dada la ausencia absoluta de razonamiento en su pro, siendo así que en ella radica el nudo de la cuestión suscitada. Si esa proposición es cierta, la conclusión no puede ser otra que la que pretende el recurrente y acepta la Dirección. Pero insisto en que, por lo mismo, se echa de menos en el resumen una explicitación de las razones del aserto, por muy palmario que parezca.

A renglón seguido, se intenta la segunda táctica, la del recurso a los privilegios del Banco Hipotecario, y es evidente que su cita a *mayor abundamiento* y, por tanto, en segundo lugar, demuestra lo *pantanosos* del terreno que se pisa. De todas maneras la alegación de un añoso y contradictorio precepto, como el artículo 36 de la Ley de 1872, hay que reconocer que se efectúa con manifiesto comedimiento y habilidad. No se pretende hacer valer su proposición primera que, según doctrina mayoritaria de la que discreparé, parece consagrar una asunción *ex lege* de la deuda hipotecaria, cuando la finca hipotecada cambie de dueño, sino sólo la segunda que, en aparente contradicción con la anterior, solo impone esa consecuencia (o mejor la oponibilidad o perjudicabilidad procedimental), si se incumple la carga de la notificación oportuna de la traslación dominical. Claro que esa visión escorada y parcial del artículo ofrecía el inconveniente de que, hasta el momento de su alegación, no se había justificado si se había producido o no la *dación de conocimiento* que exigía la Ley y de ahí que el recurrente se apreste a colmar ese vacío, mediante una certificación a todas luces extemporánea entonces. En efecto, la presentación de ese certificado, no podía ser tenida en cuenta en el momento procesal en que se aportó, porque probablemente venía vedada por el artículo 124,1 a *contrario* del Reglamento Hipotecario, toda vez que el documento de marras, desde esa inteligencia del artículo 36, podía considerarse sin demasiado esfuerzo como *necesario para la inscripción denegada* y, por tanto, inadmisibles tanto para su hipotética aportación *ex officio*, como para su aportación tardía.

De todas suertes se comprende que el recurrente solo quisiera ver en el infortunado artículo 36 su faceta de oponibilidad *sub conditione* del procedimiento, porque es fácil que no resultara atractiva para él, la admisión de su tradicional interpretación como comprensivo de una regla de asunción automática de la deuda hipotecaria. Ciertamente la conversión taumatúrgica de cualquier adquirente de última hora en deudor hipotecario, con su consiguiente legitimación pasiva en la ejecución, hubiera significado, ni más ni menos, que darle la razón al calificador. Para evitar esa consecuencia que, si puede ser privilegiada para el Banco Hipotecario en la fase de seguridad de la hipoteca, resultaría endemoniada en la de efectución de la misma, el recurrente debería haber afrontado una cuestión previa, también algo vidriosa: determinar cuándo se transfiere el dominio a un licitador triunfante en subasta judicial, si al aprobarse el remate en su favor aunque hubiese concurrido a *calidad de ceder*, si al cederse el remate o al aprobarse la cesión, o si al instrumentarse el negocio en escritura pública (19). Solo demostrando la exclusión de ese tercer

(19) Luego pergeño mi opinión sobre este problema.

momento de cualquier posible interpretación (y para ello, como expondré, habría que sortear el Escila del artículo 1.515 y el Caribdis del 1.533,2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), se llegaría al resultado de impedir que el último titular registral hubiera adquirido la condición de deudor hipotecario por habersele transmitido la propiedad por quienes acababan de dejar de ser dueños sustantivos por expropiación judicial. Y aún entonces, se alzaría el planteamiento de si la titularidad formal que ex artículo 38,1 de la Ley Hipotecaria seguían conservando, pese a la fase en que se encontraba la ejecución, los dos matrimonios intermedios, no les legitimaban tabularmente para engendrar el temido deudor hipotecario de última hora. Demasiado peligroso el camino de dar al citado artículo 36 su consabida interpretación inercial de asunción *ex lege* como para discurrir por él y de ahí que se comprenda la cautela del escrito de interposición, limitándose a querer extraer del precepto el aspecto más favorable para su tesis.

3. El informe del Registrador también aparece, en su resumen, bien construido: inicialmente, se apresta a refutar dos de las tres premisas que se habían querido sentar de adverso y la extemporánea aplicación que el recurrente pretende hacer del artículo 36 de la Ley de 1872 (que ahora se cita en su versión —idéntica— del artículo 95 estatutario), y luego, ya al contraataque, se intenta extraer todas las posibilidades y consecuencias, incluso anómalas, a la doctrina de la asunción automática de la deuda en las hipotecas a favor del Banco Hipotecario. Veámoslo con detalle.

A) Refutaciones:

1.º De la premisa 3.ª de la estrategia inicial del recurrente: a su petición de principio de que las consecuencias de la expedición de la certificación de cargas se producen por ese simple hecho y no por su reflejo tabular, se responde con otra petición de signo contrario que ha de reconocerse que se arroja, en el resumen, con el mismo aparato dialéctico (ninguno) que su antitética: los efectos de la expedición, efectos que se describen sectorialmente mediante la referencia al artículo 143,1 del Reglamento Hipotecario por un lado y a la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por otro, no derivan de ese *factum* que solo tendrá interés cronológico, sino de la constancia del mismo en el Registro mediante la correspondiente nota marginal. Afirmación contra afirmación, pues.

2.º De la premisa 2.ª ídem: aun suponiendo que, con carácter general, cupiera admitir la obligación de estampar la nota marginal del párrafo segundo del artículo 143 del Reglamento Hipotecario, esa regla se halla exceptuada en el proceso especial de autos (20) porque *estando dirigida la nota marginal al tercer poseedor, este carácter no lo puede tener nunca... el adquirente de finca hipotecada a favor del Banco Hipotecario, ya que asume automáticamente la deuda*. Luego espero referirme a este arduo problema de si es posible o no la existencia de un tercer poseedor en las

(20) Aparte de la otra razón exculpatoria que se aduce: «del mandamiento en que se ordenaba la expedición de la certificación de cargas (cuyo duplicado —supongo— se debió desenterrar del oportuno legajo) no resultaba la certeza del procedimiento de ejecución». Certeza que no identidad. Y, en efecto, puedo atestiguar por mi práctica que, en algún caso, es dudoso discernir si se reclama la típica certificación de cargas como trámite de un proceso de ejecución, o como medio probatorio en un juicio bautizado en el mandamiento no siempre de uniforme manera seguido del apellido de su número en la estadística-registro anual del Juzgado. De todas maneras, en la duda es siempre aconsejable reclamar una aclaración o, en último término, poner un nota marginal (el problema, a veces, ser dónde) que siempre es posible como de «mera oficinas».

fincas gravadas a favor del Banco Hipotecario, lo que también me exigirá precisar someramente el concepto de tercer poseedor; ahora, básteme poner en duda que la nota del artículo 143,2 del Reglamento Hipotecario vaya solo dirigida al tercer poseedor, tal y como lo concibe por ejemplo Roca SASTRE (*vide infra*) y, al parecer, el informante, es decir, como mero adquirente derivativo-traslativo (u originario) del dominio del inmueble hipotecado o de cuota, porción o parte material de dicho dominio. Como mínimo se me debe reconocer que están interesados en y por ella todos los sujetos a que se refiere, con gran amplitud, el artículo 225 del Reglamento Hipotecario, precepto que, como en tantas ocasiones, no parece inadecuado trasvasar a cauces procesales similares al en que se incardina. Son los que CAMY, *ob. cit.*, pp. 705-6, denomina *terceros poseedores de segundo grado*, pero es preferible retomar luego, también, este hilo del tema.

3.º De toda la estrategia basada en el párrafo segundo del artículo 36 (= 95 estatutario) de la Ley de 1872: Aquí la refutación es fácil por la extemporaneidad del certificado de la Secretaría del Banco. El Registrador, al calificar, no podía saber si, por no haberse comunicado a la Entidad acreedora la traslación dentro de los quince días posteriores al en que se consumó la adquisición dominical, el procedimiento dirigido contra los causantes del último titular registral debía perjudicar a éste. Quizá debió exigir que se le justificara el hecho positivo de la notificación, para dar opción a probar lo contrario y solo entonces articular subsidiariamente el único defecto que quedó en pie. Pero tampoco parece inadecuado presumir el regular cumplimiento de las leyes por todos los ciudadanos, incluso de leyes *envejecidas*, que por lo demás suelen *rejuvenecerse* en las escrituras, máxime cuando la notificación no se sujeta por la norma a forma solemne alguna: bastaba *dar conocimiento* al Banco, sin más.

B) Contraataque:

Sobre la tácita premisa, discutible pero en modo alguno absurda, de que el último titular registral había devenido, por mor de la legislación especial, deudor hipotecario, va desgranando el informante las conclusiones que justificaban su recelosa calificación:

1.ª Siendo adquirente, y además deudor, de la finca hipotecada, debió ser requerido de pago como exigen, para los meros adquirentes, todos los procesos de efectución hipotecaria: y aquí cita los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria, por un lado, el 131 de la misma, por otro, y el 235 de su Reglamento, por último.

2.ª Siendo adquirente al que hay que presumir que ha puesto en conocimiento del Banco su adquisición dominical, tenía derecho a intervenir en el procedimiento de ejecución (se omiten preceptos aunque son notorios).

3.ª Siendo adquirente-deudor hipotecario, la escritura de venta judicial debió de otorgarse en su nombre (arts. 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 20 de la Ley Hipotecaria).

4. Del auto del Presidente de la Audiencia, revocatorio de la nota calificatoria (probablemente se quiso decir de las notas en general), se entresacan en el resumen dos fundamentos de la máxima consistencia procesal:

1.º La imposibilidad de notificar el procedimiento al nuevo adquirente, como pretende el Registrador, dada la fecha de su adquisición, que es posterior a la de la aprobación del remate (incluso —considerando segundo— a la de la aprobación de su cesión).

2.º La necesidad de evitar que la culminación del procedimiento de ejecución pueda quedar al arbitrio del deudor.

El primer fundamento parece que elude el problema cuasisustantivo, antes apuntado, de cuándo se entiende transferido el dominio en las ejecuciones judiciales culminadas en escritura (cf. art. 224 del Reglamento Hipotecario). Al contrario, con óptica estrictamente procesal destaca la inutilidad (mejor que imposibilidad) de notificar el procedimiento a un nuevo adquirente que ya no podría aprovecharse de las dos ventajas tradicionales que por ejemplo condensa la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, a saber, pagar o intervenir en la subasta. Esto segundo, por la irrepetibilidad del trámite; lo primero, porque supondría una insólita y cuasiretractual causa de quiebra de la licitación no contemplada por la Ley (arts. 1.513 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 131-15 de la Ley Hipotecaria) o, si se quiere, una injustificada mejora (o igualación) de postura en una subasta ya definitivamente conclusa.

El segundo fundamento apunta a la conveniencia de sofocar los medios de dolo procesal (del que, por lo demás, no se traslucen atisbos en el expediente desde el ángulo del señor Granados), de modo análogo a lo que por ejemplo, en otros ámbitos, ha declarado la jurisprudencia sobre la acción reivindicatoria o intenta yugular la regla undécima del artículo 137 del Reglamento Hipotecario. Sólo que, en nuestro caso, la oportunidad de fraude la brinda una determinada interpretación de preceptos legales, cuya exégesis, por ello y por otras razones, debe discurrir por otros senderos, como luego intentaré.

5. Por último, el comentario de los tres únicos considerandos de la Resolución puede ser breve pues:

— El primero encierra un *mensaje* que ya ha confesado no saber captar. Su insípida doctrina de que el recurso gubernativo ha de ceñirse a *resolver sobre la práctica o extensión de los asientos registrales solicitados* y ser congruente con la nota, además de archisabida, se limita a ser una recitación de los artículos 126 y 123 en relación con el 118, todos del Reglamento Hipotecario. La viabilidad del mal llamado recurso judicial, como alternativa del gubernativo, es algo que también declaran las normas con mayor pormenor (arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 132 de su Reglamento).

— El segundo es el habitual considerando de fijación de la controversia cuya complicada trama hay que reconocer que se resistía al resumen. Quizá la Dirección simplifica demasiado, porque aunque el único obstáculo que señalaba la nota era la necesidad o no de requerir de pago al actual titular registral, no cabe duda que una cuestión conexas de inevitable resolución, aunque fuera indirecta o tácitamente (como así ha sido) era la de decidir si dicho titular había devenido o no deudor hipotecario y si le había de perjudicar o no el procedimiento seguido contra sus causantes; en otros términos, había que pronunciarse sobre la vigencia, alcance y sentido tanto de la proposición primera como de la segunda del artículo 36 de la Ley de 1872 y de sus reiteraciones reglamentarias. Y de verdad que hubieran sido de agradecer algunas orientaciones sobre tan obscuro tema.

— En fin, en el considerando tercero se encierra el núcleo de la decisión gubernativa y aún diría que en la frase en que se afirma que *tal obligación* (la del Registrador de estampar la nota marginal) *queda al margen del procedimiento judicial en el que aparecen cumplidas las notificaciones pertinentes*. La Dirección se inclina así, sin demasiados argumentos tampoco, por una visión *procesalista* del conflicto, sin dar excesiva trascendencia a sus implicaciones registrales. Es así —parece razonar— que en el juicio de ejecución se ha citado a todas las personas que prescribe la Ley sobre la base de la certificación registral, luego el mismo es irreproachable y el mandamiento cancelatorio que lo efectúa no puede ser objetado por ningún motivo. Pero también hubiera sido posible una visión más *registral* del problema: el cumplimiento de las notificaciones procedimentales se revisa en múltiples ocasiones por el Registrador (v. gr. arts. 131, 17 de la Ley Hipotecaria, 286 de su Reglamento, etc.) no porque sea una instancia fiscalizadora de la judicatura, respecto de la que se mueve en un distinto plano, sino, cual cancerbero de los derechos inscritos, para vigilar que la cancelación de los mismos se verifica en los términos de los artículos 82 y concordantes de la Ley hipotecaria, es decir, con, sin o contra el consentimiento del titular registral, pero, por lo menos, con su oportunidad de audiencia cuando una norma le reconoce tal derecho (21). En ese sentido multitud de autores (22) ponen de manifiesto que la nota marginal del

(21) La omisión de las notificaciones se considera obstáculo que surge del Registro en la Resolución de 24 de agosto de 1981 que amplió en la nota siguiente.

(22) ROCA SASTRE: *Ob. cit.*, IV-2.º, pág. 1044: «La nota marginal... hace las veces de notificación a los que con posterioridad a ella inscriben su adquisición...»; LA RICA: *Libro homenaje*, citado, I, pág. 286, implíciter: «La extensión de esta nota marginal produce efectos de importancia. Por lo pronto, los que inscriban sus títulos después de la fecha de aquella no tienen derecho a ser notificados del procedimiento...»; CAMY: *Comentarios...*, cit., VI, pág. 705, al hilo de la Resolución de 22 de mayo de 1943: «...constituyendo así (dicha nota) una verdadera notificación...»; PUIG BRUTAU: *Ob. cit.*, III-3.º, pág. 197: «Estas notas producen el efecto de notificar al adquirente la pendencia del procedimiento...», etc.

A la misma conclusión se llega con el examen de las dos Resoluciones referenciadas en el Vistos.

En la de 6 de noviembre de 1933 se había seguido el judicial sumario por todos sus trámites, incluida la expedición de certificación de cargas y su reflejo registral por nota, se habían adjudicado los bienes al acreedor por falta de postores y se había ordenado la cancelación genérica de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a aquella expedición. El Registrador inscribe la adjudicación, pero añade en la nota al pie: «Y en cuanto a anotaciones e inscripciones posteriores sólo existe una anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda por débito de utilidades, constituida sobre la primera de las fincas de este mandamiento, cuya cancelación se deniega en atención a estimarse carga preferente a la del actor» (dicha anotación, muy posterior a la expedición de la certificación de cargas y su correspondiente nota, se practicó el día anterior a la celebración de la segunda subasta infructuosa). El debate ulterior se orientó de modo principal sobre si, efectivamente, el débito anotado era preferente o no y oponible o no, en consecuencia, a un tercer adquirente, pero la Dirección, «saliéndose por la tangente» y después de reproducir el equivalente al artículo 226, 2.º, del Reglamento Hipotecario actual, afirmó en sus dos últimos considerandos:

«Que así como la omisión de aquella notificación respecto de las personas mencionadas en la certificación originaria defecto que impediría la inscripción al no poderse afirmar que los acreedores no notificados y ajenos, por tanto, a lo actuado, consientan explícita ni implícitamente en la cancelación de sus respectivas inscripciones o anotaciones la nota del Registro, acreditativa de haberse expedido la certificación, da a conocer a todo tercer adquirente posterior de derechos sobre los bienes hipotecados que existe ya incoado el procedimiento judicial sumario y el Juzgado en que se sigue, a fin de que puedan, como aquéllos, intervenir en el procedimiento para defender tales derechos, aunque, claro está, en el estado en que dicho procedimiento se encuentre, o sea en las diligencias posteriores al momento en que acrediten su derecho ante el Juzgado.»

Y «Que los efectos atribuidos por los autores a la nota, ya que la Ley no los expresa, explican suficientemente la diferencia, siendo para algunos los correspondientes a los de una anotación de prohibición absoluta de enajenar y gravar y para otros los de una verdadera condición resolutoria, puesto que se ordena la cancelación de las inscripciones posteriores sin oír, ni siquiera hacer saber a los interesados en ella, la cancelación de las mismas; y aunque todo ello tenga excepciones preferentemente marcadas, no pueden éstas extenderse a las anotaciones producidas, como la que dio origen a este recurso, al margen de los elementos personales y reales que para tales efectos la deben caracterizar».

Es una lástima que con estas últimas ininteligibles palabras el Centro Directivo no aclarase el arduo problema de si los gravámenes no comprendidos en la certificación y, por tanto, posteriores a

párrafo segundo del artículo 143 del Reglamento Hipotecario sirve o hace las veces de una notificación registral *ad incertam personam* que justifica luego la sujeción de esta última, si deviene cierta, a las consecuencias o resultados del proceso. Podría decirse que la genérica notificación *ex tabulis* complementa a las notificaciones *in iudicio* y tiene el mismo rango

la nota de su expedición, han de hacer valer su eventual preferencia al ejecutado, en el mismo proceso de ejecución, a través de una tercería de mejor derecho cuando y mientras sea ello posible (artículo 1.533, 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o si puede y debe hacer valer esa preferencia el Registrador y criterios para apreciarla: el elemental-cronológico que evita siempre el problema o el complejo-sustantivo que requiere arduos esfuerzos de interpretación de leyes (cfr. arts. 131, 17.º, de la Ley Hipotecaria y 225 y 233 de su Reglamento, que siguen el criterio de la simple «posterioridad»), y los artículos 175, 2.º, y 235, 10.º, del propio Reglamento que implican valoraciones de preferencia)... Desde luego, lo que sí resulta claro es que el Registrador debe apreciar, *ex officio* incluso, la prioridad cronológica de una traslación dominical frente a una ejecución ordinaria (no hipotecaria), pese a haberse inscrito aquella después de la nota de expedición de cargas (véase la recentísima Resolución de 12 de septiembre de 1983 que reitera copiosa jurisprudencia anterior reseñada en su Vistos). Pero es dudoso si un juicio semejante debe efectuarlo el calificador respecto de derechos reales distintos del dominio y —lo que resulta más problemático— respecto de créditos personales anotados cuya fecha de constitución normalmente le resulta ignota y cuya condición privilegiada, en su caso, no sólo se halla difusa en la ley, sino hasta en su propio asiento: en esta Resolución de 1933 sí lo hizo y la Dirección parece que se limitó a discrepar de su calificación.

La Resolución de 22 de mayo de 1943 operó sobre unos supuestos fácticos algo más complejos: también se siguió un judicial sumario y se cumplió con el doble trámite (certificación y nota) de la regla 4.ª del artículo 131, entonces de la Ley Hipotecaria de 1909; después de vencido el plazo para pagar, el deudor enajenó una de las fincas perseguidas a una sobrina emancipada por concesión a ese solo efecto; al padre de la menor, que estaba personado voluntariamente en autos en nombre de su hija, se le hizo saber que podía intervenir en la subasta o abonar antes del remate la cantidad de que respondía la finca, y padre e hija fueron también requeridos para que reconociesen al actor como administrador judicial de la finca que ellos habitaban. Desiertas tres subastas, se adjudicó el inmueble al ejecutante en pago de su crédito, y «*aprobandos el remate, el Juzgado decretó la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las verificadas después de expedida la certificación prevenida en la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley, haciendo constar que no se llevaron a cabo las notificaciones indicadas en la regla 5.ª ante el resultado negativo de las certificaciones del Registro*». La nota de calificación hacía hincapié, para negarse a la cancelación del asiento de la sobrina (mejor, del de un causahabiente negocial de ella que había adquirido la finca a última hora mientras se intentaba subsanar la primera calificación desfavorable con una notificación tardía, pero en forma), en el dato de que la notificación hecha al padre en nombre de su hija era defectuosa, toda vez que, ostentando ella capacidad procesal ex artículo 317 (de entonces) del Código Civil, debió habérsele efectuado a ella con la mera asistencia de su progenitor. La Dirección, sobre la base de que esa deficiencia había sido ya desestimada judicialmente en un incidente de nulidad de actuaciones, lo que aconsejaba su no revisión registral indirecta, accedió a la cancelación del asiento del último titular afirmando que:

«*Esta nota marginal (la del art. 131, 4.ª, de la Ley Hipotecaria), si bien no tiene virtualidad para provocar el cierre del Registro, ni paralizar las facultades dispositivas del deudor, llama la atención de los sucesivos adquirentes sobre la existencia del procedimiento, impidiendo que se invoque de buena fe el principio de publicidad hipotecaria; y no es admisible que por detalles de las actuaciones relativas a la simple citación o requerimiento de los terceros interesados, colocadas bajo la apreciación, autoridad y responsabilidad del Juez, se frustre el ejercicio de la acción ejecutiva...*»

Ultimamente, la Resolución de 24 de agosto de 1981, inexplicablemente silenciada en el Vistos, reitera que «*la nota marginal que debe extender el Registrador al expedir la certificación registral exigida en la... regla 4.ª del artículo 131 de la Ley tiene como fundamento hacer constar en el Registro la incoación del procedimiento entablado a fin de que pueda ser conocido por los futuros adquirentes del inmueble hipotecado, o en su caso por los terceros interesados y que les sirva a la vez de NOTIFICACION a los efectos procesales oportunos, entre los cuales se encuentra el de poder intervenir en la subasta, así como que no sea necesaria la expresión individualizada de sus respectivos asientos para que puedan en su día ser cancelados...*». En el caso se trataba de la inscripción del testimonio de un auto de adjudicación dictado conforme a la regla 17.ª del artículo 131, del que resultaba que no se había notificado el procedimiento al titular de una anotación practicada después de la nota de expedición de cargas, pero cuyo título (el mandamiento que la decretó) se había presentado antes y comprendido, por tanto (art. 345 del Reglamento Hipotecario), en la certificación. La Dirección, aunque confirma la no inscribibilidad, con carácter general, de un auto como el testimonio, haciendo aplicación del criterio que claramente se desprende de los artículos 225 y 226, 2.º, del Reglamento Hipotecario, exceptúa el caso concreto sometido a su consideración, por el motivo discutible y singular de que en el juicio ejecutivo seguido por el anotante se había expedido, a su vez, certificación de cargas, de la que resultaba la existencia de la hipoteca anterior y de su vertencia actual, lo que subsanaba la omisión padecida con aquél, toda vez que por ese medio de conocimiento (?) *sui generis* pudo el mismo «*intervenir en el procedimiento y ejercitar su derecho en la forma establecida en el... artículo 131 de la Ley*».

Como puede apreciarse, las tres Resoluciones resumidas destacan el papel de «cuasidictio» registral que corresponde a la nota, y la segunda incluso alude a su función enervadora de la protección del principio de publicidad que, de otro modo, se dispensaría a los sucesivos adquirentes de buena fe. Pero, precisamente, todo lo que signifique potenciar los efectos de la susodicha nota implica colisión.

que éstas. Luego, del mismo modo que la omisión de las citaciones personales reglamentarias impediría la inscripción de las cancelaciones ejecutorias en el judicial sumario o del auto reanudador del tracto interrumpido, así también podría concluirse que la omisión de la notificación general del artículo 143,2 del Reglamento Hipotecario imposibilita también aquellas cancelaciones si hubiese sobrevenido un adquirente tardío. Es como si el proceso se hubiese desenvuelto a la vez ante dos órganos, el judicial y el registral; el peso de la tramitación general, toda la *iurisdictio* si se quiere, recae en aquél, pero algunos trámites sustanciales, viabilizadores de la ejecución ulterior, se confían a éste. Y si precisamente en esa instancia complementaria, por descuido o discrepancia interpretativa, se omite uno de esos trámites capitales, podría sostenerse que equivale a su incumplimiento en la instancia principal y con el mismo alcance.

Por eso, a mi juicio, en vez de fundarse en una visión cerrada del proceso desarrollado ante los Tribunales en el que aparecen cumplidas (todas) las notificaciones pertinentes establecidas por la Ley sobre la base de la certificación registral expedida la Dirección debió refutar el obstáculo registral —falta de notificación genérica— con razones también registrales derivadas de la eficacia *erga omnes* de la hipoteca (arts. 104 de la Ley Hipotecaria y 1.876 del Código Civil). En efecto, imaginemos por un instante que la situación de nuestro supuesto se hubiese producido en una ejecución por débito ordinario y subdistingamos entonces según se hubiera cumplido o no el trámite de anotación preventiva prescrito obligatoria, pero no sustancialmente, por los artículos 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 43,2 de la Ley Hipotecaria. Pues bien, si habiéndose extendido anotación de embargo, se omitiese luego, por cualquier razón, la nota marginal de expedición de certificación de cargas y, verificado el remate, sur-

nar con el espíritu de la Resolución que comento, en la que, casualmente, se había omitido. Contradictorios precedentes, pues, invoca la nuestra, y contradictoria igualmente resulta la de 1981, pues, también en ella, de no haberse producido la «notificación indirecta» que apreció la Dirección, no había posibilidad ya de notificar útilmente el procedimiento al omitido, a menos que se retrotrajeran los trámites hasta el momento en que se cometió la falta: ello hubiera equivalido en la práctica, casi, a una especie de incidente u oposición por nulidad de actuaciones (cfr. arts. 1.467-3.º, 1.473 y 1.474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por motivos registrales, que entonces no arredraba, teóricamente, al Centro Directivo, bien que lo rehuyese merced al subterfugio aludido, mientras que en nuestro caso, quizá además porque el error se cometió en el Registro, en ningún momento admite, ni sugiere siquiera, que se hubiese producido aquella nulidad.

Y como estoy hablando del papel de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas según la jurisprudencia, permítaseme concluir esta ya larga nota con una breve digresión acerca de un problema que, en torno a ella, se está produciendo en la práctica. Es frecuente que, iniciado un proceso de ejecución hipotecaria y expedida la correspondiente certificación con nota, se desista del procedimiento por mil motivos, pero fundamentalmente por pago de la fracción demorada y de sus intereses de todo tipo más de las costas causadas; en tal caso se siente la necesidad de reflejar en el Registro, quizá no sólo por razones psicológicas que, en contra de lo que parece indicar la nota marginal, la hipoteca a que se refiere se halla otra vez aletargada y no encierra un riesgo de ejecución actual. Pues bien, más de una vez y más de dos me han llegado entonces a mi Oficina mandamientos judiciales ordenando «cancelar» la meritada nota. La solución práctica que he dado y que someto humildemente a la crítica pública ha sido la de denegar dicha cancelación, por cuanto la nota refleja un *hecho* —el de la expedición de certificación de cargas— que, en sí mismo, como todo hecho acaecido, es imborrable y, por tanto, no cancelable; pero, sentado lo anterior, y para atender esa innegable necesidad que se siente de reflejar tabularmente el desistimiento, me he decidido a hacer constar por nota marginal de «mera oficina», y amparándome en su número abierto, el *hecho* también de haberse presentado un mandamiento cancelatorio de la nota marginal precedente (la de cargas) al que no se había dado cumplimiento (por incongruencia del mandato con el juicio en que se había decretado, aunque este detalle lo omito) y la estampación de esa nota de oficina la he hecho constar al pie del propio mandamiento, a continuación de la de denegación y poniendo de relieve su carácter. Me agradaría que se despertasen opiniones autorizadas sobre el problema que suscito, las cuales apuntasen soluciones menos artificiosas y al tiempo profundizasen en la naturaleza y efectos de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, efectos entre los cuales acaso se descubriese algunos de posible cancelación en forma (el meritorio artículo de JUAN RUIZ ARTACHO que cito en la nota 13 puede ser un buen punto de partida para ese estudio que sugiero).

giese un adquirente registral, la solución al conflicto mucho me temo que hubiese sido idéntica a la que, en un proceso de ejecución hipotecaria, ha dado ahora nuestra Resolución. En cambio, si faltara la publicación *erga omnes* de la traba procesal, o sea si faltara la anotación preventiva de embargo y, además, se omitiese la nota marginal de expedición de certificación de cargas, en otras palabras, si la ejecución por débito ordinario se hubiese desenvuelto sin reflejo alguno en el Registro, tengo para mí que, surgido nuestro tercer adquirente (*bonae fidei*) de última hora, la solución hubiese sido diametralmente la contraria a la de la hipótesis anterior, es decir, se habría protegido a dicho tercer adquirente oneroso sobre la base de los artículos 1.473,2 del Código Civil y 17, 32, 34 y 40 *in fine* de la Ley Hipotecaria. Si mis hipotéticas conclusiones son ciertas y podría apuntalarlas doctrinal y jurisprudencialmente, creo que quedaría demostrado con el rigor que postulaba BACON que el fundamento profundo de la Resolución se encuentra, no en el alcance de la aposición u omisión de la nota de cargas, sino en la oponibilidad o no del gravamen actuado del que aquella nota no es más que un trámite ejecutorio. Si *posita causa* —anotación de embargo (23)— *sequitur effectum* —perjuicio de la ejecución a adquirente post-certificación sin nota—, y si *sublata causa* —la susodicha anotación— *non datur effectum* —el referido perjuicio u oponibilidad de la ejecución—, queda demostrado empíricamente que el fundamento del fallo gubernativo radica, en el fondo, aunque no lo diga su inexpressivo tercer considerando, en la sujeción hipotecaria. Ciertamente, cualquiera que sea el poseedor de los bienes hipotecarios, la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los mismos al cumplimiento de la obligación asegurada, y esa vinculación irremediable al cumplimiento no debe detenerse por la ausencia de una nota registral que avisa de la vertencia actual del procedimiento ejecutorio, siendo así que la inscripción misma de la hipoteca advierte a todos de su vertencia potencial y de su prioridad de rango sobre cualquier mutación jurídico real que acaezca tras ella. Otra cosa será que se deba indemnizar por quien sea (24) al adquirente que, aún sabedor de la prioridad hipotecaria, se ha visto privado de la oportunidad de pujar por el inmueble, liberarlo del gravamen o hacer valer otros derechos de limitación de responsabilidad (arts. 112, 113, 114, 120 y 121 de la Ley Hipotecaria) o al que, si procesalmente todos los plazos para esas alegaciones u oportunidades le hubieran precluido, se le han ocasionado unos gastos adquisitivos y se le han despertado unas expectativas de los que debe verse resarcido.

En suma y para concluir estas acotaciones, he de manifestar, una vez más, mi acuerdo con el fallo de la Dirección, aunque no tanto con su motivación puramente procesal, óptica desde la cual aún aparece más y mejor argumentada incluso la entreverada decisión del Presidente de la Audiencia

(23) La omisión de la inscripción hipotecaria es inimaginable dado su carácter constitutivo.

(24) Desde luego mucho antes que por cualquier infractor de un trámite discutible, por aquéllos que enajenaron la finca cuando sabían o podían saber que había sido rematada en subasta judicial: cfr. artículos 1.269 del Código Civil y 519 y ss., 19 y ss., y 101 y ss. del Código Penal.

III. CUESTIONES QUE DEBIERON ESCLARECERSE PARA EL CABAL ENFOQUE DEL FALLO

Una actitud no *escapista* frente a los problemas suscitados por los hechos-base de la Resolución cuyas diversas partes he procurado analizar, exigiría abordar y esclarecer varias cuestiones, la mayoría ya rozadas, tales como:

- La de la vigencia y sentido del artículo 36 de la Ley de 1872.
- La de cuándo se adquiere el dominio en las ejecuciones hipotecarias.
- Y la de qué se entiende por tercer poseedor y hasta cuándo, es decir, hasta qué momento procesal puede generarse esa figura, tema estrechamente conexo, además, con el del significado y efectos de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas.

Pero como también entiendo que no debo (ni sabría) elaborar un estudio monográfico de todos los temas que surjan al socaire de las Resoluciones cuyo comentario se me adjudique, me limitaré a pergeñar unos gruesos trazos sobre los tres apuntados, que plumas más diestras se encargarán de afinar o enmendar.

1. Invirtiendo el orden de las cuestiones planteadas y comenzando por la fijación del concepto de tercer poseedor, creo que se ha seguido con él en la doctrina un prejuicioso método deductivo en vez de un método inductivo. Quiero decir que no pocos autores han partido de una noción previa e indemostrada de tercer poseedor, apoyada a lo sumo en las pseudodescripciones parciales de los artículos 127,4 y 132,2 de la Ley Hipotecaria, y después han querido explicarla resaltando sus consecuencias legales, cuando opino que el proceder lógico hubiese sido el inverso: repasar los efectos jurídicos, para, desde ellos, construir la figura. Hoy ya el peso de la doctrina histórica y actual y de los preceptos elaborados bajo su influencia es ya demasiado (vide ad. ex. el art. 81,2 de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión) como para negar que tercer poseedor (en puridad, tercer adquirente) lo es únicamente, como apunté antes, un adquirente derivativo (u originario) de solo el dominio o derecho real hipotecados o fracción de ellos que, además, no asuma la deuda garantida.

Así ROCA SASTRE, cual es sabido, lo define prolijamente como *el adquirente de todo o parte de la finca o derecho real inmobiliario hipotecado que reúna la condición de tercero por no estar personalmente sujeto a la correspondiente obligación garantizada, directa ni indirectamente, y es ajeno a la originaria constitución de la hipoteca, haya o no inscrito su adquisición, y que, en consecuencia, queda afectado realmente por el gravamen que la hipoteca implica* (25). CAMY, después de ponderar con acierto la dificultad y versatilidad del concepto de tercer poseedor en función de la fase de hipoteca que se considere lo conceptúa como *aquel que adquiere regístralmente el derecho gravado con la hipoteca inscrita, sin asumir a la vez la deuda ni realizar su adquisición en la cualidad de heredero del deudor o del hipotecante no deudor* (26). SANZ describe al tercer poseedor con estas tres pinceladas: 1.º *Es tercero en el acto de constitución de la*

(25) *Ob. cit.*, IV-1.º, pág. 310.

(26) *Ob. cit.*, VI, pág. 694.

hipoteca. 2.º Es un adquirente del dominio de la finca hipotecada. 3.º No es deudor personal en la obligación garantizada (27). Y, en fin, para no extenderme en más citas GUILARTE entiende, en principio, por tal, siguiendo a COSSIO, al que adquiere los bienes hipotecados, sin asumir la deuda a la vez ni realizar su adquisición en la cualidad de heredero del deudor o del hipotecante no deudor (28).

Hay, pues, un consenso doctrinal en que *para ser tercer poseedor se ha de verificar una adquisición derivativo-traslativa y no una adquisición derivativo-constitutiva (29), por lo que no podrá ser tercer poseedor el que adquiere algún derecho real limitado sobre finca o derecho real limitado ya hipotecados* aunque se asimilan al adquirente pleno, además de los adquirentes de cuota o porción material concreta, los que lo sean de algún desdoblamiento del dominio (30).

Pero entonces, de aceptarse este pie forzado conceptual, habrá que perfilar tras CAMY, según antes dije, la figura de los *terceros poseedores de segundo grado* entendiendo por tales el ilustre hipotecarista a *aquellos acreedores de créditos garantizados en forma real sobre los bienes hipotecados, en virtud de asientos extendidos con posterioridad a la inscripción de hipoteca, pero antes de la nota de expedición de cargas (31)*. Mas no incidamos en el defecto metodológico que antes reproché y repasemos ya los preceptos legales sobre los que se ha montado la figura del tercer poseedor y analicemos brevemente en qué medida son aplicables al genuino tercer adquirente y a esos segundones proteiformes que un examen cuidadoso pone al descubierto.

(27) *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo I, Madrid, Ed. Reus, 1947, pág. 437.

(28) VICENTE GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, tomo XXIII, Edersa, Madrid, 1979, págs. 514-5.

(29) ROCA, *ibídem*.

(30) Cita aquí ROCA, además de los legales supuestos de dominio directo y dominio útil y nuda propiedad y usufructo, el de derecho superfluo y dominio del suelo. Desde ese enfoque y apurando los supuestos se debería también considerar terceros poseedores a los adquirentes de fracciones de un dominio que los viejos y nuevos tiempos van desdoblando o seccionando de muy diversas maneras: suelo y vuelo; unidades de tiempo (propiedad por temporadas o multipropiedad); aprovechamientos diversos («corralizas» de la Ley 379 de la Compilación navarra), etc. De todas maneras estos terceros poseedores, por desdoblamiento, plantean problemas específicos de no cómoda solución. Recuerdo ahora un supuesto de mi práctica profesional en que, habiendo surgido un tercer poseedor de mitad indivisa de la finca hipotecada, ésta se remató por un precio superior al importe del principal, de sus intereses y de las costas garantizadas; pero, comoquiera que las costas realmente producidas excedían no poco de las cubiertas por la cifra asignada para tal concepto en la escritura de constitución, y dado que pese a ello se había aplicado el importe del remate a la satisfacción de tales costas excedentarias, me suscitó perplejidad la inscripción del auto de adjudicación, porque una mitad de la finca respondía indefinidamente, mientras que la otra con el límite señalado ex artículos 120-121 de la Ley Hipotecaria, aunque, en definitiva, era un problema de liquidación del débito perseguido, de fácil cálculo matemático, que parece que no debía interferir en la efectución registral de la ejecución.

(31) *Ob. cit.*, VI, págs. 705-6. A mi juicio se queda estrecho CAMY al incluir sólo a los «*acreedores de créditos garantizados en forma real*» (ulteriores hipotecas y anotaciones, pienso) en ese gran hallazgo conceptual de «*terceros poseedores de segundo grado*» y habría que acudir al artículo 225 del Reglamento Hipotecario, extraviándolo del judicial sumario, y comprender en él también a los titulares de derechos reales limitados, de derechos condicionales y, en general, de otros inscribibles que, por su rango, deben declararse extinguidos al realizarse el crédito preferente. Esta última nota, la de su extinguiabilidad combinada con la de la inscribibilidad, creo que son las decisivas para marcar los contornos de la institución, de manera que todos los titulares de derechos registrables y aun de situaciones jurídicas interinas de tal índole que vayan a verse afectados por una ejecución hipotecaria antecedente pueden y deben encuadrarse dentro de esa vasta noción de «*terceros poseedores de segundo grado*». Pero, así y todo, sólo habríamos integrado ese concepto, el de tercer poseedor de segundo grado, en el aspecto del derecho a ser citado o del derecho a intervenir en la ejecución hipotecaria y todavía nos faltaría perfilarlo en los otros muchos aspectos en que se rastrea la noción de tercer poseedor y que suelen ser analizados como formando parte de la fase de seguridad hipotecaria, cuando, de suyo, no es sólo así. A ese cometido de descubrir terceros poseedores de segundo grado, en otras facetas hipotecarias, no sólo procesales, me dedico en el texto.

A) El tercer poseedor en la limitación de la extensión objetiva de la hipoteca (arts. 112 y 113 de la Ley Hipotecaria).

ROCA no se replantea aquí (32) el concepto de tercer poseedor, por lo que parece operará el general que ya hemos visto da del mismo. CAMY excluye en este caso a los adquirentes a título gratuito y parece que también a los no inscribientes, puesto que sólo diferencia a los terceros protegidos por los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria del tercero hipotecario, en que aquéllos no precisan de la buena fe (33). GUILARTE también excluye injustificadamente de la protección a los causahabientes gratuitos (34). DÍEZ PICAZO y GULLÓN, a propósito del artículo 112 escriben, sin más: *Por tercer poseedor como sabemos ha de entenderse el adquirente que trae causa del constituyente de la hipoteca* (35). PUIG BRUTAU explica brevemente que *este nuevo dueño o tercer adquirente es la persona ajena a la obligación asegurada* (36). PEÑA no se plantea específicamente, en sede de extensión objetiva de la hipoteca, la noción de tercer poseedor, que desarrolla luego, con carácter general (37), calificándolo con Roca como *el tercer adquirente del bien mismo y no de cualquier derecho real, por ejemplo una servidumbre*, aunque lo sea a título gratuito y no inscriba (arg.: art. 131-3.^a de la Ley Hipotecaria), ni, por tanto, sea tercero hipotecario. Finalmente también CHICO considera que surge aquí el tercer poseedor *cuando el propietario de la finca hipotecada la enajena a una tercera persona que no asume la responsabilidad personal del pago de la deuda* (38).

Desde luego, es verdad que la letra del artículo 112 cuando habla de *nuevo dueño* induce a pensar que solo puede ser tercer poseedor el adquirente del dominio o de alguno de sus desdoblamientos antes referidos, pero también hubiera sido posible darle toda su amplitud en dicho precepto a los términos *tercer poseedor* (abrazando así incluso a un arrendatario) e interpretar que el nuevo dueño de lo que lo es realmente es de *las accesiones o mejoras que no se entiendan hipotecadas* como en todo momento presupone el artículo 113. Piénsese que si el fundamento de los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria se encuentra en que como dice PUIG BRUTAU (39) *la hipoteca no puede extenderse a elementos procedentes de persona ajena a la obligación garantizada*, con la interpretación que tradicionalmente se da a los mismos, ampliada vía artículos 127,4 y 134,2 de la Ley Hipotecaria, se protege, sí, las incorporaciones y expensas de un nuevo comunero, censalista o enfiteuta, nudo propietario o usufructuario, superficiario, etc., pero se deja acaso desamparado a persona tan importante como el arrendatario (40), sobre todo el no sometido a leyes especiales que le permitieran seguir, tras el remate, en la posesión de la finca (cf. art. 74 L. A. R.), pues es dudoso que pueda hacer valer frente al rematante o adjudicatario el artículo 1.573 del Código Civil, toda vez que las mejoras y accesiones suyas se alienarían con la finca, al entenderse hipotecadas.

(32) *Ob. cit.*, IV-1.º, págs. 588 a 592.

(33) *Ob. cit.*, VI, págs. 488 a 491.

(34) *Ob. cit.*, pág. 502.

(35) *Sistema de Derecho civil*, III, Tecnos, 1981, pág. 569.

(36) *Ob. cit.*, págs. 136-7.

(37) En las págs. 455-6 de su citada obra.

(38) *Ob. cit.*, II, pág. 708.

(39) *Ob. cit.*, III-3.º, pág. 136.

(40) Piénsese también en cualquier poseedor por título no real: precarista, comodatario, secuestrario, administrador, etc.

Es también discutible hasta qué momento puede surgir este tercer poseedor de los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria; aunque su prelación creditual sobre el acreedor hipotecario en cuanto a accesiones y mejoras inescindibles (art. 113,3) ha sido criticada por injusta y peligrosa, parece inevitable concluir que para esas incorporaciones inescindibles puede aparecer hasta que se anuncien, o mejor celebren, las oportunas subastas, y para las susceptibles del *ius tollendi* de su autor acaso el *dies ad quem* pueda prorrogarse más allá, pero habría que formular muchas matizaciones para las que no dispongo de tiempo.

B) El tercer poseedor en la limitación de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto a los intereses (arts. 114, 115 y 146 de la Ley Hipotecaria).

El tercero en estos preceptos ya ha sido más estudiado, suscitándose especialmente su relación con el tercero hipotecario. CHICO ORTIZ (41) resume así las posturas:

— Amplia (ROCA SASTRE) para quien son terceros en el artículo 114 y concordantes quienes con posterioridad a la hipoteca hayan adquirido el dominio o un derecho real sobre la finca hipotecada aunque no hayan inscrito su título en el Registro de la propiedad.

— Restringida (SANZ y el mismo CHICO): lo son solo quienes, siendo terceros poseedores, sean terceros hipotecarios conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

— Intermedia (MORELL, MONTERO LEÓN): lo son solo los terceros poseedores que simplemente hayan inscrito su derecho.

Pero a mí me interesa tanto el problema de la inscripción o no, como el de la índole del derecho (dominio pleno, derecho real limitado, derecho personal incluso) que ha de ostentar el tercero para considerarle tal y en ese sentido:

1.º CAMY (42), CHICO (43) y SANZ (44) no se pronuncian limitándose a hablar siempre, en el ámbito del artículo 114 de *tercer poseedor* como si se tratase de un concepto unívoco y claro. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN refieren la norma del artículo 114 como protectora solo de un *nuevo propietario* (45).

2.º ROCA es explícito en extender la limitación de intereses a cualquier adquirente de derecho real, ejemplificando incluso con un segundo acreedor hipotecario (46). En el mismo sentido PUIG BRUTAU (47). Y PEÑA con admirable concisión y densidad se pregunta (48): *¿Qué condiciones ha de reunir este tercero? Es concepto distinto —responde— del tercero hipotecario (arg.: art. 9.º L. H. M.). Basta con que sea tercero interesado en dichos bienes (cf. art. 146 de la Ley Hipotecaria y, por analogía, 116 de la Ley Hipotecaria), es decir, adquirente del dominio o de un derecho real (así también en relación con la distribución del crédito entre varias fincas: confróntese art. 121, fine, de la Ley Hipotecaria).*

(41) Ob. cit., págs. 727-8.

(42) Ob. cit., pág. 531.

(43) Ob. cit., págs. 716 y ss.

(44) Ob. cit., págs. 442 y ss., aunque en la pág. 444 ejemplifica con un acreedor hipotecario posterior.

(45) Ob. cit., pág. 578.

(46) Ob. cit., págs. 596-7.

(47) Ob. cit., pág. 125.

(48) Ob. cit., pág. 434, nota 14.

3.º Finalmente, SANCHEZ REBULLIDA es el autor que, no sin dudas, sugiere el concepto más amplio de sujeto protegido por el artículo 114 y concordantes: *No está claro —escribe— si el tercero protegido por ese precepto es sólo el tercero hipotecario... o también los terceros civiles (acreedores ordinarios que no puedan, de otro modo, satisfacer su crédito) (49).*

En punto al problema de la inscripción yo creo con la mayor parte de los autores reseñados, que el tope legal o convencional no puede rebasarse ni siquiera en perjuicio de terceros no inscritos, siempre que éstos hagan valer sus derechos oportunamente y soslayen, en su caso, el obstáculo temporal representado por el artículo 313 y concordantes de la Ley Hipotecaria. En cambio, frente a la ampliación del artículo 115 de dicha Ley sólo están protegidos de acuerdo con su párrafo segundo *los derechos reales inscritos con anterioridad a ella*. Más ardua aún se me presenta la cuestión de la índole de los derechos del tercero protegido frente a intereses no cubiertos; no me parece lógico amparar sólo a un adquirente del dominio o desmembración suya; de acuerdo con el espíritu y la letra de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (50) debe protegerse también al adquirente de un simple derecho real, en particular (pero no solo) de un ulterior derecho de hipoteca. La contraposición entre los párrafos segundo y tercero del artículo 115 abona esta solución y lo mismo la analogía con el artículo 116. Pero aún se podría dar un paso más y considerar escudable en los aludidos preceptos y sobre todo en el artículo 114 a *cualquier interesado en los bienes hipotecados*, como dice el artículo 146: simples acreedores con anotación e incluso sin ella. El artículo 114 y paralelos marcarían así el confin de la hipoteca en cuanto a los accesorios del crédito; por el exceso de los intereses trienales o quinquenales, cuya prescripción se hubiera interrumpido en su caso (art. 1966, 3.ª del Código Civil) y por el que no se hubiese solicitado oportunamente ampliación, el acreedor hipotecario no pasaría de ser, en conflicto con esos otros interesados que ejecuten diligentemente, un acreedor escriturario (cf. art. 147 de la Ley Hipotecaria) que debe de reaccionar por los cauces oportunos si quiere hacer valer su eventual (si la tiene) preferencia de fecha o rango.

¿Hasta qué momento de la ejecución puede aparecer un tercero invocando la protección del artículo 114 y concordantes? Aunque podría pensarse que hasta el momento de la satisfacción del débito perseguido, habría razones muy largas de explayar para no permitirlo más allá de la celebración de las subastas.

C) El tercer poseedor en la limitación de la responsabilidad cuando se hipotecan varias fincas (arts. 120 y 121 de la Ley Hipotecaria).

Las posturas aquí deberían ser similares a las expuestas en el apartado anterior, pues no en balde ambas limitaciones responden al mismo fundamento (no impedir las posibilidades ulteriores de crédito, territorial o no), pero la verdad es que los autores son todavía más parcos y más inco-

(49) Véase su colaboración a la obra de LACRUZ *Elementos de Derecho civil*, III, Bosch, Barcelona, 1980, pág. 165.

(50) Explicando el porqué de la distribución de responsabilidad en el caso de hipoteca de varias fincas, se dice en ella: «De este modo la carga real no se extiende a todo el valor de la finca, sino solamente a una cifra que puede ser muy inferior a su valor verdadero, quedando en libertad y en posibilidad el dueño de poder levantar sobre la misma finca otro crédito hipotecario que no perjudicará al antiguo en lo que alcance al valor de la cantidad hipotecada, pero que tendrá preferencia sobre otros créditos y aun sobre el mismo por la parte a que no estén afectos los bienes inmuebles o los intereses vencidos de las dos anualidades anteriores y la parte vencida también de la anualidad corriente».

herentes a la hora de precisar frente a quiénes funciona la distribución de responsabilidad ordenada por los artículos 119, 162 y 246 de la Ley Hipotecaria y 216 de su Reglamento.

ROCA SASTRE sí precisa que sólo sirven de salvaguardia al adquirente de la finca hipotecada o de un derecho real sobre ella (51). CHICO le reproduce (52). Díez-PICAZO y GULLÓN, con cierta extensión, afirman que dentro de los artículos 120 y 121 de la Ley Hipotecaria *el concepto de tercero debe entenderse en sentido amplio. Comprende al adquirente del dominio que no tiene que soportar más gravamen que el registralmente fijado y que, por consiguiente, haciendo frente a él, libera la finca. Son también terceros inmunes los adquirentes de derechos reales sobre las mismas fincas* (v. gr. otros acreedores hipotecarios) (53). PUIG BRUTAU, en esta sede, habla solo de *terceros* en general o, a lo sumo, de tercer adquirente sin precisar más (54). CAMY imagina sólo un acreedor posterior (55) y, en fin, por acabar, PEÑA precisa que el protegido es el *adquirente del dominio o derecho real hipotecado*, personaje este último, como se aprecia, distinto del adquirente de un derecho real sobre la finca hipotecada, aunque ya vimos la identidad que en la nota 14 de la página 434 encuentra entre los beneficiados por la protección del artículo 114 y aledaños y los favorecidos por el artículo 121, *fine*, de la Ley Hipotecaria (56).

Por mi parte, creo que el tercer poseedor del artículo 221 del Reglamento Hipotecario que puede pagar fraccionadamente la deuda (excepcionando, en apariencia, al art. 1.169 del Código Civil) y obtener la subsiguiente cancelación parcial es quizá un personaje más limitado que el protegido por los artículos 120 y 121, para los que patrocinaría una interpretación similar a la que apunté a propósito del artículo 114 y adláteres: como allí, la plus petición por encima de la cifra de distribución no solo debe detenerse ante el adquirente del dominio o de sus desmembraciones y de un derecho real limitativo, fundamentalmente de garantía, sino también ante cualquier interesado en los bienes hipotecados —en especial anotantes ulteriores—, cuya innecesidad de inscribir viene robustecida por el silencio al respecto del artículo 121 de la Ley Hipotecaria (el art. 313 de la misma obstaría solo a la oponibilidad de los derechos inscribibles y en tanto no se cumpliera con el trámite de la inscripción: arts. 585,2 y 586,2 del Reglamento Hipotecario). De nuevo sería problemática la fijación del momento ejecutivo hasta el cual esos terceros interesados podrían pretender amparo (¿subasta?, ¿liquidación?: me inclino por lo primero) (57).

D) El tercer poseedor como parte o interesado en la ejecución procesal.

Este aspecto es el mejor desenvuelto legalmente y el que más interesaba a propósito de la Resolución de mi comentario (58). Por su realce norma-

(51) *Ob. cit.*, pág. 630.

(52) *Ob. cit.*, págs. 750-1.

(53) *Ob. cit.*, pág. 563.

(54) *Ob. cit.*, págs. 143-4.

(55) *Ob. cit.*, pág. 542.

(56) *Ob. cit.*, pág. 427.

(57) Todavía podrían y deberían rastrearse los perfiles del tercer poseedor en otros trances, v. gr., frente a las novaciones hipotecarias (art. 144 de la Ley Hipotecaria), frente al máximo en las hipotecas de este nombre, etc.; pero además de conducirme muy lejos, es fácil que no afloraran soluciones diferentes de las que he apuntado a propósito del tercero frente al artículo 114 o frente a los artículos 120 y 121, pues, en todos estos casos, que fijan los contornos de la hipoteca, se trata de ver cómo colisionan esos terceros con el crédito hipotecario más allá de los confines de su garantía registral. Por eso sólo distinguiré otro apartado más destinado al tercero en la ejecución.

(58) Hasta el punto de que el examen del tercer poseedor en todas las otras facetas que anteceden sólo lo he abordado para «redondear» su tratamiento, pero no porque trascendiera al caso del expediente.

tivo cabe acaso prescindir de la opinión de los autores (58 bis) y destacar sólo los mandatos legales, distinguiendo al efecto las siguientes fases:

Primera.—Desde que se pretende la ejecución hasta que se consigna la nota marginal de expedición de la certificación de cargas.

Segunda.—Desde esa consignación hasta que procesalmente sea inútil intervenir.

a) Pues bien, en la primera etapa el tercer poseedor, probablemente entendido en su sentido estricto de adquirente total o parcial de los bienes hipotecados que no sea deudor personal, tiene derecho, inscriba o no su adquisición, a ser requerido *a limine* por el acreedor ejecutante:

- Artículo 131, tercera, 3.º y cuarta, de la Ley Hipotecaria.
- Artículos 126,1 y 127,5 de la Ley Hipotecaria.
- Artículo 235, segunda del Reglamento Hipotecario.

Y a que, en su caso, de no haberse efectuado el requerimiento anterior, se reproduzca éste por el órgano actuante, una vez conocida su existencia por la certificación registral (y probablemente también por personación voluntaria):

- Artículo 131 quinta, 1 de la Ley Hipotecaria.
- Artículo 143,1 del Reglamento Hipotecario (que presupone, empero, la inscripción de la adquisición del tercer poseedor).
- Artículo 235, cuarta, del Reglamento Hipotecario (58 ter).

Dentro de esta primera etapa y por la certificación registral misma, pueden surgir los que he denominado, siguiendo a CAMY, terceros poseedores de segundo grado, cuyo derecho consiste también en ser notificados a los mismos efectos que los genuinos terceros poseedores salvo los que son peculiares de una auténtica parte procesal como oponerse, desamparar los bienes y en general quedar subrogado en la posición del deudor:

— Artículos 131, quinta, 2 de la Ley Hipotecaria, y 225 del Reglamento Hipotecario. Del artículo 226,2.ª se desprende que han debido al menos presentar a registro su titularidad (lo que presupone, además, que sea inscribible).

— Artículo 235, cuarta,1 y sexta,2 del Reglamento Hipotecario.

(58 bis) Que por lo demás no se han preocupado excesivamente de esta perspectiva. Un análisis parecido, si bien circunscrito a los derechos de un ulterior acreedor hipotecario en caso de ejecución de una hipoteca anterior puede verse en VICENTE GUILARTE ZAPATERO: *La segunda hipoteca en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1966, págs. 203 y ss.

(58 ter) El motivo de ese requerimiento —así lo llama inexactamente la Ley— varía según el procedimiento seguido:

— En el judicial sumario y en el ejecutivo extrajudicial radica en ofrecer la doble oportunidad de o intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de la finca del tercer poseedor.

— En el ejecutivo ordinario persigue el ofrecer además otras posibilidades procesales: intervenir en el avalúo de los bienes (arg.: analogía con el art. 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desamparar los mismos (art. 126, 2, de la Ley Hipotecaria) u oponerse expresa o tácitamente a la ejecución (artículo 126, 3, de la Ley Hipotecaria).

— Y, en todo caso, sirve para continuar (o iniciar) el procedimiento contra dichos terceros poseedores *stricto sensu*, entendiéndose con ellos «*las diligencias ulteriores como subrogado(s) en el lugar del deudor*» (arts. 134 de la Ley Hipotecaria y 143, 1, del Reglamento Hipotecario, y no pretendo adentrarme ahora en el debatido problema del sujeto pasivo de la acción hipotecaria).

— Por excepción carecen del derecho a ser citados en el ejecutivo ordinario, por lo menos aquellos terceros poseedores de segundo grado que sean simples anotantes, según doctrina jurisprudencial (Resoluciones de 23 de noviembre de 1912 y 12 de noviembre de 1934) y, probablemente, todos los que no sean ulteriores acreedores hipotecarios (art. 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil *a contrario sensu*. Vide también Sentencia de 30 de mayo de 1903 y Resoluciones de 16 de marzo de 1940 y 22 de noviembre de 1974).

b) En la segunda etapa, los genuinos terceros poseedores siguen teniendo derecho a intervenir ahora *motu proprio*, en el procedimiento, inscribiendo antes su título (¿eco del art. 313 de la Ley Hipotecaria?), en cuyo caso se le exhibirán los autos y se entenderán con él las diligencias ulteriores *como subrogado en el lugar del deudor* (59):

- Artículo 134,1 de la Ley Hipotecaria.
- Artículos 38,4 de la misma y 143,1 de su Reglamento.

También tiene derecho, al menos en el judicial sumario (art. 131, duodécima) y en el ejecutivo extrajudicial (art. 235, sexta del Reglamento Hipotecario), ya que quizá no en el ejecutivo ordinario (cf. art. 1.506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a mejorar postura en segunda y ulteriores subastas.

En esta fase los terceros poseedores de segundo grado parece que también podrán inmiscuirse en el proceso, si no como parte subrogada, sí como interesados (GUASP) (60), a los limitados fines de:

— Pagar el débito perseguido con sus recortes institucionales, cosa siempre posible: artículos 1.158 y 1.210 del Código Civil y 131, quinta, 2 de la Ley Hipotecaria (cf. *antes del remate*).

— Intervenir en la subasta, pues no van a ser de peor condición que los extraños (arts. 131, decimocuarta de la Ley Hipotecaria; 1.500 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 235, séptima del Reglamento Hipotecario).

— Y hasta mejorar postura, al menos en el ejecutivo extrajudicial (pero, literalmente, sólo si sus inscripciones o anotaciones son anteriores a la nota de expedición de certificación de cargas: art. 235, sexta del Reglamento Hipotecario).

La conclusión que cabe extraer de este *pizzicato* sobre los aspectos más sobresalientes de los artículos en que tradicionalmente se ha basado el concepto de tercer poseedor es la del desdoblamiento de la figura: los artículos 112 y 113 por un lado; 114 y concordantes, por otro; 120 y 121, por un tercero y los procesales, por un cuarto (amén de otros que silencio) protegen a unos sujetos ligeramente diversos en cada caso y necesitados de un cincelado particular que urge acometer doctrinalmente. El único personaje claramente protegido o privilegiado siempre por esos cuatro sectores normativos es el tercer poseedor entendido en sentido estricto, o sea tal y como resulta de las definiciones de ROCA, CAMY, SANZ y GUI-

(59) El sentido de esta última frase del artículo 134, 1, de la Ley Hipotecaria no debe desorbitarse; no se produce una asunción *ex lege* de la deuda por el interviniente extemporáneo, lo que podría ser lesivo para el acreedor y vulnera los artículos 1.205 del Código Civil y 118 de la Ley Hipotecaria, sino una subrogación en su posición procesal, a la que, a lo sumo, podría aplicarse lo dispuesto en el artículo 126, 3, de la Ley Hipotecaria.

(60) *La ejecución...*, cit., págs. 94 y ss., especialmente pág. 99.

LARTE que antes reproduce (y que discrepan solo en cuanto al requisito de la inscripción); pero, a su costado, se amparan y cobijan otros interesados, variables según supuestos (arrendatarios, acreedores hipotecarios, anotantes y así hasta reservatarios y fideicomisarios) a los que he intentado aglutinar bajo la rúbrica, acuñada por CAMY, de *terceros poseedores de segundo grado*.

2. La segunda cuestión que sería interesante elucidar para una apreciación más exacta del acierto de la Resolución que me ocupa y para resolver no pocas dudas, teóricas y prácticas, que de ordinario se suscitan, era la de precisar cuándo se adquiere el dominio en las ejecuciones hipotecarias.

Postergando a la nota 61 el rastrear el problema entre los autores, me limitaré ahora a apuntar un esbozo de solución para lo que creo imprescindible formular las siguientes distinciones:

1.^a Que el rematante sea copropietario o tercer poseedor de los bienes subastados, como imaginan los artículos 84,10.^o,2 y 87,11,5 de la L. H. M. (hipótesis a las que cabe asimilar las de que el rematante sea deudor hipotecario-propietario o hipotecante no deudor, también dueño, de la finca subastada) en cuyo caso por las cuotas que les pertenecieran o por la totalidad del inmueble no habría traslación dominical alguna; de ahí que los citados preceptos de la L. H. M. prevean que, en esos casos, no se verificará la adjudicación por el órgano actuante en cuanto a los bienes o fracción de ellos ya pertenecientes al adjudicatario.

2.^a Que el proceso culmine con una adjudicación judicial no necesitada de formalización en escritura, bien por ser una adjudicación en pago de su crédito hecha al acreedor en cualquier clase de procedimiento no notarial (salvo en el ejecutivo ordinario, donde no ha debido ser *postor*: art. 224 del Reglamento Hipotecario), bien por ser una adjudicación judicial al rematante extraño cuando las reglas procedimentales no prevean trámite alienatorio ulterior (art. 131,17 de la Ley Hipotecaria), en cuyo caso el tránsito dominical se produce al tiempo de dictarse el auto aprobatorio de la adjudicación y eso aunque la tradición material o puesta en posesión (cfr. art. 131 *fine* de la Ley Hipotecaria) se produzca ulteriormente, pues parece que el fenómeno se incardinaría (dentro de los esquemas del art. 609 del Código Civil) más bien en la transmisión por ley que en la transmisión por contrato seguido de tradición. Así lo permiten suponer no sólo los términos claros de la L. H. M. (art. 84,10.^o,3: *será título bastante para acreditar el dominio...*) cuanto el hecho inconcuso de que el testimonio del auto, aunque no vaya seguido de puesta en posesión, es directamente inscribible y, por tanto, la resolución que reproduce tiene inmediata trascendencia real (art. 2.^o, primero, de la Ley Hipotecaria).

3.^a Que las leyes prevean el otorgamiento de escritura pública, bien como título único y en todo evento (art. 235, décima del Reglamento Hipotecario), bien como título concurrente cuando la *adjudicación se hiciere a un tercero o al acreedor como mejor postor* (art. 224 del Reglamento Hipotecario); en el primer caso es inconcuso que con la escritura, provista de su natural tradición instrumental (art. 1.462,2 del Código Civil) se transfiere el dominio, dada su inmediata inscribibilidad y lo dispuesto en el artículo 87,11,4 de la L. H. M., y en el segundo parece que también (a pesar del art. 1.498 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, con imprecisa técnica, marca sólo el *postremus dies solutionis* para el deudor), pues solo

en ese momento se entregan al rematante los títulos de propiedad anteriores y se ponen a su disposición material los bienes ejecutados y si lo solicita se le da a conocer como DUEÑO a las personas que él mismo designe (art. 1.515 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y hasta ese instante sería admisible una tercería de dominio según el artículo 1.533,2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que además sinonimiza otorgamiento de escritura y consumación de la venta (61). Lo difícil es perfilar la posición del rematante (o cesionario del remate) hasta el otorgamiento de la escritura, pues el reconocerle una mera vocación o llamada al derecho real, similar a la que tendría un anotante ex artículo 42-1.ª de la Ley Hipotecaria, significaría reverdecer para él la desprestigiada categoría de los *iura ad rem* de contornos imprecisos y discutibles. Me limitaré por ello a reconocerle derecho personal a los frutos producidos desde la subasta hasta el día del otorgamiento y entrega (art. 1.095 del Código Civil), pero no derecho real sobre ellos hasta entonces a menos que gozase de la posesión interina de la finca hipotecada (art. 1.530,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), a plantear el grave problema del caso fortuito (arts. 1.452,1 y 1.182 del Código Civil) y a negarle a dicho rematante poder de disposición sobre los bienes (poder que permanece, por tanto, en el propietario real) hasta la instrumentación de su titularidad.

Esta última conclusión tiene gran interés práctico para el supuesto fáctico de nuestra Resolución, pues evidencia que la venta desde los dos matrimonios ejecutados hasta el señor Granados no parece que constituyera una *venditio rei alienae* fácilmente subsumible en el tipo del artículo 531 del Código Penal (aunque sí en algún otro de su misma sección) y que al encontrarse aquellos legitimados no sólo registral sino también sustantivamente para enajenar (si el embargo no impide la enajenación —artículo 71 de la Ley Hipotecaria— cuanto ni menos una hipoteca —art. 118 de la Ley Hipotecaria y tantos otros— por muy adelantada que esté su

(61) Así lo entienden también los procesalistas que han rozado la cuestión: FENECH: *Derecho procesal civil*, Ageda, Madrid, 1983: «... es la aprobación del remate y no el simple final de la subasta lo que hace procesalmente irrevocable la venta forzosa, aunque... dicha aprobación NO PRODUCE POR SI MISMA LA TRANSMISION PATRIMONIAL ENGENDRANDO DERECHOS REALES (Sentencias de 1 de mayo de 1914 y 28 de junio de 1928, y RRDGR de 16 de octubre de 1906 y 25 de octubre de 1929), sino tan sólo efectos o derechos personales entre los sujetos intervinientes» (pág. 491; vide también págs. 502-3); «el plazo de caducidad de la acción de tercería se extiende, en consecuencia, hasta inmediatamente antes de CONSUMARSE LA TRANSMISION DEL DOMINIO resultado del procedimiento de apremio (Sentencia de 5 de enero de 1899, 7 de octubre de 1903 y 3 de noviembre de 1972)» (págs. 523-4). Se muestra conforme con esta última afirmación MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ LÓPEZ: *La tercería de dominio*, Montecorvo, Madrid, 1980: «En definitiva, procede (la tercería de dominio) mientras no se haya consumado la venta y SE HAYA ADQUIRIDO PLENAMENTE LA PROPIEDAD por otra persona» (pág. 415). La opinión de HERCE QUEMADA, en su obra conjunta con GÓMEZ ORBANEJA *Derecho procesal civil*, 8.ª ed., vol. 2.ª, Madrid, 1979, es menos clara, pues se limita a decir que «la subasta es un verdadero contrato de compraventa caracterizado por la intervención del órgano jurisdiccional. Con la consignación del precio el rematante cumple la obligación que como comprador le incumbe. La aprobación del remate sólo supone el perfeccionamiento de dicho contrato que se consuma con el otorgamiento de la escritura», y a renglón seguido critica la necesidad de ésta (pág. 278). GUASP: *Derecho procesal civil*, 3.ª ed., I, I.E.P., Madrid, 1968, no se plantea el problema del momento exacto de la transmisión dominical dentro de la enajenación forzosa judicial y se limita a decir que «la transmisión por subasta se perfecciona tan pronto como existe un mejor postor definitivamente aceptado por el Juez» (pág. 461), considerando innecesario *lege ferenda* tanto la aprobación ulterior del remate como el otorgamiento de escritura. La misma inexpresividad en RAMOS MÉNDEZ: *Derecho procesal civil*, Bosch, Barcelona, 1980, pág. 1047. Algo más explícito, en cambio, PRIETO CASTRO, ya desde su antigua obra *Exposición del Derecho procesal civil de España*, tomo II, Zaragoza, 1945: «El otorgamiento de la escritura es el acto de consumación de la venta; la aprobación del remate es sólo acto de perfeccionamiento (en nota: Tribunal Supremo, 5 de enero de 1899. El contenido del art. 1.498 no contradice esta tesis); distinciones éstas que tienen interés para las reclamaciones de terceros» (pág. 493), pues, en efecto, luego (pág. 517) justifica el artículo 1.533, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que «los bienes han salido ya del poder del deudor».

respectiva ejecución) (62) no parece posible excluir que su adquirente devino tercer poseedor a todos los efectos entonces posibles (v. gr. rescate de mejoras *portables* que hubiera hecho). Y entre esos efectos ya vimos en la cuestión anterior que se encontraba el de tener derecho a una citación judicial si su inscripción se producía antes de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas (como así fue por inexistencia de dicha nota). Mas como esa citación ya era procesalmente estéril surge la colisión entre dos sujetos igualmente inocentes, en principio: el tercer poseedor de última hora, por un lado, y el adjudicatario de los bienes, por otro. Y ya he apuntado que esa colisión, anómala e insólita (puesto que acaece por una incorrecta —aunque disculpable— omisión registral) la resuelve la Dirección General dando preferencia, sin razones, al pretendiente que advino por el cauce procesal, cuando, en mi opinión, se la debió atribuir por aplicación del principio de prioridad, desde el momento en que su derecho enlazaba con una inscripción de hipoteca anterior a la venta, a cuyo *ius distrahendi*, incluso no impolutamente canalizado, quedaba sujeta ésta (arts. 104 de la Ley Hipotecaria y 1.876 del Código Civil).

3. Por último, la tercera cuestión en que hubiera sido conveniente profundizar para una cabal aprehensión de todos los matices del caso sometido a la consideración del Centro Directivo, era la de la subsistencia y sentido del artículo 36 de la Ley de 1872, repetido dos veces en 1928.

Ya he expuesto la sugerencia que apunta PEÑA (en armonía con su original y argumentada idea, con la que simpatizo, de que no hay casos de asunción automática o *ex lege* de la deuda hipotecaria por transmisión de la finca hipotecada) (62 bis), acerca de que aquel precepto pudo haber sido derogado por la disposición final del Código Civil. Esa vía discursiva

(62) Ya vimos en la nota 22 cómo la Resolución de 1933, sin decidirse por ella, se hizo eco de la errónea opinión de que la nota marginal de expedición de la certificación de cargas equivalía a una anotación de prohibición absoluta de enajenar, y cómo, en cambio, la de 1943 claramente se pronunció porque dicha nota «no tiene virtualidad para provocar el cierre del Registro ni paralizar las facultades dispositivas del deudor».

(62 bis) Con lo que reverdece una antigua polémica no del todo esclarecida. Paladín de la asunción automática de las cargas preferentes a la ejecutada puede considerarse a ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, IV-1.º, págs. 427 y ss.), y en su misma línea cabe citar a JERÓNIMO GONZÁLEZ («La Memoria de este año», *R. C. D. I.*, 1929, pág. 120, reproducido luego en sus *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, II, págs. 139 y ss.), GUASP («La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», *R. C. D. I.*, 1942, pág. 392; el mismo, «En torno al procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles», *ibidem*, 1945, págs. 154 y ss., y el mismo, finalmente, en *La ejecución procesal...*, cit. en nota 1, página 146, nota 3), SANZ («Compraventa de finca hipotecada», conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona el 21 de abril de 1944, citada por ROCA SASTRE) y LÓPEZ TORRES («Subrogación hipotecaria», *R. C. D. I.*, 1948, págs. 14 y ss.). El principal argumento que esgrime ROCA para este supuesto de asunción *ex lege* —los de los arts. 140 y 157 de la Ley Hipotecaria son más marginales y no descendo ahora a ellos— es el que deriva del tenor literal de las reglas 8.ª, 10.ª y 13.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cuyo criterio resulta extensible, a su juicio, al ejecutivo ordinario ex artículo 133, 2, de la Ley Hipotecaria. En contra de la asunción automática se manifestaron BLÁZQUEZ («El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles. Edictos. Precio. Liquidación de cargas. Subrogación. Principio de cobertura», *R. C. D. I.*, 1944, págs. 364 y ss.), RUIZ ARTACHO («Cuestión resuelta por el Reglamento Hipotecario», *R. C. D. I.*, 1947, págs. 600 y ss.) y ALFREDO REZA («La subrogación en las cargas preferentes», *R. C. D. I.*, 1950, págs. 43 y ss.), apoyado el segundo, sobre todo, en el tenor del artículo 231 del Reglamento Hipotecario. Este torturante precepto reglamentario no resultaba, con todo, absolutamente decisivo, no tanto por su rango, cuanto por sus internas contradicciones: Para ROCA —*op. cit.*, págs. 439 y ss.— el pago hecho por el deudor o tercer poseedor que les da derecho a subrogarse en el gravamen preferente extinto se verifica, según la letra del precepto, *antes* de la subrogación (potior: asunción) del rematante o adjudicatario en la responsabilidad de las cargas anteriores. Para RUIZ ARTACHO, *después*, por lo que el artículo evidencia en su opinión que seguía siendo «deudor» el ejecutado que lo fuese también antes del remate. Hay que reconocer ecuénnimemente que apoya a ROCA SASTRE:

1.º El tiempo del verbo («hubiese sido satisfecho») que denota una cierta prioridad respecto del participio inicial «subrogado», aunque quizá la comparación cronológica se debiera hacer, en estricta gramática, con relación al verbo principal «se entenderán... subrogados».

2.º La analogía con el artículo 232 del Reglamento Hipotecario que se remite (acaso sin error, pese a lo que entiende ROCA) a los dos artículos anteriores —entre ellos, por tanto, el 231—, pues en

se me antoja peligrosa porque el precepto fue reglamentariamente confirmado después del Código, autoinvocando incluso el artículo 92 del Real Decreto de 3 de noviembre de 1928, su condición de reglamento ejecutivo.

Parece preferible, entonces, reinterpretarlo en sus justos términos desarrollando la otra sugerencia que, cumulativamente, también formula PEÑA, cuando recuerda que los Estatutos del Banco, aunque reproducen la norma de la Ley de 1872 dan por supuesto que el primitivo deudor sigue siendo el *deudor personal*.

En efecto el artículo 95 del Real Decreto de 3 de noviembre de 1928, después de reiterar fidedignamente el precepto legal, añade a renglón seguido:

Presentará asimismo (el adquirente) en la Secretaría del Banco certificación en forma del Registro de la Propiedad, dentro del término de tres meses que acredite que la finca hipotecada está inscrita a su nombre.

Si no cumpliera cuanto queda prevenido en este artículo, en los plazos que en él se señalan, podrá exigir el Banco el reembolso íntegro del préstamo y el pago de la indemnización del 3 por 100 del capital reembolsado. El deudor primitivo (el subrayado es mío) con quien contrató el

él el evento de no nacimiento de la deuda se ha producido, por hipótesis, antes de la subrogación por el rematante, aunque a lo mejor el plazo máximo concedido para aquel nacimiento no expiraba hasta después de la referida subrogación y así lo presupone el precepto.

Y 3.º El que imagine que el pago lo efectúe no sólo el deudor, sino también el «tercer poseedor», comportamiento poco verosímil tras el remate y más lógico antes de él; pero PEÑA (*op. cit.*, página 459, nota 15) intenta justificar el proceder de dicho tercer poseedor en que «podía estar personalmente comprometido (frente a su respectivo vendedor sólo) al pago de la deuda», es decir, podía estar vinculado con una asunción puramente interna o «inter partes» que, por lo que fuera, no le interesaba transgredir.

En cambio, respalda la hermenéutica de RUIZ ARTACHO:

1.º El que la interpretación contraria conduce a la consagración inevitable en esos preceptos (artículos 231 y 232) de una hipoteca de propietario (insólita en nuestro sistema), durante el período que discurre entre el pago extintivo y subrogatorio por el dueño de la finca, sea deudor, sea tercer poseedor, y la subrogación por el rematante o adjudicatario.

2.º La remisión al artículo 118 de la Ley, donde el pago es posterior a la asunción (en él voluntaria) de la deuda.

Y 3.º La previsión del párrafo segundo de que se ha de manifestar en la escritura o acta de pago «que se hace uso de la subrogación», lo que de afirmarse antes del remate significaría que en el gravamen preferente satisfecho no se produciría la confusión extintiva decretada por el artículo 1.192, 1, del Código Civil.

Por todo ello, concluyo que el artículo 231 (y aún el 232 del Reglamento Hipotecario, rectamente interpretado) inclinaba más a la tesis de BLÁZQUEZ, RUIZ ARTACHO y REZA que a la menos fundada de ROCA y coopinantes. Entre estos últimos, LÓPEZ TORRES se quedaba perplejo ante la siguiente situación que imaginaba: «el rematante o adjudicatario, posteriormente a la adquisición, con la subsistencia de las cargas preferentes, transmite la finca a título oneroso a otra persona. El tercer adquirente, ¿está subrogado en la responsabilidad derivada del crédito, además de en la ineludible responsabilidad hipotecaria», aunque fuese tercer poseedor?, y conclufa, con arte de prestidigitador, disolviendo para ese caso la deuda en el vacío, de manera que no respondían de ella ni el primitivo deudor, ni el rematante o adjudicatario ni el tercer poseedor que adquiriera de éstos (*op. cit.*, págs. 15-16). Y el propio ROCA considera «tan absurda esta subrogación en el débito personal, cuando la hipoteca subsistente sea de las en garantía de títulos u obligaciones objeto de una emisión, que creemos que cabe sostener la improcedencia en ellas de tal subrogación en la responsabilidad personal correspondiente» (*op. cit.*, pág. 432, nota 4), sin que yo alcance a vislumbrar qué factor cualitativo y no cuantitativo de esos débitos hipotecarios le lleven a exceptuarlos del criterio que sustenta con carácter general. Mas, en fin, ahora la tesis de no subrogación automática sustentada por los tres autores citados ha experimentado un significativo respaldo merced a la incorporación de PEÑA con demoleedores argumentos a los que remito (véase la nota 18 de la pág. 460 de su libro). Todavía si se cree que es insalvable el obstáculo de las reglas 8.ª, 10.ª y 13.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria puede cohererarse las dos posturas con una solución como la que me veo obligado a admitir en el texto para las hipotecas a favor del Banco Hipotecario de España: Asunción parcial no liberatoria de la deuda por parte del rematante o adjudicatario en la que, en consecuencia, el primitivo deudor continúa siéndolo en su integridad y se le superpone como codeudor y en la cifra afectante exclusivamente a la finca (arts. 114, 120-1, etc., de la Ley Hipotecaria) aquel rematante o adjudicatario.

Banco —sin perjuicio de las demás obligaciones que tiene (ídem) con arreglo a la Ley Hipotecaria y al contrato— o el que antes se hubiese subrogado en su lugar, dará igualmente cuenta a aquél de la enajenación total o parcial de la finca hipotecada, dentro del término de un mes, aunque esté al corriente en el pago de sus anualidades. Si no lo hiciera, podrá el Banco exigirle, por acción personal contra todos sus bienes, el reembolso íntegro del préstamo y el pago de la indemnización del 3 por 100 del capital reembolsado, o por acción real y personal si la enajenación de la finca hipotecada hubiese sido parcial...

Cabe inferir, pues, que la interpretación que el propio Reglamento daba de su modelo legal era la siguiente:

— En el primer párrafo del artículo 36 (*cuando la finca hipotecada cambie de dueño, quedará de derecho subrogado el adquirente en todas las obligaciones que, por razón de ella, hubiere contraído su causante con el Banco*), se decreta un efecto similar al que entiende PEÑA que ocurre según las reglas 8.ª, 10.ª y 13.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y que el artículo 133,2 extiende a toda ejecución inmobiliaria y que consiste en que, como el adquirente de la finca habrá descontado o retenido del precio el importe del gravamen hipotecario (y así lo presume el legislador en toda transmisión de finca hipotecada al Banco Hipotecario de España), asume, frente al vendedor pero en beneficio del titular del gravamen, un compromiso de pago de la obligación garantida en cuanto afecta a la finca que adquiere y no en cuanto al total importe de la obligación que pudiera afectar a otros bienes del deudor o al total patrimonio de éste. En otras palabras, la Ley da por supuesto que el comprador de la finca hipotecada se compromete por la presunta retención o descuento (presunta pero quizá sin admitir prueba en contrario) a convertirse en codeudor (o fiador solidario si no ha habido realmente retención o descuento) del débito en la fracción exclusiva que afecta al inmueble (¿con la garantía única de éste como si para el adquirente se tratase de un caso del artículo 140 de la Ley Hipotecaria?: no tiene apoyo positivo ese *desideratum*). El transmitente sigue siendo deudor por el todo, inclusive por el importe afectante a la finca enajenada, y simplemente cuenta a su favor y preferentemente frente a él (frente al acreedor hipotecario más bien constituirá una especie de estipulación legal en favor de tercero) con el compromiso de asunción parcial de la deuda a título de codeudor (o fiador) que al adquirente le imponen, en un caso, los trámites ejecutivos, y en otro, el nuestro, el privilegio legal. Como la asunción es parcial, dirigida inicialmente al transmitente y no liberatoria de éste, puede afirmarse que el adquirente es un tercer poseedor con todas las consecuencias legales antes repasadas brevemente, en especial disfrutar de los topes de los artículos 114, 120 y 121 de la Ley Hipotecaria. Así se explica el que el artículo 36,1 con su decimonónico estilo prevea la subrogación *de derecho* solo en las obligaciones que *por razón de ella*, de la hipoteca (= en la medida afectante a la finca hipotecada) hubiere contraído su causante. Y así se explica, porque estamos ante la presunción *iuris et de iure* de un simple compromiso de asunción parcial como codeudor de la deuda hipotecaria, el que el Banco pueda dirigirse contra el *primitivo deudor* que sigue siéndolo íntegro, no sólo para reclamarle el importe del débito y su sanción, si incumple su obliga-

ción de informar puntualmente de la enajenación total o parcial de la finca, sino también para reclamarle todas las demás obligaciones que tiene con arreglo a la Ley Hipotecaria y al contrato (art. 95,2 de los Estatutos (63) (64).

(63) La Sentencia de 19 de diciembre de 1972 (ponente: JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO) no coincide con mi interpretación. En ella, vendidas por precio aplazado dos fincas rústicas hipotecadas a favor del Banco, se pactó con más o menos nitidez que la sociedad compradora se haría cargo, además, de las obligaciones consiguientes a la hipoteca que pesaba sobre las fincas: así se declaró en un primer pleito en el que se resolvió también sobre la elevación a público del negocio en esos términos. Al no conformarse la entidad compradora, se solicitó en un segundo pleito por el vendedor la resolución del contrato ex artículo 1.124 del Código Civil, a lo que accede el Tribunal Supremo, en última instancia, afirmando en el considerando segundo de su primera sentencia que:

«El primer problema jurídico que es preciso resolver teniendo en cuenta cuanto queda expuesto es el de la naturaleza de la obligación que se discute y la determinación consiguiente del sujeto pasivo de la misma, no por lo que se refiere a la carga hipotecaria, de carácter real, transmitida con la finca a virtud de lo dispuesto en el artículo 1.876 de nuestro primer Código sustantivo, ajena, por ello, al debate de los pleitos habidos, sino en lo que implica de obligación personal derivada de los préstamos concedidos, consistente, como se ha dicho, en el pago de los vencimientos periódicos a la presentación de los recibos extendidos por la entidad prestamista, siendo de tener presente a este respecto que el acreedor, es decir, la entidad referida, es el Banco Hipotecario de España, cuya Ley creadora de 2 de diciembre de 1872 dice en su artículo 36 que "cuando la finca hipotecada cambie de dueño, quedará de derecho subrogado el adquirente en todas las obligaciones que por razón de ella hubiere contraído su causante con el Banco...", disposición que se mantiene inalterada en el artículo 13 del Decreto-ley de 4 de agosto de 1928 —que aprueba el Estatuto Orgánico del Banco— y en el Real Decreto de 3 de noviembre de 1928 que contiene sus Estatutos, obligaciones que no son sólo las estrictamente hipotecarias, cuya mención a estos efectos sería intrascendente dada la inherencia del gravamen antes mencionada, en los bienes transmitidos, sino también las personales, según se comprueba en el párrafo 3.º del artículo 95 de la última de las disposiciones citadas, que permite al Banco exigir del adquirente el reembolso íntegro del préstamo más la indemnización del 3 por 100 del capital si no cumple con su deber de poner en conocimiento de la entidad la transferencia efectuada y además habla también del causante como de deudor primitivo, señal inequívoca de que aquél es no sólo el titular pasivo de la hipoteca, sino asimismo el nuevo deudor...» Pero todo lo anterior constituye un mero obiter por cuanto en el siguiente considerando se afirma que «...las resoluciones judiciales recaídas tanto en el anterior procedimiento como en el que es precedente de este recurso, reconocieron de manera expresa que en el caso concreto que se contempla era obligación del comprador el pago de los vencimientos del préstamo, llegándose a decir en la sentencia recurrida que "el importe del préstamo fue tenido en cuenta al señalar un precio y unas condiciones de pago que bien pueden estimarse beneficiosas para el adquirente, consciente de este deber subrogatorio de asunción del préstamo..."», con lo que se hace entrar en juego la norma contenida en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria».

Conviene precisar en contra de los argumentos, siquiera sean a mayor abundamiento, del Tribunal Supremo que si el artículo 95 de los Estatutos prevé que el Banco pueda exigir al adquirente el reembolso íntegro del préstamo, es porque presupone que dicho importe se halla cubierto con el valor de la finca hipotecada que suele ser superior a aquél: de ahí que no haga las mismas distinciones entre acción real y personal que formula a propósito del «primitivo deudor», que sigue siéndolo, y al que se le califica así, no porque desaparezca de la escena, que para eso precisaría el consentimiento del acreedor, sino para distinguirlo del nuevo deudor parcial que, hasta el tope de la cifra de responsabilidad afectante a la finca (¿y con la garantía única de ésta?: ya he dicho que no hay pie), se sitúa a su lado. Además, si el vendedor hubiera quedado absolutamente desligado de su compromiso frente al Banco, ¿qué interés legítimo puede tener para instar la resolución de la compraventa a la que accede el Tribunal Supremo?

Es dudosa cuál es la interpretación que el propio Banco hace de su privilegio: A primera vista da la impresión de que para él, tras sus hipotecas, no puede surgir nunca un genuino tercer poseedor, pero sí terceros poseedores de segundo grado que, paradójicamente, resultan más protegidos que aquél. Así de una reciente (junio de 1983) minuta de escritura de préstamo a promotor para la construcción de V. P. O. con apertura de c/c. de disponibilidad por fases constructivas, tan frecuentes en nuestras Oficinas, entresaco los siguientes datos:

Por un lado (¿protección a terceros de segundo grado?), en la cláusula 13.ª se constituye la hipoteca en garantía, entre otras cosas, de los intereses pactados, pero con el tope de cinco anualidades, y en la 14.ª se distribuye la responsabilidad entre los diversos departamentos hipotecados.

Por otro lado, y como palmarias muestras de negación del estricto tercer poseedor, destaco:

— Que en la cláusula 13.ª, a propósito de la extensión objetiva de la hipoteca, se dice: «Esta hipoteca será extensiva a cuanto determinan el artículo 334 del Código Civil y los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria y, además, a los frutos, rentas y muebles a que se refiere el artículo 111 de la misma, y a las mejoras que existan o en adelante se realicen, incluso edificaciones levantadas donde antes no las hubiera, sea cualquiera la persona que las haya costeado, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872».

— Y que en la 12.ª se impone a los hipotéticos adquirentes obligaciones de ocupación de la finca en tres meses, de asegurarla, etc.

Pero, finalmente, la opinión del propio Banco queda sumida en la mayor confusión cuando:

— En la cláusula 2.ª el promotor se obliga a vender necesariamente con subrogación en la deuda hasta el punto de que el incumplimiento de dicha cláusula precipita el vencimiento del préstamo.

— En el párrafo segundo (*El adquirente dará conocimiento al Banco de su adquisición dentro de los quince días posteriores al en que se consume, y si no lo hiciere le perjudicarán los procedimientos que aquél dirija contra sus causantes para el cobro de sus créditos*), el legislador de 1872, en una época en que no había, ni por asomo, trámite alguno de nota que separase las dos fases de tercer poseedor procesal a que antes me referí, ordena a los adquirentes de fincas hipotecadas a favor del Banco Hipotecario de España que sean ellos los que se den a conocer *motu proprio* a la Entidad acreedora y dentro de un plazo perentorio a fin de gozar del derecho a ser requerido de pago que entonces concedía a los terceros poseedores el artículo 127 de la Ley Hipotecaria de 1869. Si incumplían dicha comunicación, esos terceros poseedores verían caducado su derecho al requerimiento y subsiguiente intervención y les perjudicarían los procedimientos que se dirigieran contra el deudor hipotecario principal. Claro que esto era así en un proceso, el del artículo 34 de la Ley de 1872 en que no se prevé el hoy imprescindible trámite de la solicitud de certificación de cargas (imprescindible para la adecuada valoración del inmueble); por eso cuando se le integra con el mismo (vía art. 92, *fine* de los Estatutos) el tercer adquirente de finca hipotecada al Banco pasa a gozar del derecho a ser requerido y secuelas que por ejemplo consagra el artículo 126 de la Ley Hipotecaria, incluso aunque no hubiese notificado particularmente en plazo a la Entidad prestamista, el hecho de su adquisición. El artículo 36,2 de la Ley constitutiva del Banco pertenece a una regulación procedimental hoy superada y su dictado que, con todo, conviene cumplir para el control del Banco y sus recibos, sólo puede tener interés para la fase posterior a la expedición de la certificación de cargas y su nota. Pero ahí ya están igualados los terceros poseedores de hipotecas del Banco Hipotecario de España y los de cualesquiera otras hipotecas: solo si interviene a tiempo podrán hacer valer las facultades que antes examiné. La única diferencia, casi perjudicial para el Banco y explicable acaso por su carácter cuasi-oficial de siempre, estriba en que la existencia de un tercer poseedor en los otros casos hay que hacerla saber al Juzgado personándose en autos

— Y en la cláusula 8.ª —Normas— se afirma que «*Las partes se someten expresamente a las disposiciones reguladoras de las operaciones activas del Banco Hipotecario de España contenidas en la Ley de 2 de diciembre de 1872, Real Decreto de 3 de noviembre de 1928 y concordantes, y, conforme a lo establecido en las mismas, los adquirentes de los bienes hipotecados quedarán subrogados en todas las obligaciones que haya contraído su causante con el Banco, en los términos que aquéllas prescriben. Sin perjuicio de ello, se mantendrá la obligación del promotor, que éste asume con carácter personalísimo, de cumplir cuanto se previene en la estipulación 3.ª de esta escritura (la de disposición condicionada); y también se mantendrá su responsabilidad personal frente al Banco para el cumplimiento de las demás obligaciones contraídas en esta escritura, mientras, por cualquier causa, no resulten asumidas por el adquirente. Mientras sea deudor del Banco el promotor, la deuda derivada de esta operación se considerará indivisible. Sólo cuando se hayan subrogado los respectivos adquirentes, se entenderá como deuda separada la correspondiente a cada departamento adquirido por persona distinta, conservando el Banco la facultad de no admitir pagos parciales sobre la totalidad de la deuda del promotor.*»

(64) Además refuerza mi interpretación el artículo 93 de los Estatutos del Banco, el cual al prescribir que «*el secuestro y en su caso la enajenación de las fincas hipotecadas... no se suspenderá por demanda que no se funde en algún título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor, ni por la declaración en quiebra o concurso del mismo o del dueño de la finca hipotecada*», viene a contraponer las figuras del deudor y del propietario del inmueble gravado; claro que se puede circunscribir esa disociación exclusivamente al supuesto de hipotecante no deudor, pero si admitimos, como parece lógico, la posible existencia de un «fiador real» en las hipotecas constituidas a favor del Banco Hipotecario de España, S. A., la aporía a que nos conduce la tradicional interpretación del artículo 36 de su Ley constitutiva sube de punto, ya que si el dueño del inmueble lo enajena, estaría transmitiendo la deuda garantida no sólo sin el consentimiento del acreedor, sino hasta ¡sin el consentimiento del primitivo deudor!

y aquí basta con ponerlo en conocimiento privado de la Entidad acreedora, aunque no se columbra muy bien con qué consecuencias.

En suma *aterrizando* en nuestro caso, el señor Granados no pudo ser nunca deudor hipotecario (en sentido estricto) del préstamo garantizado con la hipoteca, sino a lo sumo codeudor de la cifra que afectase a su finca y por ello su posición se asemeja (si no coincide) a la de un tercer poseedor. A efectos procesales, al no constar en autos su titularidad y ser ya inútil el trámite no pudo ser citado, cual deben serlo todos los terceros *pre-nota* (como en rigor era), y al no ser advertido de la vertencia actual del procedimiento mediante la aquí omitida nota marginal de expedición de la certificación de cargas, debió al menos ser catalogado como tercer poseedor *post-nota* en el sentido de que podía haberse personado en autos si ello le hubiese reportado alguna ventaja (tras la firmeza de la subasta, quizá solo para rescatar mejoras separables ya que no para hacer valer topes). Mas como su titularidad, según vengo repitiendo, debe ceder ante aquella en que ha desembocado la prioritaria hipoteca, sus únicas posibilidades consisten en reclamar resarcimientos de quienes le situaron en su indefensa posición.

J. M. R. P.